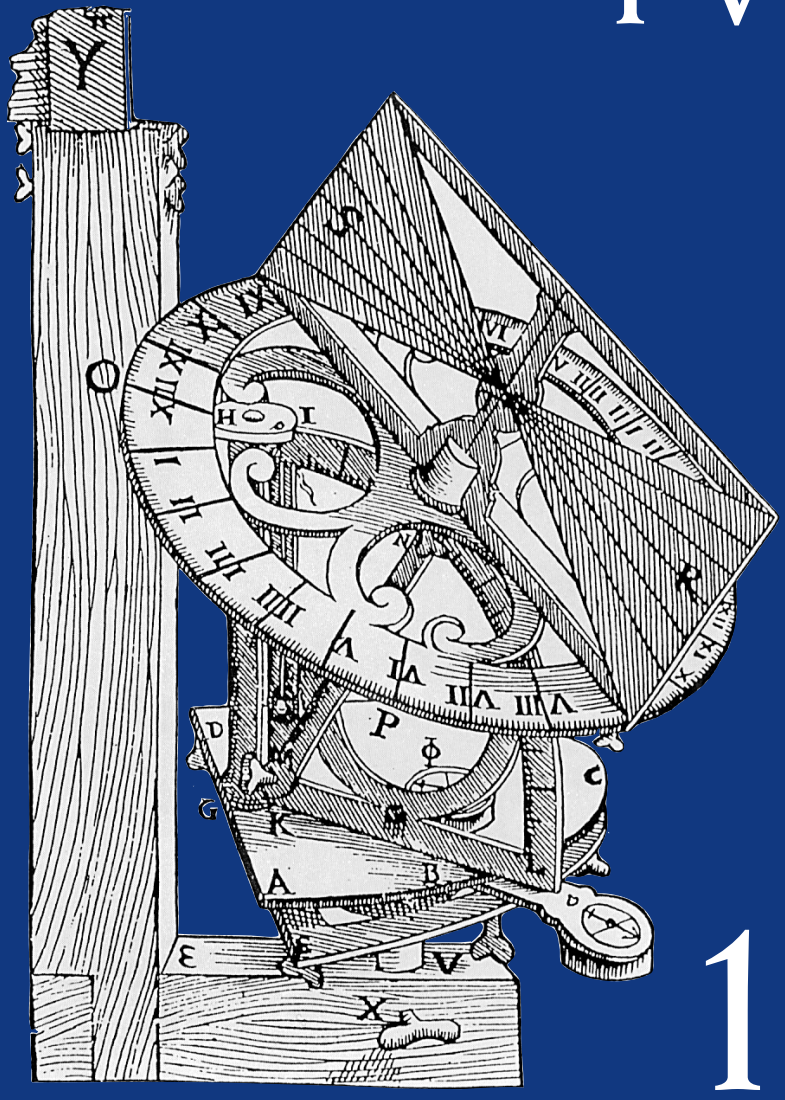
IVS FVGIT

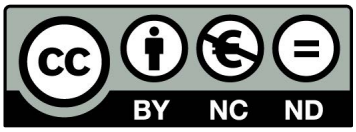


18

REVISTA DE CULTURA JURÍDICA

INSTITUCIÓN FERNANDO EL CATÓLICO

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/3469



Esta obra está sujeta a la licencia CC BY-NC-ND 4.0 Internacional de Creative Commons que determina lo siguiente:

- BY (Reconocimiento): Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.

- NC (No comercial): La explotación de la obra queda limitada a usos no comerciales.

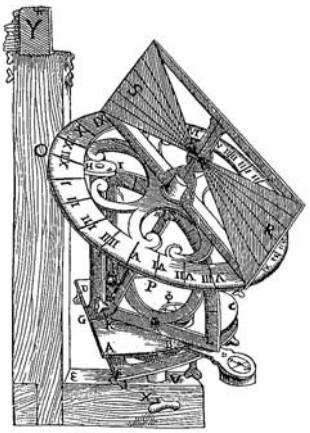
- ND (Sin obras derivadas): La autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada.

Para ver una copia de esta licencia, visite https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es.

IVS FVGIT

Revista de Cultura Jurídica

vol. 18 (2015)



DIRECTOR
Dr. José María Pérez Collados
Universidad de Girona (España)

SUBDIRECTOR
Dr. Manuel Vial Dumas
Universitat Oberta de Catalunya (España)

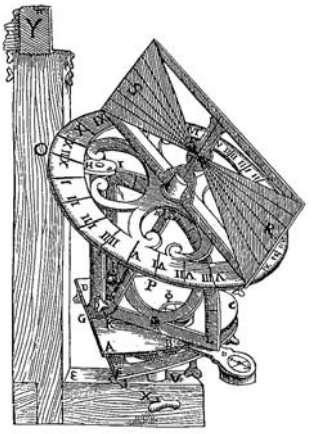
CONSEJO ASESOR
Dr. Louis Assier-Andrieu
CNRS Sciences Po, París (Francia)
Dr. Jordi Canal
EHESS, París (Francia)
Dr. Pierluigi Chiassoni
Università di Genova (Italia)
Dr. Ignacio Czeguhn
Freie Universität Berlin (Alemania)
Dr. Jordi Ferrer Beltrán
Universitat de Girona (España)
Dr. Carlos Forcadell
Universidad de Zaragoza (España)
Dra. Carol Greenhouse
Princeton University (EE. UU.)
Dr. Antonio Manuel Hespanha
Universidade Nova de Lisboa (Portugal)
Dr. Tomàs de Montagut
Universitat Pompeu Fabra (España)
Dra. Margarita Serna
Universidad de Cantabria (España)

COMITÉ EDITORIAL
Dr. Victor M. Uribe-Uran
Department of History Florida International University (EE. UU.)
Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman
Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Dr. Andrés Botero
Industrial University of Santander (Colombia)
Dr. Ramón Narváez
Universidad Nacional Autónoma de México (México)
Dra. Stefania Giombini
Associazione Achille e la Tartaruga (Italia)

IVS FVGIT

Revista de Cultura Jurídica

vol. 18 (2015)



Institución Fernando el Católico
Excma. Diputación de Zaragoza
Zaragoza, 2015

La correspondencia postal deberá dirigirse a: *Ivs Fvgit*, Revista de Cultura Jurídica. Institución Fernando el Católico. Plaza de España, 2. 50071 Zaragoza. Los trabajos presentados para su publicación en la revista deberán remitirse a través de la página web: iusfugit.com

La Redacción no suscribe necesariamente las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Publicación número 3408
de la
Institución Fernando el Católico
Organismo autónomo de la
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 Zaragoza (España)
Tels. [34] 976 28 88 78/79
ifc@dpz.es
http://ifc.dpz.es

© De los textos, los autores

© De la presente edición, Institución Fernando el Católico

ISSN: 1132-8975

Depósito Legal: Z-3.402/2003

Preimpresión: Ebro Composición, S. L. Zaragoza

Imprime: Huella Digital, S. L.

IMPRESO EN ESPAÑA - UNIÓN EUROPEA

ÍNDICE

Págs.

Presentación

«La tercera época de Ius Fugit», por José María Pérez Collados. 7

Estudios

Ignasi Terradas Saborit, «Paul Vinogradoff (1854-1925) y la Antropología Jurídica» . 11

Manuel Artaza, «La Ciencia Política, la Historia y las Instituciones». 45

Giovanni Battista Ratti, «La ciencia jurídica según Harold Berman» 75

Mónica Duarte Dantas, «Popular Protest, Citizenship and State Building in 19th Century Brazil» 91

Alfons Aragoneses, «Polishing the Past? The Memories of Deportation and the Holocaust in Spanish Law and society» 125

Manuel Vial, «Notas sobre el Matrimonio en el oriente y occidente cristiano durante la Antigüedad tardía y el alto Medioevo» 141

Natalia Elisa Stringini, «La pena de muerte según los intelectuales de Buenos Aires durante la década de 1820. El aporte de Valentín Alsina». 167

Traducciones

Wolfgang Sellert, «James Paul Goldschmidt (1874-1940). Un eminente procesalista (civil y penal)». Traducción y comentario a cargo de José Balcázar Quiroz . . 191

Homenaje

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, «Memoria de un gran maestro: Eduardo García de Enterría» 219

Resúmenes/Abstracts 229

Colaboradores 237

Normas de edición/Editorial standards 239

Ivs Fvgit, 18, 2015, pp. 7-8
ISSN: 1132-8975

PRESENTACIÓN

Por tercera vez en una trayectoria que supera los veinte años ininterrumpidos, la revista Ius Fugit modifica su orientación temática e inicia una nueva época.

Ius Fugit comenzó siendo una revista interdisciplinar de Historia del Derecho. En aquellos tiempos, comienzos de los años noventa, la historia jurídica se cultivaba con cierto aislamiento en relación con otras disciplinas (sobre todo las históricas), y consideramos que estaba muy justificado fundar una publicación periódica que sirviera de lugar de encuentro entre los historiadores del derecho y los medievalistas, los modernistas y los historiadores de la época contemporánea, sin olvidar a los romanistas y los filósofos del Derecho. Fueron unos años en los que la revista se abrió mucho a un mundo ahora muy transitado, pero que entonces era más lejano, Hispanoamérica.

Tras diez años de camino, en 2001 y coincidiendo con mi traslado a la Universidad catalana consideramos que la personalidad de la revista debía actualizarse para cumplir una nueva labor. La interdisciplinariedad era ya una realidad académica en el ámbito histórico-jurídico y sentimos que el proyecto debía reencauzarse en un triple sentido: la revista debía incorporarse al fenómeno digital y ofrecerse en línea sin abandonar el formato de papel; la revista debía adoptar la fórmula del tema monográfico y, en tercer lugar, debíamos acotar el campo temático de la revista a un asunto que mereciera muy especialmente la atención, optando por la historia del Derecho de los antiguos territorios de la Corona de Aragón. Dada la dificultad de la empresa modificamos la periodicidad de la revista, que pasó a ser bienal.

Con este nueva perspectiva publicamos un primer monográfico dedicado a las *Cortes Generales de la Corona de Aragón*, otro dedicado a estudiar la profesión de los *Notarios y los Juristas en la Corona de Aragón*, un tercero titulado *Guerra de Sucesión. Reforma universitaria e imposiciones borbónicas*. Un cuarto titulado *Los Derechos Históricos y la España viable*; un quinto que se dedicó a *Los Derechos Históricos y las fórmulas de autonomía* y otro monográfico dedicado a estudiar *Las Alegaciones en Derecho.*

En estos momentos, y tras la referida labor realizada durante los últimos catorce años, hemos llegado a la conclusión de que la revista debe iniciar una tercera época que vendrá definida por los siguientes aspectos: la revista vuelve a ser anual, fijando el mes de octubre como su fecha de edición, y manteniendo su formato en papel y en línea. Abandonamos la política de que Ius Fugit sea una revista que aborde un tema monográfico en cada número. Será posible (o, incluso, habitual) que nuestra revista publique un dossier temático, pero su contenido vuelve a ser abierto. La temática básica de la revista deja de ser la historia del derecho de los antiguos territorios de la Corona de Aragón y pasa a ser la cultura jurídica de modo que la revista pasa a denominarse *Ius Fugit. Revista de Cultura Jurídica.*

La cultura jurídica constituye el punto de encuentro de todos los sectores del ordenamiento jurídico y, muy especialmente, de la historia y la filosofía del Derecho. En la cultura jurídica la historia del derecho halla un sentido enormemente relevante: estudiar la tradición y el sentido de las instituciones jurídicas, evaluar la búsqueda histórica de justicia que subyace en el derecho. Y ello nos impone vínculos con ámbitos del Derecho hasta ahora poco transitados, como la antropología jurídica, el multiculturalismo, la teoría del Derecho, así como habilita un renovado lugar de encuentro con el resto de las ciencias jurídicas.

Otro de los objetivos de la nueva época de Ius Fugit ha sido incorporar la revista a los actuales índices académicos y lograr su internacionalización. Para ello hemos renovado el Consejo de Redacción y de Edición, internacionalizándolo, hemos establecido una plataforma web (iusfugit.com) para tramitar la evaluación y edición de los manuscritos que vayan llegando a la Redacción, nos hemos incorporado a diversos grupos internacionales de cultura jurídica y hemos cambiado los idiomas de la revista, que pasan a ser el castellano y el inglés, habilitando, además, una nueva sección en la revista, «Traducciones», en la que se traducirán a una de estas dos lenguas trabajos que consideremos de interés para la cultura jurídica.

Quisiera dar las gracias, al comienzo de esta nueva etapa, a los amigos que nos han ayudado hasta ahora en este ya largo camino, tanto siendo parte de los Consejos de Redacción de la revista, como al confiarnos sus textos e investigaciones. Y a la Institución Fernando el Católico que, desde el principio, ha constituido el sólido apoyo de esta empresa colectiva de Historia del Derecho.

José María Pérez Collados
Director

ESTUDIOS

Ivs Fvgit, 18, 2015, pp. 11-43
ISSN: 1132-8975

PAUL VINOGRADOFF (1854-1925) Y LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

Ignasi Terradas Saborit
Universidad de Barcelona

INTRODUCCIÓN

Podemos considerar a Pável Gavrilovich Vinogradoff[1] como uno de los principales valedores de la perspectiva básica que debe observar una Antropología jurídica. Antes, creo interesante destacar de su biografía varios de los compromisos que asumió, entre una praxis como responsable profesor y ciudadano, y sus teorías jurisprudenciales, fundamentadas en costumbres de economía «popular» que diría Costa y en proyectos morales de convivencia social. Así, fue notorio su interés por las reformas pedagógicas, en vistas a que la educación elemental resultara accesible a todos los niños moscovitas (en 1898). Se esmeró también en la provisión de textos de historia para la educación secundaria, con un componente importante de historia social (en 1896). Se opuso con energía al estado de excepción en que se hallaba la Universidad de Moscú, con la prohibición de cualquier forma de organización estudiantil, cosa que exacerbaba los ánimos y producía un malestar que impedía la dedicación al estudio y la comunicación universitaria franca y fluida. Contra ello, Vinogradoff lideró un proyecto de conciliación –permitiendo el asociacionismo estudiantil– el cual acabó siendo

[1] Él mismo decidió anglicanizar su nombre: Paul Vinogradoff. Nació en Kostroma (Rusia) en 1854 y murió en la Clínica Médica de París el 19 de Diciembre de 1925. Se encontraba allí con motivo de un *Honoris causa* en la Universidad. Para adentrarse en su biografía: F. M. POWICKE, 1926; H.A.L. FISHER, 1927; M. T. FLORINSKY, 1928; W.E BUTLER y V. A TOMSINOV, 2009.

rechazado con rudeza por el Ministerio de Educación. Tal circunstancia hizo que dimitiera por primera vez en 1901: declaró que era imposible trabajar en aquellas condiciones. Se trasladó a Inglaterra donde pronto fue nombrado en Oxford, *Corpus*[2] *Professor* de Jurisprudencia, en 1903. Sus predecesores en la misma cátedra habían sido Frederick Pollock y Henry Maine. En Oxford inició algunas reformas pedagógicas, desarrollando una versión más democrática de los seminarios alemanes, que pronto se extendió a muchos estudios ingleses de posgrado. Desde 1907 pudo ofrecer cursos alternados entre Oxford y Moscú, lo cual supuso un enriquecimiento del conocimiento comparado, tanto a nivel de fuentes debatidas como de diálogos universitarios. Mostró un gran interés e hizo esfuerzos encomiables para tratar varias cuestiones contemporáneas de primer orden: el Derecho frente a la guerra y la paz, la problemática creación de la Sociedad de Naciones, la eficacia del derecho internacional, la Revolución rusa ante la democracia, la justicia social y el despotismo[3]. El gobierno reformista de Stolypin le propuso en 1906 como nuevo Ministro de Educación, pero no llegó a aceptar el nombramiento, puesto que el Gobierno no accedió a algunas de las condiciones que él había solicitado para su desempeño, como la supresión de las cuotas antisemitas en la Universidad. En 1918 el Estado soviético le expropió sus bienes y acabó renunciando a la ciudadanía rusa. Se quejaba de los excesos despóticos de la toma del poder por parte de los soviets. Hay que decir que en general sus biógrafos ingleses, norteamericanos y postsoviéticos acentúan su personalidad política liberal, aunque él hubiera vaticinado claramente en su obra, como un avance de justicia y razón, el advenimiento de una jurisprudencia socialista, después de un periodo fuertemente marcado por el individualismo.

Si leemos sus publicaciones con atención, creo que podemos darnos cuenta de que Vinogradoff ha contribuido a la Antropología jurídica, no tanto por su evolucionismo tardío[4] sino gracias a un realismo jurisprudencial de fundamentación moral. En su obra establece una relación estrecha y consistente entre derecho y moral, entre justicia, usos y costumbres. Siempre tiene presente el contexto social de los datos jurídicos. Hace ver como el mismo derecho positivo se introduce *históricamente*, y no solo a través de exigencias jurídicas, sino también morales. Y como el positivismo jurídico, una vez establecido en su cerrazón dogmática, puede ser superado fácilmente sosteniendo relaciones críticas entre el derecho, la sociedad y la justicia. Vinogradoff no cesa en defender, con una teoría a las antípodas de Austin, la creación de un derecho comprehensivo como necesidad social y como cultura ética, no como interés y volun-

---

2 Por el nombre del *College*: Corpus Christi.

3 Cf. W. E. BUTLER, 2009 y P. VINOGRADOFF (Ed.), 1928-1932.

4 Así no voy a considerar los esquemas evolucionistas de Vinogradoff *tout court* sino en relación con otras de sus aportaciones que contribuyen a cuestiones básicas de la Antropología jurídica.

tad del poder. Si su visión no triunfó sobre la de Austin y los positivistas, no es justo atribuir el fracaso a un supuesto defecto de su obra, como se ha dicho[5], sino a lo que él mismo conocía muy bien: el secuestro de la *Common Law* por los poderosos intereses materiales del capitalismo contemporáneo[6]. Pero la perspectiva original de Vinogradoff se discierne más claramente cuando se la sitúa en la relación entre el Derecho y las Ciencias Sociales –especialmente con la Historia influida por las Ciencias sociales– como hace Peter Gatrell[7]. En este sentido destacamos el redescubrimiento de Vinogradoff por Rodney Hilton[8] cuando lo asocia con Marc Bloch, al establecer estrechos vínculos entre instituciones jurídicas y vida social. Así justifica la influencia de ambos historiadores sobre sociólogos y antropólogos, como Teodor Shanin o Jack Goody[9]. Pero aun así, Hilton, veía, con cierta razón, que Vinogradoff era aprovechado por la Historia Social, la Antropología y la Sociología históricas más como proveedor de datos empíricos que como teórico de primer orden que –añado– podía generar toda una Antropología jurídica. En este sentido solo ha contado en general con pobres reduccionismos de su obra al esquema evolucionista de su primer volumen de los *Outlines* y poca cosa más[10]. Sin embargo hay conceptos clave en la obra de Vinogradoff que requieren una revisión profunda de implícitos y precipitados teóricos de la Antropología Social y Jurídica. Así ocurre por ejemplo con el concepto de costumbre que Vinogradoff presenta como un *derecho social*, independiente de poderes políticos y legislativos[11]. Esta y otras consideraciones no han sido asumidas como tales en la revisión antropológico-jurídica de su obra.

---

5 Cf. N. O'BRIEN 2008. Esta visión excluye la originalidad de Vinogradoff. Se obstina en no ver más allá de los postulados historicistas o analíticos de los juristas de la época, y se resiste a salir de la disyuntiva: «Vinogradoff sits rather uncomfortably between the two, an intellectual bridge between historical jurisprudence and legal history» (O'BRIEN 2008, 59). Peter Gatrell sabido apreciar la originalidad de la obra de Vinogradoff y ha descubierto al mismo tiempo una pluralidad de influencias –rusas, francesas, inglesas y alemanas– con respuestas muy elaboradas.

6 Precisamente Vinogradoff consideraba que la jurisprudencia austiniana estaba siendo superada históricamente gracias a la emergencia de nuevos derechos sociales: «The doctrine represented by old jurisprudence so well known in England and the United States from the works of Austin and of his followers can hardly be maintained in view of the staggering advance of new social formations, for instance, of the labour unions, which began as illegal combinations, almost conspiracies, and have grown to be one of the most powerful factors in the social arrangements of the present day». (P. VINOGRADOFF 1920a).

7 P. GATRELL, 1982.

8 R. HILTON, 1975, 4.

9 Jack GOODY (1963) sigue a Maitland y Vinogradoff sobre las peculiaridades de la historia medieval inglesa para hacer frente a la cuestión del «feudalismo africano». El autor de este artículo tuvo conocimiento de la obra de Vinogradoff y fue instado a estudiarlo precisamente por Teodor Shanin en Manchester en 1974.

10 Cf. L. POSPISIL, 1971.

11 Tema clave de su obra *Villainage in England* (1892). Ello supone una perspectiva, en parte complementaria, y en parte alternativa a la «Economía moral» de Edward THOMPSON,

El conjunto de la obra de Vinogradoff viene caracterizado por un itinerario holístico que no cesa de vincular derecho con sociedad, perfilando varias culturas jurídicas *históricas*, eso, insisto, a pesar de sus esquemas evolucionistas. Para tomar conciencia de ello conviene fijarse más en el segundo volumen de sus *Outlines of Historical Jurisprudence*[12] dedicado a la jurisprudencia de la *polis* griega. En este volumen considera diversas interrelaciones entre normas legales, procedimientos judiciales y extrajudiciales, ideas filosóficas, moral social, valores religiosos y éticos, usos sociales, derechos consuetudinarios e instituciones políticas. Con este enfoque no resulta extraño que el mismo autor hubiera desarrollado una perspectiva filosófica sobre el sentido común como referencia epistemológica para el Derecho[13], cuestión a su vez estrechamente ligada a su idea de la moral como fuente de derecho[14].

EL SENTIDO COMÚN EN EL DERECHO SEGÚN VINOGRADOFF

Qué entiende Vinogradoff por sentido común en relación con el Derecho, concepto clave de su libro *Common Sense in Law*[15]? En principio conviene decir que su libro va dirigido al público británico y que allí la noción de sentido común goza de una tradición filosófica particular desde Locke y los moralistas británicos. Se trata de una noción que vincula cierta filosofía de la percepción y el conocimiento con la filosofía moral y política[16]. Se trata de articular la percepción,

---

puesto que la noción de derecho social en la costumbre implica una cultura jurídica propia y no solamente una convención económica respaldada por una idea moral.

12 P. VINOGRADOFF, 1922.

13 P. VINOGRADOFF, 1913.

14 Así Vinogradoff se integra con originalidad en la relación entre Filosofía y Derecho, tomando una Antropología como puente. No es casualidad que Vinogradoff estableciera antropológicamente un derecho social en la costumbre y ello le obligara a ver al campesinado con mayor autonomía, de forma muy análoga a la del «muy joven» Marx, que cuando lo hizo, elaboró, casi sin darse cuenta, un concepto moral y jurídico de clase social. (Véase al respecto la lectura de sus artículos críticos sobre la ley del «robo de leña» hecha por M. XIFARAS. 2002).

15 P. VINOGRADOFF, 1913.

16 Lord Shaftesbury nos proporciona claramente dicha concepción: «As for us BRITONS, thank Heaven, we have a better Sense of Government deliver'd to us from our Ancestors. We have the notion of a PUBLICK and a CONSTITUTION; how a Legislative, and how an Executive is model'd. We understand Weight and Measure in this kind, and can reason justly on the Ballance of Power and Property. The Maxims we draw from hence, are as evident as those in Mathematicks. Our increasing Knowledge shews us every day, more and more, what COMMON SENSE is in Politicks: And this must of necessity lead us to understand a like Sense in Morals; which is the Foundation» (Sic, en: D. H. MONRO, ed., 1972, 96). La noción que vincula los principios «innatos» y «no innatos» del conocimiento filosófico y moral se encuentra en los primeros capítulos de J. LOCKE (1981) (1690). No hay que confundir esta

socialmente compartida, de hechos empíricos con juicios morales sobre otros hechos, los cuales, al seguir un itinerario lógico-empírico análogo, se supone que deben contenerse en un espacio de sensatez. Vinogradoff recoge esa noción tradicional junto con algunas nuevas características. Considera que en principio todo el mundo tiene alguna representación del derecho, porque cada cual, de un modo u otro, debe atenerse a su derecho y respetar los derechos de los demás en un sinfín de detalles de la vida cotidiana. Así, el derecho no es concebido como algo extraordinario que solo se atiende cuando se va a un abogado o a los tribunales. El derecho permea hasta los mínimos detalles de la vida cotidiana de forma explícita o implícita. Hay que admitir que existe una noción compartida del derecho que *es vivida* cotidianamente. Es decir que es vivida forzosamente, y puede ser pensada conscientemente, intuida, o quedar implícita en la relación social, cuando no se tiene conciencia de la misma. Es así como el derecho se manifiesta socialmente como un sentido común[17]. Al mismo tiempo, Vinogradoff sostiene la importancia de la opinión pública[18] *–cuando deriva de este sentido común–* como un poder capaz de crear y modificar el derecho[19]. Afirma que las operaciones del pensamiento sobre el derecho pertenecen en lo sustancial al dominio del sentido común (sin ese referente ni el filósofo puede convencer, precisamente convence por recorrer un itinerario que alcanza ese sentido común de un modo más certero o lúcido) y que como ocurre con los de la Economía política son muy simples, y todo el mundo puede comprenderlos. Son las particularidades abstractas de los ámbitos que se han desarrollado a partir de estos principios sencillos, que los han transformado en conceptos y razonamientos dificultosos.

Para Vinogradoff el Derecho, con todos sus entramados legales, forma parte de la organización de la sociedad. Por lo tanto debe entenderse la jurisprudencia como una rama de la ciencia social[20] y también moral. La Grecia antigua le servía a menudo de espejo para reconocer la fusión entre moral y derecho: «Con los

---

noción con ideas parecidas pero no iguales como la de «*bon sens*» en VAUVENARGUES (1981) (1747), la cual opone a la de «*esprit*», y dice que debe dominar el sentimiento y la argumentación en nombre de la razón y la experiencia.

17 Vinogradoff extrae también de Ehrlich esta noción de sentido común vinculada a la organización elemental de la sociedad: «law as a complex of rules of conduct depends primarily on the common-sense relations between members of social unions of various kinds; families, farms, workshop organizations, factories, trade associations, etc.» (P. VINOGRADOFF, 1920, 315).

18 Vinogradoff, constata la influencia de la opinión pública en casos como el de la Grecia clásica, en el que puede establecerse fácilmente la interrelación entre acusación, juicio y opinión pública (Cf. VINOGRADOFF, 1922, donde concluye: «In all departments of law stress was laid on public opinion, express or implied»).

19 P. VINOGRADOFF, 1913, 8.

20 «It is evident that legal arrangements are a variety of social organization, and that therefore jurisprudence is one of the branches of social science» (1922, 14).

griegos la conexión entre la ética y la administración de justicia era especialmente estrecha y producía resultados muy patentes»[21].

Para Vinogradoff no se puede pensar la interacción jurídica sin verla también como interacción social[22]. Las relaciones jurídicas se crean, se deshacen y se recrean también como relaciones sociales, aunque se enfatice su institución aparte. La lógica que domina es social y Vinogradoff lo defiende con el concepto «jural», con tal de significar la continuidad entre lo normativo social y lo normativo jurídico. Este mismo concepto será utilizado profusamente en Antropología Social por Meyer Fortes y tendrá cierta influencia especialmente en los años 1960. Vinogradoff retuvo el concepto de Ehrlich: «relaciones jurales corrientes en la interacción social»[23]. En la fusión entre lo social y lo moral y jurídico –glosado en lo *jural* como expresión del sentido común– se entiende que todo lo que puede pensarse como una reclamación, un deber o una obligación es de naturaleza radicalmente social antes que jurídica[24]. El recorrido de Vinogradoff resulta análogo al de quien ve la ley derivarse de la razón, pero de la razón que manifiesta una sociedad como tal, en su capacidad de convivencia. En ello reside el sentido común. Es sobre esta base de participación social que Vinogradoff fundamenta su Antropología o Sociología jurídica.

Esta naturaleza social del hecho jurídico le sirve a Vinogradoff para explicar el fenómeno de la propiedad. Es así como nos advierte –siguiendo a Maine– de que «los derechos sobre las cosas» son una ficción y que en realidad deberíamos hablar de los derechos que tratan de las cosas entre personas. Las cosas (materiales e inmateriales) no son más que los objetos o instrumentos de las relaciones entre los seres humanos[25]. No hay pues que olvidar que toda relación social y jurídica solo puede establecerse entre seres vivientes y que si se utiliza una «cosa» (idea, objeto, facultad, intención, etc.) de alguien hay que presuponer la realidad de su existencia. Por esa vía Vinogradoff podía haber alcanzado la teoría de la alienación de Marx, dándose cuenta de la alienación de cosas (como el trabajo) de la personalidad viva de los seres humanos. En este sentido la ficción jurídica de los derechos sobre las cosas intimaría, desde la antigüedad, una actitud alienadora: al

---

21 P. VINOGRADOFF, 1922, 265.

22 Cf. también: P. VINOGRADOFF, 1920.

23 Vid. VINOGRADOFF (1920a). Cf. también las notas de su alumno Willard BARBOUR (1922): «Law applied by the courts is insufficient to explain the juristic relations of society. Jural relations are wider. Take family settlement –many never in litigation…».

24 P. VINOGRADOFF, 1913, 65.

25 «It may be convenient for certain purposes to speak of rights over things, but in reality there can be only rights in respect of things against persons, in the same way as there are rights in respect of the use of one's labour or in respect of the use of somebody else's labour. Relations and intercourse arise exclusively between live beings; but goods as well as ideas are the object and the material of such relations», 1913, 68.

poder darse la cosa separada de una persona y a favor de su uso y «abuso» por parte de otra persona. El establecimiento de un derecho absoluto de propiedad privada habría precisado de esta alienación. Y así «alienar» significaría la *realización social* de la ficción de la existencia jurídica de las cosas con independencia de las personas, y, a la vez, de personas como cosas (el paradigma corresponde a los esclavos en lo mercantil)[26]. La condición de depender del derecho de otro (*alieni iuris*) correspondería a la misma ficción creada por el derecho de propiedad: existir como posesión y propiedad de otro tenía que traducirse jurídicamente como incapacitación jurídica del poseído, desposesión del ser como sujeto de derecho (*sui iuris*).

Para Vinogradoff la lógica jurídica va siempre fusionada con la moral, constituyéndose una *lógica moral* como la autoridad que lleva al juicio y a la justicia. Vinogradoff insiste sobre la fusión entre derecho y moral de acuerdo con la filosofía griega, en el sentido de que si el derecho pierde a determinada moral, pierde el poder de alcanzar la justicia. En esto diverge radicalmente de las tesis positivistas.

Pero la realidad histórica obliga a reconocer a Vinogradoff que el juicio moral no obtiene siempre una correspondencia con el juicio legal. Y aún más: este último debe valerse de ficciones jurídicas para alcanzar, si no el mismo fin moral, al menos un sucedáneo del mismo. Pone el ejemplo de cuando el derecho es capaz de reconocer daños patrimoniales indirectos y en cambio resulta incapaz de reconocer los daños morales directos. Puede ocurrir lo inverso cuando la indemnización por daños no ha lugar porque una razón de moral social que se tiene por superior (a veces puede establecerse por motivos políticos o ideológicos) se impone frente a una reclamación patrimonial. Esto significa que la moral desafía permanentemente al derecho[27].

Según Vinogradoff, el saber en los juicios debería estar presidido por la razón entendida en su sentido ético, orientada hacia un fin justo: es la acepción de lo «razonable»[28] en la jurisprudencia[29]. Vinogradoff vincula también el derecho con los casos de conciencia, y aprovecha la división de Kant entre lo que es y lo que debe ser, para fortalecer su visión de que lo que debe ser siempre se yuxtapone a lo que es. Por eso el juicio moral y el juicio empírico van juntos, y el derecho no puede sustraerse de esa constante operación humana.

---

26 Marcel Mauss ya dio cuenta de la dificultad moral para realizar la ficción de la alienación o desvinculación en términos absolutos de los patrimonios y como históricamente se tuvo que proceder por pasos rituales y juridificarse con derechos de retracto y tanteo. Cf. I. TERRADAS SABORIT, 2004.

27 P. VINOGRADOFF, 1913, 95 y 97, et passim.

28 Concepto que Gluckman aplicará conspicuamente (M. GLUCKMAN, 1963).

29 VINOGRADOFF, 1913, 16-19.

Con estas premisas, el sentido común en el derecho aparece como la facultad de desarrollar juicios conformes al ejercicio de una moral y a la experiencia empírica de la vida. Esta perspectiva se opone frontalmente a las teorías hobbesianas y austinianas del derecho como mandato del Soberano y como coerción del Estado[30]. Como contraejemplo, Vinogradoff contempla la jurisprudencia talmúdica, sin Soberano ni Estado propiamente dichos. Y señala que aquellas teorías tampoco permiten explicar el derecho en las sociedades con más de una jurisdicción en juego y con valores distintos (militares, eclesiásticos…). Entonces se ve aún más claramente el poder de los acuerdos y consensos morales entre distintos sectores de una misma sociedad en un contexto propio de cierto pluralismo jurídico. Porque para Vinogradoff el origen de las leyes y la necesidad de obedecerlas se hallan en el vínculo social. El derecho existe para facilitar la convivencia, no para satisfacer el poder de un soberano que lo ejerce con la intimidación de la fuerza. La frescura moral del derecho radica en su origen convivencial, periódicamente renovado. Y cuando otros poderes reemplazan el poder del acuerdo social, es que, o bien, la sociedad deshaciéndose de sí misma (a base de mucho individualismo) ya solo se reencuentra a través del poder extraordinario del Estado, o bien, se trata de que el Estado usurpa el poder que reside en la sociedad como tal.

Vinogradoff invita a reflexionar en la misma dirección cuando ocurre que una sentencia judicial no puede ser ejecutada por razones de hecho (desobediencia al poder judicial por un poder de hecho, pudiendo ser el mismo poder ejecutivo; o cuando este legisla para poder desobedecer una sentencia en ciernes, y también en los casos de insolvencia o incapacidad del culpable para cumplir con la sentencia). En estos casos la justicia queda solo en su pronunciamiento, en una verdad judicial sin ejecutarse en la vida de las personas. Pero precisamente para Vinogradoff esa es, en suficiencia, la esencia (moral) del derecho. Un veredicto cuya transformación en ejecución fáctica para la vida humana puede tener consecuencias contradictorias con la intencionalidad justa del mismo veredicto[31].

Ahora bien, en la realidad histórica, existe el derecho como fenómeno basado en la coerción y sometido a poderes arbitrarios. Lo que Vinogradoff quiere indicar es que a pesar de que el derecho halla a menudo su manifestación a través de la

---

[30] P. VINOGRADOFF, 1913, 30-31. Vinogradoff critica las incongruencias de la teoría austiniana del derecho, especialmente la definición del derecho como una serie de mandatos del Soberano, la cual se revela incapaz para poder hacer también del mismo derecho un principio de acción para el propio soberano. Sin embargo, la historia está repleta de ejemplos que limitan y fuerzan los poderes de los máximos mandatarios a cumplir ellos también con el derecho, 1913, 37-39.

[31] En este sentido Vinogradoff parece intuir el tema de la disyuntiva entre la autosuficiencia del proceso judicial y su inserción o aplicación en la vida de las personas, desarrollado por SATTA (1994).

coacción directa, en eso no reside la esencia de la relación jurídica[32]. El reconocimiento de la conciencia personal y de la opinión pública (en el sentido de Vinogradoff) son necesarios para que el derecho pueda razonarse, pensarse en modos consistentes y progresivos. De otro modo solo ofrece enunciados estancos.

El punto de apoyo de la teoría jurídica de Vinogradoff descansa en un *reconocimiento (recognition)*, entendido como fenómeno social[33]. Es la necesidad de justicia, reconocida y satisfecha socialmente, que como forma y como contenido constituye entonces un sentido común (añadir social sería redundante)[34].

La base moral más neutra, ingenua o inofensiva del derecho como sentido común se halla en aquellos ordenamientos en los que se protege un bien común que se ha constituido sin luchas o conflictos morales o jurídicos. Vinogradoff pone el caso de la circulación de vehículos de motor. En ese ámbito el conflicto moral y jurídico solo puede surgir cuando por intereses egoístas se rechaza el orden previamente aceptado. Es como empezar a hacer trampas en un juego después de jugar con las reglas aceptadas por todos. Decir esto ya es una proposición de sentido común[35].

Para Vinogradoff el positivismo jurídico aparece como el exceso de un individualismo aislado de la sociedad. Lo contrasta con el antiguo derecho griego: «Esta tendencia aislacionista del individuo está notablemente ausente en la Ciudad-estado griega. Esta no se concebía como un agregado de individuos, sino que estaba constituida por grupos de parientes con poderosos vínculos, fortificados con intereses comunes y con una religión en común»[36]. El individualismo surge en derecho romano al desarrollarse enormemente el apartado de las responsabilidades entre dueños de patrimonios, y constituirse este ámbito como guía general de lo que se entenderá luego como derecho privado.

---

32 «… direct coercion… though commonly present, it is not absolutely necessary to constitute a legal rule; and that while we may look upon it as the most convenient means for enforcing law, we cannot regard it as the essence of legal relation. Clearly it has to be supplemented by restraints based on personal recognition and on public opinion» (VINOGRADOFF, 1913, 42).

33 VINOGRADOFF, 1913, 39. Vinogradoff afirmaba que en la antigua Grecia era precisamente la conjugación de valores morales y de sentido común, por una parte, y con unos tribunales constituidos con muchos jueces/jurado por otra, las cosas que posibilitaban una justicia democrática propiamente dicha, sin olvidar el hecho de que la opinión pública podía comprender el lenguaje del derecho. No habían excesivos tecnicismos y la retórica jurídica era bastante conocida y accesible (VINOGRADOFF, 1922, 11).

34 En la cultura jurídica de la Grecia clásica la acción de la justicia era percibida como una *ananqué*, una necesidad ineluctable dictada por una profunda consciencia moral y jurídica de lo justo, o por una equidad heroica, expresada a menudo en la Tragedia como ley divina.

35 Nótese el sabor wittgensteniano de esas ideas.

36 P. VINOGRADOFF (1922, 85) constata en diversas ocasiones la importancia de la religión en varias civilizaciones. Para la Grecia antigua señala la presencia de la religión como garantía de varios actos jurídicos, especialmente del juramento, de modo análogo a como Maquiavelo lo había enfatizado en sus *Discursos* (1922, 162) y destaca también la importante relación entre juicios de homicidios y rituales de purificación (1922, 185 y 209).

Vinogradoff trata la religión griega en estrecha correspondencia con los intereses de la familia. Se acerca mucho a la tesis de Fustel de Coulanges pero no acepta su determinismo religioso, en el sentido de explicar la necesidad del culto a los antepasados como causa de la sustancia económica y jurídica de la propiedad del fundo. Pero sí que interpreta la religión como símbolo de los intereses de la familia, aunque no únicamente de los económicos[37].

Al igual que Llewellyn con su teoría de los *law jobs*[38], Vinogradoff contempla el derecho como la necesidad de un orden para la vida social, pero de un orden con sentido para la cohesión social, y por ello preventivo de conflictos. Es la necesidad de regularidad y continuidad la que crea el derecho como un rostro en el que puede reconocerse la sociedad, y no como una estructura que se le sobreimpone. También, como Llewellyn, se fija en los casos conflictivos para conocer mejor las necesidades del flujo de la vida social[39], aunque no se detiene a desarrollar una metodología para su estudio como hizo Llewellyn.

El sentido común aparece también en Vinogradoff como la reflexión que se construye a partir de los casos más notables o frecuentes. De este modo puede tratarse a todos los demás según aproximaciones ponderadas. Por ejemplo, cuando trata de la tutela de los menores y de la protección de sus intereses, nos advierte que el derecho no ha de actuar según todos los tipos posibles de pensamientos y voluntades, sino de acuerdo con la voluntad y el pensamiento que se consideran característicos del sujeto común en la defensa de sus derechos. Es decir, que hay que proteger los derechos y los intereses de un menor de acuerdo con la idea de que la ley atribuye este rol protector a quienes quisieran que se les protegiera del mismo modo si se encontraran en la misma situación[40].

El sentido común según Vinogradoff aparece del mismo modo cuando ocurre un conflicto entre la «premisa mayor» de una ley y la «premisa menor» del caso particular. Si la premisa mayor de una ley corresponde a lo que se tiene por derecho común y el caso se juzga de acuerdo con este derecho, entonces podemos decir que el sentido común aprueba la aplicación de la ley, y así resulta percibida como una costumbre. Es esta percepción de la ley como costumbre la que la hace aceptable para el sentido común[41]. Y si el caso particular transforma el juicio en una creación de derecho, entonces se trata de un *leading case,* el cual constituye un paradigma

---

37 «In the solution of this problem considerations of defense, of co-operation, of capital outlay, certainly play a great part, and the religious sanctification of the relations arising on the land, although by no means a negligible factor, serves chiefly to embody and to vivify group conceptions which would otherwise remain abstract and utilitarian» (P. VINOGRADOFF, 1922, 207).

38 Cf. K.N LLEWELLYN y E.A. HOEBEL, 1941.

39 P. VINOGRADOFF, 1913, 15.

40 P. VINOGRADOFF, 1913, 72.

41 Se trata de un razonamiento muy parecido al de Joaquín COSTA, 1908.

de razón jurídica para los nuevos casos, igual que si fuera una ley o un derecho común[42]. Y hay que tener presente que Vinogradoff considera los casos con algunos desacuerdos entre jurisdicciones y entre jueces de un mismo tribunal.

Vinogradoff reflexiona sobre la historia del reconocimiento de la responsabilidad civil de una empresa respecto a sus empleados[43]. En este sentido observa una interrelación viva y progresiva entre la opinión pública (reivindicativa) y la doctrina legal. La clave de la cuestión se halla, tal como él mismo destaca, en el hecho de que estos conflictos implican «intereses materiales inmensos». En este sentido sus sospechas quedarían confirmadas si hubiera podido analizar la ley británica del 2007 sobre el «homicidio empresarial» (*corporate homicide*). Porque esta ley, a la vez que acepta una responsabilidad que atribuye a la constitución de la empresa, en términos de su cultura u organización, establece una prueba muy difícil para juzgarla (*a gross breach in the relevant duty of care*)[44].

Vinogradoff sostiene que la intervención más cualificada del sentido común en el derecho es la que se da a favor de la equidad según el caso. Parte de la noción de Aristóteles (*epiqueya*). Según Vinogradoff la intervención del principio de equidad da como resultado un juicio que se establece como si fuera una proposición del legislador[45]. Muestra como la justicia de equidad se impone con la ayuda del sentido común en el derecho de familia, cuando por ejemplo, se buscan herederos por un defecto de las leyes frente a circunstancias comunes. O da cuenta también de cómo en el derecho internacional cada caso requiere «el sentido común, una cierta mundología y familiaridad con el derecho extranjero»[46]. También observa el caso de cómo la equidad se impuso en el derecho señorial cuando en Inglaterra, a partir del siglo XV, los magistrados reales comenzaron a intervenir en los conflictos entre señores indolentes y campesinos oprimidos, transformando el precario del *villainage* en derecho de *copyhold*[47]. Vinogradoff observa también las ficciones jurídicas que tratan de establecer la equidad en las relaciones humanas, de acuerdo con las situaciones de hecho y la igualdad de derecho. De este modo considera la ficción jurídica según la cual los bienes de una esposa recaen en la curatela de un fiduciario –quien debe protegerlos para que estén a disposición de la mujer– con lo cual, de hecho, se constituyen como su propiedad disponible. De este modo –mediante la ficción jurídica– se consigue una autonomía de hecho de la mujer, manteniendo la ficción de derecho correspondiente a la figura del marido como paterfamilias[48].

---

42 P. VINOGRADOFF, 1913, 189 y ss.
43 P. VINOGRADOFF, 1913, 192 y ss.
44 Cf. I. TERRADAS, 2011.
45 P. VINOGRADOFF, 1913, 233.
46 P. VINOGRADOFF, 1913, 213.
47 P. VINOGRADOFF, 1913, 216 y ss.
48 «Property given to a trustee for the "separate use" of a woman, whether before or after marriage, is her separate property, that is, it is property which does not in any way belong to

En las últimas páginas de su *Common–sense in Law* Vinogradoff yuxtapone la equidad y el derecho natural. Sostiene que hay que considerar el derecho natural como la ficción del derecho que se tiene por universal porque conviene a la mayoría de pueblos y gentes de la Tierra. Primero será el *Jus Gentium,* después los primeros desarrollos medievales del derecho común, más tarde los debates judiciales ante los desafíos coloniales, hasta alcanzar la doctrina de los derechos humanos que desarrollarán algunas prácticas del derecho natural. En esta dirección Vinogradoff reflexiona particularmente sobre la cuestión de la esclavitud como un gran desafío histórico para la realización judicial del derecho natural. Al mismo tiempo constata que las teorías más sociológicas del derecho son las que cuidan de que se realicen los bienes jurídicos solicitados por los defensores del derecho natural. De este modo resulta que la teoría del contrato social resulta idónea como vínculo fundador de una sociedad entre personas libres, la cual constituye la crítica más radical de la esclavitud. Así, lo que en principio parece ser una idea filosófica, deviene histórica y vivida socialmente. Es la historia hecha por seres humanos concretos la que crea los bienes jurídicos del derecho natural, no a la inversa. Y para lo demás, según Vinogradoff, no existe derecho natural. Así, después de satisfacer al derecho consuetudinario y la jurisprudencia realista, ya no queda nada más para constituirse como derecho natural. Siguiendo en esta dirección, Vinogradoff se pregunta, por ejemplo, cómo podría pretenderse un derecho natural de la familia[49]. Como buen antropólogo Vinogradoff pregunta si se fundaría la naturaleza del vínculo familiar sobre la poligamia, la monogamia contractual o canónica, la libertad de pareja, el eugenismo, etc.[50]

---

the husband. At common law, indeed, it is the property of the trustee, but it is property which he is bound in equity to deal with according to the terms of the trust, and therefore in accordance with the wishes or directions of the woman. Here we have constituted the "separate property" or the "separate estate" of a married woman…..The Court of Chancery having thus created separate property for a married woman, by degrees worked out to its full result the idea that a trustee must deal with the property of a married woman in accordance with her directions. Thus the Court gave her the power to give away or sell her separate property, as also to leave it to whomsoever she wished by will, and further enabled her to charge it with her contracts» (P. VINOGRADOFF, 1913, 230).

49 P. VINOGRADOFF, 1913, 242.

50 Vinogradoff había expresado más de una vez sus dudas sobre una declaración universal de los derechos humanos. En principio constataba que la pretendida universalidad de la jurisprudencia de su época no podía sustraerse de su compromiso con el individualismo como producto histórico y limitado. Al mismo tiempo ponía en evidencia las dificultades de base del civilismo jurídico etnocéntrico frente a fenómenos como las poliandrias y las poliginias (y aun otras combinaciones) que constituyen *costumbres regulares* (instituciones pues) en otras sociedades (P. VINOGRADOFF, 1920, 173). Si Vinogradoff viviera en la actualidad podría observar que la monogamia resulta más aceptable en nuestras sociedades, incluso para matrimonios homosexuales o para uniones no heterosexuales en general, que las poliginias o poliandrias heterosexuales. Es decir, que la institución del matrimonio monógamo es mucho más hegemónica jurídicamente, incluso con parejas de distintas identidades, expresiones y orientaciones sexuales, que las formas alternativas a la monogamia.

Vinogradoff duda del valor metahistórico de muchos axiomas «naturales» para diferentes escuelas de derecho: así da cuenta de que los axiomas del individualismo y la propiedad privada pueden desaparecer como tales en el socialismo y que no se puede pretender que una u otra tendencia esté más cerca de la naturaleza. Lo mismo sostiene para el derecho penal: no existe una opinión única sobre la base natural de un derecho penal supuestamente más acorde con la naturaleza. Vinogradoff concluye que de hecho los contenidos de un supuesto derecho natural cambian siempre y que es imposible reconocer un código único y permanente en el derecho natural[51]. Entiende que a menudo cuando se requiere el derecho natural es que en realidad la sociedad como tal critica el sistema de derecho positivo[52]. Este es un hecho con pleno significado histórico. Para cada época de la historia de la humanidad la búsqueda de justicia se enfrenta también a los ordenamientos jurídicos que la caracterizan[53]. Vinogradoff añade que la reforma y la revolución piden mucho más que doctrinas jurídicas, pero que cuando la doctrina pide un juicio crítico del derecho positivo, eso proporciona una fuerza que hay que tomar en consideración. Vinogradoff era particularmente sensible a dos demandas de este tipo. Una era la concerniente al empuje democrático que pedía transformaciones de un derecho positivo demasiado centrado en el individualismo, y para las cuales decía que no era necesario ser socialista para requerirlas[54]. La otra era la necesidad de que los ideales éticos transformaran el derecho positivo, de tal modo, que junto con otras demandas democráticas, pudieran transformar la sociedad, sin el impacto de una revolución social hecha con la violencia que Vinogradoff temía que ocurriera en Rusia, tal como manifestaba al final de su libro publicado en 1913. Resulta obvio que ambas cuestiones siguen siendo vigentes.

LA CRÍTICA DE VINOGRADOFF AL ETNOCENTRISMO[55] JURÍDICO

Vinogradoff era muy consciente de que una empresa de conocimiento jurídico universal debía enfrentarse al etnocentrismo. Es por ese motivo que sostuvo una crítica sistemática a la pretendida jurisprudencia universal creada en el siglo XIX. En ella, Vinogradoff no ve más que una jurisprudencia provinciana frente a la enorme variedad histórica de la humanidad. Para comenzar se pregunta: ¿si el derecho es

---

51 P. VINOGRADOFF, 1913, 244.
52 P. VINOGRADOFF, 1913, 244.
53 P. VINOGRADOFF, 1913, 245.
54 P. VINOGRADOFF, 1913, 246.
55 Considero la capacidad crítica frente al etnocentrismo uno de los resortes epistemológicos más decisivos de la Antropología Social y Jurídica, el cual se ve frecuentemente mermado por narcisismos culturales hegemónicos. Ha sido más bien un filósofo, Wittgenstein, quien ha desarrollado la fundamentación más sólida para dicha crítica (TERRADAS, 2012).

sólo un asunto del mundo civilizado, entonces cómo se ha definido este mundo? ¿Cuáles son sus referentes históricos? ¿Incluyen verdaderamente la civilización cristiana y la jurisprudencia romana? Y se pregunta también si Aristóteles y Platón gozan del mismo predicamento que los filósofos contemporáneos del derecho, y si las concepciones jurídicas islámicas y sánscritas son conocidas y tenidas en cuenta por la civilización que ha surgido en Europa. Vinogradoff piensa además en las sociedades llamadas primitivas, arcaicas, antiguas y medievales, en las cuales él hallaba respuestas significativas frente a modernas instituciones de derecho. En esta dirección se preguntaba: «¿No ha de ser importante para los juristas examinar los orígenes de las ideas de autoridad judicial, de sanción pública, de derecho privado, de propiedad[56], de posesión, de tratos de familia y de cooperación?»[57].

La propuesta de Vinogradoff es la de ser consecuente con el derecho comparado, no limitarlo a determinados países y Estados, los que resultan más familiares al jurista entrenado en el derecho positivo. ¿Cómo puede pretenderse universalidad siendo celosos de una unidad doctrinal incapaz de asomarse a otros principios de norma y procedimiento? Con las doctrinas jurídicas al uso solo pueden formularse teorías parciales y relativas sobre los universales jurídicos. Vinogradoff aprecia el esfuerzo kantiano y neokantiano, pero les falta el descubrimiento de lo que pertenece a otro mundo jurídico. Da cuenta –como todavía podría hacerlo hoy en día– de que los manuales de historia del derecho, si bien nos dan algunas ideas sobre derechos antiguos y primitivos, estos son tratados a lo sumo como exóticos, y no se entra en los desafíos que esos derechos ofrecen a un derecho tenido por superior, el cual se impone como el valor de una civilización más avanzada. Así, no se encaja el desafío que supone, por ejemplo, que entre los antiguos griegos la justicia se plantee como el destino necesario de todo derecho[58], o detenerse en las consecuencias sociológicas de la distinción entre posesión y propiedad entre los romanos, o que para los canonistas el delito deba ser tipificado primero como pecado, manifestándose así una relación específica entre moral religiosa y derecho[59]. Ahora podemos decir que todas esas concepciones, y muchas otras, constituyen desafíos capitales para la Antropo-

---

[56] El recorrido de Vinogradoff respecto a la propiedad es paralelo al de Malinowski (B. MALINOWSKI, 1935) quien, aunque admite la prevalencia de la oposición entre individualismo y socialismo en la civilización europea de su época, descubre el sentido de la reciprocidad y las responsabilidades colectivas en otras sociedades, sin menoscabo de iniciativas individuales, redefiniendo la «solidaridad mecánica» de Durkheim. En una dirección paralela, Vinogradoff da cuenta de la interrelación necesaria entre explotaciones agrarias familiares y organización comunal del trabajo (VINOGRADOFF, 1892) o entre las propiedades de los hombres libres y las responsabilidades públicas en la antigua Grecia, afirmando «el carácter público de la propiedad y la posesión» (VINOGRADOFF, 1922, 212, 266 et passim).

[57] P. VINOGRADOFF, 1920, 154.

[58] P. VINOGRADOFF, 1922, 19 et passim.

[59] P. VINOGRADOFF, 1920, 154.

logía jurídica, pero Vinogradoff pretendía más: que lo fueran de un modo esencial para la teoría del Derecho. Con ello ponía en pie de igualdad todos los derechos que han solicitado diversas sociedades. Porque si hay algún criterio que pueda ser más decisivo que otro para apreciar *el trabajo* del derecho –en esto Vinogradoff se anticipa a Llewellyn y los realistas estadounidenses– es el de la demanda cómoda que la sociedad pueda hacerle. Cuando el derecho trabaja más para la sociedad, aunque no aparezca trabajado por sí mismo, el derecho obtiene más sentido y valor en toda la vida social, incluyendo la de las relaciones más estrictamente jurídicas.

En otras palabras, Vinogradoff extiende el interés que en el marco del derecho positivo queda reducido al antiguo derecho romano –por sus vigencias *à la Savigny*– a cualquier otro derecho que estimule el razonamiento y la crítica del propio. De este modo penetra en un pluralismo jurídico siempre reflexivo. Critica la idea de una jurisprudencia universal construida a partir del positivismo anglosajón, la cual solo puede ofrecer «una exploración enciclopédica de los principios jurídicos de la sociedad individualista»[60]. Identifica el individualismo como el punto de apoyo de la palanca ideológica capaz de levantar el proyecto holístico del derecho positivo. Considera que por culpa de ese individualismo dogmático la «Jurisprudencia analítica» británica no era capaz de juzgar las circunstancias históricas que habían desarrollado el derecho positivo[61]. Vinogradoff encuentra el proyecto positivista de una jurisprudencia general para «todo el mundo civilizado» como una tentativa que el mismo positivismo hunde con su *bias*, con su sesgo individualista. Al alertarnos sobre la conexión entre individualismo inglés y jurisprudencia universalista[62], Vinogradoff nos prepara mejor para descubrir a su vez el contexto histórico de la promulgación de los Derechos humanos[63] de 1948. En esta «Declaración universal» también hay que tener en cuenta el dogma individualista (muy enraizado en el influyente constitucionalismo estadounidense) que quiere imponerse frente al constitucionalismo socialista. Es significativo al respecto que para casi todos los derechos fundamentales el sujeto de los derechos humanos sea individual, mientras que es colectivo cuando se presenta el caso de

---

60 P. VINOGRADOFF, 1920, 155.

61 Alan MacFarlane, Rodney Hilton y otros han debatido la cuestión de los orígenes del «individualismo inglés» (A. MACFARLANE 1980; S. D. WHITE y R. T. VANN, 1983).

62 Puede apreciarse de la mano de un antropólogo e historiador la estrecha relación entre individualismo inglés y jurisprudencia local (A. MACFARLANE, 1981) sin olvidar su polémica obra principal al respecto (MACFARLANE, 1980).

63 Recordemos que la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, promulgada el 3 de noviembre de 1789, combina el sujeto colectivo y el sujeto individual desde su primer artículo. El segundo párrafo del primer artículo pone de manifiesto claramente el sujeto colectivo cuando se reconoce en la asociación política voluntaria el derecho a defender «los derechos naturales e imprescriptibles del hombre» y a resistir la opresión. También se reconoce el sujeto colectivo de derecho en el concepto de Nación y de «fuerza pública» en los párrafos siguientes del primer artículo.

un pueblo o nación que por extensión se asimila a la experiencia del exterminio del pueblo judío por parte del Estado nazi[64].

Uno de los principales obstáculos etnocéntricos (y epistemológicos para una Antropología jurídica) al tratar de comprender la variedad de culturas jurídicas de la humanidad es la creencia en una relación causal exclusiva entre Estado y Derecho. En cambio, para Vinogradoff «in defining law we have to start from a given society, not necessarily from a State»[65]. *Ubi societas, ibi ius*, se dice desde hace mucho tiempo, pero no se razona a partir de esta constatación, sino que –con la influencia del positivismo jurídico– se ve siempre al Estado como un creador «más seguro» de derecho. Para Vinogradoff el derecho es ante todo una necesidad de la vida social[66]. La autoridad en derecho es antes que nada una voluntad colectiva (Vinogradoff se declaraba admirador de la obra de Durkheim). Y aunque no haya absoluta unanimidad cuando se dice que el derecho sirve a la sociedad, tampoco hay grandes desacuerdos sobre dicha posibilidad. Es decir que la sociedad está más alejada que el Estado en el uso totalitario del derecho[67], como lo muestra la historia reciente del nazismo, el fascismo y varios regímenes dictatoriales. Este es el sentido común en derecho según Vinogradoff.

La obediencia *social* a la ley –opuesta frecuentemente a la obediencia *individual*– no procede de coacciones extremas. Según Vinogradoff se la obedece porque se coincide con ella al hallarla socialmente razonable, porque despierta una conformidad social *instintiva*, también porque genera un hábito social, o bien simplemente porque la sociedad no se resiste a ella, ni de forma espontánea ni organizada. Pero ello no quiere decir que Vinogradoff no acepte un «sentido común revolucionario»[68], y un sentido común que puede juzgar un orden social existente como bastante justo. Así, no hay que olvidar que Vinogradoff juzgaba muchos de los acontecimientos, que impelían cambios sociales en la Rusia de la vigilia de la Revolución, necesarios para la reforma profunda de la sociedad que consideraba justa. Pero no en la dirección soviética sino en la de un socialismo democrático[69].

---

64 Puede verse una recuperación importante del sujeto colectivo de derecho en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007. Cf. M. APARICIO, 2008.

65 P. VINOGRADOFF, 1913, 49.

66 P. VINOGRADOFF, 1913, 51.

67 Como formas totalitarias de derecho protagonizadas por una «sociedad» podrían quizás pensarse algunos fenómenos como los linchamientos.

68 Resulta instructivo al respecto el estudio de la «mentalidad revolucionaria» de Michel VOVELLE (1985) enfatizando sus características de fondo y más duraderas, y las más efímeras o instantáneas (sin olvidar lo que él llama la creatividad del instante revolucionario).

69 Sobre estas cuestiones Vinogradoff habló más de lo que escribió y no se puede precisar mucho más allá de lo escrito en su obra, que como ya hemos dicho reitera la necesaria superación de una sociedad extremadamente individualista por un socialismo más conforme a la razón humana cuando es ejercida en convivencia. Véase al respecto el texto de algunas de sus conferencias (P. VINOGRADOFF, 1914).

Según Vinogradoff, la situación normal para el derecho no es la que procede de la coacción del Estado, sino la que suscita el hábito mental que reconoce unas reglas evidentemente útiles para vivir en sociedad. Con esta caracterización fundamental, y matices de una misma idea, Vinogradoff va perfilando –más que definiendo– su idea del sentido común en el derecho. Destaca una cuestión importante, bien acotada y de fondo: la legitimidad del derecho no puede proceder de la fuerza sino de la convicción aliada de la buena voluntad[70]. El derecho como realización de lo justo es reconocido por la bondad en la costumbre moral.

Congruente con su crítica al etnocentrismo, Vinogradoff reconoce una historia jurídica en los pueblos «primitivos»[71]. Todo lo contrario de la idea de «sociedades sin historia» o «frías», como sostenía Lévi-Strauss en su discusión con Sartre[72]. Estudiando las instituciones jurídicas que parecen «más primitivas», descubre en ellas una experiencia jurisprudencial muy notable, histórica pues. Considera que la experiencia acumulada de varias generaciones surte sus efectos. Como historiador del Derecho reconoce legados y adaptaciones complejas, tanto como las de nuestra propia historia. Para Vinogradoff, una de las mejores pruebas del devenir histórico en las sociedades «primitivas» la ha proporcionado la colonización, que cuando ha querido reconducir o cambiar su historia, las ha hecho sucumbir. Y eso se ha debido a que poseían su propio sentido y dirección históricas, que Vinogradoff concebía como un «resultado orgánico debido a muchas generaciones, con sus líneas particulares de evolución[73], las cuales no podían ser alteradas de repente por otras». Es decir, que la razón principal de la difícil o imposible integración colonial de las sociedades «primitivas» no residía en su «estancamiento» o actitud «fría» ante la historia, sino en la negación de sus propias opciones de hacer historia. La ruptura colonial con un futuro en devenir fue la causa principal de su descalabro.

---

70 P. VINOGRADOFF, 1913, 52.

71 P. VINOGRADOFF, 1920, esp. a partir del cap. VIII de la Introducción.

72 Con todo LÉVI-STRAUSS rectificó sus afirmaciones previas con un posicionamiento más matizado. Habla de sociedades que *se imaginarían* (cursiva mía) iguales a sus orígenes, inmutables a los cambios y no exactamente sin una historia objetiva. Es decir que la «frialdad» procedería de su desinterés por los cambios históricos y su énfasis en una continuidad primordial, mientras que el «calor» vendría dado por la conciencia de la historia y por hallar «en la idea que se hacen de la historia el motor de su desarrollo» (Cl. LÉVI-STRAUSS, 1998). Entonces Lévi-Strauss concluye que ninguna «sociedad puede ser calificada de absolutamente "fría" o "caliente"». Que «se trata únicamente de nociones teóricas». De hecho si quiere hallarse una profusa memoria histórica en sociedades de tendencia supuestamente «fría» basta con leer a Raymond Firth en una obra publicada justo un año antes (FIRTH, 1961) de *La Pensée Sauvage* de Lévi-Strauss, quien ni entonces ni más tarde la tuvo en cuenta.

73 Nótese como aquí atribuye una evolución a cada caso histórico, no sostiene una evolución común de todos los casos, unilineal.

Vinogradoff también era un crítico riguroso de las teorías de «fósiles históricos» tanto como de las teorías de ruptura histórica radical. Preveía las críticas a la historia conjetural, como las que harían Radcliffe-Brown y Malinowski. Pero, en lugar de un funcionalismo ahistórico[74], precisamente ponía el acento en una mayor complejidad histórica, con persistencias, discontinuidades y transformaciones. Así, en uno de sus análisis respetaba continuidades célticas, que oponía a las teorías que defendían la romanización completa o la germanización implacable, lo cual explicaba la creación de nuevas instituciones en sociedades que mostraban una ruptura importante, aunque no absoluta, con el pasado[75]. En esta misma línea Vinogradoff efectuó su gran contribución a la historiografía medieval inglesa: muestra en su *Villainage in England*[76] la innovación que supuso realmente el *Manor* inglés como hecho económico y político en el feudalismo anglo-normando. Y da cuenta de cómo el complejo formado por las costumbres agrarias debe explicarse por las técnicas de las economías locales, que constituyeron todo un derecho consuetudinario independiente de la estructura del *Manor*. Pero además, junto con esos dos fenómenos con distintas lógicas, hay que hablar también de la «recepción» del derecho romano y de su transformación en *ius commune* para servir a las transacciones comerciales…

LA TIPOLOGÍA DE LAS CULTURAS JURÍDICAS

Vinogradoff veía con buenos ojos la posibilidad de que «la civilización individualista» cediera a la concepción socialista del vínculo social. Si así resultara, entonces toda la jurisprudencia del «mundo civilizado» debía ser reconsiderada[77]. De hecho Vinogradoff percibía su época tan histórica como otras, en el sentido que iba a ser sobrepasada, igual que la civilización individualista sobrepasó al señorialismo feudal y a sus concepciones teocráticas[78]. Y aún más: Vinogradoff

---

74 Que de hecho MALINOWSKI (1935) corrigió en sus *Coral Gardens and their Magic*, especialmente en los apéndices. Y no puede pretenderse que los *Andaman Islanders* de RADCLIFFE-BROWN (1922) no proporcionen los datos esenciales para hacernos comprender la historia colonial de las islas Andamán. Puede cotejarse con PORTMAN (1899).

75 Cf. la síntesis final en VINOGRADOFF, 1920, 372.

76 P. VINOGRADOFF, 1892.

77 En unas conferencias que dio sobre la sociedad rusa de su época, se definía a sí mismo más bien como un reformista profundo, pero sin compartir el objetivo político de lo que sería la revolución soviética (se situaba como ya se ha dicho en un socialismo democrático). Podría ser que como ocurrió con otros intelectuales rusos de la misma época, Vinogradoff resultara inhibido o contrariado por el hecho de que las reformas que se estaban llevando a cabo en Rusia desde la época de Stolypin estuvieran siempre acompañadas por un sesgo despótico que prefiguraba un destino fatalista para Rusia (P. VINOGRADOFF, 1914).

78 P. VINOGRADOFF, 1920, 157.

situaba el periodo de desarrollo del individualismo en una duración bastante larga, dentro de la cual aparecían civilizaciones y jurisprudencias bastante diferentes[79].

Para Vinogradoff, la máxima *ubi societas, ibi ius,* tenía un significado tan etnológico como jurisprudencial. Del mismo modo que la alteridad social podía explicarse en relación a costumbres y vínculos sociales, lo mismo podía hacerse con su jurisprudencia. De acuerdo con su esquema general evolucionista Vinogradoff establecía seis etapas para la jurisprudencia histórica: 1) Totémica (siguiendo a Durkheim); 2) tribal; 3) cívica (con Grecia y Roma como paradigmas); 4) medieval (con el derecho canónico y el derecho feudal como protagonistas); 5) etapa individualista (marcada por el derecho positivista); 6) los comienzos de la jurisprudencia socialista (que los percibe en la misma Inglaterra)[80]. Pero es importante decir que este esquema evolucionista le parece aún etnocéntrico: «It is restricted in the main to the evolution of juridical ideas within the circle of European civilization»[81] . Nos recuerda una vez más que las culturas escritas sánscritas, islámicas, talmúdicas, etcétera, quedan fuera de este esquema. Es consciente de que su plan es provisional y promete corregirlo y desarrollarlo con las nuevas investigaciones antropológicas (*anthropological inquires*) que proceden de distintas partes del mundo. Para esta tarea considera más importante vincular los tipos de cultura jurídica por su proximidad *ideológica*, que hacerlo únicamente por la contigüidad *cronológica*. Vinogradoff apoya el estudio de las condiciones geográficas, etnológicas, políticas y culturales de las doctrinas jurídicas[82]. Al mismo tiempo trata de establecer tipologías con unos contornos cronológicos flexibles, de modo muy similar a lo que se hará después por parte de la historiografía de las mentalidades y las ideas de larga duración[83].

Siguiendo con su análisis tipológico, divide el derecho romano entre el complejo cívico republicano, el derecho tribal antiguo y la jurisprudencia individualista del Imperio. También, ve en la época medieval un antagonismo tipológico entre el derecho canónico y el derecho feudal, con algunos éxitos de entente política más que jurídica. La desigualdad que establece el feudalismo significa siempre un defecto para la justicia que predica la Iglesia, pero esta no presenta ninguna alternativa a los derechos sobre la tierra del orden feudal[84]. Así pues, Vinogradoff no soslaya las tensiones y contradicciones que se dan en el seno de las tipologías

---

79 P. VINOGRADOFF, 1920, 157.
80 P. VINOGRADOFF, 1920, 158.
81 P. VINOGRADOFF, 1920, 158.
82 P. VINOGRADOFF, 1920, 158.
83 Vinogradoff avanza más bien en esta dirección que en la del tipo ideal de Mommsen o de Weber. Además, la tipología de la Roma imperial de Mommsen está más cercana a un actualismo. En este sentido me parece que la interpretación de O'BRIEN (2008) no contempla con suficiente detenimiento las obras de Vinogradoff.
84 P. VINOGRADOFF, 1920, 159.

de culturas jurídicas[85], aunque metodológicamente se esfuerce en una presentación lo más unitaria posible de estos tipos históricos.

El esfuerzo más exitoso de Vinogradoff para hacer valer su programa tipológico es sin duda su estudio de la *polis* griega[86], trabajo que dedica a Adolphe Dareste, predecesor suyo en el estudio tipológico de jurisprudencias históricas.

En principio Vinogradoff trata de mostrar una cierta unidad de la cultura jurídica griega a pesar del hecho de que se hallaba distribuida entre muchas ciudades-estado. Todo apunta a que la unidad se debía a las necesidades de reciprocidad económica y política entre dichas ciudades, y también en una época, al prestigio de las magistraturas atenienses a los ojos de otras ciudades griegas, tema que la Tragedia clásica evoca con diversos énfasis.

La tesis tipológica de Vinogradoff obtiene mayor predicamento sobre la cultura jurídica de la Grecia clásica cuando aborda varias particularidades que constituyen un todo perfectamente comprensible. Caracteriza en principio la justicia distributiva de un modo que es a la vez político, moral, jurídico y religioso, por no decir también estético. Porque para los filósofos griegos, la justicia y la teoría política van juntos, tanto como los valores morales y la percepción sensible del mundo[87]. La igualdad de los ciudadanos y la obligación de todos, también por igual, para contribuir a la sociedad política y religiosa, son objeto de una vigilancia privada y pública. Al mismo tiempo, y a nivel etnojurídico, Vinogradoff destaca algunos conceptos muy importantes como el de la *hybris* con el procedimiento de la *grafé hybreos*[88].

La acusación privada en Grecia, que se hizo célebre por el abuso de la *sicofantía*, era en principio el garante de la democracia. Era el derecho de defensa y protesta de derechos públicos mediante «instancia privada» (como en la *probolé*)[89]. Con estas consideraciones Vinogradoff expone también la fusión de lo privado y de lo público, de lo civil y de lo penal, de la ética y del derecho[90]. Cuando se enfrenta al procedimiento vindicatorio como tal[91], con proceso público y jueces/jurados, trata la incoación del proceso por la parte ofendida como de naturaleza privada –con procedimiento acusatorio (sostenido ante un tribunal de

---

85 Su noción de *jurisprudencia histórica*, que relaciona con toda la complejidad de un contexto social, filosófico y moral, podría traducirse con la noción más actual de cultura jurídica.

86 P. VINOGRADOFF, 1922.

87 P. VINOGRADOFF, 1922. Este último aspecto queda próximo a la teoría británica del «sentido común» que antes hemos considerado.

88 P. VINOGRADOFF, 1922, 174-176, 190 et passim.

89 Vinogradoff da cuenta también de los abusos de la sicofantía y del proceso particular contra estos abusos, la *grafé sikofantías* (VINOGRADOFF, 1922, 172).

90 P. VINOGRADOFF, 1922, 61-63 et passim.

91 Vid. infra.

ciudadanos)– pero cuando da cuenta de cómo estas acciones se sustancian en tribunales especiales, revela la institución pública de los mismos.

Vinogradoff concluye que resultaría anacrónico aplicar los conceptos de procedimiento por daños y perjuicios privados o públicos a estas acciones de justicia, y que hay que considerarlas aparte[92]. Si no desarrolla una teoría propia para este grupo de acciones, por lo menos trata de preservarlas sin la interpretación etnocéntrica que las relega exclusivamente al derecho privado.

Por otra parte Vinogradoff otorga mucha importancia a la epiqueya aristotélica para comprender la jurisprudencia en la Grecia clásica. Enfatiza la interpretación que considera la equidad como un perfeccionamiento ético de la justicia muy atento a las circunstancias y consecuencias que afectan a cada caso enjuiciado. Vinogradoff atribuye el prestigio de los tribunales atenienses a su sabia experiencia en equidad, la cual discurre pareja a la *filantropía* o consideración respetuosa del valor especial de la vida humana[93]. Vinogradoff da cuenta también de los juicios de equidad en los casos de testamentos y contratos en los que el sentido común puede dictar resoluciones más favorables a la justicia que la aplicación más rigurosa de la ley.

LA COSTUMBRE Y EL DERECHO CONSUETUDINARIO SEGÚN VINOGRADOFF

La costumbre es una palabra polisémica que se presta a muchos malentendidos. Louis Assier-Andrieu ha dedicado una investigación muy matizada a este punto[94]. En principio Vinogradoff establece una jerarquía conceptual entre rasgos de moda, usos persistentes, costumbres convencionales, reglas de moralidad y obligaciones legales[95]. Luego, inmediatamente, distingue dos sentidos principales para el concepto de costumbre: como una perspectiva sobre lo que es la justicia y como un efecto cumulativo de acuerdos voluntarios[96]. Y apunta al significado histórico que estima más apropiado para el concepto de costumbre, el cual fusiona los dos significados anteriores en una dirección jurídica más firme. Se trata del «derecho consuetudinario» o de la «costumbre legal»[97]. Estos son los tipos de costumbre que deben interesar a la jurisprudencia como ciencia social. El derecho consuetudinario en la perspectiva de Vinogradoff coincide sobre todo con el dere-

---

92 *They must be treated as a group by themselves*. (P. VINOGRADOFF, 1922, 167).
93 P. VINOGRADOFF, 1922, 65-70.
94 L. ASSIER-ANDRIEU, 2001.
95 P. VINOGRADOFF, 1913, 21.
96 P. VINOGRADOFF, 1922, 81.
97 En inglés: *Customary Law y Legal Customs*.

cho característico de las sociedades primitivas. Vinogradoff no está de acuerdo con el sentido que adquiere el derecho consuetudinario en Savingy y la escuela histórica, en la medida en que ese derecho estaría creado por el carácter o el espíritu de una nación. Porque para Vinogradoff el derecho consuetudinario descubre la *sociología* de un pueblo o de una colectividad –unas construcciones históricas, sean tácitas o explícitas, no unos rasgos singulares del carácter de lo que se llama raza o nación. Lo que se presenta como carácter nacional, o incluso como ideas patrióticas, puede tener una influencia sobre la jurisprudencia análoga a la que tiene sobre el arte. La influencia está en el pretexto pero no en el contenido o texto propiamente dicho. Vinogradoff exclama: «Nos preguntamos sobre el significado del derecho, la literatura y el arte, no sobre el modo como son influenciados por el carácter nacional»[98]. Pero lo que resulta definitivo es que Vinogradoff considera las costumbres jurídicas de acuerdo con su perspectiva del sentido común: derivan del hecho de que hay muy pocas posibilidades prácticas –dos o tres– para resolver una cuestión contractual, una prueba o un testimonio, o para realizar un juicio de equidad[99]. Es decir que no sería en absoluto la singularidad de un carácter nacional la que proporcionaría una solución completamente original, sino que en todo caso, únicamente, podría ayudar a escoger entre muy pocas opciones. Es por este motivo que se encuentran costumbres jurídicas muy similares en diferentes partes del mundo. Vinogradoff ya había descubierto que las costumbres agrarias inglesas se explicaban sobre todo en virtud de las opciones entre las técnicas agrarias y los imponderables del trabajo. Insiste sobre la naturalidad de varias costumbres de agricultura y ganadería y cómo, desde el comienzo, tanto el derecho de propiedad como el de familia debían observarlas, so pena de perder su viabilidad económica y social. Por esta razón, descubrió fácilmente que era la base campesina –no la estatal, ni la señorial o feudal– la que engendraba las costumbres agropecuarias como tales[100]. Era la clase constituida por el campesinado el sujeto que había formado la costumbre práctica para la agricultura y la cría del ganado. He aquí porqué Rodney Hilton celebraba la perspectiva de Vinogradoff en su ensayo sobre el campesinado como clase[101].

---

98 P. VINOGRADOFF, 1913, 150.

99 «Custom merely testifies to a more or less casual choice between two or three equally expedient courses». (P. VINOGRADOFF, 1913, 152).

100 El leitmotiv de Vinogradoff a propósito de las costumbres medievales agropecuarias puede cifrarse en conclusiones de este tipo: «The ceremony is the more interesting because it probably goes back to practices even more ancient than the feudal period- in any case unconnected with manorial arrangements». También tiene en cuenta las costumbres específicas del Manor, subrayando su carácter mucho más contingente (P. VINOGRADOFF, 1913, 153-154 y 163-164; 1892 *passim).*

101 R. HILTON, 1975.

Vinogradoff trata el derecho consuetudinario como un derecho eminentemente judicial, propio de las épocas en las que los jueces estaban muy cerca del pueblo y se esperaba que decidieran conforme a la costumbre jurídica o jurisprudencia local[102]. Naturalmente, Vinogradoff (como luego dirán lo mismo Llewellyn y Gluckman) ven la tradición jurídica angloamericana más próxima al derecho consuetudinario que hallan en otros pueblos. Pero, además, los derechos consuetudinarios, que en principio poseen una vigencia local, se mezclan fácilmente con el caso jurídico, la jurisprudencia y la emergencia de un derecho común para todo un país[103]. Una vez que se han dado estas interacciones, puede ocurrir que la justicia esté del lado del derecho consuetudinario; por ejemplo, cuando defiende los derechos de los autóctonos contra los intereses de poderosos extranjeros, pero también puede darse que el derecho común o una jurisprudencia externa plante cara a un derecho consuetudinario demasiado viciado por los intereses del poder local[104].

Vinogradoff considera que el derecho consuetudinario puede ser reconocido como tal una vez que la costumbre se ha consolidado gracias a los «tests judiciales»[105]. Es así como la costumbre obtiene su legitimidad en derecho. Pero, de hecho, para las comunidades campesinas, las costumbres agropecuarias son casi todas costumbres de equidad, costumbres que juzgan en equidad la distribución de bienes y riesgos. La costumbre puede verse así como un juicio potencial sobre posibles conflictos. La continuidad en el tiempo –y aún más su existencia desde «tiempo inmemorial»– y la seguridad jurídica que otorga este tipo de costumbre la convierten en un derecho propiamente dicho. Vinogradoff añade a estas consideraciones el hecho más bien judicial, que el derecho consuetudinario debe mostrarse siempre *razonable*[106]. Cita el caso en el que un contrato sujeto al derecho de propiedad de un *landlord* cede en razón de una costumbre local de equidad a favor del *leaseholder*.

Vinogradoff da cuenta también de los casos en los que la costumbre se revela demasiado rígida o injusta en determinada época, y a veces por dilatados periodos de tiempo. Este es el caso típico de las costumbres señoriales[107], que tratarán de confundir, de un modo persistente, sus derechos o privilegios que afectan al bien común –o público– con derechos privados (así provocarán la señorialización de toda posesión, de la administración de justicia y de la tributación).

---

[102] P. VINOGRADOFF, 1913, 168.
[103] P. VINOGRADOFF, 1913.
[104] P. VINOGRADOFF, 1913, 171-174.
[105] P. VINOGRADOFF, 1913, 154.
[106] Vinogradoff suscribe más de una vez el concepto de *reasonableness* de la jurisprudencia anglosajona (P. VINOGRADOFF 1913, 156) que Max GLUCKMAN (1963) hará famoso en la antropología jurídica.
[107] P. VINOGRADOFF, 1913, 168-159.

Vinogradoff no confluye con la teoría del caso conflictivo como principal creador de derecho tal como sostenía Llewellyn. Se halla más cercano a Joaquín Costa, cuando afirma que el derecho consuetudinario tiene sus fuentes en costumbres no litigiosas, especialmente en aquellas que regulan los intereses de un modo armónico y que se manifiestan en las cooperaciones sociales más espontáneas[108]. Las disputas aparecerían como consecuencia de conflictos en costumbres aparentemente no litigiosas (costumbres sucesorias, de ayuda mutua, de posesión y propiedad familiar…). Así pues, Vinogradoff no considera necesariamente la costumbre como una medida de equidad previsora de conflictos, ni como el derecho consolidado de una desigualdad o injusticia hegemónicas. Cree, como buen civilista, en la paz inherente a la mayor parte de provisiones del derecho civil, tanto del consuetudinario como del positivo. Tampoco se fija en la teoría durkheiminiana del contrato, aunque sigue al Durkheim de las *Formas elementales de la vida religiosa*.

Desde Maine y hasta Llewellyn y Gluckman se ha desarrollado en la Antropología jurídica la idea de que la justicia emana más directamente de las tradiciones judiciales que de las legislativas[109]. Para el derecho consuetudinario las leyes –si las hay conocidas y compatibles– están como en un segundo plano, así como los principios morales que rigen ese mismo derecho. Fue por este motivo que Antonio Pigliaru[110] dedujo con muchas precauciones las leyes de los pastores de la Barbagia de Cerdeña. Porque era muy difícil generalizarlas a partir de unos casos que parecían matizados en su singularidad. Paralelamente, Llewellyn[111] procedió del mismo modo con los Cheyenne, y después con los Pueblo, cuando trató de proporcionarles un código legal, a fin de que fueran respetados por el gobierno estadounidense.

Vinogradoff pensaba que el antiguo legislador, y no únicamente el juez, era un *investigador* del derecho, y no un simple promulgador de mandamientos[112]. Explica como en la Gran Bretaña y en los Estados Unidos, varias instancias judiciales, y muy notablemente, la Corte Suprema estadounidense, han dado en varias ocasiones respuestas directas –o bien a través de su jurisprudencia ordinaria– a cuestiones constitucionales[113]. Se deben a este mismo Tribunal Supremo –en la

---

108 P. VINOGRADOFF, 1920, 368.

109 Vinogradoff acentúa la distinción entre la teoría positivista del derecho y la de su realismo moral. Pone de manifiesto como el derecho común, egresado de los «*judicial precedents*» y del respeto por el derecho consuetudinario como derecho atento a la equidad para cada caso, debe su legitimidad a las «*retrospective estimates of right and justice*» y no al «*command*» (VINOGRADOFF, 1913, 207).

110 A. PIGLIARU, 1975.

111 K. LLEWELLYN, 1941 y 1962.

112 P. VINOGRADOFF, 1920, 361.

113 P. VINOGRADOFF, 1913.

época de Vinogradoff– varias interpretaciones de los preceptos constitucionales a favor del individualismo económico, desmarcándose de la motivación comunitaria de los padres fundadores de la nación norteamericana.

Por otra parte, como se ha dicho anteriormente, Vinogradoff concede mucha importancia al concepto de opinión pública en relación con el de costumbre y sus valores. Para él, en la opinión pública se da la expresión colectiva de las ideas morales que pide la justicia en un contexto histórico concreto[114]. Y se supone que la administración de justicia no las ha incorporado debidamente y por ese motivo se formulan como una opinión pública.

Y paralelamente, Vinogradoff estudia las instituciones del derecho positivo como si fueran una costumbre[115]: conecta las leyes con las necesidades o reclamaciones que han surgido en la sociedad. La ley más legítima para ser promulgada es aquella que el pueblo desea practicar como si fuera una costumbre (el mismo tema lo hallamos en Joaquín Costa[116]). Es decir: aceptada, familiar, bienhechora y natural para el sentido práctico de la vida. No es la fuerza del Estado o el capricho o sabiduría de los expertos lo que otorga más legitimidad al derecho y a la ley, sino lo que los acerca a la costumbre vivida prácticamente como derecho natural. En este orden de cosas se aprecia mejor el sentido de la comunidad humana para encajar igual de bien las excepciones de la equidad como las generalizaciones de la igualdad. Para Vinogradoff la parte del derecho positivo que acepta la sociedad como un hecho comunitario (en el que se regula la vida según costumbre y equidad) no puede encajar con una sociedad rígida, homogénea, sin excepciones. Es como una sociedad maniatada que se ve forzada a encajar la parte más autoritaria o generalizadora del derecho positivo. Vinogradoff pone el ejemplo de Grecia: cuando se daba al pueblo una ley como si fuera una sentencia aprobada por toda la democracia –una especie de referéndum (siempre aparece la costumbre como sanción refrendaria)[117]– entonces se podía comprobar como esta ley satisfacía el ansia social de justicia y a la vez legitimaba su contexto democrático (su administración por la democracia). Y también ocurre a la inversa: cuando la jurisprudencia sentencia con fuerza de ley, entonces se cierra el círculo de la confianza entre el derecho y la sociedad, el derecho alcanza la firmeza y seguridad de la

---

114 Un buen ejemplo etnográfico de esta conjunción nos lo proporciona Carol GREENHOUSE (1986) con un concepto modificado de ese consenso acerca de la justicia no dispensada por la administración estatal.

115 También da cuenta de la fuerza de la costumbre asociada a la equidad y a la eficacia social en la cultura jurídica griega, y como esta cultura influenció al derecho romano, suavizándolo en sus rigores (1922, 12), concluyendo al respecto: «The more we study Roman Law, the larger is the share we have to assign to the influence of Greek custom and Greek legislation».

116 J. COSTA, 1908.

117 Cf. J. COSTA, 1908.

costumbre legítima[118]. En definitiva, concluyendo el itinerario realista de Vinogradoff (y de Joaquín Costa), cuando se dice que donde hay sociedad hay derecho, debe añadirse que sobre todo es porque allí el derecho rige como costumbre.

EL «CUARTO HECHO ELEMENTAL DEL MATRIMONIO HUMANO»

Vinogradoff considera cuatro «hechos elementales»[119] respecto a la institución del matrimonio y los emparejamientos heterosexuales en general: el primero es la selección de los emparejados en cada unión sexual (estable o no); el segundo es la certeza empírica del vínculo materno; el tercero es la «superioridad física del macho». *Pero* el cuarto pone en evidencia que cada unión conyugal no produce *únicamente hijos sino también relaciones, puntos de contacto entre grupos, los cuales obtienen una reacción sobre la formación y regulación de las uniones conyugales*. Y desde que hay sociedad e historia de la misma, este cuarto «hecho elemental» obtiene precedencia formal sobre todos los demás: reglas, preferencias, tabúes, inhibiciones y oportunidades sociales preceden a una selección «natural» de parejas, a un reconocimiento primordial y consecuente de la maternidad o a la «superioridad física del macho». Entonces el Parentesco aparece siempre mediatizado por costumbres morales y jurídicas, que a su vez imponen ideas y sentimientos de deberes y obligaciones, junto con instituciones de derechos y responsabilidades. Este es el campo del Parentesco que para unas sociedades significa centrarse en todas las consecuencias de los principios de filiación y alianza, pero que para otras significa introducir el Estado, las empresas, y más específicamente, a las mismas instituciones jurídicas –que suelen representarse «fuera»– como parte del Parentesco, puesto que lo constituyen, lo regulan o disciplinan, fungiendo como en otras sociedades fungen personas y grupos económicos y políticos que se tienen «dentro» de la esfera de Parentesco. Es por ello que desde Maine ya se ha insistido en la Antropología Social y Jurídica en que el ámbito del Parentesco debe equipararse al de toda una Nación por lo menos, y no al restringido de la «familia». Deben tenerse en cuenta todos los agentes e instituciones que crean el Parentesco con facultades y funciones que en los pueblos primitivos se hallan «dentro» del Parentesco. Es por ello que en estas sociedades el Parentesco tiene un alcance explicativo de todo lo político, jurídico, económico y religioso

---

[118] En este sentido el Supremo estadounidense se ha caracterizado por veredictos legitimados según la moral y los valores constitucionales del «pueblo americano», bien en la dirección de la tradición radical del individualismo, o más tarde en la dirección de los derechos civiles o humanos, sin excluir el «excepcionalismo» estadounidense en la universalidad del derecho. (Thurman ARNOLD, 1960; M. IGNATIEFF, 2005).

[119] P. VINOGRADOFF, 1920, 167-168.

que en sociedades como la nuestra debe buscarse «fuera» del «parentesco», cuando este se entiende solo como el ámbito de las familias, sexualidades y procreaciones. No son pues los órdenes económicos, jurídicos y políticos que se adaptan a un supuesto hecho único y universal de la sexualidad y la procreación, sino todo lo contrario. Es siempre una sociedad, o un proyecto de sociedad, que disciplina la naturaleza aun a riesgo de hacerla perecer.

El enfoque de Vinogradoff anticipa el de antropólogos como Hua Cai[120] quien solventa la cuestión *biológica* del parentesco del modo siguiente: la naturaleza (la genética si se quiere) o «sanguinidad» en las relaciones de Parentesco, ofrece una fuente de inspiración menos determinante que las convenciones sociales o ficciones jurídicas. Fuente de la que no se separa, pero que solo sirve para «inspirarlas»[121].

De un modo muy parecido Vinogradoff entiende que no son leyes estrictamente naturales las que explican las diferentes adaptaciones sociales de la humanidad, sino que éstas proceden de una red de relaciones mucho más compleja que viene definida esencialmente por la moral y el derecho. Que estos sí que esgrimen supuestos principios naturales (la «naturalización de la cultura») pero ya están transformados por las convenciones y ficciones sociales. Así, Vinogradoff sostiene que en la sociedad romana la fuerza física del marido (su tercer «hecho elemental») no explica la posición de la mujer en el matrimonio, puesto que esta no se desvincula totalmente de su familia (en contra de la tesis de Fustel de Coulanges)[122]. La alianza, como hecho social y jurídico, predica el matrimonio, lo cual condiciona en buena medida la relación «privada» entre los cónyuges. El trasfondo «biológico» está pues como en un segundo plano y más bien contenido o transformado por una invención social compleja (en todas las relaciones de diversa índole que mantiene la alianza). Es entonces la alianza la que explica positivamente el matrimonio como hecho social, y no los hechos biológicos del coito, la fuerza y la crianza, que solo pueden explicarlo en sus conflictos con esa revelación *social*.

Del mismo modo podría decirse que Bachofen –sin admitirlo conscientemente– esbozó algo parecido, cuando basándose en lo que para Vinogradoff sería el segundo «hecho elemental», la naturalidad del vínculo materno, vino a admitir que este se desarrolla plenamente en sociedad cuando prevalece el principio de equidad[123], el cual es un principio moral y jurídico, porque la equidad suele reque-

---

120 HUA CAI, 2008.

121 Dice HUA CAI al respecto: «sea cual sea la representación de la reproducción humana que hace un grupo étnico en particular, la identidad de cada individuo acaba apareciendo como en una obra de arte. Ya que, como en una creación artística, la reflexión sobre la identidad humana concierne a la naturaleza, pero no está sujeta a sus leyes, ni tiene necesidad de conocerlas» (HUA CAI 2008, 179).

122 P. VINOGRADOFF, 1920.

123 J. J. BACHOFEN, 1996.

rir mucho esfuerzo cultural contra las injusticias más naturalizadas, a pesar de que el mismo Bachofen lo caracterizó como piedad natural en la mujer.

Vinogradoff puede considerarse pues un lúcido pionero de la teoría de la alianza en Parentesco. Muestra la relevancia del parentesco cognaticio para contrarrestar los casos en los que parecen predominar las jerarquías del parentesco agnaticio. Un mismo lenguaje del parentesco (según énfasis lineales o colaterales, afines o consanguíneos, técnicos o ficticios) sirve tanto para evocar ideales fundamentales (naturalizados), fenómenos naturales más o menos conocidos, así como prácticas e ideales políticos, con expresiones morales y jurídicas, que se tienen por más culturizadas.

Así pues, Vinogradoff estudió concienzudamente las tareas sociales y jurídicas de la alianza. En esta dirección trató de superar los límites de Fustel de Coulanges y Maitland, pudiendo definir el alcance político del parentesco cognaticio en la Grecia y Roma antiguas[124].

PAUL VINOGRADOFF Y LA JUSTICIA VINDICATORIA

En principio, la perspectiva de Vinogradoff supone un mayor discernimiento en la consideración del procedimiento vindicatorio. Avanza en la dirección de su conocimiento como proceso judicial y cuya causa se cifra no sólo en un conflicto entre partes sino también en la lesión de un bien común, de ahí su incumbencia pública, sustanciándose el proceso ante una audiencia pública[125]. Porque, aunque en términos generales Vinogradoff sitúa las prácticas composicionales de la Edad Media y de la Antigüedad en el ámbito «privado», se detiene en sus actos procesales fundamentales que él mismo considera de jurisdicción pública. Así, sostiene que la acción composicional en el derecho griego antiguo revelaba el carácter también público de la ofensa, a pesar de que esta no se considerara dirigida directamente contra la *polis*[126]. El juicio era público, con un procedimiento composicional, y la reconciliación resultante[127] –que debía ser unánime para excluir la venganza autorizada judicialmente o el talión– debía ser celebrada públicamente. Vinogradoff da cuenta también de como la autoridad judicial decidía si un acto de venganza era o no legítimo, si la autotutela se había ajustado a una previsión judicial en su ausencia o si había sido arbitraria[128]. Es decir que Vinogradoff da cuenta de un poder judicial público que decreta o prohíbe la venganza «privada».

---

[124] P. VINOGRADOFF, 1920, 306.
[125] Sobre el proceso vindicatorio cf. I. TERRADAS, 2008.
[126] P. VINOGRADOFF, 1920, 303.
[127] VINOGRADOFF (1922, 180) constata el exilio provisional del ofensor hasta la promulgación pública de la composición.
[128] P. VINOGRADOFF, 1922, 185.

En general, para diferentes culturas, Vinogradoff otorga una importancia capital a las funciones de salvaguarda y defensa de bienes jurídicos, ejercidas por clanes y parentelas. También ve cómo en el juramento, el cuerpo de cojuradores (parientes) significa tanto una influyente fuerza social, como una responsabilidad colectiva y solidaria. Es decir que no hay que interpretar únicamente el colectivo de parientes cojuradores como una fuerza social intimidatoria en defensa de sus intereses, sino también como responsable de los actos de todos y cada uno, lo cual tiene consecuencias disuasorias de ofensas y composicionales de las cometidas.

El juicio decide la responsabilidad. Y si en un régimen vindicatorio puede sospecharse que el poder superior de la defensa social de una de las partes puede decidir el juicio, lo mismo puede sospecharse en un ordenamiento civil/penal bajo el régimen de la abogacía. Llewellyn ya decía que en los Estados Unidos el poder de los abogados era decisivo y que para ganar en justicia también había que ganar en competitividad[129]. Los vicios más llamativos en los procedimientos vindicatorios no están tan alejados de los de muchos procesos penales, aunque puedan darse a través de otros operadores.

Vinogradoff avanza en el conocimiento procesual vindicatorio (en la completitud del proceso) al entender que la enemistad beligerante o *faida* se distingue perfectamente de la composición que suele acabarla, sin olvidar que las *faidas* suelen manifestarse con ciertas reglas para facilitar precisamente las composiciones. Y por supuesto, cuando ya de entrada se acepta el ordenamiento jurídico vindicatorio en sus prelaciones, se incoa la composición con juicios o arbitrajes. Aborda también el significado procesal de la reconciliación y el perdón en las acciones vindicatorias[130]. Y se fija en las reacciones de la jurisprudencia y la legislación frente a los vicios composicionales, cosa que Grégoire de Tours trató con detalle, y que leyes como la «Gombeta» ilustran claramente. Era así cuando la composición degeneraba en una tarifa sobre la que los jueces, las partes y los fiadores especulaban, provocando reacciones jurisprudenciales y legislativas a favor de procedimientos ordálicos y taliones sin composición[131].

Vinogradoff estudia la redistribución del *wergeld* y analiza con finura cada atribución de responsabilidad[132]. Muestra el equilibrio entre la responsabilidad individual y la colectiva. De qué modo y con qué motivos y cualificaciones la jurisprudencia vindicatoria atribuye la responsabilidad a unos y a otros sujetos de derecho[133].

---

[129] K. LLEWELLYN, 1962.
[130] P. VINOGRADOFF, 1920, 310.
[131] Cf. I. TERRADAS, 2008.
[132] P. VINOGRADOFF, 1920, 312 y ss.
[133] P. VINOGRADOFF, 1920, 315 y ss.

Al mismo tiempo, Vinogradoff expone todas las dimensiones que la ofensa cobra en la cultura jurídica vindicatoria: desde los daños y perjuicios patrimoniales hasta el significado social de los sentimientos de humillación, menosprecio e indignidad[134]. En la ofensa vindicatoria no pueden concebirse unos daños patrimoniales sin daños morales. Y con esta perspectiva, aborda la cuestión del honor, en la que la ofensa parte sobre todo de la lesión a la capacidad de defensa de la propia persona ante la sociedad. Este aspecto resulta clave para comprender el valor de la composición[135].

Vinogradoff se da cuenta de la presencia de una autoridad judicial en los procedimientos composicionales –aunque quizás no tanto como Fustel de Coulanges– y habla por lo menos de una *compulsory arbitration*. Según su parecer, en principio, los *wergelds* eran propuestos y fijados por las partes, mediante acuerdos privados, pero pronto (de hecho solo disponemos de información histórica y etnográfica para esta «segunda» fase) un poder público rige el procedimiento y regulariza los valores o cantidades. Así, interpreta que es ya en la consolidación de este procedimiento cuando, por ejemplo, Carlomagno reclama la obligación de la composición según *wergelds* regulares frente a partes ofendidas propensas a la venganza[136].

Al comentar la ley de Dracón sobre el homicidio, Vinogradoff se fija en las prelaciones de parentesco para determinar las responsabilidades composicionales y para la vindicta cruenta[137]. Atiende más a los conceptos que a los simples términos, y así puede observar como las opciones que pueden darse para establecer las solidaridades de parentesco, al dar o recibir una composición, no dejan de observar el equilibrio recíproco de las responsabilidades entre las partes, cuestión especialmente peliaguda en las *faidas* o *feuds* con episodios de manifiesto desequilibrio producido por la violencia entre las partes[138]. Lo que le falta a Vinogradoff al llegar a este punto es entender, que si incluso las *faidas* se someten a reglas cuyo sentido es facilitar el procedimiento composicional, ya no puede decirse que su aparente autotutela no prevé la tutela judicial –que será efectiva cuando se establezca la composición–. Entonces la totalidad o completitud del proceso –desde la enemistad jurada y declarada, con la observancia de ciertas reglas en medio de la violencia, hasta el sometimiento a la institución procesal composicional– no puede concebirse como una «guerra privada», sino como un conflicto entre partes o *personas* colec-

---

134 P. VINOGRADOFF, 1922, 48.
135 P. VINOGRADOFF, 1922, 48.
136 P. VINOGRADOFF, 1920, 347 y ss.
137 P. VINOGRADOFF, 1922, 90-91.
138 La subsunción de la violencia de *faidas* o enemistades, juradas y declaradas, a unos cánones que facilitan en algún momento la composición, es lo que teorizó explícitamente PIGLIARU (1975) al entender que las *vendettas* y *faidas* entraban en el ordenamiento jurídico vindicatorio. De otro modo se iban desviando de su culminación en una paz composicional.

tivas que se someten –aunque no sea a la perfección– a reglas *sociales* (o públicas si se quiere) y que culmina en un proceso (paz composicional) reconocido como institución social y jurídica, *pública*. Un enfoque que ya hemos visto que Vinogradoff aceptaba parcialmente para la Grecia antigua.

Ahora bien, cuando la ideología de evolución y progreso le domina, entonces sitúa las instituciones «bárbaras» como preludios o presagios salvajes de las civilizadas. Así lo hace de un modo paradigmático cuando le parece que hay que situar el combate judicial como antecedente del litigio judicial[139], no como perteneciente a una alternativa judicial, perfectamente establecida en su época. En este sentido, no se pregunta por qué el combate judicial coexiste con el procedimiento romano-canónico y por qué podrá ser utilizado aún a comienzos de la época moderna por ilustres obispos en Francia.

Por otra parte, Vinogradoff se fija en elementos típicos del derecho vindicatorio y normalmente poco considerados en la historiografía evolucionista y progresista del derecho positivo. Así sucede con el derecho al *clamor* como imprecación pública. Y aunque la documentación sobre el *haro*, el *klage* o el *hue and cry*, resulta bastante confusa e insuficiente, Vinogradoff no rechaza su institución y muestra el continuum entre un derecho consuetudinario de denuncia de ofensa y su revalidación ante un tribunal[140]. Y, significativamente, relaciona esta denuncia consuetudinaria con el derecho de perquisición, el derecho que tiene un denunciante de hurto o robo sobre la heredad de un sospechoso. Estas instituciones otorgan a la parte ofendida un grado de «instrucción» y acusación (de «poder judicial» si lo comparamos con el ordenamiento penal) sobre la parte ofensora, a las que hay que añadir aún otras, como la facultad de aprehender al reo de la parte ofendida bajo determinadas circunstancias y garantías, en espera del juicio. Vinogradoff descubre pues, con buen discernimiento, las facultades acusatorias, instructoras, y alguna otra reservada al poder judicial en los ordenamientos penales, que en los vindicatorios pertenecen al empoderamiento que en estos obtiene la parte ofendida.

En conjunto pues la obra de Vinogradoff ofrece varios detalles y principios muy útiles para la teorización en Antropología jurídica, porque –a pesar de sus esquemas evolucionistas y progresistas– esos detalles y principios resultan fundamentales para entender otros ordenamientos jurídicos como tales, con sus valores y contextos, no como antecedentes «bárbaros» o rudimentarios del consabido orden civil y penal del mundo occidental contemporáneo.

---

[139] P. VINOGRADOFF, 1920, 349.
[140] P. VINOGRADOFF, 1920, 355.

BIBLIOGRAFÍA

ARNOLD, TH. (1960) y (1937). *The Folklore of Capitalism.* New Haven: Yale University Press.

APARICIO WILHELMI, M. (2008) «Los derechos políticos de los pueblos indígenas en la Declaración de Naciones Unidas». En: Berraondo, M. 2008.

ASSIER-ANDRIEU, L. (2001). Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume. *L'Homme.* Vol. 160: 67-90.

BACHOFEN, J. J. (1996) y (1861). *Le Droit Maternel. Recherche sur la Gynécocratie de l'Antiquité dans sa nature religieuse et juridique.* Lausanne: L'Age d'Homme.

BARBOUR, W. (1922). «The meaning of Legal History». *Columbia Law Review.* Vol. 22, 8.

BERRAONDO, M. (2008). *La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Barcelona: alterNativa.

BUTLER, W. E. y TOMSINOV, V. A. (2009). «Sir Paul Vinogradoff. A biographical sketch». En: *Butler, W.E. 2009.*

BUTLER, W. E. (2009). «On the History of International Law and International Organization: Collected Papers of Sir Paul Vinogradoff». *The Vinogradoff Institute, Dickinson School of Law, Pennsylvania State University, Clark, NJ: The Lawbook Exchange.*

COSTA, J. (1908). *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre.* Barcelona: M.Soler.

FIRTH, R. (1961). *History and traditions of Tikopia.* Wellington: The Polynesian Society.

FISHER, H.A.L. (1927) *Paul Vinogradoff: A Memoir.* Oxford: Clarendon.

FLORINSKY, M. T. (1928). «Review of Fisher, H.A.L. (1927) Paul Vinogradoff: A Memoir». *Political Science Quarterly.* Vol. 43, 1.

GATRELL, P. (1982). «Historians and Peasants: Studies of Medieval English Society in a Russian Context». *Past and Present*, 96.

GLUCKMAN, M. (1963). «The reasonable man in Barotse Law». En: *Order and Rebellion in Tribal Africa*. Nueva York: The Free Press.

GOODY, J. (1963). «Feudalism in Africa?». *The Journal of African History.* Vol. 4.

GREENHOUSE, C. (1986). *Praying for Justice. Faith, Order, and Community in an American Town.* Ithaca: Cornell U.P.

HILTON, R. (1975). «The Peasantry as a Class». En: *The English Peasantry in the Later Middle Ages*, Oxford: Clarendon. P. 4.

HUA CAI (2008). *L'homme pensé par l'homme.* París : P.U.F.

IGNATIEFF, M. (2005). *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton: U.P.

LÉVI-STRAUSS, CI. (1998). Retours en arrière. *Les Temps Modernes*. Vol. 598.

LLEWELLYN, K. N. y HOEBEL, E. A. (1941). *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman: University of Oklahoma Press.

LLEWELLYN, K. (1962). *Jurisprudence.* Chicago: The University of Chicago Press.

LOCKE, J. (1981) y (1690). *An essay concerning Human Understanding.* London: Collins.

MACFARLANE, A. (1980) *The Origins of English Individualism*, Oxford: Blackwell

MACFARLANE, A. (1981). *The Justice and the Mare's Ale. Law and Disorder in Seventeenth-century England.* Oxford: Blackwell.

MALINOWSKI, B. (1935). *Coral Gardens and their Magic.* Nueva York: American Book Company.

MONRO, D. H. (1972). *A Guide to the British Moralists*, London: Fontana/Collins.
O'BRIEN, N. (2008). «In Vino Veritas: Truth and Method in Vinogradoff's Historical Jurisprudence». *The Journal of Legal History.* Vol. 29, 1.
PIGLIARU, A. (1975). Il *Banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico.* Milano: Giuffrè.
PORTMAN, M. V. (1899). *A history of our relations with the Andamanese.* India: Office of the Superint. of Gov.
POSPISIL, L. (1971). *Anthropology of Law. A comparative Theory*. New York: Harper & Row.
POWICKE, F. M. (1926). «Sir Paul Vinogradoff». *The English Historical Review.* Vol. 41, 162.
RADCLIFFE-BROWN, A. R. (1964) y (1922). *The Andaman Islanders*. Nueva York: The Free Press.
SATTA, S. (1994) y (1949). *Il mistero del Processo.* Milano: Adelphi.
TERRADAS SABORIT, I. (2004). «Dret contractual i vindicatori a Mauss i Radcliffe-Brown: algunes puntualitzacions». En: Congost, R. y Ferrer, Ll. (eds.) *Estudis d'Història Agrària. Homenatge al Dr. Emili Giralt i Raventós.* Barcelona.
TERRADAS SABORIT, I. (2008). *Justicia vindicatoria.* Madrid: CSIC.
TERRADAS SABORIT, I. (2011). «Towards a Historical Anthropology of Responsibility». En: Terradas, I. (Ed.) *Antropología jurídica de la responsabilidad.* Santiago de Compostela: Andavira.
TERRADAS SABORIT, I. (2012). «La crítica a Frazer i a l'etnocentrisme segons Wittgenstein». En: Contreras, J. et al. (Ed.) *Pels camins de l'etnografia: un homenatge a Joan Prat.* Tarragona: publicacions URV.
VAUVENARGUES (Luc de Clapiers) (1981) y (1747) *Introduction à la connaissance de l'esprit humain, et autres œuvres.* Paris : Flammarion.
VINOGRADOFF, P. (1892). *Villainage in England.* Oxford: Clarendon.
VINOGRADOFF , P. (1913). *Common Sense in Law.* London: Williams & Norgate.
VINOGRADOFF , P. (1914). *The Russian problem.* London: Constable & Co.
VINOGRADOFF , P. (1914a). *Russia. The Psychology of a Nation.* Oxford: Oxford U.P.
VINOGRADOFF , P. (1920). *Outlines of Historical Jurisprudence,* Vol. One: *Introduction, Tribal Law.* Oxford: Oxford U.P.
VINOGRADOFF , P. (1920a). «The crisis of Modern Jurisprudence». *The Yale Law Journal.* Vol. 29, 3.
VINOGRADOFF , P. (1922). *Outlines of Historical Jurisprudence,* Vol. Two: *The Jurisprudence of the Greek City.* Oxford: Oxford U.P.
VINOGRADOFF , P. (1928-1932). *Economic and Social History of the World War. Russian Series*. *Carnegie Endowment for International Peace.* New Haven: Yale U.P.
VOVELLE, M. (1985). *La mentalité révolutionnaire.* París: Éditions Sociales.
WHITE, S. D. y VANN, R. T. (1983). «The invention of English Individualism». *Social History.* Vol. 8, 3.
XIFARAS, M. (2002). Marx, Justice et Jurisprudence. Une lecture des «Vols de Bois». *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques, 15.*

Ivs Fvgit, 18, 2015, pp. 45-74
ISSN: 1132-8975

LA CIENCIA POLÍTICA, LA HISTORIA Y LAS INSTITUCIONES*

Manuel M.ª de Artaza
Universidad de Santiago de Compostela

INTRODUCCIÓN: LA CIENCIA POLÍTICA Y LAS INSTITUCIONES

> *Modus in rebus…*, hay que conocer las reglas del juego, tanto si se está bajo la tiranía como en el *demos* o en casa de un amigo.
> (Ernst Jünger, *Eumeswil*, 1977)

Según el célebre politólogo norteamericano Gabriel Almond (1911-2002), si construyésemos un modelo de la historia de la ciencia política que reflejase con forma de curva su progreso desde la antigua Grecia, lo que esa curva mediría «sería el crecimiento y la mejora cualitativa del conocimiento sobre las dos cuestiones fundamentales de la ciencia política: las propiedades de las instituciones políticas y los criterios que usamos para valorarlas»[1]. Por su parte, otro académico de prestigio, el sueco Bo Rothstein, es más tajante: «cualquiera que sea la historia que quieran contar los científicos políticos será una historia sobre instituciones»[2]; y usando una plástica metáfora tomada de un colega (Kenneth Shepsle), los profesores estadounidenses Karen Orren y Stephen Skowronek las consideran el «cemento de la política que aglutina a variados actores políticos y que los hace coherentes»[3]. Sin embargo, entre el final de la II Guerra Mundial y los años setenta del siglo pasado, un número significativo de politólogos relegaron las institu-

* Este artículo se enmarca dentro del proyecto DER2013-41569-P, *La articulación institucional en la Monarquía hispánica de los territorios sin representación en Cortes en el Antiguo Régimen (siglos XV a XIX)*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1 G. ALMOND, 2001, 83.

2 B. ROTHSTEIN, 2001, 201.

3 K. ORREN y S. SKOWRONEK, 1994, 316.

ciones hasta considerarlas «auténticos epifenómenos, meros caparazones que llenar con individuos atomizados y sus roles, valores y *status*»[4]. En efecto, tras la aparición en los Estados Unidos de una «nueva ciencia política» durante la década de 1950 a raíz de la denominada «revolución conductista» o behavioralista (*behavioral revolution*), se siguieron estudiando los gobiernos, las burocracias, los tribunales de justicia y los parlamentos, pero con el «chispazo conductista» las instituciones perdieron importancia, pues el behavioralismo fue el triunfo de la sociología y de la psicología[5]. Los individuos constituían los componentes fundamentales de la política y los resultados políticos eran simplemente la agregación de acciones individuales[6]. Por otro lado, la historia, que comenzó siendo un «terreno afín» para los primeros politólogos norteamericanos –«La Historia es la política del pasado y la Política la historia del presente», tal era su lema–, pues la Asociación Americana de Ciencia Política (*APSA*) nació en 1903 como una escisión de la *American Historical Asociation*, fue abandonada por los behavioralistas hasta convertirse, según Richard Jensen, en algo tan distante como la astrofísica[7].

En suma, el behavioralismo y el enfoque de la elección racional (*rational choice approach*), la perspectiva procedente de la economía que pretendió superarlo a partir de 1970 invocando un mayor rigor científico, minusvaloraron la importancia de las instituciones y la historia en la toma de decisiones políticas del gobierno, centrándose en la conducta de los individuos. Con todo, desde principios de los años ochenta tuvo lugar un retorno o un «redescubrimiento» de las instituciones que devolvió su estudio al primer plano de la ciencia política. Ahora bien, este «nuevo institucionalismo» se explica en el marco de un giro institucional que ha afectado al conjunto de las ciencias sociales a partir del último cuarto del siglo XX, empezando por la economía. Es más: su éxito ha sido tal que Andrew McFarland, un estudioso de los grupos de interés, llegó a exclamar: «¡en los noventa, todos somos neoinstitucionalistas!»[8]. También el sociólogo Paul Di Maggio ha hablado de una «era del institucionalismo»[9] y Goodin y Klingemann, edi-

---

4 J. FARR, J. DRYZEK y S. T. LEONARD, 1999, 33.

5 David EASTON (Toronto, 1917), figura destacada del movimiento, y sus seguidores crearon el término *behavioralism*, que traducimos por behavioralismo, para sustituir al concepto de comportamiento político (*political behavior*), paulatinamente extendido entre los politólogos desde que el estadounidense Charles MERRIAM (1874-1953) reivindicó su estudio en los años veinte del siglo pasado. A la vez, con la nueva palabra buscaban distinguirse del concepto acuñado por los psicólogos, *behaviorism* o *behaviourism* en inglés británico (conductismo o behaviorismo en español). Aunque numerosos investigadores del comportamiento político prefirieron la palabra *behaviorismo* y, en consecuencia, llamarse behavioristas (*behaviorists*), los behavioralistas (*behavioralists*) lograron imponer su término en la década de 1960.

6 G. PETERS, 1999, 12; K. SHEPSLE, 1999, 359; K. THELEN y S. STEINMO, 1992, 4.

7 R. JENSEN, 1971, 33.

8 Cit. por G. SOLA, 1997, 821.

9 P. DI MAGGIO, 1998, 696.

tores del manual de ciencia política de Oxford publicado en 1996, apreciaban en el movimiento neoinstitucional evidencias de una nueva «revolución en marcha»[10]. Pero para comprender mejor el fenómeno debemos explicar antes en qué consistía y por qué entró en crisis el «viejo institucionalismo», considerado el núcleo de la ciencia política surgida como disciplina diferenciada a partir de fines del siglo XIX en América y Europa.

DEL VIEJO AL NUEVO INSTITUCIONALISMO

Aunque en el siglo IV antes de Cristo Aristóteles sostuvo que la ciencia política era la ciencia «suprema», pues persigue el mayor bien, la justicia «es decir, lo conveniente a la comunidad»[11], en realidad se mantuvo ligada a otros saberes (sobre todo a la filosofía, el derecho y la historia, sin olvidar la economía política) hasta hace poco más de cien años. Por otro lado, cuando inició su vida independiente, además de seguir interesándose por la historia del pensamiento y la historia política, los profesionales de la enseñanza universitaria y de la investigación escogieron el Estado como su objeto de estudio. Así, Frank J. Goodnow, el primer presidente de la Asociación Americana de Ciencia Política (*APSA*), creada en 1903, declaraba en 1904 que hasta entonces ninguna otra asociación había reunido a las personas interesadas primordialmente en «el estudio científico de la organización y las funciones del Estado»[12]. Por su parte, ya en la segunda mitad del siglo XX, Maurice Duverger nos dio cuenta de cómo esa identificación entre el Estado y la disciplina se mantenía en Francia[13]. De hecho, a juicio del politólogo canadiense André Lecours, los europeos nunca la abandonaron[14] e incluso el británico Rod Rhodes sostiene que la ciencia del Estado, creada por los académicos germanos en el XIX (*Staatswisenschaft*), no difiere de la ciencia política, sino que está en su corazón[15]. Pero ese vínculo, e incluso el mismo concepto de Estado, fueron rechazados por numerosos politólogos, mayoritariamente estadounidenses, a partir de 1950. Veamos por qué.

Pues bien, para empezar, la identificación entre la joven ciencia política y el Estado era algo lógico. Sobre todo si tenemos en cuenta el éxito de dicha forma

---

10 R. GOODIN y H. D. KLINGEMANN, 2001, 52.

11 «Si en todas las ciencias y artes el fin es un bien, el mayor y en un grado especial será el de la suprema entre todas, y ésta es la disciplina política: el bien político es la justicia, es decir, lo conveniente a la comunidad». ARISTÓTELES 1977, lib. III, cap. XII. Véase también ARISTÓTELES 2000, 24-25.

12 Cit. por E. BERNTSON, 2009, 17.

13 M. DUVERGER, 1996, 69.

14 A. LECOURS, 2005.

15 R. RHODES, 2006, 95. Opina de forma similar A. BENZ, 2010, 116.

de asociación u organización política europea, impuesta por las revoluciones liberales que se fueron sucediendo en ambas orillas del Atlántico desde el último cuarto del siglo XVIII hasta mediados del XIX. En segundo lugar, el Estado terminaría expandiéndose a través del colonialismo de las potencias occidentales al resto del planeta[16]. Y, *last but not least*, la identificación entre ciencia política y Estado se estableció porque satisfacía la idea mayoritaria de los académicos sobre la política: su identificación con el estudio del poder, pues, teóricamente, el Estado monopoliza el poder político[17]. De ahí la atribución a Nicolás Maquiavelo de su paternidad junto con la de la ciencia política moderna. El célebre *Príncipe*, escrito en 1513 y publicado en 1532, lo testimoniaba ya en sus primeras líneas: *Todos los estados, todos los dominios que han tenido y tienen poder sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados*[18].

En suma, rompiendo con la tradición clásica sancionada por el cristianismo, esto es, la política como justicia y paz, y la consecuente reflexión sobre cuál es el mejor gobierno para la comunidad, *El Príncipe* nos habla de la realidad *–la realtà effettuale–*, de la forma de gobernar de los líderes europeos e italianos más importantes del Renacimiento comparada con la de los del mundo antiguo, e incluso con los del entonces pujante imperio turco. Y esa realidad es la de una lucha por el poder donde no cuentan las reglas de la moral para alcanzarlo, engrandecerlo y mantenerlo. Por consiguiente, con Maquiavelo se rompe la concepción normativa de la política y se declara su autonomía respecto a otras manifestaciones de la vida comunitaria[19]. Además, según acabamos de ver, al hallarse la palabra «estado» justo al comenzar la obra, y profusamente a lo largo de sus páginas, a despecho de su polisemia y de su contextualización, se encontró el Estado.

Desde luego que ni podemos ni vamos a entrar aquí en un tema tan polémico como el de Maquiavelo y la ciencia política; tan sólo hemos querido explicar la reivindicación por politólogos y teóricos del Estado de un autor maldito, comúnmente sinónimo de astucia, doblez y perfidia, al haberse asociado la esencia de la política con las relaciones de mando y obediencia, y, en consecuencia, con el comportamiento de las élites dirigentes[20].

Así las cosas, los primeros profesionales de la disciplina se centraron en el análisis del Estado y de las organizaciones e instituciones que lo articulan (constitución, gobierno, parlamento, burocracia…), mientras otros académicos interesados en la política, pero vinculados a distintas ciencias sociales y jurídicas

---

16 En la ciencia política estadounidense de fines del siglo XIX llegó a cuajar una idea darwinista del Estado, contemplado como [una] especie sancionada teórica y científicamente». GUNNELL, 1999, 70-71.

17 G. PASQUINO, 1994, 16-17; RHODES 1999, 56.

18 N. MAQUIAVELO, 2000, 68.

19 G. ALMOND, 2001, 94; SOLA 1997, 29.

20 G. PETERS, 1999, 10; SOLA, 1997, 29.

(economía, derecho constitucional, sociología), los denominados elitistas clásicos (Vilfredo Pareto, Gaetano Mosca, y Robert Michels), también llamados neomaquiavelistas, concibieron, en sintonía con el secretario florentino, la política como una lucha por el poder y se ocuparon de sus dirigentes: la «clase política». Ahora bien, si el elitismo aspiró a construir una ciencia política según el modelo de las ciencias naturales[21], la mayoría de los politólogos empleaba en sus investigaciones un enfoque legal –pues consideraban clave el papel de las leyes en el gobierno–, inductivo e histórico comparativo. Al mismo tiempo, esos trabajos solían ser descriptivos y empleaban una perspectiva histórica porque las instituciones se comparaban a los «arrecifes de coral», formados «sin una planificación consciente a través de una «lenta acumulación»[22]. Por otro lado, el viejo institucionalismo destacaba la importancia de las estructuras al considerar que determinaban el comportamiento, dejando apenas espacio para los individuos, salvo, quizás, dice Guy Peters, para algunas figuras históricas. De ahí su preocupación por diseñar constituciones perfectas (*the framework for political life*), como la de Weimar (1919), la nueva república alemana surgida tras la derrota del Reich en la I Guerra Mundial. Precisamente, ese modelo de democracia resultó también su fracaso más sonado y un motivo de crítica hacia el análisis institucional[23].

Concluyendo: el primer institucionalismo sostenía que si un analista pudiese identificar los principales aspectos estructurales, podría llegar a predecir el funcionamiento del gobierno. Por tanto, advertimos la existencia de una ambición predictiva asociada con el modelo de investigación de las ciencias sociales. Asimismo, aquellos investigadores, y en particular los norteamericanos, siguiendo la tradición clásica, se preocuparon por el buen gobierno. Es decir, tuvieron un afán normativo (querían saber si las reglas favorecían el bien común), así como un vivo interés en la resolución de los problemas político-administrativos de la época, cosa que suele olvidarse por sus críticos. Un ejemplo destacado sería el de Woodrow Wilson, presidente de los Estados Unidos (1913-1921) y premio Nobel de la paz (1919) tras su paso por la universidad y después de haber escrito una de las grandes obras del institucionalismo americano, *The State: Elements of Historical and Practical Politics: A Sketch of Institutional History and Administration*, 1898[24].

Finalmente, si bien los primeros institucionalistas solían comparar el conjunto de las instituciones de varios países en vez de hacerlo una a una (por ejemplo, los parlamentos), hubo excepciones como la de Herman Finer (1898-1969), un representante señero del enfoque legal-formal (*formal-legal analysis*). Por otro

---

21 M. L. MORÁN, 1993, 134.
22 E. M. SAIT, cit. por R. RHODES, 1997, 55.
23 S. STEINMO, 2008, 119.
24 G. PETERS, 1999, 4.

lado, Finer, al igual que Woodrow Wilson y otros académicos, examinó las principales instituciones políticas «no sólo en su forma legal, sino también en su manera de funcionar»[25].

Así las cosas, la flamante ciencia política sufrió una grave crisis de identidad a raíz de la I Guerra Mundial, la «Gran Guerra», un acontecimiento que conmocionó los cimientos del mundo occidental. Y es que, como su principal compañera de viaje, la historia, fue incapaz de pronosticar el desastre y sus consecuencias[26]. Pero, sobre todo, la primera conflagración mundial originó en Inglaterra y en los Estados Unidos un manifiesto rechazo de la filosofía germana y de su concepción monista del Estado, consideradas culpables del autoritarismo y de la política imperialista que habían desencadenado el conflicto)[27]. Además, la intervención sin precedentes de los gobiernos en la dirección de la economía, de la sociedad y del pensamiento, así como los horrores bélicos, las consecuencias del Tratado de Versalles y la irrupción de las masas en el juego político, hicieron sentir su influencia sobre la joven disciplina social. Fue entonces cuando un profesor estadounidense curtido en la política municipal, Charles Merriam (1874-1953), impulsó entre 1920 y 1940 desde la Universidad de Chicago la búsqueda de una nueva ciencia política para dar salida a los problemas ocasionados por la Gran Guerra y la declinación del Estado.

Ciertamente, Charles Merriam aceptó que la sociedad estadounidense estaba fragmentada, pero no desafió el paradigma del Estado. Es más: siguió considerándolo como «el lugar de la democracia liberal y el vehículo para la solución de los problemas sociales»[28]. Fue el inglés Harold Laski (1893-1950) y los politólogos norteamericanos que aceptaron su propuesta (1919), quienes desafiaron el monismo del Estado con su teoría democrática pluralista. El pluralismo, en sintonía con la tradición anglosajona, acostumbrada a la soberanía dividida, considera a los grupos (sindicatos, iglesias, ciudades, universidades, clubs…) como las entidades sociales primarias a las cuales rinde fidelidad el individuo, y los grupos no han sido creados por una autoridad central o dependen esencialmente de ella. En síntesis, el pluralismo contempla al Estado como un conjunto de instituciones

---

25 H. FINER cit. por R. RHODES, 2006, 95.

26 Según hemos avanzado, «la Historia es la política del pasado y la Política la historia del presente», era la divisa de los primeros politólogos norteamericanos, entre los cuales se encontraban Woodrow WILSON (universidad de Princeton); John BURGESS y William DUNNING (Columbia); Herbert BAXTER ADAMS (John HOPKINS) o Albert BUSHNELL HART (Harvard), R. JENSEN, 1971, 33.

27 J. G. GUNNELL, 1999, 39. De hecho, el concepto de Estado por su abstracción y su exaltación de la unidad y la soberanía era ajeno al pensamiento y a la práctica política de los ingleses y los norteamericanos, tradicionalmente preocupados por evitar los males originados por la concentración del poder. Hobbes, el padre de la teoría del Estado (*Leviathan*, 1651), fue una excepción.

28 J. G. GUNNELL, 1999, 40. Sobre el pluralismo, véase Vincent 1987, 188 y ss.

(ejecutivo, legislativo, burocracia, judicatura) y prefiere hablar de *government*. Gobierno entendido «como el proceso de formación de la voluntad, agregación de intereses y adopción de decisiones» por parte de grupos o elites[29].

En cualquier caso, la gran aportación de Merriam y sus discípulos, sin olvidar al inglés residente en los Estados Unidos George Catlin, fue promover una ciencia política según el modelo de los psicólogos conductistas. Esto es, centrada en el individuo y con una metodología empírica, cuantificación e interpretación sociopsicológica. Por eso, para un historiador de la disciplina, John Gunnell, la auténtica revolución de la ciencia política en su teoría y práctica se produjo entonces[30]. Ahora bien, como advirtió Almond, el camino del cientificismo ya había sido apuntado con anterioridad por destacados estudiosos europeos de las ciencias sociales (Tocqueville, Comte, Marx, Pareto, Freud…). Asimismo, Max Weber junto con Émile Durkheim, reconocieron la dificultad de reducir sus «materiales…a las leyes y formas de explicación propias de las ciencias exactas»[31]. Volveremos sobre ello al hablar del nuevo institucionalismo.

En definitiva, entre fines de los años veinte y principios de los años treinta, en Estados Unidos se abrió paso la investigación política empírica basada en una estrategia de investigación interdisciplinar –antropología, psicología, sociología– y en una metodología cuantitativa que se alejaba de la del viejo institucionalismo de tipo legal ligado al Estado, descriptivo, inductivo e histórico-comparativo. Sin embargo, pese a sus logros en los estudios de orientación del voto y a la alta productividad de sus miembros, la Escuela de Chicago no llegó a imponerse dentro del mundo universitario estadounidense. Es más: a partir de 1940 se produjo una reacción contra la investigación empírica dentro de la misma Universidad de Chicago que dispersó a sus miembros y después de la II Guerra Mundial, bajo la dirección de dos académicos formados en Europa, Hans Morgenthau y Leo Strauss, Chicago se hizo «rigurosamente anticonductista»[32]. De todos modos, la Escuela de Chicago había formado una masa crítica que desde otras universidades (Harvard, Yale) aseguró el éxito de la eclosión de una nueva ciencia política[33]; ésta llegó en los años cincuenta con la denominada *revolución behavioralista* o *conductista*, que se asociaría al pluralismo.

Efectivamente, después de la experiencia nazi-fascista y de la II Guerra Mundial, el rechazo al Estado aumentó. Este factor, sumado a la orientación de los jóvenes investigadores estadounidenses hacia el examen del comportamiento de los individuos –de sus actitudes, de sus expectativas, de sus preferencias– y a la

---

29 A. BENZ, 2010, 17 y 122.
30 J. G. GUNNELL, 2004.
31 G. ALMOND, 1999, 57.
32 M. T. HEANEY y J. M. HANSEN, 2006; R. JENSEN, 1971, 47-48.
33 G. ALMOND, 2001, 107-108.

afirmación de las teorías pluralistas de la democracia liberal, facilitaron el triunfo del credo behavioralista proclamado en 1953 por el politólogo de origen canadiense David Easton en *The Political System: an Inquiry of into the State in Political Science*. Así, el Estado, un concepto con múltiples definiciones, considerado no sólo inútil, sino dañino para un trabajo empírico controlado científicamente e inadecuado para la comprensión general de la política, entendida como un «sistema de conducta», fue sustituido por el de sistema político, definido como «un sistema de interacciones abstraídas de la totalidad de los comportamientos sociales, a través de las cuales los valores se asignan de modo imperativo para una sociedad».

También es importante incidir en que el abandono del Estado del behavioralismo pretendió romper con una Ciencia Política limitada y etnocéntrica –eurocéntrica–, porque, como han demostrado los estudios antropológicos, existieron y existen sociedades sin Estado, pero con actividad política, definida por Easton como la «asignación imperativa de valores para una sociedad»[34]. En suma, el Estado es una forma transitoria de organización política europea, no existió siempre ni tiene por qué existir siempre. Había política antes de él y habrá política si es sustituido por otra forma de organización política[35].

Asimismo, junto con el Estado, los seguidores del behavioralismo postergaron a las instituciones, alejándose también de la perspectiva histórica empleada para estudiarlas. A su juicio, según avanzamos, los individuos constituían los componentes fundamentales de la política y los resultados políticos eran simplemente la agregación de acciones individuales basadas en principios sociológicos y psicológicos. Sin embargo, los behavioralistas no tardaron en ser cuestionados, tanto por los académicos conservadores como por los partidarios de un mayor cientificismo y su escuela entró en crisis debido a la incapacidad para predecir el rechazo a la guerra de Vietnam y los conflictos sociales que se vivieron en los Estados Unidos desde mediados de los sesenta. En consecuencia, pese a la creencia de Easton en una revolución postbehavioralista, a partir de los años setenta la Ciencia Política se fragmentó en varias orientaciones enfrentadas entre sí, o, si se prefiere la expresión de Gabriel Almond, sus cultores se sentaron en «mesas separadas». Y entre esas escuelas, la teoría de la elección racional, una entrada de la economía en la disciplina, defensora de un individuo maximizador del beneficio (un *homo-economicus* egoísta, materialista y racional), ganó pronto peso en las universidades norteamericanas[36].

---

[34] EASTON, 1953, capítulos 4-5.
[35] M. LEVI, 2002, 34; PASQUINO, 1994, 18-19.
[36] G. ALMOND, 2001, 351; G. CABALLERO, 2008, 21-25; G. PETERS, 1999, 11-15; K. SHEPSLE, 1999, 358-59.

En este contexto, después de una reivindicación por diversos pensadores neomarxistas europeos (Ralph Miliband, Klaus Offe, Nicos Poulantzas, Göran Therborn) y científicos sociales norteamericanos del papel del Estado (*State-centered approach*), al que concedían cierta autonomía respecto a la sociedad civil, las instituciones regresaron con fuerza a la ciencia política durante la década de 1980. Eso sí, se trataba de un «nuevo institucionalismo», según proclamaban James G. March y, Johan P. Olsen en el artículo considerado como su manifiesto fundacional: «El nuevo institucionalismo: factores organizativos de la vida política» (1984). Un nuevo institucionalismo que no tardó en entreverse como la barra común para las mesas separadas a las cuales se sentaban los politólogos. De ello hablaremos ahora.

EL NUEVO INSTITUCIONALISMO Y LA ERA DE LAS INSTITUCIONES

Como avanzamos al iniciar estas páginas, el giro institucional afectó a todas las ciencias sociales a fines del siglo pasado, e incluso para algunos estudiosos el discurso neoinstitucional habría llegado a apropiarse del destino de dichas ciencias en los años noventa[37]. Quizás esta opinión sea exagerada, pero la afirmación de que «las instituciones importan» es hoy un hecho indiscutido y no cabe duda de que su estudio ha puesto en contacto a las ciencias sociales entre sí favoreciendo la fertilización mutua. Por ejemplo, en el caso de la ciencia política ha facilitado el análisis de las instituciones con herramientas conceptuales de los economistas y éstos, a su vez, han entrado a estudiar diversos temas políticos para analizar su impacto en el crecimiento económico (los orígenes de la dictadura y la democracia, el tamaño de las naciones, la influencia colonial en los nuevos estados-nación…), entre los cuales destacan las investigaciones sobre el Congreso norteamericano[38]. De hecho, el nuevo institucionalismo es un fenómeno de hibridación, un «solapamiento de segmentos de disciplinas», tal y como demuestran sus dos perspectivas politológicas más pujantes: el institucionalismo de la elección racional y el institucionalismo histórico[39]. Mas antes de seguir adelante, no podemos pasar por alto, según nos advierte Rhodes, que todavía hay tradiciones del viejo institucionalismo que gozan de buena salud. Así, la legal-formal sigue estando muy viva en la elaboración de constituciones[40].

---

37 J. M. RAMÍREZ ZOZAYA, 1999, 56.

38 S. L. ENGERMAN y K. SOKOLOFF, 2008; S. IOANNIDES y K. NIELSEN, 2007; B. WEINGAST y D. A. WITTMAN, 2006, 4.

39 Sobre el fenómeno de la hibridación en las ciencias sociales y políticas, véase M. DOGAN, 2001.

40 R. RHODES, 2006.

En cualquier caso, las instituciones regresaron al primer plano politológico de la mano del Estado definido como «un conjunto de organizaciones militares, administrativas y políticas, encabezadas y mejor o peor coordinadas por una autoridad ejecutiva... una estructura autónoma que responde a unos intereses y a una lógica interna»[41] y como reacción contra los excesos del behavioralismo y de la elección racional, pues, sin desdeñar las preferencias de los individuos, los neoinstitucionalistas no creen que la conducta sea suficiente para explicar «todos los fenómenos de gobierno». A su juicio, las instituciones no los determinan, pero brindan un contexto para la acción que los condiciona y nos ayudan a entender por qué los actores toman sus decisiones[42]. Por otro lado, participan de la preocupación behavioralista por la teoría y el desarrollo de métodos analíticos adecuados[43]. No en vano, March y Olsen proclaman que «la fuente primordial del reto institucionalista es empírica» y que también requiere «investigación teórica»[44]. Finalmente, esta perspectiva se ha propuesto averiguar cómo surgen, se consolidan y cambian las instituciones. Además, quienes se declaran neoinstitucionalistas investigan el condicionamiento del pasado sobre el presente y el futuro, y se preguntan por las causas, las direcciones y las consecuencias de los cambios institucionales. De ahí, el regreso de la historia y de las ideas, pues estas últimas son consideradas, tanto como una de las causas de la estabilidad como del cambio de las instituciones. Asimismo, los neoinstitucionalistas tienen en cuenta que «la gente actúa en parte sobre la base de mitos, dogmas, ideologías y teorías a medio cocinar»[45]. Finalmente, casi todos estos autores coinciden con el premio Nobel de economía Douglass North en que «la historia es importante no sólo porque se puede aprender del pasado, sino también porque el presente y el futuro están conectados al pasado por obra de la continuidad de las instituciones de una sociedad»[46]. De hecho, el institucionalismo histórico hace hincapié en los procesos de senda o secuencia, puesto que una de las singularidades del nuevo institucionalismo es su tentativa de teorizar la estabilidad institucional (*institutional stasis*)[47].

Con todo, después de varias décadas de auge neoinstitucional, esta perspectiva presenta una debilidad sorprendente: todavía no contamos con una definición precisa de qué son las instituciones. Y en esto hay un contraste respecto al viejo

---

41 T. SKOCPOL, 1984, 27; P. EVANS, D. RUESCHEMEYER y T. SKOCPOL, 1985.
42 H. IMMERGUT, 1998, 6 y 26.
43 K. THELEN y S. STEINMO, 1992, 6.
44 «Por investigación teórica entendemos principalmente el desarrollo de ideas, conceptos y modelos basados en las observaciones empíricas y relevantes para una comprensión comportamental y una ordenación prescriptiva de la vida política». (J. G. MARCH y J. P. OLSEN, 1993, 21-23).
45 A. DENZAU y D. NORTH, cit. por J. J. ROMERO 1999, 18.
46 D. NORTH 1995, 3.
47 S. HARTY, 2005, 57; J. MAHONEY y K. THELEN, 2010, 4 y ss.

institucionalismo político, donde la cuestión no representaba un problema, ya que solían identificarse con las «estructuras materiales» vinculadas al Estado (constituciones, parlamentos, burocracias, tribunales, ejércitos, disposiciones gubernamentales, a veces sistemas de partidos); o, para ser más precisos, al gobierno[48]. Así, hoy se ha ampliado el concepto, si bien hay consenso para definirlas, básicamente, como las reglas del juego normas formales e informales (en estas últimas reside la novedad) estables en el tiempo que orientan el gobierno de las distintas sociedades y el comportamiento de sus miembros; pero también con frecuencia siguen identificándose con los órganos u organizaciones del Estado o de la sociedad civil. De hecho, en inglés, la lengua del neoinstitucionalismo, se contempla esta doble acepción –*An established law, custom, usage, practice, organization, or other element in the political or social life of a people; a regulative principle or convention subservient to the needs of an organized community or the general ends of civilization*–[49]. Por tanto, para un buen número de estudiosos el parlamento y las normas del propio parlamento para votar son instituciones. No obstante, en general, se suele distinguir entre instituciones (habitualmente identificadas con conjuntos de reglas) y organizaciones[50]. Estas últimas «grupos de individuos enlazados por alguna identidad común hacia ciertos objetivos», son estructuras creadas con un fin determinado y capacidad de actuación, siendo consideradas, entonces, como actores o jugadores del juego[51]. Entonces, como aclara Benz, una empresa es una organización, mientras que el mercado en el que la empresa se desenvuelve es una institución[52]. Por otra parte, la distinción entre

---

48 A. LECOURS, 2005, 6.

49 *Oxford English Dictionary*, cit. Por E. LANE, 2000, 24 y por R. SCRUTON, 1982, «Institution», en *A dictionary of Political Thought*. London: Pan Books. En español, la vigésima segunda edición del *Diccionario de la Real Academia Española* asocia preferentemente su significado a un *organismo que desempeña una función de interés público*; a *cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, nación o sociedad*; o a los *órganos constitucionales del poder soberano en la nación*.

50 Así, por ejemplo, Guillermo O'DONNELL en su conocido artículo «Democracia delegativa» afirma:
«Las instituciones son patrones de interacción regulados, que son conocidos, seguidos y comúnmente aceptados –aunque no necesariamente aprobados mediante normas– por los agentes sociales que esperan continuar interactuando bajo las reglas y normas formal o informalmente plasmadas en esos patrones. En ocasiones, aunque no necesariamente, las instituciones se convierten en organizaciones formales; se materializan en edificios, sellos, rituales y personas que desempeñan roles que las autorizan a "hablar por" la organización» (O'DONNELL 2009, 8).

51 D. C. NORTH, 1995, 14-15; D. C. NORTH, C. WALLIS y B. R. WEINGAST, 2009, 15-16; J. J. ROMERO, 1999, 21. «La oficina burocrática, la comisión parlamentaria y el tribunal de apelación son escenarios para la lucha de las fuerzas sociales, pero son también conjuntos de procedimientos estandarizados y estructuras que definen y defienden intereses. Son actores políticos por derecho propio» (MARCH Y OLSEN, 1993, 13).

52 A. BENZ, 2010, 144.

reglas y actores ayuda a explicar los procesos de toma de decisiones de los individuos y de las organizaciones y el cambio institucional. Así, las instituciones condicionan la conducta de los actores, pero como buena parte de las reglas formales pueden interpretarse, la interpretación de ellas que hacen los actores puede llegar a cambiar su rol sin necesidad de una reforma explícita[53]. Además, los actores pueden, incluso, pasarlas por alto (pensemos en la prohibición del mandato imperativo propio de los sistemas representativos incluido todavía hoy, por ejemplo, en la Constitución española –Art. 67.2–, que se vulnera continuamente por los partidos políticos). En consecuencia, la continuidad institucional puede ser aparente. Asimismo, en el caso de las organizaciones, también pese a su permanencia nominal, el cambio de ideas de quienes las integran puede mudar sus reglas de juego y sus objetivos. Es, pues, lógico que algunos institucionalistas, sobre todo los neoinstitucionalistas históricos comparatistas, planteen investigaciones sobre la explicación del establecimiento, el desarrollo y el cambio institucional desde una perspectiva interactiva. Es decir, que analicen las interacciones entre los actores (con sus ideas, intereses, comportamiento), las reglas del juego y la situación del momento[54]. El último libro de Sven Steinmo, *The Evolution of Modern States. Sweden, Japan, and the United States* (2010), es un buen ejemplo de cómo la evolución político-económica contemporánea de tres países muy distintos se aborda desde un enfoque interactivo.

En definitiva, como afirman Thelen y Steinmo, «normalmente los institucionalistas se interesan por el conjunto de las instituciones estatales y sociales que influyen sobre la manera en que los actores políticos definen sus intereses y estructuran sus relaciones de poder con otros grupos»[55]. Pero el concepto de instituciones es una especie de «paraguas» y cada disciplina social y enfoque neoinstitucional propone un significado. Por esa ambigüedad, Hall y Taylor incluyen la propuesta de March y Olsen en el neoinstitucionalismo sociológico y con ellos coincide Jan-Erik Lane[56]. En cambio, Guy Peters reconoce las raíces sociológicas de la concepción de las instituciones de March y Olsen, pero los sitúa dentro de las aproximaciones politológicas bajo la denominación de «institucionalismo normativo», título que manifiesta el papel central asignado a las normas y a los valores dentro de las organizaciones para explicar su comportamiento[57]. Sea como

---

53 P. PIERSON, 2004, 138.
54 E. SANDERS, 2006, 44.
55 K. THELEN y S. STEINMO, 1992, 2.
56 P. HALL y R. TAYLOR, 1996, 948; J. LANE, 2000, 36.
57 G. PETERS, 1999, 25. Peters llama la atención sobre las diferentes definiciones de March y Olsen, definiciones que parten de que «una institución no es necesariamente una estructura formal, sino que es mejor entenderla como una colección de normas, reglas, interpretaciones y, en especial, rutinas» (G. PETERS, 1999, 28-29). Así, en el *Redescubrimiento de las instituciones* el significado de reglas coincide con el de rutinas:

fuere, para Rodolfo Vergara, autor del estudio introductorio de la edición española de su libro *Rediscovering Institutions* (1989), el trabajo de ambos autores «representa un esfuerzo peculiar por desarrollar una versión del Nuevo Institucionalismo pertinente para la Ciencia Política y particularmente útil en el estudio de las instituciones administrativas del Estado»[58].

LAS CORRIENTES NEOINSTITUCIONALES EN LA CIENCIA POLÍTICA

Tal y como venimos diciendo, el nuevo institucionalismo es plural y dentro de la ciencia política se distinguen varias perspectivas que, a veces, se enfrentan entre sí e incluso desarrollan debates internos. De hecho, para Guy Peters, aparte de compartir un interés por las estructuras del sector público, apenas tienen puntos en común[59]. Por otro lado, después de la muy divulgada clasificación del neoinstitucionalismo hecha por Peter Hall y Rosemary Taylor en 1996, donde se distinguían dos corrientes politológicas, el institucionalismo histórico y el de la elección racional, de una desarrollada en el campo de la sociología, el institucionalismo sociológico, que ha producido teorías de interés para los científicos políticos, se ha ido ampliando su número[60]. Con todo, los institucionalismos histórico y de la elección racional aparecen en todas las listas y en los primeros lugares. Por ese motivo, y para no extendernos demasiado, hablaremos aquí sólo de ellos centrándonos en el primero, tanto por su éxito como por su vocación integradora, no sólo con los distintos enfoques politológicos, sino también con las demás ciencias sociales.

Veamos. En primer lugar debemos recordar que los institucionalistas racionalistas están vinculados a una entrada de la economía en la ciencia política, e inicialmente esa escuela intentó reducir la política «al juego del estrecho interés egoísta material, excluyendo los valores de la gente, los principios y las vincula-

---

«Por "reglas" significamos las rutinas, procedimientos, convenciones, papeles, estrategias, formas organizativas y tecnologías en torno a los cuales se construye la actividad política. Asimismo, las creencias, paradigmas, códigos, culturas y conocimiento que rodean, apoyan, elaboran y contradicen esos papeles y rutinas. En la ciencia social empírica, es un lugar común observar que la conducta queda restringida o es dictada por estos aforismos culturales y normas sociales. Las rutinas son independientes de los actores individuales que las ejecutan y pueden sobrevivir a una considerable rotación de los individuos». (J. G. MARCH y J. P. OLSEN, 1997, 68).

58 R. VERGARA, 1997, 18.

59 G. PETERS, 2001, 308.

60 Así, Peters distinguía seis «teorías institucionales» en 1999, la normativa; la de la elección racional; la histórica; la empírica muy próxima al viejo institucionalismo; la internacional y la social (PETERS, 1999: 19-20). Y el *Oxford Handbook of Political Institutions* en 2006 agrega al de la elección racional y al histórico un *constructivist Institutionalism* y un *Network Institutionalism*. (R. RHODES, 2006).

ciones personales, así como la historia y las instituciones de las personas»[61]. Sin embargo, con el paso del tiempo, los seguidores del *Rational Choice Approach* terminaron por asumir la importancia de las instituciones para la toma de decisiones políticas. Robert Bates es un buen ejemplo del cambio de tendencia, pues este pionero en la aplicación del enfoque racional al estudio de los países en vías de desarrollo ha propuesto una aproximación ecléctica al análisis político:

> Cualquiera que trabaje sobre otras culturas sabe que las creencias y los valores de la gente importan, así como también las características distintivas de sus instituciones (...) Un atractivo importante de las teorías de la elección y la interacción humana, que está en el núcleo de la economía política contemporánea, es que ofrece las herramientas para conectar causalmente los valores y las estructuras con sus consecuencias sociales[62].

En síntesis, los institucionalistas de la elección racional conceptúan las instituciones como reglas que ponen límites al comportamiento maximizador individual y hacen posible el desarrollo de procesos estables y predecibles en la toma de decisiones. Respecto a sus aplicaciones, abordan problemas políticos y sociales de todo tipo: desde los efectos de las instituciones políticas del mundo occidental (parlamentos, tribunales, elecciones y administración pública) hasta los casos de corrupción, o los conflictos étnicos en los países en vías de desarrollo. Sus orígenes están en los estudios sobre el Congreso estadounidense, donde se observaba la siguiente paradoja: si los postulados de la elección racional son correctos, sería difícil asegurar mayorías legislativas estables, pues las múltiples ordenaciones de preferencias de los legisladores y el carácter multidimensional de los temas discutidos llevarían rápidamente a la sucesión cíclica de medidas legislativas. Pero esto no sucede en la práctica, sino que, por el contrario, los resultados del Congreso norteamericano muestran una gran estabilidad. Así las cosas, a fines de los años setenta los analistas de la elección racional comenzaron a preguntarse cómo se podía explicar tal paradoja y encontraron la respuesta en las instituciones. De este modo, un número importante de analistas argumentaron que se podían encontrar mayorías estables para legislar a causa de la forma en que las reglas de procedimiento y los comités del Congreso estructuraban las elecciones y la información disponible para sus miembros. Según estas investigaciones, las ins-

---

61 R. E. GOODIN y H-D. KLINGEMANN, 2001, 33.
62 Cit. por G. ALMOND 2001, 133.
63 WILLIAMSON, O. E., 1975; 1993, 107-156.
64 P. HALL y R. TAYLOR, 1996, 942-43; P. PIERSON, 2004, 107; B. R. WEINGAST, 2002, 660. Sobre el institucionalismo de la elección racional y el nuevo institucionalismo económico, véase CABALLERO, 2008.

tituciones del Congreso rebajan los costes de transacción –es decir, los costos de negociación, ejecución y cumplimiento– para llegar a acuerdos, lo que permite que se generen ganancias del intercambio entre legisladores, y esto, a su vez, posibilita la aprobación de legislación estable. A partir de este análisis, según hemos avanzado, se han empleado argumentos similares para otro tipo de asuntos (las transiciones a la democracia, el papel de los partidos políticos, los tribunales, la reforma institucional, la estabilidad democrática…); y aquí se demuestra un solapamiento con el institucionalismo económico, pues los racionalistas usan herramientas analíticas de la nueva economía institucional, especialmente de la obra de Williamson[63] sobre los mencionados costes de transacción[64].

Por otro lado, pese a que los objetivos teóricos y epistemológicos separen el institucionalismo racional del histórico, lo cierto es que se han ido aproximando, sobre todo gracias a los trabajos de quienes han estudiado casos históricos, como el crecimiento económico en las ciudades-estado italianas del medievo, la conscripción, los orígenes institucionales de la Guerra Civil Norteamericana o el cártel del café en América Latina[65]. De hecho, los seguidores de ambas escuelas comparten mayoritariamente una definición básica de qué son las instituciones y cuál es su efecto, pues coinciden con el premio Nóbel de economía Douglass North en que «son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana»[66]. Pero aquí, vamos a centrarnos en lo que las distingue.

Pues bien, la diferencia entre ambos enfoques no está en que las personas sean racionales o no, pues los institucionalistas históricos también creen que, en general, los individuos actúan buscando su beneficio. Por su parte, los racionalistas no siempre opinan que toda acción tenga motivos económicos egoístas a corto plazo. La distinción clave, según Steinmo, la encontramos en su perspectiva de la misma ciencia política. En efecto, al igual que Pierson y Skocpol, Steinmo sostiene que los institucionalistas históricos buscan comprender y explicar los problemas o los fenómenos políticos del mundo real y sus singularidades; mientras que los racionalistas tienen como principal objetivo descubrir las leyes de la conducta y la acción política. Por consiguiente, estos académicos, en la línea de los «físicos newtonianos» de las ciencias sociales, creen que si desvelan esas leyes podrán construir modelos que ayuden a entender y predecir la conducta política[67].

En cuanto a su metodología, los racionalistas utilizan un modelo deductivo y emplean, en palabras de Thelen y Steinmo, un «juego de herramientas» y de conceptos universal. Es decir, prácticamente aplicable a cualquier escenario político, mientras que los institucionalistas históricos usan el método inductivo para

---

65 R. BATES, A. GREIF, M. LEVI, J-L. ROSENTHAL y B. WEINGAST, 1998; A. GREIF, 2006; I. KATZNELSON y B. WEINGAST, 2005; K. SHEPSLE, 2006, 34-35; K. THELEN, 1999, 370-71.

66 D. C. NORTH, 1995, 13; E. SANDERS, 2006, 42.

67 S. STEINMO, 2001, 2008, 2010.

explicar casos concretos y elaboran teorías de medio alcance (*middle range*) basadas en material empírico[68]. Respecto a la lógica del institucionalismo de la elección racional, ésta se fundamenta en la teoría de juegos (de suma cero, dilema del prisionero, equilibrio de Nash…), área de las matemáticas desarrollada inicialmente para explicar el comportamiento de la economía que «ilustra los problemas de la cooperación y explora estrategias específicas que alteran los resultados obtenidos por los jugadores»[69]. Así, sus partidarios consideran las instituciones como las reglas del juego e intentan averiguar cuál es éste y cómo se juega. Ahora bien, la teoría de juegos no siempre puede aplicarse a casos históricos (por ejemplo, según Pierson y Skocpol, no es apropiada para el análisis de coyunturas o explorar los grandes procesos de cambio social que se desarrollan con lentitud)[70].

Los institucionalistas históricos consideran que el conflicto entre grupos rivales, generado por la escasez de recursos, es la esencia de la política y se centran en el estudio de las relaciones asimétricas de poder encarnadas por las instituciones (Beland, 2005: 31; Hall y Taylor: 937). En consecuencia, puesto que las instituciones nunca son neutrales, se preguntan por quién gana, quién pierde y por qué, y para averiguarlo algunos autores proponen un modelo analítico influido por la biología evolutiva. No en vano, su objetivo es, más que predecir el futuro, entender las fuerzas y dinámicas que han dado forma al mundo que conocemos (Steinmo, 2008 y 2010 y Lewis y Steinmo, 2012).

Por último, cada escuela explica la génesis, la estabilidad y el cambio de manera distinta. Los institucionalistas históricos asocian la génesis y la estabilidad de las instituciones a la dependencia de la senda (*path dependence* o *path dependency*), mientras que para los racionalistas es el resultado de «acuerdos voluntarios» entre actores[71]. En el primer caso partimos del aporte del historiador económico Paul David. David acuñó el concepto de *path dependence* en 1985 para explicar la persistencia del teclado QWERTY, diseñado a fines del siglo XIX con objeto de que no se trabasen las palancas de la máquina de escribir y fortuitamente adoptado por el método de escritura al tacto; un teclado que aún sigue siendo el más popular en nuestros ordenadores, agendas electrónicas o cualquier otro aparato con función de escritura pese a su probada ineficiencia frente al modelo DSK, patentado en 1932[72]. Tras el célebre artículo de David, pronto se descubrieron otros ejemplos tecnológicos de ineficiencia persistente (desde el

---

68 K. THELEN y S. STEINMO 1992, 10-12.

69 D. C. NORTH, 1995, 28; K. SHEPSLE, 2006; B. WEINGAST, 2002.

70 P. PIERSON y T. SKOCPOL, 2002, 705-706; P. PIERSON, 2004, 79. Además, North critica la «gran brecha entre el mundo relativamente limpio, preciso y simple de la teoría del juego y la forma compleja, imprecisa y de interpretación a tientas mediante la cual los humanos han estructurado la interacción humana». (D. C. NORTH, 1995, 28).

71 S. HARTY, 2005, 56; P. HALL y R. TAYLOR, 1996, 945; P. PIERSON, 2004, 106-8.

72 P. A. DAVID, 1985.

ancho de vía de ferrocarril en ciertos países hasta diseños de centrales nucleares) y se elaboró el *path dependence model*, pero lo más importante fue su adopción/adaptación por otras ciencias sociales y, en concreto, por los nuevos institucionalismos histórico y sociológico. Fue precisamente esta aplicación a otras disciplinas la responsable de un fenómeno de ampliación conceptual que lo ha convertido para algunos académicos en un concepto elástico sin valor. Así, *path dependence* sólo significaría que la historia importa. De todas formas, pese a la polémica suscitada por sus usos, en 2007 el mismo David ya lo consideraba un concepto fundamental para los científicos sociales[73]. Y en esto, según el gran historiador de los conceptos, Reinhart Koselleck (1923-2006), no se diferenciaría de los demás conceptos fundamentales, siempre complejos, polémicos y cuestionados. Nos llevaría, pues, varias páginas abordar el tema con detalle, de modo que para sintetizar y teniendo en cuenta lo explicado hasta ahora sobre el institucionalismo histórico, digamos que, en esencia, para estos autores *path dependence* quiere decir que las elecciones iniciales de los individuos originadas por una contingencia, es decir, por accidentes, crean sendas institucionales difíciles de abandonar a causa de los intereses de sus beneficiarios, quienes intentarán mantenerlas para conservar o incrementar sus ventajas. Entonces, como en los ejemplos tecnológicos, las instituciones no tienen por qué ser eficientes. Por otro lado, en estos procesos de senda, el momento (*timing*) y el orden temporal de los acontecimientos (*sequence*) son factores cruciales. Como observó Gerschenkron, la industrialización puede tener efectos distintos sobre un país cuando se produce en una época relativamente temprana y otros si se produce tarde porque el contexto ha cambiado (Gerschenkron, 1962). Desde este punto de vista, el desarrollo secuencial de una nación o de un régimen político puede ser influido de forma decisiva por una serie de hechos del pasado; hechos que producen efectos duraderos capaces de condicionar el impacto de sucesos similares sobre distintos países en el presente. Por ejemplo, los efectos de la elección de un gobierno conservador sobre el régimen de protección social varían según el tipo del mismo que cada país haya establecido inicialmente[74]. En definitiva, los políticos de hoy deben tener en cuenta las decisiones de sus predecesores y *el path dependent model* puede explicar las diferencias entre países, de modo que responde al intento de los neoinstitucionalismos de averiguar por qué se producen esas diferencias ante retos comunes y tiene una notable aplicación en la política comparada[75].

Por su parte, los racionalistas contemplan la estabilidad como una prueba de la eficiencia institucional. En síntesis, las instituciones son casi como contratos surgidos de acuerdos voluntarios entre actores con un poder similar que deciden

---

73 P. A. DAVID, 2007.
74 P. HALL, 2003.
75 La explicación más completa sobre la *path dependence* la encontramos en P. PIERSON, 2004.

cooperar para alcanzar un beneficio mutuo. Así, Barry Weingast, después de haber examinado varios modelos de elección racional que explican la existencia de las instituciones y los motivos por los cuales adoptan su forma específica, afirma que, «en síntesis, la respuesta es que los grupos a menudo necesitan instituciones que les permitan obtener ganancias de la cooperación. Sin ellas, los individuos a menudo se enfrentan a un dilema social, esto es, a una situación donde su comportamiento lo empeora todo. El dilema del prisionero es el dilema social clásico, aunque hay muchos otros»[76]. Sin embargo, esta explicación *actor-centered functionalism* suele ser un punto final y no de partida para el análisis, pues, en vez de examinar el origen de la institución, parte de su existencia. Evade, entonces, su historia y asimismo pasa por alto el problema del cambio[77]. Además, la concepción de la creación institucional como un proceso cuasi contractual entre actores relativamente iguales e independientes puede ser válido para explicar algunos casos, pero hay otros en los cuales subestima las asimetrías de poder que dan más influencia a unos actores que a otros para establecer una institución[78].

Respecto al cambio de las instituciones, para los racionalistas cualquier marco institucional terminará por alcanzar un equilibrio en el que ningún actor tendrá interés en mudar su elección. En consecuencia, la única causa del cambio será exógena, una conmoción exógena (*exogenous shock*). Ciertamente, también la teoría de la *path dependence* de los institucionalistas históricos contempla la conmoción para iniciar el cambio de senda, pero estos académicos han considerado insuficiente la explicación exógena[79]. De ahí la aparición de una literatura sobre el cambio institucional endógeno y gradual que complementa los modelos exógenos. Una literatura donde se echa mano de la teoría de la evolución y de la evolución por selección natural (variación, selección, retención)[80], pero matizando que el peso de las capacidades cognitivas humanas permite elegir a grupos e individuos conscientemente las instituciones. Asimismo, las instituciones humanas, a causa de la proliferación de ideas y de su transmisión, pueden adaptarse al medio

---

76 B. WEINGAST, 2002, 670.

77 P. PIERSON, 2004, 108. Sobre la irrelevancia del origen de las instituciones para algunas versiones de este enfoque, véase también G. PETERS, 1999, 55-56.

78 P. A. HALL y R. TAYLOR, 1996, 952-953.

79 Ya HALL y TAYLOR apuntaron que numerosos instititucionalistas históricos dividen el flujo de la historia en periodos de continuidad separados por coyunturas críticas, es decir, momentos de cambio institucional intenso, de los cuales arranca una nueva senda. Precisamente, uno de los retos de estas investigaciones ha sido explicar qué precipita esos momentos críticos y, aunque han destacado el papel de las crisis económicas y de los conflictos militares, no disponen aún de una respuesta satisfactoria. (P. A. HALL y R. TAYLOR, 1996, 942).

80 Según Robert E. GOODIN, «the basic idea of evolutionary models is that society takes the shape it does because over time its elements have been subject to a repeated process of "selection for fitness". (R. E. GOODIN, 2009, 25). Sobre la conveniencia de conectar la ciencia política y, en particular, el institucionalismo histórico con la teoría de la evolución, véase LUSTICK, 2005.

con mayor rapidez. «En otras palabras: la evolución cultural humana puede ser más veloz que la evolución biológica porque las ideas y las creencias se replican y adaptan más rápidamente que en los organismos biológicos»[81].

Lustick, Lewis y Steinmo han resumido los fundamentos y las ventajas de la teoría de la evolución para explicar el cambio institucional[82]. Remitimos al lector a las páginas de sus sugerentes artículos y quien desee comprobar la inspiración de la biología evolutiva entre los institucionalistas puede acercarse a las publicaciones dedicadas por Hendrick Spruyt o Thomas Ertman al desarrollo del Estado[83], pues ya vamos a centrarnos en el institucionalismo histórico. Y en este enfoque, como indica su nombre, la importancia de la historia es el sello distintivo. En efecto, los institucionalistas históricos consideran las instituciones «como el legado de un proceso histórico concreto», por lo común las «asocian con organizaciones y con las reglas o convenciones promulgadas por organizaciones formales»[84] y hacen hincapié, según avanzamos, en su nacimiento como consecuencia de conflictos políticos específicos que dan lugar a relaciones asimétricas de poder. La denominación de este enfoque surgió de un *Workshop* celebrado en Boulder, Colorado, por una serie de destacados científicos sociales en enero de 1989[85]; pero sus orígenes se remontan a la reivindicación del papel del Estado en la historia a partir de los años setenta. En ella ha jugado un papel de primer orden Theda Skocpol, discípula del reconocido sociólogo Barrington Moore Jr. (1913-2005), autor de un estudio histórico-comparativo clásico que hoy sería englobado dentro de la copiosa literatura institucionalista histórica[86]: *Los orígenes sociales de la dictadura y de la democracia* (1966). De hecho, se suele comprender bajo la misma etiqueta a los sociólogos políticos histórico-comparativos como, por ejemplo, el recientemente desaparecido Charles Tilly (1929-2008), autor de numerosos trabajos entre los cuales destaca *Coerción, capital y los estados europeos* (1990)[87];

---

81 O. A. LEWIS y S. STEINMO, 2012, 322.

82 I. S. LUSTICK, 2011; O. A. LEWIS y S. STEINMO, 2012.

83 H. SPRUYT, 1996 y T. ERTMAN, 1997. *The Sovereign State and Its Competitors*. Princeton: Princeton University Press; y ERTMAN, T. (1997): *Birth of the Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press.

84 P. A. HALL y R. TAYLOR, 1996, 938. Previamente HALL y TAYLOR afirman: «They can range from the rules of a constitutional order or the standard operating procedures of a bureaucracy to the conventions governing trade union behaviour or bank-firm relations».

85 Entre los participantes se encontraban Douglas ASFORD, Colleen DUNLAVY, Peter HALL, Ellen IMMERGUT, Desmond KING, Frank LONGSTRETH, Jonas PONTUSSON, Peter KATZENSTEIN, Bo ROTHSTEIN, Seven STEINMO, Kathleen THELEN, George TSEBILIS, Theda SKOCPOL y Margaret WEIR. STEINMO, 2008, 136, nota 1.

86 STEINMO afirmaba en 2008 que buscando en la página web de Amazon, encontró 794 libros para su búsqueda sobre «historical institutionalism», mientras que la frase «The New Institutionalism» arrojaba la cifra de 1.679. S. STEINMO, 2008, 125. A 17 de septiembre de 2013 se ha pasado a 1.142 registros en el primer caso, y a 2.812 en el segundo.

87 M. J. FUNES, 2011.

y también a cualquier otro investigador interesado en explicar la influencia de las instituciones sobre los fenómenos políticos del mundo real a través de la historia[88]. No en vano, como anticipamos, el institucionalismo histórico es un híbrido que emplea teorías y métodos de la sociología y de la economía. En suma, como dice Steinmo, «si uno piensa que las ideas importan, que las instituciones estructuran las elecciones del actor, pero que pueden ser modificadas por los mismos actores, y que las personas de carne y hueso toman decisiones no siempre eficientes o en su propio interés, entonces probablemente es un institucionalista histórico»[89].

En cuanto a la importancia de los actores y su influencia en las instituciones, como aprecia Elizabeth Sanders, es irónico advertir que cuando los historiadores abandonaban el estudio de la influencia de los grandes hombres en la vida de la gente común, los científicos políticos comprometidos con el giro histórico-institucional destacasen la importancia de la acción de las élites. Tal es el caso de Stephen Skowronek, quien en *Building a New American State* (1982) se centró en tres aspectos de la modernización del Estado-nación norteamericano –el inicio de la regulación de la red ferroviaria, la lucha por una administración meritocrática y la lucha por establecer un ejército profesional permanente– donde los principales promotores eran siempre individuos destacados. Así, presidentes, intelectuales y generales jugaron un papel clave en la creación de un ejército profesional, ayudados por la cúpula de los hombres de negocios, puesto que esa fuerza armada garantizaría mejor sus inversiones internas y en el extranjero[90].

Por otro lado, los temas que abordan los institucionalistas históricos son muy variados. Así lo manifestaban Pierson y Skocpol al hacer balance sobre los aportes de esta perspectiva a la ciencia política cuando empezaba el siglo:

> Stephen Skowronek en *The Politics Presidents Make* (1993) descubre los ciclos recurrentes de la naturaleza y del éxito del liderazgo presidencial a través de la historia estadounidense. Otro estudio de larga duración sobre política norteamericana, *gaining Access: Congress and the Farm Lobby, 1919-1981* (1991), desarrolla un modelo de interacción de un grupo de interés con el gobierno y lo usa para explicar la emergencia, persistencia y el eclipse final de la influencia política de las asociaciones nacionales de granjeros. Moviéndose a través del tiempo y varias naciones, Peter Hall publicó en 1986 *Governing the Economy: The Politics of State Intervention in Britain and France*, donde se explica cómo las instituciones y las organizaciones se entrecruzan para conformar no sólo las políticas de los gobiernos, sino también las estrategias y alianzas de grupos de interés e intelectuales reconocidos. Abordando un espacio todavía más amplio, podemos citar el estudio de Ruth Berins Collier

88 P. PIERSON y T. SKOCPOL, 2002; E. SANDERS, 2006, 49; S. STEINMO, 2008, 134.
89 S. STEINMO, 2008, 136.
90 E. SANDERS, 2006, 45-47.

y David Collier, *Shaping the Political Arena: Critical Junctures, the Labor Movement, and Regime Dynamics in Latin America* (1991); y el de Thomas Ertman, *Birth of the Leviathan: Building States and Regimes in Early Modern Europe* (1997), que explica la dinámica de gobierno y los diversos procesos de formación de los estados nacionales modernos. En el campo de las relaciones internacionales, *Activists Beyond Borders*, de Margaret Keck y Kathryn Sikkink (1998), analiza las raíces históricas y la proliferación de las redes internacionales de defensa de derechos; mientras *Ideas, Interests, and American Trade Policy* (1993), muestra cómo la institucionalización de las ideas políticas en una coyuntura inicial tuvo consecuencias duraderas para las posteriores medidas norteamericanas sobre comercio[91].

Esta selección bibliográfica incluiría hoy a nuevos autores de éxito, como James Mahoney, quien, después de Skocpol, ha sido presidente de la *Asociación Americana de Ciencia Política* (*APSA*) y ha obtenido los máximos galardones de dicha asociación y de la de sociología estadounidense por dos de sus libros: *The legacies of Liberalism. Path Dependence and Political Regimes in Central America* (2002), donde explica las diferencias entre los regímenes políticos de Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica y Nicaragua en el siglo XX como consecuencia de las reformas liberales que tuvieron lugar en esos países durante el XIX[92]; y *Colonialism and Postcolonial Development: Spanish America in Comparative Perspective* (2010), investigación sobre el colonialismo español y el devenir de 15 países latinoamericanos.

Finalmente, como aprecia Stuart A. Scheingold tampoco podemos olvidar la conexión entre la ley y la ciencia política, aspecto sobre el cual ya hemos hablado al hacer alusión al viejo institucionalismo. Y es que, también el nuevo institucionalismo y su corriente histórica han encontrado una aplicación fecunda en el estudio del derecho público y de los tribunales. Así nos lo revela el *Oxford Handboook of Law and Politics*, publicado en 2008, donde el mencionado Scheingold y Rogers M. Smith pasan revista a la aparición y a los aportes del enfoque neoinstitucional en ese *subfield* politológico, donde se estudia el fenómeno de la politización de la legalidad. Por otro lado, si los tribunales y, en especial, el tribunal supremo han sido y son el centro de gravedad de esa rama de la ciencia política estadounidense[93], la aplicación de dicho enfoque se ha extendido fuera de los

---

91 P. PIERSON y T. SKOCPOL, 2002, 693-694.

92 Su artículo previo –MAHONEY, J. (2001). «Path-Dependent Explanations of Regime Change: Central America in Comparative Perspective». *Studies in Comparative International Development*. Vol. 36: 111-141– fue traducido al español como «Los patrones de dependencia en los cambios de régimen: América Central en perspectiva comparada». *Araucaria* (2002). N.º 7: 135-166.

93 CLAYTON, W. CORNELL y GILLMAN, 1999; R. KAHN, 1998.

Estados Unidos, si bien, como ha manifestado Britta Rehder, tiene mucho menor peso. Asimismo, Rehder hace hincapié en las diferentes perspectivas sobre tribunales y política que existen entre Europa y América.

En efecto, en los Estados Unidos la investigación aborda casi cualquier faceta de la judicatura y una buena parte de las publicaciones tratan sobre los aspectos políticos de la acción judicial. En consecuencia, el sistema legal es considerado como parte del sistema político y los investigadores hacen hincapié en las relaciones de los tribunales con las instituciones legislativas o con las agencias estatales. La acción judicial se contempla como un subtipo de la acción política y como un elemento entre otros procesos políticos más amplios. Los jueces son, entonces, considerados como *policy makers* movidos por su afiliación política o por preferencias políticas. De este modo, como los partidos políticos o los gobiernos, los tribunales son contemplados como un objetivo de las estrategias de los grupos de interés[94].

En suma, en los Estados Unidos una importante línea de investigación se ocupa del fundamento político de la acción judicial, una línea que, con variaciones, prosigue el análisis behavioralista de Martin M. Shapiro (hoy profesor emérito en Berkeley) iniciado en los años sesenta del siglo pasado sobre la «jurisprudencia política»; análisis para el cual las decisiones judiciales son servicios a grupos de interés y a otros actores políticos. Sin embargo, los institucionalistas históricos del derecho público insisten en que, incluso cuando los tribunales están comprometidos en una revisión judicial amistosa (*friendly judicial review*), no llevan simplemente a cabo las órdenes de los líderes políticos. Las preocupaciones de los jueces por la consistencia doctrinal y su propio poder institucional, así como sus, a veces, distintas interpretaciones de los principios que comparten con importantes cargos electos (*prominent elected officials*), dan lugar a que, a menudo, sus fallos no satisfagan a esos cargos. Este es el motivo por el que la delegación de poder a los tribunales implica considerables riesgos a largo plazo para los políticos, aunque hoy más políticos en más lugares asuman esos riesgos. Por otro lado, Paul Frymer, en la misma línea del institucionalismo histórico, expone cómo, en ocasiones, los legisladores han ampliado el poder judicial en aspectos que han tenido consecuencias no intencionadas. Por ejemplo, Frymer argumenta que los legisladores de los años sesenta del siglo pasado adoptaron lo que ellos creyeron reformas técnicas no polémicas para reglas de procedimiento civil perseguidas por sectores prominentes de la comunidad legal, pero terminaron habilitando tribunales para promover la integración racial en los sindicatos[95].

---

[94] Según nos aclara Rehder, en los Estados Unidos una notable comunidad de investigadores ha estudiado cómo los grupos de interés se han dirigido a los tribunales para proteger a las mujeres, a los animales, a los consumidores, a los enfermos, el medio ambiente, etc. Esta tradición debería haber inspirado a los académicos europeos para plantearse la pregunta de cómo los tribunales y el sistema legal pudieran haber contribuido, o no estar contribuyendo, a los modelos de representación de intereses. (REHDER, 2007, 9).

En el caso de la politología europea, la investigación se suele limitar a la revisión judicial de los tribunales constitucionales, mientras que apenas se ha abordado el papel de los tribunales ordinarios en la toma de decisiones políticas de los jueces (*judicial policy-making*)[96]. Otra diferencia entre la literatura norteamericana y europea sobre tribunales es que esta última hace hincapié en la dirección opuesta de la interacción entre derecho y política. Así, en Europa la perspectiva preferente de investigación se centra en los efectos políticos de la acción judicial y en el proceso de «juridificación» (*juridification*. Según la vigesimotercera edición del *Diccionario de la Real Academia Española,* «regular en derecho una situación anteriormente no prevista en las normas»). Por tanto, la actividad legal no es una extensión de la acción política por otros medios, sino que se desenvuelve a expensas de la acción política. El sistema legal, pues, no está invadido por la política, sino que sigue sus propias reglas. Es más: no es el sistema legal, sino el sistema político el que pierde su singularidad. Se dice, entonces, que los gobiernos ejercen un autocontrol y confían en un «gobierno tecnocrático» judicial. Esto es, se asume que los métodos de toma de decisión judicial entran en el proceso político y, en consecuencia, el discurso judicial penetra el discurso político. Siempre según Rehder, esta idea de juridificación habría entrado recientemente en los Estados unidos, donde algunos académicos han empezado a investigar las deferencias o delegaciones legislativas (*legislative deferrals*). Esta noción significa que los actores legislativos pueden estar interesados en delegar poder gubernativo a los tribunales como un medio de evitar ser culpados por decisiones controvertidas o para no tener que rendir cuentas[97].

Por último, se sostiene que los politólogos europeos investigan menos sobre los tribunales porque hacerlo les obligaría a aprender una «segunda lengua», mientras que muchos académicos que estudian el tribunal supremo de los Estados Unidos dudarían de la necesidad de entender el discurso legal porque, para ellos, la metodología judicial no es más que «una capa para ocultar los fundamentos reales de la toma de decisiones de los jueces» (concretamente sus preferencias políticas, sus valores y actitudes)[98].

---

95 SMITH, 2008, 53-54.

96 REHDER, 2007, 6.

97 G. I. LOVELL, 2010. La síntesis de este libro que presenta la página de la Cambridge University Press no puede ser más clara:
«United States judges are criticized for making law when they should be following the laws made by elected officials. This book argues that much of the blame for judicial policymaking lies with elected officials. Legislators sometimes deliberately allow judges to make policy decisions because they want to avoid blame for making difficult choices. To demonstrate the importance of legislative deference, this study reexamines dramatic confrontations between Congress and the Supreme Court over labor policy in the early twentieth century».

98 H. J. SPAETH, 1995. «The Attitudinal Model». En: EPSTEIN, L. (ed.). *Contemplating Courts*. Washington: Congressional Quaterly: 296-314, 305, cit. por REHDER 2007, 10-11.

Respecto a las estrategias de análisis de los nuevos institucionalistas son diversas. Así, según Pierson y Skocpol, algunos estudios son claramente comparativos mientras que otros examinan tendencias dentro de un único macrocontexto, y también varían en sus interpretaciones (algunas son insinuantes frente a otras que desarrollan modelos explícitos planteados en términos generales). Por otro lado, un número significativo de trabajos de institucionalistas históricos se basan en fuentes secundarias –es decir, bibliográficas–, son criticados por su debilidad metodológica y considerados como una mera interpretación de interpretaciones donde, además, se aprecia vaguedad en la conexión entre evidencia y argumento[99]. Sin embargo, no es raro encontrar autores que emplean fuentes primarias, que elaboran sus datos y afinan la metodología en la estela de Charles Tilly[100]. Ahora bien, en cualquier caso, para Pierson y Skocpol los institucionalistas históricos comparten tres aspectos centrales: 1) Plantean cuestiones importantes que interesan tanto a un público amplio como a sus colegas académicos. 2) Para desarrollar sus argumentos explicativos sobre resultados substanciales (*real outcomes*) o problemas complicados (*puzzles*) tienen muy en cuenta el tiempo, de modo que establecen secuencias y delinean transformaciones y procesos de variada escala y temporalidad. 3) Finalmente, analizan macrocontextos y formulan hipótesis sobre los efectos combinados de las instituciones y los procesos en lugar de examinar un proceso o una institución a la vez.

Entre las críticas hechas al institucionalismo histórico cabe destacar la que no lo considera una fuente útil para explicar y predecir el cambio en las organizaciones y las instituciones[101]; o la que le achaca caer, a veces, en cierto determinismo institucional que lo vuelve rígido, y hasta se ha llegado a decir que sus estudios de caso y aquellos histórico-comparativos basados en un número reducido de ejemplos no pueden producir un «conocimiento válido», pues no se seleccionan los casos aleatoriamente y en términos estadísticos no se pueden probar sus hipótesis con rigor[102]. Asimismo el institucionalismo histórico tiene un problema para falsar sus explicaciones, porque al dar tanta importancia a las contingencias históricas de cada caso concreto es difícil determinar cuándo están equivocadas estas narrativas[103]. Al mismo tiempo, la mencionada concentración en uno o en pocos casos de estudio corre el riego de llevarnos a exagerar sus particularidades por falta de una perspectiva lo suficientemente amplia para la comparación[104].

---

[99] P. PIERSON y T. SKOCPOL, 2002.
[100] MÁIZ, 2011, 49.
[101] G. PETERS, 1999, 70 y 76.
[102] Véase sobre el conjunto de críticas contra esta corriente P. PIERSON y T. SKOCPOL, 2002.
[103] Peters también incide sobre ello en PETERS, 2001, 319.
[104] THELEN, 1998.

EPÍLOGO

En la introducción al *handbook* de ciencia política publicado en 2009 por Oxford, Robert E. Goodin desmintió el carácter revolucionario del nuevo institucionalismo que, junto con Hans-Dieter Klingeman, entreveía en la segunda mitad de los años noventa del siglo pasado[105]. Así, llamó al movimiento *big thing*; esto es, una idea simple de amplia aplicación que todos los practicantes de la disciplina deben tener en cuenta[106]. No en vano, el eslogan de los neoinstitucionalistas –«las instituciones importan»– no ha hecho más que hacer hincapié en el papel central de las instituciones tras un periodo de cierta postergación en los Estados Unidos. Precisamente, Goodin nos brinda datos cuantitativos que demuestran que hoy el núcleo de la politología está formado por los estudios de política comparada y de instituciones políticas. Por otro lado, este mismo autor considera que los modelos evolutivos utilizados para explicar el cambio de las instituciones pueden ser la siguiente *big thing*. No obstante, Goodin cree que los científicos sociales deben asegurarse de que emplean mecanismos verdaderamente análogos a los de la biología evolutiva para que el concepto de selección natural no sea sólo una metáfora sugerente[107]. Respecto al optimismo de algunos destacados representantes del institucionalismo histórico, como Skocpol y Pierson, sobre la aproximación entre las distintas corrientes neoinstitucionales (en particular, la aproximación entre la racionalista y la histórica) no hay unanimidad[108], pero en cualquier caso el éxito del institucionalismo histórico parece evidente. Las cifras de publicaciones y el protagonismo académico de sus cultores lo avalan. Como dijimos, los institucionalistas históricos no buscan predecir el futuro, sino explicar las fuerzas y dinámicas que han dado forma a nuestra realidad, y de ahí la buena acogida de sus diversos trabajos entre un público amplio[109]. Finalmente, el carácter híbrido del institucionalismo histórico no sólo es atractivo para los científicos sociales, sino que también puede ser una perspectiva muy interesante para los historiadores, separados de los politólogos tras las dos guerras mundiales, y, ¿por qué no?, para los estudiosos del Derecho, claramente comprometidos con el análisis de las instituciones. El tiempo lo dirá.

---

[105] R. GOODIN y H-D. KLINGEMANN, 2001, 52.
[106] R. GOODIN, 2009, 14 y 20-24.
[107] *Ibid*., 25-27.
[108] A. LECOURS, 2005, 18.
[109] No en vano, apenas dos años después de su publicación en inglés (2012), *Por qué fracasan los países* de Daron ACEMOGLU y James A ROBINSON, un libro que pretende "explicar la desigualdad mundial" a través de cómo interactúan las instituciones políticas y económicas para crear pobreza o prosperidad, ya tiene una edición de bolsillo en español. ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J. A., 2014. Asimismo, ACEMOGLU y ROBINSON destacan la importancia de los líderes políticos y las oligarquías en el establecimiento, la continuidad y el cambio de las instituciones.

BIBLIOGRAFÍA

ALMOND, G. (1999). *Una disciplina segmentada. Escuelas y corrientes en las ciencias políticas*. México: Fondo de Cultura Económica.

ALMOND, G. (2001). «Ciencia política: la historia de la disciplina». En: GOODIN, E. y KLINGEMANN, H-D. (eds.). *Nuevo manual de ciencia política*. Madrid: Istmo. Vol. I: 83-149.

ANTONELLI, C. y otros (eds.). (2006). *New Frontiers in the Economics of Innovation and New Technology*. Northampton (Mass.): Edward Elgar Publishing, Inc.

ARISTÓTELES (1977). *La Política*. Madrid: Editora Nacional.

ARISTÓTELES (2000). *Ética Nicomáquea.* Madrid: Gredos.

BÉLAND, D. (2005). «Ideas, Interests, and Institutions: Historical Institutionalism Revisited». En: LECOURS, A. (ed.). *New Institutionalism. Theory and Analysis*. Toronto: Toronto University Press: 29-50.

BATES, R., GREIF, A., LEVI, M., ROSENTHAL, J.-L., y WEINGAST, B. (1998). *Analytical Narratives*. Princeton: Princeton University Press.

BENZ, A. (2010). *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BERMAN, S. (2001). «Ideas, Norms and Culture in Political Analysis». *Comparative Politics*, Vol. 33, N.º 2: 231-250.

BERNDTSON, E. (2009). *Schools of Political Science» and the Formation of a Discipline* [artículo en línea]. IPSA. [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2014].

CABALLERO MÍGUEZ, G. (2008). *El regreso de las instituciones al análisis político: la emergencia de un nuevo institucionalismo transaccional*. Vigo: Universidad de Vigo.

CLAYTON, CORNELL W. y GILLMAN, Howard (eds.) (1999). *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press.

DAVID, P. A. (1985). «Clio and the Economics of QWERTY». En: *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety- Seventh Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1985): 332-337. [Version española «Clío y la economía del QWERTY». *Revista Asturiana de Economía* (2006). N.º 37: 23-32.

DAVID, P.A. (2007). «Path dependence: a foundational concept for historical social science». *Cliometrica*. Vol. 1: 91-114.

DOGAN, M. (2001). «La ciencia política y las otras ciencias sociales». En: GOODIN, E. y KLINGEMANN, H-D. (eds.). *Nuevo manual de ciencia política*. Madrid: Istmo: I, 150-196.

EASTON, D. (1981). *The Political System: An Inquiry into the State of Political Science*. Chicago: The University of Chicago (1ra Ed. 1951).

ENGERMAN, S. L. y SOKOLOFF, K. (2008). «Debating the Role of Institutions in Political and Economic Development: Theory, History and Findings». *The Annual Review of Political Science*. 11: 119-135.

ERTMAN, T. (1997). *Birth of the Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press.

EVANS, P. B., RUESCHEMEYER, D. y SKOCPOL, T. (comps.) (1985). *Bringing the State Back In*. Cambridge: Cambridge University Press.

EVANS, P. (1999). «¿El eclipse del Estado? Reflexiones sobre la estatalidad en la época de la globalización». En: ALARCÓN OLGUÍN, V. y ZAMITIZ GAMBOA, H. (coords.)*: «Enfoques Contemporáneos en Ciencia Política, Revista Conmemorativa del Colegio de*

Ciencias Políticas y de la Administración Pública, A. C. México: 77-110. Versión española del artículo publicado en *World Politics* (1997) vol. 50: 62-87.

Farr, J., Dryzek, J. y Leonard, S. T. (eds.) (1999). *La ciencia política en la historia*. Madrid: Istmo.

Farr, J. (2004). «The Science of Politics as Civic Education Then and Now», En: *Political Science and Politics*. Vol. XXXVII, N.º 1: 33-40.

Funes, M. J. (ed.) (2011). *A propósito de Charles Tilly. Conflicto, poder y acción colectiva*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

Gershenkron, A. (1966). *Economic Backwardness in Historical Perspective*. Cambridge Ma: Belknap Press of Harvard University Press.

Greif, A. (2006). *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade*. New York: Cambridge University Press.

Goodin, R. y Klingemann H-D. (2001). «Ciencia Política: la disciplina». En: *Nuevo Manual de Ciencia Política*. Madrid: Istmo: 21-82.

Goodin, Robert E. (2009). «The State of the Discipline, the Discipline of the State». En: *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford University Press: 3-57.

Gunnell, John G. (1999). «La declinación del "Estado" y los orígenes del pluralismo estadounidense». En: Farr, J., Dryzek, J. y Leonard, S. T. (eds.). *La ciencia política en la historia*. Madrid: Istmo: 35-60.

Gunnell, John G. (2004): «The Real Revolution in Political Science», *Political Science and Politics*, Vol. XXXVII, N.º: 47-50.

Hall, P. A. y Taylor, R. (1996). «Political Science and the Three New Institutionalisms». *Political Studies*, XLIV: 936-957. Traducido al español en Alarcón Olguín, V. y Zamitiz Gamboa, H. (coords.) (1999). «Enfoques Contemporáneos en Ciencia Política». *Revista Conmemorativa del Colegio de Ciencias Políticas y de la Administración Pública, A. C.* (México): 15-51.

Hall , P. (2003). «Aligning Ontology and Methodology in Comparative Politics». En: Mahoney, J. y Rueschemeyer, D. (eds.). *Comparative Historical Analysis in the Social Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press: 373-406.

Harty, S. (2005). «Theorizing Institutional Change». En: Lecours, A. (ed.). *New Institutionalism. Theory and Analysis*. Toronto: Toronto University Press: 51-79.

Heaney, M. T. y Hansen J. M. (2006). «Building the Chicago School». En: *American Political Science Review*. Vol. 100, N.º 4.

Immergut, E. M. (1998). «The theoretical Core of the New Institutionalism». En: *Politics and Society*. Vol. 26, N.º 1: 5-34.

Ioannides, S. y Nielsen, K. (eds.) (2007). *Economics and the Social Sciences. Boundaries, Interaction and Integration*. Cheltenham*:* Edward Elgar.

Jensen, R. (1971). «La historia y el politólogo». En: Lipset, S. M. *Política y Ciencias Sociales*. Madrid: Guadarrama: 31-78.

Kahn, R. (1998). *Brief Bibliography on New (Historical) Institutionalism* [artículo en línea]. Oberlin College. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2014]

Katznelson, I. y Weingast, B.(2005). «Intersections Between Historical and Rational Choice Institutionalism». En: *Preferences and Situations: Points of Intersection Between Historical and Rational Choice Institutionalism*. New York: Russell Sage Foundation: 33-55.

LANE, J-E. (2000). *The New Institutional Politics. Performance and outcomes*. London-New York: Routledge.

LEVI, M. (2002). «The State of the Study of the State». En: KATZNELSON, I. y MILNER H. (eds.). *Political Science. State of the Discipline*. New York: W. W. Norton & Company.

LEWIS, O. A. y STEINMO, S. (2012). «How Institutions Evolve. Evolutionary Theory and Institutional Change». En: *Polity*, Vol. 44, N.º 3: 314-339.

LOVELL, G. I. (2010). *Legislative Deferrals. Statutory Ambiguity, Judicial Power and American Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

LUSTICK, I. S. (2011). «Taking Evolution Seriously: Historical Institutionalism and Evolutionary Theory», En: *Polity*, 43: 179-209.

MÁIZ, R. (2011). «Las dos lógicas de la explicación en la obra de Charles Tilly: Estados y repertorios de protesta». En: FUNES, M. J. (ed.). *A propósito de Tilly. Conflicto, poder y acción colectiva*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas: 49-76.

MAHONEY, J. y THELEN, K. (eds.) (2010). *Explaining Institutional Change*. New York: Cambridge University Press.

MARCH, J. G. y OLSEN, J. P. (1993). «El nuevo institucionalismo: factores organizativos de la vida política». *Zona Abierta*, 63/64: 1-41 (1ra Ed. 1984).

MARCH, J. G. y OLSEN, J. P. (1997). *El redescubrimiento de las instituciones. La base organizativa de la política***.** México Fondo de Cultura Económica (1ra Ed. 1989).

MORÁN, M. L. (1993), «La teoría de las élites». En Vallespín, F. (ed.). *Historia de la teoría política*. Madrid: Alianza Editorial: 132-188.

NIELSEN, K. (2007). «The institutional turn in the social sciences: a review of approaches a future research agenda». En: IONNIDES, S. y NIELSEN, K (eds.). *Economics and the Social Sciences. Boundaries, Interaction and Integration*. Cheltenham: Edward Elgar: 91-111.

NORTH, D. C. (1995). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.

NORTH, D. C., WALLIS, J. J. y WEINGAST, B. R. (2009). *Violence and social Orders*. New York: Cambridge University Press.

O'DONNELL, G. (2009). «Democracia delegativa». *Journal of Democracy en español*, Vol. 1: 7-23 (1ra Ed. 1994)

ORREN, K. y SKOWRONEK, S. (1994). «Beyond the Iconography of Order: Notes for a «New Institutuionalism». En: DODD, L. C. y JILLSON, C. *The Dynamics of American Politics*. Boulder (Colorado): Westview: 311-330.

PASQUINO, G. (1994). «Naturaleza y evolución de la disciplina». En: PASQUINO, G. y otros. *Manual de ciencia política*. Madrid: Alianza Editorial: 15-38.

PETERS, B. G. (1999). *Institutional Theory in Political Science*. *The «New Institutionalism*. London-New York: Pinter.

PETERS, B. G. (2001). «Las instituciones políticas: lo viejo y lo nuevo». En: GOODIN, R. y KINGEMANN, H-D. (eds.). *Nuevo manual de Ciencia Política*. Madrid: Istmo: 304-325.

PETERS, B. G., PIERRE, J. y STOCKER, G. (eds.) (2008). *Debating institutionalism*. Manchester: Manchester University Press.

PIERSON, P. (2004). *Politics in Time*. Princeton: Princeton University Press.

PIERSON, P. y SKOCPOL, T. (2002). «Historical Institutionalism in Contemporary Political Science». En: KATZNELSON, I. y MILNER, H. (eds.). *Political Science. State of the Discipline*. New York: W. W. Norton & Company: 693-721.

RAMÍREZ ZOZAYA, J. M. (1999). «Neoinstitucionalismo, nuevo paradigma», *Revista Conmmemorativa del Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A. C.*: 55-77.

REHDER, B. (2007). «What is Political about Jurisprudence? Courts, Politics and Political Science in Europe and the United States». *MPIfG Discussion Paper 07/5*.

RHODES, R. A. W., BINDER, S. A. y ROCKMAN, B. A. (eds.) (2006). *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford: University Press.

ROMERO, J. J. (1999). «Los nuevos institucionalismos: sus diferencias, sus cercanías». En: POWELL, W. W. y DIMAGGIO, P. J. (comps.) (1999)*: El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*. México: Fondo de Cultura Económica: 7-75.

ROTHSTEIN, B. (2001). «Las instituciones políticas: una visión general». En: GOODIN, R. y KINGEMANN, H-D. (eds.). *Nuevo manual de Ciencia Política*. Madrid: Istmo: I, 199-246.

SANDERS, E. (2006). «Historical Institutionalism». En: RHODES, R. A. W., BINDER, S. A. y ROCKMAN, B. A. (eds.). *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford: University Press: 39-55.

SCHEINGOLD, S. A. (2008). «The Path of the Law in Political Science: De-Centering Legality from Olden Times to the Day Before Yesterday». En: WHITTINGTON, K. E. y KELEMEN, R. D. (EDS.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press: 737-751.

SCRUTON, R. (1982). «Institution». En: *A dictionary of Political Thought*. London: Pan Books: 225-226.

SHEPSLE, K. A. (1999). «El estudio de las instituciones: lecciones del enfoque de la elección racional». En: FARR, J., DRYZEK, J. y LEONARD, S. T. (eds.) (1999). *La ciencia política en la historia*. Madrid: Istmo: 354-377.

SHEPSLE, K. A. (2006): «Rational Choice Institutionalism». En: Rhodes, Binder y Rockman: *Political Institutions*: Oxford: University Press: 23-38.

SKOCPOL, T. (1984). *Los estados y las revoluciones sociales*. México: Fondo de Cultura Económica.

SMITH, R. M. (2008). «Historical Institutionalism and the Study of Law». En: WHITTINGTON, K. E. y KELEMEN, R. D. (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press: 46-59.

SOLA, Giorgio (1997). *Storia della Scienza Política*. Roma: La Nuova Italia Scientifica.

SPRUYT, H. (1996). *The Sovereign State and Its Competitors*. Princeton: Princeton University Press.

STEINMO, S. (2001). «The New Institutionalism». En: CLARK, B. y FOWERAKER, J. (eds.).*The Encyclopedia of Democratic Thought***.** London: Routlege: 560-65

STEINMO, S. (2008). «Historical Institutionalism». En: DELLA PORTA, D. y KEATING, M. (eds.). *Approaches and Methodologies in the Social Sciences*. New York: Cambridge University Press: 118-138.

STEINMO, S. (2010). «History and Contingency in Political Science» [Artículo en línea] *http://spot.colorado.edu/~steinmo/Hystory%20and%20Contingency.pdf* [1 de mayo de 2014].

STEINMO, S. y ORION, L. (2006). «Taking Evolution Seriously: Institutional Analysis and Evolutionary Theory» [artículo en línea]. http://spot.colorado.edu/~steinmo/TakingEvolution.pdf. [1 de mayo de 2014].

STEINMO, S. (2010). *The Evolution of Modern States. Sweden, Japan and the United States*. New York: Cambridge University Press.

STOKER, G. (1997). «Introducción». En: MARSH, D. y STOKER, G. (eds.) (1997).*Teoría y métodos de la ciencia política*. Madrid: Alianza.

THELEN, K. y STEINMO, S. (1992). «Historical Institutionalism in Comparative Politics». En: STEINMO, S., THELEN, K. y LONGSTRETH, F. (eds.). Structuring *Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge U. P.: 1-32.

THELEN, K. (1999). «Historical Institutionalism in Comparative Politics». En: *Annual Review of Political Science*, 2: 369-404.

VINCENT, Andrew (1987). *Theories of the State***.** Oxford: Basil Blackwell.

WEINGAST, B. R. (1996). «Las instituciones políticas: perspectivas de elección racional». In: GOODIN, R. y KLINGEMANN, H-D. (eds.). *Nuevo manual de ciencia política*. Madrid: Istmo: I, 247-283.

WEINGAST, B. R. (2002). «Rational Choice Institutionalism». En: KATZNELSON, Ira y MILNER H. (eds.). *Political Science. State of the Discipline*. New York: W. W. Norton & Company: 660-692.

WEINGAST, B. R. y WITTMAN, D. A. (2006). *The Oxford Handbook of Political Economy*. New York: Oxford University Press.

Ivs Fvgit, 18, 2015, pp. 75-90
ISSN: 1132-8975

LA CIENCIA JURÍDICA SEGÚN HAROLD BERMAN

Giovanni Battista Ratti*
Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho.
Departamento de Derecho, Universidad de Génova

PREMISA

En su monumental monografía acerca de la tradición jurídica occidental[1], el jurista estadounidense Harold Berman propone un modelo de «ciencia jurídica» derivado de aquel que practicaran los juristas escolásticos medievales, y que merece ser ilustrado y sucintamente comentado (sección 1), para ser luego comparado con dos de los principales modelos contemporáneos de ciencia jurídica: el modelo «iusracionalista» de Alchourrón y Bulygin, y el modelo naturalista de Brian Leiter (secciones 2-3).

1. CIENCIA JURÍDICA Y CRITERIOS EPISTEMOLÓGICOS

Según Berman, de acuerdo con la epistemología moderna una ciencia puede calificarse como tal sobre la base de tres criterios[2]: (i) criterios metodológicos; (ii) criterios axiológicos; y (iii) criterios sociológicos. Examinémoslos en este orden.

* gbratti@unige.it
1 H. J. BERMAN, 1983. Véase también BERMAN, 2006.
2 BERMAN, 1983, 151.

1.1. Las características metodológicas de la ciencia jurídica

Según la concepción de la epistemología defendida por Berman, la ciencia puede ser definida como[3]: (1) un conjunto estructurado de discursos cognoscitivos, (2) en el ámbito del cual algunos acontecimientos particulares son sistemáticamente explicados, en la luz de (3) ciertos principios generales. (4) El conocimiento tanto de los acontecimientos como de los principios es obtenido mediante una combinación de observación, hipótesis, verificación y, en la medida mayor posible, experimentación. Aún en este esquema general, (5) toda ciencia particular dispone de métodos específicos dirigidos a explicar los fenómenos que ella investiga.

Dicha concepción –observa correctamente Berman– rechaza «la tesis, hoy muy popular [...] de que los únicos métodos propiamente científicos son aquellos adecuados para las ciencias naturales y, especialmente, para la física y para la química»[4].

Según Berman, desde sus comienzos medievales[5] la ciencia jurídica satisfaría todos los cinco criterios metodológicos ahora mencionados. Los fenómenos que constituyen el objeto de estudio, desde la edad media, consisten en decisiones, normas, costumbres, etc.: en suma, todos los datos jurídicos que proceden de, o son reconocidos como vigentes por, las autoridades normativas (latamente entendidas). Estos materiales jurídicos son tratados por los juristas como «datos para observar, clasificar y explicar sistemáticamente en los términos de los principios generales»[6]. Las explicaciones son sujetas a verificaciones basadas en la lógica, en la experiencia y, con ciertos límites, también en la experimentación.

Un ejemplo de cómo esto ocurre, según Berman, se encuentra en la manera en que los juristas del siglo XII trataron la cuestión de si quien fuera despojado ilegítimamente de sus bienes tuviera la facultad de re-apoderarse de ellos mediante la fuerza.

Una solución común consistió en instituir una analogía entre el supuesto de hecho del despojamiento de los bienes y el supuesto de hecho del despojamiento de la tierra, sobre la base de la norma, de origen pretorial, de acuerdo con la cual quien hubiese sido despojado de su tierra no podía retomarla con la fuerza, después de que había pasado un cierto periodo de tiempo. Dicha norma fue considerada aplicable, por analogía, al despojamiento de bienes «ya que las mismas

---

3 *Ibidem*, 152.

4 *Ibidem*.

5 Una tesis historiográfica muy intrigante, sostenida por Berman, es que la ciencia jurídica de la Europa occidental del siglo XII constituye «un antepasado de la ciencias occidentales modernas» *ibidem*, 151.

6 *Ibidem*, 152.

finalidades están involucradas en ambas clases de casos»[7]. Para justificar dicho razonamiento analógico se usaba también la norma según la cual un obispo expulsado ilegítimamente de su diócesis no podía restablecerse con la fuerza. Una diócesis –este era el punto crucial del argumento– contenía no solo derechos reales concernientes a terrenos, sino también derechos reales sobre bienes.

Afirma Berman al respecto[8]:

> Estos casos dieron lugar no solo a analogías, sino también a hipótesis. Pareció que subyacía a las varias normas un principio jurídico fundamental –que no podía ser expresamente encontrado en las fuentes jurídicas, sino que había sido formulado por los científicos jurídicos para explicar el derecho– de acuerdo con el cual los sujetos cuyos derechos han sido violados deben reivindicar dichos derechos mediante una acción legal en lugar de «hacer valer la ley con sus propias manos».

Esta hipótesis –sostiene Berman– fue *verificada lógicamente* «mediante la proposición según la cual es un propósito fundamental del derecho ofrecer una alternativa a la fuerza como medio de solución de controversias». También fue verificada *en relación con la experiencia*, con base en las circunstancias que justificaron la adopción de la norma. Esta experiencia se convierte en experimentación cuando el jurista es capaz de determinar las consecuencias que derivan de la adopción de una cierta norma, y de los cambios en el marco jurídico[9].

La fase de la experimentación es particularmente importante y merece un suplemento explicativo. Berman la caracteriza de la siguiente manera[10]:

> Las normas consideradas insatisfactorias a veces fueron modificadas o derogadas o cayeron en desuso. Las normas consideradas satisfactorias a menudo seguían siendo vigentes. Estos «experimentos» no tenían la precisión de las pruebas de laboratorio; sin embargo, eran una especie de experimentación social, un «laboratorio de la historia» –lo que los científicos contemporáneos llamarían «experimentos naturales». Para utilizar la terminología moderna, la experiencia, incluyendo la de aplicar reglas a los casos concretos, fue vista

---

7 *Ibidem*, 153.

8 *Ibidem.*

9 *Ibidem*, 155: Junto al razonamiento por principios, en esa época –explica Berman– surgió también un método finalizado a descubrir y verificar los hechos en el curso de un procedimiento jurídico. Dicho método estaba emparentado estrechamente con las hipótesis típicas de la retórica. Como observa Berman: «By the early thirteenth century exclusionary rules had been developed to prevent the introduction of superfluous evidence (matters already ascertained), impertinent evidence (having no effect on the case), obscure and uncertain evidence (from which no clear inferences could be drawn), excessively general evidence (from which obscurity arose), and evidence contrary to nature (which was impossible to believe)».

10 *Ibidem.*

> como un proceso de retroalimentación (*feedback*) constante con respecto a la validez tanto de las normas como de los principios y de los conceptos generales que se creían subyacentes a ellas.

La reconstrucción de Berman impugna la concepción difusa en la filosofía de la ciencia, según la cual el pensamiento científico moderno nace, más o menos, con Galileo, cinco siglos después de los ejemplos proporcionados por el autor estadounidense. La epistemología contemporánea, entonces, rechazaría la tesis de Berman de que los juristas medievales serían precursores de la ciencia moderna. Esta reconstrucción –como lo admite el mismo Berman– también debe enfrentar las críticas de aquellos que subrayan el excesivo énfasis en los aspectos teleológicos de la interpretación doctrinal y el débil carácter predictivo de una «ciencia» de este tipo.

En primer lugar, se debe señalar, en efecto, que el objetivo principal de la ciencia no consiste en rastrear un (más o menos misterioso) «fin de las cosas» que son objeto de investigación, sino, simplemente, en «encontrar *explicaciones satisfactorias* de todo lo que nos parece estar en necesidad de explicación»[11]. Puede darse el caso de que un elemento que necesita ser explicado en ámbito jurídico sea la circunstancia de que los juristas piensan, efectivamente, que las normas respondan a razones; pero la tarea del científico es dar cuenta de este hecho, no utilizar dichas razones para integrar el derecho o solucionar cuestiones jurídicas particulares.

En segundo lugar, una «ciencia jurídica» basada exclusivamente en las razones jurídicas tiene un poder explicativo muy limitado, ya que la clase de dichas razones no justifica una sola decisión jurídicamente correcta: con lo cual habría que buscar en otro lugar los elementos que llevan a los juristas a preferir una cierta decisión en detrimento de las otras posibles opciones, igualmente justificadas desde un punto de visto jurídico.

1.2. Las premisas valorativas de la ciencia jurídica

La ciencia suele ser definida en términos meramente metodológicos. Sin embargo, Berman sostiene que ha habido «un creciente reconocimiento del hecho de que [la ciencia] debe ser definida en los términos de las actitudes, de las convicciones y de los propósitos fundamentales de aquellos que realizan la tarea científica»[12].

---

[11] K. R. POPPER, 1976, 51.
[12] H. J. BERMAN, 1983, 155-156.

Se ha hablado, al respecto, de un «código deontológico» de la ciencia moderna, que incluiría: (1) la obligación de llevar a cabo investigaciones con objetividad e integridad, y de evaluar el trabajo científico sobre la base de estándares generales de calidad científica; (2) el escepticismo en relación con las premisas, unido a la tolerancia hacia las nuevas ideas hasta que no sean expresamente refutadas; (3) la adhesión a la idea de que la ciencia es un «sistema abierto» que trata de aproximarse, de manera siempre creciente, a la verdad, más que alcanzar respuestas definitivas.

La actividad típica de los juristas académicos respondería, en general, a los requerimientos de este «código deontológico», en particular por lo que concierna a la «sistematización» del derecho, esto es a la solución de contradicciones entre normas jurídicas. Berman afirma al respecto, inspirándose de nuevo a la obra de los juristas escolásticos: «El intenso trabajo sobre las contradicciones jurídicas […] y el intento de solucionarlas mediante los principios jurídicos y los conceptos con un nivel ascendiente de generalización, pudieron prosperar como método a través de la adhesión a los valores fundamentales que caracterizan la ciencia: objetividad, integridad, universalismo, escepticismo, tolerancia respecto de los errores, humildad, apertura a nuevos descubrimientos […] Como se creía que el entero derecho estaba inspirado por un fin, o una *ratio*, común, se daba por sentado que las antinomias (*paradoxes*) habrían sido finalmente resueltas; en el mientras, las obras de los juristas se habrían pacientemente enfrentado a las incertidumbres generadas por las antinomias»[13].

1.3. Los criterios sociológicos de la ciencia jurídica

Junto a los criterios de método y a los de valor, se encuentran, en epistemología, criterios sociológicos que contribuirían a definir la ciencia moderna. Los principales criterios pueden ser sucintamente resumidos de la siguiente manera[14]: (1) la formación de comunidades científicas, cada una de las cuales tiene, en su ámbito de conocimiento, la responsabilidad por las modalidades con las cuales se realiza la actividad de investigación, la formación de las nuevas generaciones de investigadores, la certificación de los resultados de la investigación; (2) la unión de las diversas disciplinas científicas en comunidades académicas más amplias y comprensivas, como por ejemplo las universidades; (3) el estatus «privilegiado» de las comunidades científicas, caracterizadas por las libertades de enseñanza e investigación, las cuales son por otra parte contrabalanceadas por un alto nivel de responsabilidad social.

---

13 *Ibidem*, 157-158.
14 *Ibidem*, 159.

1.4. Algunas observaciones críticas

Aunque interesante, en particular desde el punto de vista de las hipótesis historiográficas, el modelo de ciencia jurídica elaborado por Berman presenta varias fuentes de perplejidades, en particular en el nivel metodológico.

Una primera fuente de perplejidad concierne a los métodos de «verificación», lógica y empírica, a los cuales hace referencia Berman. Efectivamente, Berman parece creer que la identificación de una *ratio*, en tanto elemento que confirma la corrección de una cierta interpretación, o construcción jurídica, constituye un simple proceso cognitivo, que carece de todo elemento valorativo. Sin embargo, aquí Berman confunde, evidentemente, la identificación de la *ratio* y la descripción (o reconstrucción) de dicho acto de identificación o, como diríamos nosotros, confunde los juicios de valor con las proposiciones axiológicas (esto es proposiciones que versan, a nivel descriptivo, sobre un cierto juicio de valor)[15]. Es evidente que una proposición axiológica que se limite a describir la presencia de un cierto valor en un determinado sistema normativo, no puede *per se* justificar una conclusión prescriptiva o valorativa. Se necesita una premisa ulterior, de carácter prescriptivo o valorativo, para justificar la conclusión de un cierto razonamiento interpretativo o constructivo. Una premisa de este tipo, por otro lado expresamente enunciada por Berman, podría consistir en recomendar a los juristas aplicar los (supuestos) fines fundamentales perseguidos por los «creadores» del sistema.

En segundo lugar, la tesis de Berman según la cual toda ciencia particular tiene métodos específicos para explicar los fenómenos que investiga aparece, por un lado, exagerada, y, por otro, engañosa. En la medida en que el discurso de los juristas se aleja –como, de hecho, ocurre– de genuinos objetivos cognitivos y comienza a utilizar un específico método «sistematizante», que resuelve los conflictos e integra las lagunas en el dictado de las autoridades normativas, para «presentar sistemáticamente» el propio derecho, deja de ser ciencia jurídica y se convierte en una especie de creación «apócrifa» de normas[16]. Por lo tanto, sostener que la actual ciencia jurídica presenta como método específico de conocimiento y de presentación el método «sistematizante» es exagerado, en el sentido que va mucho más allá de los vínculos epistemológicos sobre cuya base cabe determinar si una actividad es genuinamente científica.

En segundo lugar, la tesis bermaniana es engañosa en el sentido de que es cierto que la ciencia jurídica tiene algunas peculiaridades en comparación con las ciencias naturales, pero no a causa de métodos científicos que son ajenos a dichas ciencias naturales, sino porque el lenguaje de las ciencias naturales es «onto-

---

[15] Cfr. C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, 1991, 316.
[16] R. GUASTINI, 2011a, 224.

lógicamente» heterogéneo respecto de su objeto, de modo que no puede de ninguna manera interactuar con él. En cambio, la ciencia jurídica es un discurso que tiene como objeto otro discurso, lo que permite una «ósmosis» entre el meta-lenguaje de la ciencia y su lenguaje-objeto, entre el discurso de los juristas y el discurso de las autoridades normativas[17].

La peculiaridad del objeto, y del método «sistematizante» que los juristas creen adecuado aplicarle, es justamente lo que resta al discurso de los juristas el carácter de la cientificidad. Por consiguiente, lejos de demostrar la tesis epistemológica de Berman, las peculiaridades de los discursos y de los métodos de la dogmatica jurídica parecen socavar sus bases.

A los efectos de comprender mejor las deficiencias del modelo bermaniano, es preciso ilustrar brevemente dos de los principales modelos contemporáneos de ciencia jurídica, para pasar luego en reseña sus principales convergencias y divergencias con el modelo bermaniano.

2. DOS MODELOS CONTEMPORÁNEOS DE CIENCIA JURÍDICA

La epistemología jurídica contemporánea, de índole analítica, ha propuesto dos principales modelos meta-científicos[18]: uno normativista o iusracionalista, el otro naturalista o iusrealista. Las versiones más sofisticadas de dichos modelos son aquellas elaboradas, respectivamente, por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin a comienzos de los años setenta, y por Brian Leiter, durante la primera década del nuevo milenio.

2.1. El modelo «iusracionalista» de ciencia jurídica de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin

El primer modelo –denominado normativista, ya que asume como elementos fundamentales las normas, o racionalista, ya que tiende a enfatizar el supuesto elemento lógico-racional de las actividades de los juristas– encuentra una formulación todavía no superada en la meta-ciencia de Alchourrón y Bulygin, articulada en su célebre obra sobre lógica de los sistemas normativos[19].

La intención principal de Alchourrón y Bulygin consiste en arrojar luz sobre las actividades realizadas por los juristas al presentar de manera sistemática el contenido del derecho, reconstruyendo racionalmente sus operaciones y demos-

---

17 R. GUASTINI, 2001, 190-191.
18 Para una presentación más amplia, cf. R. GUASTINI 2001, 194-196; Íd. 2011b, 440 ss.
19 C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, 1975, 111 ss.

trando que una de sus tareas principales es constituida por el desarrollo de las consecuencias lógicas de las normas.

La posibilidad de proceder a desarrollar lógicamente las normas jurídicas supone que ya se hayan interpretado los enunciados relevantes para solucionar una cierta cuestión jurídica. Sin embargo, el examen de la interpretación de los enunciados jurídicos (lo que Alchourrón y Bulygin llaman «la identificación de las normas jurídicas») se queda en el trasfondo del análisis de los dos autores argentinos[20].

Alchourrón y Bulygin quieren, antes de nada, «trazar una clara línea divisoria entre los *problemas lógicos* que corresponden a la compleja actividad de los juristas que llamamos *sistematización* de los enunciados de derecho, y los problemas empíricos referentes a la *identificación* previa de tales enunciados, aunque esta división no agota, por cierto, toda la problemática de la ciencia del derecho»[21].

La interpretación es concebida por Alchourrón y Bulygin como una actividad empírica (más exactamente, de identificación de hechos relativos al significado de las disposiciones jurídicas), la cual se concreta en la determinación de las consecuencias normativas que pueden ser extraídas de las normas jurídicas.

En obras sucesivas[22], efectivamente Alchourrón y Bulygin modifican parcialmente sus posiciones en relación con la interpretación y distinguen claramente entre descubrir y adscribir un significado, defendiendo por un lado el carácter empírico de las solas actividades que describen hechos relativos al significado de los enunciados, y, por otro lado, la exigüidad de los casos en los que los juristas deben ejercer su discreción a la hora de atribuir un significado a los enunciados normativos.

La sistematización, que en la terminología de Alchourrón y Bulygin denota el desarrollo lógico de las normas, es configurada como una actividad doble: (1) en un primer momento (que precede *conceptualmente* el segundo) el jurista determina las consecuencias lógicas de las normas; (2) en un segundo momento, procede a reformular el conjunto originario de las normas (la llamada «base normativa»), reemplazándolo con un conjunto más restringido, pero equivalente desde un punto de vista normativo.

---

20 E. BULYGIN, 1991, en C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, 1991, 469-470.

21 C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, 1975, 111.

22 Véase E. BULYGIN, 1991, 471. Cf. también C. E. ALCHOURRÓN, 1986. Como es sabido, Alchourrón, en el ensayo del 1996 *On Law and Logic* (ahora en J. FERRER, G. B. RATTI (eds.), 2012, hay versión castellana C. E. ALCHOURRÓN, 2000, 11-33) parece defender una diferente concepción de la interpretación jurídica, de la cual se deriva también una diferente reconstrucción de la ciencia jurídica. Véase, al respecto, J. FERRER BELTRÁN, G. B. RATTI, 2012, 25-29.

Observan Alchourrón y Bulygin que, usualmente, los juristas no se limitan a desarrollar lógicamente un cierto conjunto de normas, sino que realizan también una reformulación sobre la base del llamado «principio de economía». En otras palabras, reemplazan a la base normativa del sistema una base equivalente pero más restringida, que permite tener una mejor visión del conjunto y es más apta para ser manejada a efectos prácticos.

Reformulando la base del sistema, sin modificar sus consecuencias normativas, es posible eliminar sus eventuales redundancias, mientras que no es posible eliminar antinomias y lagunas. Y esto ya que antinomias y lagunas son defectos del sistema que no pueden eliminarse a menos que se modifique la conexión entre supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, mientras que las redundancias son defectos de una presentación o formulación de una base del sistema, para eliminar las cuales es suficiente, justamente, reformular la base, sin modificar sus consecuencias[23].

Queda fuera del modelo meta-científico de Alchourrón y Bulygin cualquier actividad de índole modificativa o manipuladora, en tanto actividad que va más allá de los límites de las funciones cognoscitivas de la ciencia. «La actividad teórica de los científicos del derecho –escriben los autores– no consiste [...] en la modificación del derecho, que es tarea propia del legislador»[24]. Según Alchourrón y Bulygin, «el científico no puede por sí solo modificar el sistema impuesto por el legislador, razón por la cual no puede eliminar las lagunas y las incoherencias. Sólo puede formular propuestas para su eliminación»[25].

Obviamente, Alchourrón y Bulygin no llegan a negar la realidad y a sostener que, de hecho, los juristas no intenten modificar el derecho. Ellos sostienen la tesis diferente según la cual, cuando los juristas modifican el derecho, dejan de hacer ciencia y empiezan a actuar como legisladores o políticos. Es preciso enfatizar que, para Alchourrón y Bulygin, son extremamente infrecuentes los casos en los que una disposición jurídica resulta ambigua, esto es susceptible de ser interpretada de diferentes maneras. Por consiguiente, es relativamente fácil identificar los casos de manipulación normativa, puesto que los defectos del sistema, sobre los cuales los juristas pueden intervenir en sede de modificación, se presentan en la mayoría de los casos como «datos de la experiencia» que los juristas no crean, sino que se limitan a describir.

De ahí que las valoraciones subjetivas que los juristas formulan en relación con un sistema jurídico son necesariamente valoraciones externas a él, que nada tienen que ver con su formulación.

---

23 C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, 1975, 126-127.
24 *Ibidem*, 128.
25 *Ibidem*, 103.

En este contexto, se inscribe la importante noción de laguna axiológica. De la discrepancia entre las «valoraciones» de las autoridades normativas y las valoraciones del intérprete surgen las llamadas *lagunas axiológicas*: los casos que, a pesar de tener una solución normativa en un cierto sistema jurídico, han sido solucionados de manera inadecuada según el intérprete. En otras palabras, según el intérprete debería ser considerada relevante una cierta propiedad de un supuesto de hecho que, en un determinado sistema jurídico, es en cambio irrelevante: dicho juicio de relevancia resulta, por otro lado, prodrómico a la modificación tácita del derecho por parte de los juristas. El jurista crea una laguna (de naturaleza efímera) que sucesivamente procede a llenar mediante una norma que él mismo ha creado.

2.2. El modelo naturalista de ciencia jurídica de Brian Leiter

El segundo modelo analítico –llamado naturalista, ya que asume como objeto de la actividad científica los hechos y las relaciones causales que se dan entre ellos en la naturaleza, o iusrealista, ya que intenta explicar lo que de hecho hacen los juristas cuando sostienen, a menudo de manera engañosa, que realizan una actividad científica que versa sobre el derecho– encuentra una formulación convincente en la meta-ciencia de Brian Leiter[26].

De acuerdo con Leiter, los proyectos naturalistas de ciencia jurídica «tratan de comprender las operaciones de los jueces en términos de la demografía económica y social que explica su comportamiento» y «nos ofrecen una imagen de los tribunales que los ubica en una concepción naturalista más general del mundo, en la que rigen las causas deterministas y la acción voluntaria juega un papel menor o no juega ningún papel». En consecuencia, escribe todavía Leiter, estas explicaciones «realizan una unificación explicativa de los fenómenos jurídicos con otros fenómenos que constituyen el mundo natural del que la ciencia ya tiene un conocimiento profundo»[27].

Es importante observar que la ciencia jurídica defendida por Leiter no tiene casi nada en común con la dogmática jurídica tal y como es concebida por los juristas, los cuales suelen limitarse a la «exposición ordenada» de un cierto conjunto de normas jurídicas, eventualmente colmando sus lagunas y solucionando sus antinomias. La ciencia jurídica de inspiración naturalista, al contrario, realiza una investigación sobre las *causas* que determinan que ciertas decisiones sean tomadas por determinados tribunales[28].

---

[26] B. LEITER, 2012.
[27] B. LEITER 2012, 187.
[28] *Ibidem*, 118-119.

Y esto hace posible predecir las decisiones futuras de los tribunales y, en consecuencia, los cambios de interpretación que éstos realizarán cuando los hechos del caso causarán en ellos, en razón de ciertos factores latamente socioculturales, la necesidad de modificar la atribución de significado a ciertas fuentes que hasta el momento habían realizado. Ese modelo de ciencia jurídica es instanciado (aunque no del todo satisfactoriamente, según Leiter) por el llamado «modelo de las actitudes» de Jeffrey Segal y Harold Spaeth[29], que pretende predecir las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la base de la conjunción de los hechos del caso y de las actitudes ideológicas y los valores de los jueces.

Este modelo ha alcanzado un nivel de acierto en predecir las decisiones judiciales mucho más alto que un modelo basado en la idea de que es la clase de las razones jurídicas (fuentes más cánones interpretativos) la que determina las decisiones judiciales.

Es importante subrayar –como sugiere Leiter[30]– que muchos modelos metacientíficos concuerdan en el hecho de que las soluciones a las cuestiones jurídicas pueden ser explicadas haciendo referencia a determinadas causas y que, en consecuencia, las decisiones judiciales que son asumidas en virtud de dichas causas pueden ser predichas sobre esta base.

La real diferencia consiste en incluir entre dichas causas la *determinación racional* del derecho. Los iusracionalistas sostienen en efecto que, si se conocen las disposiciones jurídicas relevantes y los cánones interpretativos apropiados, es posible establecer con exactitud cuáles son las soluciones a las cuestiones jurídicas y predecir, entonces, cuáles serán las decisiones judiciales correspondientes. Para el naturalismo, esto constituye una visión completamente engañosa, ya que las disposiciones jurídicas pueden ser interpretadas de muchos modos distintos, de forma que no hay (casi) nunca una solución determinada a una cierta cuestión jurídica. La solución que, de hecho, será asumida, puede ser identificada, y predicha con buena aproximación, no ya apelándose a las razones jurídicas, sino a la explicación sociocientífica que permite identificar los factores extrajurídicos que inducen, de hecho, a los juristas (y especialmente a los jueces) a preferirla a otras soluciones.

3. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE LOS TRES MODELOS

Ha venido el momento de señalar algunas de las convergencias entre el modelo de Berman y los dos modelos contemporáneos de ciencia jurídica que acabamos de esbozar.

---

[29] Cf. J. A. SEGAL, H. J. SPAETH, 1993. Véase también Íd. 2002.
[30] B. LEITER, 2012, 136-137.

Las convergencias y divergencias, en mi opinión, más remarcables se atienen a los puntos siguientes.

3.1. La derivación de los principios

Para Alchourrón y Bulygin, el paso de las normas a los principios es lógicamente riguroso, ya que consistiría en un razonamiento cuya conclusión está implicada lógicamente en las premisas. En el caso en que se reformulen diversas normas, que presenten al menos un elemento común, mediante una norma general (que contiene dicho elemento común y es normativamente equivalente a las normas originarias), la naturaleza deductiva del procedimiento inferencial es asegurada por el hecho de que el número de las normas es finito[31].

Dicha tesis se parece a la idea bermaniana de que la derivación de un principio de las normas de detalle puede ser comprobada lógicamente. No es casual que, en el ejemplo antes discutido, Berman analiza diversas normas de detalle e individualiza, en ellas, un elemento que se repite y que entonces justifica la extracción de un principio que las «resuma».

Para Leiter, dicha tesis carece sin duda de fundamentación, en el sentido de que la inducción de los principios es una actividad que sigue la adscripción del significado a las fuentes y entonces es necesariamente impregnada de elementos valorativos. Además, como observa repetidamente Leiter, las cuestiones jurídicas «convocan» a menudo a diferentes principios, entre los cuales los juristas pueden elegir discrecionalmente. Es claro que su ponderación o conciliación constituyen operaciones no ya genuinamente lógicas, sino axiológicas.

3.2. Criterios deontológicos y sociológicos de cientificidad

Muchos de los que para Berman son criterios deontológicos y sociológicos de *cientificidad*, en particular de la actividad de los juristas, son reconstruidos por Leiter (correctamente, en mi opinión) como simples indicadores de la extracción social y de las consecuentes preferencias axiológicas de los juristas: constituyen ellos mismos, en tanto hechos relativos a la psicología de los juristas, objeto de investigación científica a efectos predictivos. Como afirma Leiter: «la teoría jurídica […] es "naturalizada" porque adquiere sentido, para el realista, como un capítulo de la psicología (o de la antropología o de la sociología)»[32].

---

[31] C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, 1975, 124-130.
[32] B. LEITER, 2012, 75.

Alchourrón y Bulygin probablemente insertarían muchos de los elementos deontológicos en el ámbito de la metodología prescriptiva recomendada por la filosofía de la ciencia a la que se adhieren. Sin embargo, como hemos visto, sin duda excluirían el caso de la solución de las antinomias, realizada sobre la base de la individualización de una *ratio* global del sistema, como ejemplo de dicha metodología.

3.3. El objeto de la ciencia jurídica

Berman parece estar de acuerdo con Alchourrón y Bulygin acerca de la idea de que una genuina ciencia jurídica versa sobre *normas* y las desarrolla lógicamente. No es claro, sin embargo, qué entiende Berman cuando sostiene que la ciencia jurídica verifica las normas a través de test basados en la experiencia. Si se trata –como parece– de las circunstancias que han inducido una cierta autoridad normativa a dictar una determinada disposición, no se ve cómo esto pueda servir para «verificar» o describir una cierta operación interpretativa o constructiva. Como mucho, servirá para justificarla, en la medida que la interpretación escogida sea argumentada apelándose a las circunstancias sociales que han presuntamente inducido la autoridad normativa a dictar la disposición en objeto.

Para Leiter, en cambio, la ciencia jurídica versa sobre *hechos*: en particular, las *causas* que conllevan que determinadas soluciones a una cierta cuestión jurídica sean preferidas a otras soluciones igualmente legítimas desde un punto de vista jurídico.

3.4. La ciencia jurídica como actividad predictiva

Leiter –se ha visto– enfatiza repetidamente el carácter predictivo que debe tener la ciencia jurídica, so pena de ser inútil desde un punto de vista práctico. Esta visión se inscribe en ese marco filosófico-científico según el cual la ciencia debe ser preferida a otras actividades (supuestamente) explicativas de la realidad, ya que la ciencia *delivers the good*, es decir «paga» en términos prácticos. La manera en que la ciencia jurídica «paga» en términos prácticos consiste justamente en permitir predecir las decisiones judiciales sobre la base de factores realmente relevantes.

El modelo bermaniano –como hemos visto– tiene un escaso poder predictivo respecto de las soluciones de ciertas cuestiones jurídicas. Sin embargo, hemos también observado que Berman usa un peculiar concepto de «experimentación», según el cual el jurista debería ser capaz de determinar las consecuencias sociales que derivan de la adopción de una cierta norma y de las modificaciones de la dis-

ciplina jurídica. Lo que aquí el jurista debería ser capaz de predecir serían las consecuencias sociales de la interpretación o de la introducción de una cierta disposición jurídica. Es dudoso que esta actividad tenga naturaleza cognoscitiva, en la medida que se trata de justificar la interpretación escogida (o la introducción planificada) sobre la base de dicha (presunta) predicción[33].

En la metodología meta-científica de Alchourrón y Bulygin, no se dice mucho sobre las capacidades predictivas de la ciencia. Cabe inferir, no obstante, que la elección de una cierta solución a un determinado problema jurídico puede ser predicha, en la gran mayoría de los casos, sobre la base de la sola clase de las «razones jurídicas», para desarrollar las cuales se usan métodos en auge en las ciencias formales: lo que acerca su modelo al modelo bermaniano y lo aleja, por consiguiente, del de Leiter.

3.5. La dogmática jurídica como ciencia

El elemento de mayor divergencia entre el modelo bermaniano y los otros dos modelos, no obstante, parece ser el hecho de que el primer modelo, a diferencia de los demás, trata de acreditar como actividad científica la actividad que, de hecho, ya realizan los juristas al recoger, integrar y ordenar los materiales jurídicos. Tanto Alchourrón y Bulygin como Leiter, en cambio, niegan con decisión que la común actividad de los juristas académicos, considerada en su globalidad, produzca efectivamente discursos científicos. Como observan Alchourrón y Bulygin[34]: «[es] erróneo [...] confiar demasiado en las explicaciones que los juristas dan acerca de su actividad como científicos. Es un hecho bien conocido que excelentes científicos […] no siempre desarrollan un papel igualmente brillante cuando incursionan en la fundamentación de su propia ciencia. En el derecho –donde la investigación metodológica ha sido muy descuidada–, el peligro de una distorsión involuntaria de los hechos, motivada por concepciones teóricas erróneas, es aún mayor».

3.6. Discursos prescriptivos vs. discursos descriptivos en la ciencia jurídica

Finalmente, es preciso observar que, en el modelo de Berman, a diferencia de los demás modelos, hay una continua confusión, tanto en el nivel de la teoría de la ciencia jurídica como en el nivel del análisis de los discursos de los juristas, entre discurso en función descriptiva y discurso en función prescriptiva.

---

[33] N. MACCORMICK, 1983, 251 ss.
[34] C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, 1975, 112.

Los juristas realizan razonamientos normativos, productivos de normas, pero «verifican» dichos razonamientos sobre la base de experimentos sobre datos de hechos, formulados mediante discursos descriptivos. Solucionan antinomias, interpolando sus «normas apócrifas» en el discurso de las autoridades normativas, pero, de esta manera, hacen verdadera ciencia, dando actuación al principio de tolerancia. Asimismo, la teoría de la ciencia jurídica presenta, de manera mezclada, aspectos informativos y directivos. Esto se debe al hecho de que la teoría de Berman es, programáticamente, anti-analítica (como, por otra parte, ocurre con teorías jurídicas más conocidas, como la de Ronald Dworkin)[35]: la *integrative jurisprudence* que él defiende, en efecto, se basa en la idea de que «o bien se cree en el derecho o no funcionará; el derecho no involucra solo razón y voluntad, sino también emociones, intuición y fe. El derecho presupone un empeño social total»[36].

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E., Bulygin E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea.

Alchourrón, C. E. (1986). «Systematization and Change in the Science of Law». *Rechtstheorie.* 10: 171-184.

Alchourrón, C. E., Bulygin, E. (1991). «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico». En: Alchourrón, C. E., Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alchourrón, C. E. (2000). «Sobre derecho y lógica». *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho.* 13: 11-33.

Alchourrón, C. E. (2012). «On Law and Logic». En: Ferrer, J., Ratti, G. B. (eds.). *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press: 39-52

Berman, H. J. (1983). *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press.

Berman, H. J. (2006). *Law and Revolution, II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*. Cambridge: The Belknap Press.

Bulygin, E. (1991). «Dogmática jurídica y sistematización del derecho». En: Alchourrón, C. E., Bulygin, E. (ed.). *Análisis lógico y derecho.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales: 465-484.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. London: Fontana.

Ferrer, J., Ratti, G. B. (2012). «Defeasibility and Legality: A Survey». En: *The Logic of Legal Requirements*. Oxford: Oxford University Press: 11-38.

---

35 R. DWORKIN, 1986. Para una crítica (en mi opinión, del todo acertada) de la metodología dworkiniana, véase R. GUASTINI, 1988, 176-180.

36 H. J. BERMAN, 1983, vii.

Guastini, R. (1988). «Some Remarks on the Conceptual Framework of 'Law's Empire'». *Ratio Juris*. 1: 176-180.

Guastini, R. (2001). *Il diritto come linguaggio.* Torino: Giappichelli.

Guastini, R. (2011a). *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.

Guastini, R. (2011b). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.

Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy.* Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción española (2012). *Naturalismo y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

MacCormick, N. (1983). «On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin». *New York University Law Review*. 239-258.

Popper, K. R. (1976). *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*. 4ta ed. Torino: Einaudi.

Segal, J. A., Spaeth, H. J. (1993). *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York: Cambridge University Press.

Segal, J. A., Spaeth, H. J. (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press.

Ivs Fvgit, 18, 2015, pp. 91-124
ISSN: 1132-8975

OF REBELLIONS AND SEDITIONS: POPULAR PROTEST, CITIZENSHIP AND STATE BUILDING IN 19TH CENTURY BRAZIL

Monica Duarte Dantas
IEB/ USP – Brazil

> And, so as before, after so many other ill succeeded uprisings, the last one gathered all the elements of an outburst. And, without a doubt, it succumbed, as every soul understood how meaningless was all that turbulence; passions then restrained their ardor, silenced their demands, dissipated their threatens; so, naturally, aversion and divorce were over, and under the promise of a conservative progress surfaced the time of transaction.
>
> (Justiniano José da Rocha, «Ação, reação, transação»)

With those words, Justiniano José da Rocha, an imminent journalist and politician, recorded in his famous pamphlet, «Ação, reação, transação», originally published in 1855, the idea that the defeat of the Praieira Rebellion (in the province of Pernambuco) meant, for the Brazilian Empire, the end of the uprisings and political turbulences that rattled the country in the past decades[1].

[1] A recent analysis of the above mentioned pamphlet is provided by Tâmis Parron, in which he takes into account not only Rocha's inspirations, but also the social-political context and contemporary political parties disputes. (PARRON, 2012).

1849 AS A TURNING POINT: THE MYTH OF AN AGE OF PEACE AND TRANQUILITY

More than three decades after, another important public figure publicized a somewhat similar opinion about the meaning of the defeat of the Praieira rebels. According to the Baron of Rio Branco, as he wrote in his biography of Emperor Pedro II (published in 1889), «since 1849 we have been able to see how the young Emperor, so skilled and brave, has maintained order all around the country». The Baron's words, back then Consul at Liverpool, comparing the situation before the above-mentioned rebellion to the one that followed its defeat, speak for themselves:

> What an admirable transformation! One could say that a magic spell fell upon the country, dissipating the ignorance of the masses, the confusion, disorder, ruin; the consequences of anarchy and shameful slavery, replaced then by a higher and more accessible education, by the love of order, respect to the law, to Justice; by the taming of passions and political hate; by a more truthful comprehension of real freedom and of a representative government, of a more enlightened patriotism, of public wealth; of all progresses enabled by modern civilization; by the thrust and credit of Europe, in sum, by the redemption of the slaves, by the victory of the great principle of equality and human dignity[2].

The supposed tranquility and peacefulness of Brazil in the second half of the 19th century was accentuated then –and, actually, until not very long ago– by its comparison to Brazil s Regency period (1831-1840) and to the first decade of the Second Reign, years marked by a great number of rebellions[3]. Although that image

---

[2] Rio Branco published his *Vida de Dom Pedro II* under the pseudonym Benjamin Mosse, but the opinions he stated there are also present in other works he actually penned, such as the chapters he wrote for Émile Levausseur's *Grande Encyclopédie* and others published in *Le Brésil en 1889,* a catalogue of the universal exhibition of Paris, organized by the Baron of Santana Nery. (B. MOSSE s/d, 62, 80-81; É. LEVASSEUR, 1889; Santana NERY, 1889).

[3] Brazil became independent in 1822, marking the commencement of the First Reign, and in October Pedro I was crowned Emperor of the country. In 1823, a Constitutional Assembly gathered to draft the country's Charta, but a few months after the Emperor dissolved it. In 1824 the Monarch gave Brazil its first Constitution, which was largely based on the project that was being discussed by the Assembly representatives, but it had some important alterations, such as a forth Power (besides the Executive, the Legislative and the Judiciary branches), the Moderate Power, loosely based on Benjamin Constant's theories. It did not take long for the political opposition against Pedro I to grow stronger, until he was forced to abdicate the Throne, in 1831. As his son, the Heir, was only 5, a Regency of three members was appointed, being rapidly substituted by an elected permanent Regency, of also three members (as determined by the Constitution). In 1834 the Charta was amended, substituting the three members Regency, chosen by the representatives, for a one Regent government, a Regent chosen by all those citizens who were apt to vote for senators and House representatives. The first Regent stepped down in 1837, and a new one was elected. In 1840, a number of representatives and senators started to

of the country's history was not completely dissipated in the 20th century, it gained a new interpretation that tended to emphasize the end of the Praieira Rebellion as a defeat not only of the rebels themselves, but as a greater defeat of the population in general:

> One can perceive, as the history of the Empire goes on, how democratic and popular unrests tend to lose intensity. As all other uprisings that followed the first Emperor s abdication to the Crown, the Praieira Rebellion was also tributary to an impulse that rose with the country s Independence. But, by then, a contrary movement was already in play. That impulse was vanishing and the reaction against it had become dominant. The revolutionary impetus of the masses tended to get crushed by the new forces of reaction, unable, as they were, to vanquish the solid blockade that has dawned on the country. The uprising caused by the Praieira movement, unable to fulfill its complete cycle, unable to foster its revolutionary sparkle among all rebellious segments of society, staying only on the surface, can be viewed precisely as the last breath of an intense popular movement that followed the Independence of the country […]
> And as it went, Brazil entered in the second half of the 19th century. The popular masses, kept in total control by laws and institutions, were forced into a support role, a situation that replaced its previous intense political action by a condition of passivity[4].

Historian Caio Prado Jr. interpreted, as one may clearly see, the second half of the 19th century as a time of passivity, as far, at least, as the population was concerned. A time without demands of any kind, either social or political, when the elites were victorious on its attempts to subdue the population in general.

A few decades after Prado's work, historians' interpretations regarding the above-mentioned period were practically the same. Amaro Quintas, writing about the country's northeastern provinces from 1825 to 1850 (which included Pernambuco, Alagoas, Rio Grande do Norte, Paraíba and Ceará), in a book first published in 1964, also shared Prado's interpretation of the Praieira Rebellion as the last upheaval of the Second Reign. Although he pointed out the popular character of the rebellion, he also stated that after its defeat there followed a time of peace and prosperity[5].

Quintas' interpretation of the Northeast was published in the same book of Wanderley Pinho's essay on the province of Bahia. Although writing about a differ-

---

advocate the crowning of Pedro II, who was by then only 14, and not 18 years old as the Constitution stipulated. They were victorious, and in October 1840 Pedro II was enthroned as Brazil's second Emperor. His reign lasted until 1889, when a Republican Coup forced him out of the government, putting and end to Brazil's Second Reign.

4 C. PRADO Jr., 1986, 86-88.

5 A. QUINTAS, 1985, 241.

ent region, Pinho had a somewhat similar interpretation. For him, after the Sabinada Rebellion (a movement that took place in the capital of the Province, the city of Salvador, in 1837) only a few riots did occur, but nothing comparable to the disorders that marked the preceding decades. Once more the historians' interpretation tended to stress the peace and tranquility of the last forty years of the Empire.

> With its complete and cruel defeat ended the times of day-to-day riots and upheavals. Freed those who governed and the elites in general of a continuous and absorbent preoccupation with the public order, there came a time when social and political development could progress in an ambience of relative tranquility. One or another riot will disturb and reach the streets, as the 1858 riot called the «Carne sem osso»; but the permanent disorder, doppelganger of anarchy, had faded and stopped[6].

HISTORIOGRAPHICAL DEVELOPMENTS ON THE STUDY OF SLAVERY AND THE FREE POOR

From the 1980s on, the renovation of the studies on slavery and the development of new researches about Everyday History provided a basis not only to question the idea of the absolute power of slave masters, but also, as its natural counterpart, the preconceptions about paternalism as a necessary characteristic of Brazilian History. Following that line of inquiry came new studies that brought into questioning interpretations about the supposed «anomy» of the free and poor population, who were considered, until then, to be totally dependent of the landlords, a situation that rendered them incapable of reacting to domination in any organized manner. New researches brought to the limelight how slaves, freed people and the poor free population experienced life themselves: their own experiences regarding social and political movements, the development of bonds between them, and how they organized themselves to resist the will and power of their masters or the elite in general.

In the midst of this renovation, came to light some works that were devoted to the study of popular participation in social and political movements. In 1980, Hamilton de Mattos Monteiro published *Crise agrária e luta de classes: o nordeste brasileiro entre 1850 e 1890*, in which he devoted one chapter to the 1851-1852 movement called «Ronco da Abelha» and another to the 1874-1875 «Quebra-Quilos»[7]. Despite his obvious merits, especially his attempt to shed some light into those nearly forgotten episodes, the author eventually agreed with anoth-

---

6 W. PINHO, 1985, 284.
7 H. MONTEIRO, 1980.

er crystallized interpretation of Brazilian History: the manipulation of the people by the elites, stripping them of their role as historical beings, thus incapable of fighting for their rights and expectations[8].

From that period on, both Brazilian and foreign historians focused on studies that privileged the actions and interests of the disgruntled populations throughout the 19th century. Examples of this new approach are the PhD dissertations of Marcus Carvalho, Matthias Assunção and Hendrik Kraay, and the articles by Sandra Lauderdale Graham, Guillermo Palacios and both João José Reis and Marcia Gabriela Aguiar. Those studies, nonetheless, were quite inaccessible even to the Brazilian scholar community[9].

In 2001, José Murilo de Carvalho published his book *Cidadania no Brasil: o longo caminho*[10]; a work that, although written to a more general public, relied heavily on the most recent scholarly production, also when it dealt with 19th century history. In Carvalho's book the Second Reign was no longer a time of undisturbed peace.

> The popular movements during the Second Reign had a different nature. In both the First Reign and the Regency period they benefited from conflicts among the ruling class. After 1848, both liberal and conservative politicians and their acolytes put down their weapons and reached an agreement possible only by the alternation of parties in the government, a politic promoted by the Moderate Power. The State was then consolidated. Popular movements became, from then on, the typical reaction of the population against reforms imposed by the government[11].
>
> In all popular movements that occurred from the beginning of the Second Reign on, one can see how, despite not participating in official politics, despite not voting, or even in spite of not understanding fully the meaning of the ballots, the populations had some notion of what were the rights of a citizen and the duties of the State. Those citizens accepted the State as long as it didn't violate a silent pact of non-interference in their private lives, of respect toward their values, especially religious ones […]. They were, in fact, movements of reaction against something or someone, they weren't movements marked by new propositions. The people reacted against governmental laws and regulations that aimed to rationalize and secularize the State. But in those rebels one could see a kind of blueprint of citizenship, even if only in reverse[12].

---

8 Gonçalves de Magalhães, in his account of the Balaiada Rebellion, published in 1848, already stated that the elites were exploiting and beguiling the common people. (G. MAGALHÃES, 1989).

9 M. CARVALHO, 1989; M. ASSUNÇÃO, 1993; H. KRAAY, 1995; S. L. GRAHAM, 1980; G. PALACIOS, 1989; J. J. REIS and M. G. AGUIAR, 1996; M. D. DANTAS, 2006.

10 In that book Carvalho addressed some questions he had already discussed in previous works, for example J. M. CARVALHO, 1996.

11 J. M. CARVALHO, 2003, 70.

12 Idem, 75.

Although the author, by one side, stressed the existence of popular movements along the Second Reign, on the other, he sustained that those were merely reactive ones, situations in which the population rose and bore arms to protest against the government's modernizing acts. Thus, by being only expressions of reaction, without effective propositions –movements aimed to stalemate progress, harvested, as they were, by the defense of timeless or even old-fashioned practices–, they couldn't actually characterize an effective political participation, only possible to those who experience real citizenship. An experience, as far as the poor free and freed people were concerned, that only came to life in 1887 with the Abolitionist Movement[13].

It isn't difficult to perceive that beneath his interpretation lays a somewhat dichotomic view opposing the movements that arose until 1848 and those that appeared after the defeat of the Praieira Rebellion. An approach that may be tributary simply to the book's aimed public[14], or derived from a certain interpretation of Brazilian Imperial history. Nonetheless, the fact is that according to Carvalho's oeuvre, the above mentioned popular movements can be placed in a fairly conventional chronology, as if institutional or utterly political histories could account for and solely explain the peoples' drive to take part in this or that protest, were they against central or provincial governments, or contrary to specific laws and regulations.

That said, what I intend in this paper is to discuss, even if briefly, the validity of rather official chronologies –timelines that are based on events directly connected to the Empire's official politics– to explain popular participation in the several movements that shook Brazilian society along the 19th century and that were crucial to their participants understanding of themselves as beholders of rights and political agents along the process of the Brazilian State building. In order to do so, I will rely heavily on the chapters published in the book *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX,* and especially on the remarks I made in the Epilogue. To embrace such an approach

---

13 As examples of popular movements in which one may see that kind of blueprint citizenship, the author quotes the already mentioned «Ronco da Abelha» and «Quebra-quilos», and also the 1880 «Motim do Vintém». On his list of rebellions that rattled the country in the first half of the 19th century, Carvalho also includes the 1835 Malês Insurrection, whose participants were essentially slaves and freed Africans; J. M. CARVALHO 2003, 68-70. Considering, though, the specificities of a slave's juridical condition, I do not deem possible or fruitful to analyze together slave insurrections and movements that relied heavily on free and freed people. Furthermore, there are a great number of deeply insightful studies about slavery and slave insurrections; a fundamental oeuvre is João José Reis' *Rebelião Escrava no Brasil*; (J. J. REIS, 2003).

14 Clearly not a work written to the scholar community, a feature that deserves ones applause, considering the distance that seems to divide repeatedly such readers nowadays, alienating constantly the general public from the researches conducted in the universities.

means that one must necessarily leave in the foreground what the Imperial elites considered to be citizenship, or else, what they perceived as legitimate participation in a constitutional representative monarchical government[15].

POPULAR PROTESTS AGAINST GOVERNMENTAL RULINGS AND ACTIONS

On 1851-1852, a movement that became known as «Ronco da Abelha», or «Guerra dos Marimbondos», took by surprise the elites of five different provinces, Pernambuco, Paraíba, Alagoas, Sergipe and Ceará. Those who took part in it where protesting against two decrees, one that stipulated a state controlled (or lay) registry of births and deaths, and another that provisioned for the country's first census. In order to make sure that those decrees would not be upheld, men and women tore official documents bearing the new laws, they occupied towns (preventing the decrees to be read out loud), and even wrote to the authorities, following, according to historian Maria Luiza de Oliveira, «the official instances of the State's beaurocracy»[16].

When they stormed into different towns, they used to free those who were held in jails, but only those who had not yet been sentenced. Besides that, they could take with them some of the authorities belongings, usually the official records of the Justice of the Peace and the boxes that contained ropes and paddles («so they wouldn't be registered as slaves, or treated as such»). As Oliveira points out, they only intended to prevent those decrees to be upheld. So, it is not surprising that one of the participants, answering to a Justice of the Peace, said, «we shall obey you, but we will not accept the law of enslavement». To the protesters the aim of the decrees was to «enslave those who lived in poverty». The new laws, according to them, blurred the differences between freedom and slavery; either by the threat of army enlistment or, more directly, by real enslavement

In 1874, legal determinations were, once more, the starting point of the people's discontent. This time, the upheaval was tributary to a combination of factors. The population of more than 78 towns, what amounted to thousands of people, protested against the new metric system, the «ground tax», and, laterally, the new recruitment law[17].

Along the two months that lasted the movement, commonly referred as the «Quebra-quilos», the population stormed into towns and cities, protesting against the above-mentioned tax and shouting, «the ground belonged to the people, and

---

15 M. D. DANTAS, 2011a, 511-563.
16 M. L. OLIVEIRA, 2011, 391-427.
17 L. M. LIMA, 2011, 449-483.

thus they shouldn't be forced to pay for it». In one of these episodes, a protester declared that the «tribute official papers» should be destroyed. Thus, for them, to destroy the tribute papers, the debtors' lists or even the weight and measurements' kits were effective ways to prevent those decrees to be enforced; laws and regulations that were menacing their day-to-day life. After breaking into counties' archives in order to get hold of official documents, they usually burnt them in front of the public. Once they were over, they returned to their everyday activities, what meant, besides other things, «selling and buying according to old measurement and weighing practices».

Although, according to the authorities, those were situations of the «utmost anarchy», bore out of the «people's spirit of insubordination towards the authorities and the law», to the protesters their actions were only forms of resistance in face of illegitimate regulations. All they wanted was to resist and prevent the government's intent to enforce some specific rules. They weren't aiming at the authorities in general; they were only defending themselves against regulations that threatened their livelihood and rights.

Even if the Quebra-quilos' protesters were mainly concerned with the non-enforcement of both the new measurement and weighing law, and the «ground tax», they weren't at all at ease with new regulations concerning military enlistment. As historian Luciano Mendonça de Lima clearly shows, the new recruitment law contributed heavily to the populations' discontent regarding the government's latest rulings. To protesters, scattered along five different provinces, the law makers real intent was to «enslave the children of the people», regardless of the explanations then presented by the nation's representatives.

Considering that brief account of those two protests, one may inadvertently think that José Murilo de Carvalho's interpretation is actually accurate: that the population only protested against something or someone, reacting to laws and regulations in order to prevent the enforcement of governmental modernizing rulings.

In order to contradict that common impression, one has to analyze the history of another movement, a riot that happened six years after the end of the «Ronco da Abelha», and sixteen years before the outburst of the «Quebra-quilos». In 1858 the population of Salvador gathered in a protest against the provincial president. By doing so, they were siding with municipal counselors in defense of a regulation, recently approved by township authorities, regarding the control of the manioc flour's price that was sold within the city limits[18].

In spite of the singular events that marked the movement's first protests, it rapidly turned into a general cry against the rising prices of staples in the city, as the populace shouted the movement's motto, «meat without bones, flour without lumps» (or, «carne sem osso, farinha sem caroço»).

---

[18] J. J. REIS, 2001, 429-448.

The protesters not only hailed the «town's representatives and people, demanding the provincial presidents' resignation», but they also asked for the «enforcement of their citizens' rights that were not being upheld». The letters of one township representative echoed, then, the population's demands. As the documents show, he not only cared to explain to his constituents why he would not obey the orders of the provincial president –who demanded the township representatives to reject their latest regulation–, but he also claimed for more «assurance and enforcement of individual rights, as warranted by the political Constitution of the Empire». As pointed out by historian João Reis, «the rebelled people could then count on the township's protection, but, at the same time, they thought it was their duty to protect their representatives»[19].

LAW ENFORCEMENT AND STATE BUILDING: A CONCERN OF ALL CITIZENS

Bearing those examples in mind, one can easily perceive that if, on one side, the populace could rise against government laws and regulations, on the other, depending on the situation, they could also rebel in order to guaranty that some rule passed by their representatives would actually see the light of day. In that sense, one must remember the free and freed poor population response to the 1850 «Land Law»; a governmental ruling that was contested primarily by those with better financial meanings and obeyed by the lower strata of society.

Just for clarification, the law passed by the House and Senate[20] aimed at the distinction between private owned lands on those that belonged to the State. As praised by the Secretary of the Empire (who then occupied a similar position as that granted today to north-American Secretary of State), that law was a «powerful element in the path to civilization and wealth»[21].

According to historian Marcia Motta, «many landlords were not used to following State's determinations regarding the limits and boundaries of their prop-

---

19 Idem.

20 When referring to the «Câmara dos Deputados» and the «Senado» in Imperial Brazil, I chose to translate the later as «Senate» and the first as «House of Representatives». But one must bear in mind that the Imperial Senate was essentially different from its north-American 19th century counterpart, as the number of seats in the Higher Chamber was proportional to the population of each province. Besides that, although House and Senate are almost literal translations, the government in Imperial Brazil was a parliamentary one, as explained in another footnote; bearing, in that sense, some resemblance to the English system, even if only in what pertained to the relation between the cabinets and both Houses.

21 *Relatório apresentado á Assemblea Geral Legislativa [...] pelo Ministro e Secretario d'Estado dos Negócios do Império*, Visconde de Monte Alegre, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1851, 26.

erties». And the new law would not change that, as they proceeded «as they had always done before, by disobeying any regulation that could eventually threaten their power». On the other side, free and freed people interpreted the law as a promise of a future legal access to grants of land[22].

Motta came to that conclusion by analyzing the data concerning a region of provincial Rio de Janeiro. But a similar outcome was also found in a research about a sugar cane production area in the province of Bahia. If large landowners and sugar cane factory proprietors chose to either not register their lands, or to do so by providing the least amount of details possible, a large percentage of the locals, either poor free men and women or freed people, opted for the exact opposite action. They not only registered their lands, sometimes very tiny plots they had themselves occupied or inherited from their parents, but they also used to provide the vicar (the responsible authority, according to the law, for the land registry) with an array of details of their small grants. Their willingness to comply with the law meant only one thing, that the government's politic could eventually provide them with an official recognition of their land grants[23].

Thus, resistance to law enforcement was not an action restricted to poor men and women. Economical and political elites also had similar reactions during the Empire. Sometimes one could peacefully deter a law from being enforced just by pretending that it had never been approved; as occurred with the «Land Law» (as far as the elite was concerned), but also, one must recall, with the 1831 law that abolished the African slave trade. But dissatisfaction with legal diplomas were also at the core of some elite rebellions, as the 1824 Equator Confederacy and the Liberal Revolt that startled the peoples from São Paulo and Minas Gerais in 1842 –movements whose leaders were of provincial if not national importance[24]. In the first case, as widely known to Brazilian scholars, the population from Pernambuco and nearby provinces took up arms against the enforcement of the 1824 Constitution given by the Emperor. Sixteen years after, the rebels from São Paulo and Minas Gerais targeted the «oppressive laws» passed in 1841 (the Reform of the Code of Criminal Procedure and the new law that regulated the State Council).

Considering that, the reactive or pro-active character of different movements does not seem really that important to the understanding of day-to-day experiences of citizenship. Ordinarily, it might seem strange to discuss the poor free and freed people struggle for Rights; especially if one considers that Brazil was, back then, a country with an astounding rate of illiteracy, where the right to vote was based on annual income, where social inequality was the rule, and, last but not least, where slavery was deeply routed and widely accepted. In order to consider that

---

22 M. M. MOTTA, 1998, 168-169, 175.
23 M. D. DANTAS, 2007.
24 D. BERNARDES, 2011b; E. HÖRNER, 2011.

possibility, if not of wide citizenship itself, but at least of the expectation of Rights, it is necessary to reappraise the validity of official political and institutional chronology to the understanding of the majority of the population's lives.

ONE MOVEMENT AFTER ANOTHER: THE RECURRENT EXPERIENCE OF POLITICAL PROTEST

First of all, one must bear in mind that, space wise, many of the 19th century movements overlapped one another. Same provinces and even municipalities had to deal with a rebellion or upheaval almost every decade, others not so much. Protests, armed or not, started to pop up a couple of years after the arrival of the Portuguese Royal Family, in 1808, becoming more intense after the Porto Revolution and during the war for Independence.

The 1817 Revolution, the 1820 Rebellion of the «Pedra do Rodeador», the 1824 Equator Confederacy, the 1832-1835 Cabano's War and the 1848-1849 Praieira Rebellion all took place in the same region, even if some affected wider areas than others[25]. Besides that, when talking about movements in general it is necessary to bear in mind that they affected not only the place where the upheaval itself took place, but also adjacent areas where government forces gathered in order to organize their attacks. A good example is the area around the border of Pernambuco and Alagoas. There, royalists stationed the troops that would later attack the 1817 rebels and the 1824 confederates. In the 1830s, that same area was occupied by the resilient Cabanos who fought the Regency's army for more than three years. After the Imperial forces stormed into Recife (Pernambuco's capital), in 1849, Pedro Ivo, one of the leaders of the Praieira Rebellion, sought refuge exactly in that area, and from there fought bravely against Pedro II's government. One royalist general, when in pursuit of Pedro Ivo, wrote a letter to his superiors complaining that one of Ivo's soldiers, a former Cabano rebell, «had his head filled with new ideas forced upon him by the revolutionary landlords».

But the importance of Pernambuco and adjacent provinces, regarding movements that questioned the government's authority, was not restricted to the first half of the 19th century. On the contrary, afterwards those areas were still affected by protests and upheavals, for there the authorities were forced to face the 1851-1852 Ronco da Abelha and 1874-1875 Quebra-quilos seditions.

That kind of territorial overlapping was not restricted, though, to the above mentioned area. The same can be said regarding the province of Bahia, especially

---

[25] D. BERNARDES, 2011a; G. PALACIOS, 2011; D. BERNARDES, 2011b; M. CARVALHO, 2011; M. CARVALHO and B. CÂMARA, 2011.

its capital, the city of Salvador. The population of the former colonial capital endured a year of siege and battles during the war of Independence. Fifteen years later many of its inhabitants took up arms to join a rebellion that became known as the Sabinada. In 1857 and 1858 the government was forced to deal with the Ganhadores Strike and the Carne sem Osso, Farinha sem Caroço Riot[26]. Just to mention some more widely known movements, because a significant number of other riots and protests affected not only the city itself but also its surroundings.

One can state then, that territorial overlap meant also overlapping experiences, a kind of father to son, or grandson, heritage. A trans-generational experience that was common to inhabitants of other parts of the Empire. That was the case of the Cabanagem Rebellion, that took place in the Pará province in the mid 1830s and the Balaiada Rebellion, a movement that forced the government to send troops to Maranhão in order to defeat, after more than two years, their so called enemies[27].

Considering the history of the province of Pará, one must not forget that it took the Navy' engagement to guarantee their elites' support to the new independent state. Not only that, but the 1824 Equator Confederacy also had its supporters up north. The confederates' defeat didn't mean, though, that the province was pacified, its elites kept fighting for years for the provincial political control. No wonder historian Matthias Assunção, in his study of Maranhão's Balaiada Rebellion, but whose remarks can also apply to its neighboring province Pará, states that the rebellions that took place in the 1830s must be understood «as a result of the 1820-1840 political experiences»[28].

The concept of political experience is thus essential to the understanding of popular participation in the multitude of movements that broke out along 19th century Brazil. Marcus Carvalho, in an article published in 2005, already stressed the importance of one particular aspect when dealing with Brazil's state building: the impact of elite factional warfare on the general population, were they free poor man and women, freed people or even slaves. To them, «being a part of such hostile and tense situations, arms in hand, could amount to life changing experience». Thus, according to the historian, by «bearing arms, whether to defend their landlords, masters or political chiefs, or under the orders of army or militia officials, in civil wars or battles against a foreign enemy, the men that came out of the 'populace' could learn a lot, especially considering the peculiar situation they were in». First of all, they learnt to bear arms, to attack or defend themselves with them, but not only that. The service they were rendering also taught them politics; something fundamental in a moment when everyone was speaking about «freedom, independence, the Rights of 'people', the Constitution. It is clear enough

[26] F. W. O. MORTON, 1974; H. KRAAY, 2011; J. J. REIS, 2011.
[27] L. PINHEIRO, 2011; M. ASSUNÇÃO, 2011.
[28] M. ASSUNÇÃO, 2011, 295-327.

that those terms were interpreted according to how each group involved envisioned the world»[29].

The author describes, e.g., the experience of freedman Agostinho José Pereira. When the 1817 Rebellion broke out he was living in Recife, in the same block of the Henrique's Battalion Headquarters. A battalion formed only of free and freed blacks that had a very important role in the rebellion. A couple of years passed and Agostinho joined the confederates, in 1824. After the movement's defeat, he enrolled in the army, being sent to different parts of the country. In 1839, when he was incarcerated in Rio de Janeiro, where he was then serving, he actually met Francisco Sabino Álvares da Rocha Vieira (one of the Sabinada's leader and whose name inspired how the rebellion became known). Less than a decade after, in 1846, he was back to Recife, where he was arrested by the police due to charges of leading a sectarian religious group contrary to the commandments of the Catholic Church.

But that is only part of the story. After serving all over the country, he came back to his native city and opened a school to teach blacks to read and write. «He was called 'Divine Master' by his followers, more than three hundred according to the authorities», to whom he preached about the freedom of the dark skinned people. His attorney was the famous liberal Borges da Fonseca, who, in 1848, not only took part in the Praieira Rebellion, but also became one of its leaders, especially among the people of Recife. As written by Carvalho, «after travelling the country and getting to know the leader of the Sabinada, he came back to teach the alphabet to the black people [of Recife], talking about freedom and Haiti»[30].

According to Carvalho, power struggles between the Brazilian elites, who aimed to control or influence provincial or even State's politics, fostered singular experiences to those who were then armed in order to fight for or against the different groups or factions seeking political control. And that happened all over the country. As they learned to fight, as they listened to proclamations endorsing the legitimacy of what they were supposed to be fighting for (mottos repeated over and over again by those who were in command), they not only learned to behave in battle but also to lead. But that was not all, that kind of experience was crucial to their ability of reinterpreting their social and political insertion, what meant, besides other things, considering rebellion a viable path to achieve their own goals.

Although we should not try to explain one movement as simply the cause or consequence of another, we must not, also, dismiss the experience of battle as something secondary to the understanding of the population's demands and their efforts to fight for their rights and to enforce them (even when that happened in

[29] M. CARVALHO, 2005, 882, 886, 897.
[30] M. CARVALHO, 2005, 900-904, 912.

a peaceful manner). The process of State building is actually at the core of the population's expertise and ability to protest; a process that was marked by loud and poignant remarks by the Brazilian elites (sometimes pro-government, sometimes against it) regarding their rights and the legitimacy of their demands. When speeches, as we have seen, were not enough, then came battle; and with battle came the necessity of rallying forces, what meant gathering and arming the poor free population, freed people and even slaves.

FIGHTING FOR RIGHTS ON THEIR OWN TERMS: POPULAR DEMANDS AND EXPECTATIONS

When we shift our focus from the demands of the elite to the rebellious experience of the above-mentioned population, the usual political chronology, or the traditional historical milestones, is of little or no use. The fact that some movement occurred during the Regency period does not amount to much (interpretation wise), especially in terms of historical understanding. But to search for the population's reasons within political issues specifically related to the absence of the first Emperor and the elite disputes that arose from 1831 to 1840 actually tends to diminish our ability to understand a variety of problems and events connected to the protests and upheavals that marked the aftermath of Independence and the decades that followed it.

Even when considering the poorer part of the population, forced either to fight under somebody else's orders, or going into battle to defend their own interests, it is paramount to stress the fact that taking part in those movements meant experiencing, over and over again, the possibility and the reality of bearing arms and protesting for the enforcement of some right or some social or political change. As we've seen, it was not unlikely that a person took part in more than one of those episodes, but even when they only had the chance to protest or fight in one rebellion, we should not dismiss the importance of the knowledge they got out of it. Knowledge that could be passed on to family members, friends, acquaintances and even their progeny.

This different approach enables us to more properly recover the population's accumulated experience in protests and rebellions and, by doing so, to overcome some hindrances that marked several sociological or historical researches. Researches in which the authors attempted to place different movements in an evolution based timeline that started in the *Ancien Regime* and progressed towards the full implementation of a bourgeois society. Such studies tend to explain the above-mentioned movements and protests as historical rehearsals bound to anticipate a future bigger process that should necessarily achieve society's revolutionary transformation. And, as their participants were unable to achieve that goal, or

properly prepare the path for that final revolution, those movements were usually labeled as incomplete or inconsistent actions[31].

A change of focus, possible only by bringing the popular participation to the front roll and eventually by placing it under a historical microscope, allows us to understand some of the so called contradictions (inside and amongst different movements), a necessary step in order to grasp more thoroughly the poor free and the freed peoples own experiences, expectations and decisions. That means understanding their protests, armed or not, as something other than actions motivated by the longing for a lost past or the undoing of new laws and social changes. As part of society and of the State building process, those men and women organized themselves and acted based on their own values but, at the same time, they did so by mobilizing new ideas, rights and forms of expression that had been surfacing since Independence, since the government was organized as a representative constitutional Monarchy.

Even if the so-called radicals that constituted the leadership of the Sabinada Rebellion advocated, amongst other things, «more autonomy for Bahia, within the Brazilian Empire», condemning the ruling of «aristocracy over society», and demanding «liberal reforms in the legal system» (what meant primarily legal equality for all free people); another group, that also played an important part during the outset of the protests, fought to revoke some recently passed laws that were meant to forward Brazilian society into the same perfect liberal order the lawmakers thought prevailed in the United Sates and Europe. In the 1830s, as historian Hendrik Kraay shows, army officials not only resented the lack of raises and promotions in the last decade, but also abominated the creation of the new National Guard. It was a hard blow from the Regency government, because together with the new Guard, were passed bills that diminished dramatically the number of army soldiers and officials and eradicated the long existing militias (official troops, from colonial era, that helped maintain order and fight foreign enemies)[32].

As the militia ceased to exist, many of its officials were incorporated into the National Guard, but without holding their patents (and the pay that came with it), becoming then just another private. Thus, amongst those who rebelled in 1837 and fought against aristocratic government and for legal equality for all people (free and freed), there was a large group of old militia officials (from no longer existing troops divided according to race, or better, skin color) that, besides the above mentioned demands, also rallied for the reinstatement of the Militias as they were a few years back, during the First Reign. Although at first glance the whole set of demands may seem contradictory, they actually arose from the rebels own interests, being nothing more, nothing less, than a fight for their rights as citizens.

---

31 L. B. PINHEIRO, 2011.
32 H. KRAAY, 2011, 263-294.

One particular rebellion stands out when we consider seemingly contradictory popular motives and demands, the so-called Guerra dos Cabanos or Cabanada. The only movement, during the Empire, that really congregated the poor free, the freed, the natives and even slaves, all fighting for the return of former Emperor Pedro I to the Throne. The rebels' main goal might be the reason why a more traditional historiography never paid the movement half the attention devoted to other so called Regency rebellions.

Vicente Ferreira de Paula, the Cabanada's greatest leader, condemned the Regency –the government of the «jacubinos» that waged war against him and his followers– and proclaimed that the rebels had taken up arms to safeguard the Holy Catholic Church, former Emperor Pedro I and his Dynasty. In his proclamations, or whenever he wrote to his allies or his foes, he signed «General Commander of the Army of His Imperial Majesty Pedro I» or «Commander of All Backwoods».

Vicente Ferreira de Paula's followers, the «Brazilian hicks» as he called them, were, thus, fighting for the return of Pedro I. As historian Marcus J. M. de Carvalho brilliantly shows, that goal must not be taken for empty words devised only to hide some obscure intention. «His speech in favor of Pedro I exemplify the backwoodsmen and women interpretation of the provincial government's recent acts, and the war the Regency was waging against them». Defending the first emperor meant safeguarding their lands, their way of life, and eventually their own existence.

According to Carvalho, when, in 1835, Vicente de Paula tried to negotiate an amnesty for him and his followers, he was actually trying to ensure the government's compliance with the fact that the rebels had rights. A deal that, for him, presupposed both the license for those Brazilian hicks to keep their arms and the assurance that rebelled slaves would be granted their freedom. His demands clearly show that the Cabanos aimed to be part of society, but only «as free men, with land to farm, with communal access to the surrounding forests and legally able to bear arms»[33].

By the end of the 1830s, in the northern province of Maranhão, the leader of the Balaiada Rebellion, a supposedly illiterate cattle herder, made it even clearer that the population desired to have their rights recognized and upheld by the State. At the center of the protests was a new provincial law that established the nomination of prefects[34] for each town, a new authority that was to be chosen by the provincial

[33] M. CARVALHO, 2011, 167-200.

[34] Usually the word «prefeito» is translated into English as Mayor. But in this case, as the new authority was not elected and had different assignments as nowadays Brazilian mayors or 19th century north-American mayors, I gathered best to use prefect, the word North-Americans used, back then, to refer to French *préfets*, authorities whose duties and responsibilities resemble the best the Brazilian «prefeitos».

president and not by the local electorate as the Justices of the Peace or the municipal counselors. Historiography attributes the beginning of the conflict to an action of the above mentioned cattle herder, Raimundo Gomes. Gomes stormed the jail of the town of Manga to release his men who, while herding his cattle, had been imprisoned by the newly appointed prefect. Once in jail they were supposed to be sent away to serve the army (against their will, of course). No wonder, then, Gomes started rallying for the suspension of the law and the dismissal of all new prefects. These new authorities were a real symbol of oppression as they were actually enforcing upon all poor men the tribute of blood, as they then called forced army enlistment. Besides that, one must not forget how badly prisoners were treated in the local jails, and afterwards in the barracks. According to Gomes, by doing that the prefects were scandalously acting against the country's Constitution[35].

In his proclamations Raimundo Gomes made it clear that «all we wanted was a strong Constitution», a statement that implied they were fighting for their «rights as citizens». Brazilians should only obey imperial or provincial laws that were in accordance to the Constitution, what meant repealing the law that established the prefects, their deputies and commissioners. For historian Matthias Assunção, Gomes and his followers took up arms to assure that the old Justices of the Peace (who were chosen by ballot) were reinstated and to force the government to treat all citizens equally, what implied following the letter of the 1824 Constitution.

Seventeen authors, in their contributions to *Revoltas, motins, revoluções,* although focusing on different political and social movements, ably demonstrate that rebels, rioters and dissenters in general, whether bearing arms or peacefully protesting against some new law, all held their own minds regarding their existing or expected rights, for instance their right to legal equality. Sometimes those rights were at stake due to new governmental laws and decrees, others by its opposite, by the disrespect to local, provincial or even imperial bills.

THE ALLURE OF ORDER

In order to take that debate a step further, historian Ivan de Andrade Vellasco's research proves to be of great help. In his books, *As Seduções da Ordem* (or freely translating «The Allure of Order»), the author states that «although as limited as it might have been, the possibility of equality under the law», or else the upholding of ones rights, was neither absent, nor insignificant in 19th century Brazil. By studying criminal actions and access to justice in one of the country's

[35] M. ASSUNÇÃO, 2011, 295-327.

provinces (Minas Gerais), Vellasco was able to put into question some old perspectives regarding the Judiciary power. One of the State's branches, the Judiciary was not a foreign arena to the majority of the population, including the lower strata of society. In opposition to some consolidated interpretations regarding the subject, the author shows that one should not consider judicial bureaucracy, actions and personnel as just a legal façade built to oppress the population and serve the interests of local overlords[36].

According to Vellasco's studies about judicial criminal actions, the creation of the Justices of the Peace, in 1827, fostered an amazing increase on the number of actions in the courts, especially those that started from a complaint brought by the population itself, or better, the Brazilian poor free and freed men and women. To acknowledge that does not mean that one should disregard how some of those recently created authorities used to behave towards the population in their jurisdictions. As historiography has duly recorded, many of them were typical local overlords, as many complaints filed back in the late 1820s and 1830s clearly show. Although that might be true, it is paramount to also recognize that in many distant parishes and districts all over the country those locally elected lay magistrates were the first governmental authorities ever to exist, and that was not necessarily bad.

Thus, if there was a significant rise in criminal procedure since they were instated, that means that the population willingly chose to take their grievances to the courts, and no longer solve them privately. That choice must be necessarily understood as a positive recognition of the State's interference or action. But one must dig a little deeper and try to comprehend the variety of meanings embedded in that quest for the courts. As Vellasco demonstrates, by taking their grievances to the local judge they were not necessarily expecting the culprit to be penanced or to receive some kind of compensation for the other's wrongdoings; going into court meant publicizing an otherwise private conflict, meant sending a message to their opponents that they were willing to face them in front of the authorities and, thus, legitimizing publicly their own situation.

This process of recognizing and adhering to, at least, one of the State's branches was only possible due to the Imperial government's own necessity to be accepted and obeyed by its citizens. In order to achieve that, the State had to be perceived by the population as a «legitimate arena with reasonably neutral and universally accepted procedures», an undertaking only viable through an impersonal normative discourse that intended to be universal[37].

---

[36] I. VELLASCO, 2004, 21, 25.

[37] Vellasco compares the number of complaints the population brought to justice to the quantity of actions derived from the authorities' initiative, showing the clear predominance of the first. Usually those complaints referred to everyday conflicts and are a testimony to the people's greater access to the judicial system. (I. VELLASCO, 2004, 112, 169, 180).

The quest for the courts, and thus for the State, was anything but constant, it meant overcoming all kinds of obstacles. But by doing so, by choosing to face adversities that came from engaging in a new order that was «secretive due to the imperviousness of its rules and language», besides, no doubt, the burdens of socio-economical pressures they were liable to, the Brazilian free poor men and women demonstrated that they were clearly aware of how the new powers worked and could work for their own benefit. They were interpreting, on their own way, what was Justice and what they could or should expect from the ones responsible for its enforcement[38].

The «allure of order», or better, the population's understanding that the State's judiciary could be sometimes shaped into a mediation sphere in which they could take part (to their own advantage), impels us to go further, to consider the possibility that such an experience was not limited to that State branch. The process of Independence had jumpstarted, as far as the literate elite was concerned, a changing in attitudes and expectations regarding what should be a public administration, but the «allure of order» tends to demonstrate that those changes might have also affected, to some degree, society's bottom strata[39].

One must bear in mind that experiences and expectations raised along the process of State building were radically different according to ones place in society, being, no doubt, much more inclusive to those who were qualified to occupy positions in the Imperial State's new bureaucracy or were eligible to be voted for the different levels of the Legislative power. But when considering the new State's Constitution and laws it is also necessary to remember that many of those new positions and seats could be occupied by people who, until then, had been left out. The Justices of the Peace, for instance, had a much smaller jurisdiction than former colonial Captains and even former township counselors, a distinction that allowed the local gentry to be elected to the courts. But the establishment of those new authorities had an even larger impact in society, because according to the law all parish voters were able to participate in the ballots, what meant that each one who was legally apt to vote (and they were not few) had a saying in the process.

POLITICAL CITIZENSHIP IN 19TH CENTURY BRAZIL

To fully grasp the meaning of the Justice's of the Peace election, it is paramount to recall two features of 19th century Imperial society. First, one must understand the scope of political citizenship according to the 1824 Constitution. The Charta determined that elections for the House and Senate were to be held in two

38 I. VELLASCO, 2004, 164-165.
39 Idem, 22.

rounds, in the first one all «voters» could participate, but the second one was restricted to those who were «electors». Voters chose the electors, who would then ballot the Imperial representatives and senators.

All male citizens, free of freed, older than 25 (or 21 if married or with a bachelor degree), with an annual income of a hundred thousand «réis» where eligible to be voters. To be an elector one had not only to have a higher income, two hundred thousand «réis», but also had to have been born free (freedmen were then excluded from the second round).

Although that was valid for the election of senators, House representatives and, later on, for representatives to the Provincial Assemblies, that was not the case when the population had to vote for Justices of the Peace and municipal counselors. As determined by an 1828 law, all voters had the right to choose directly those they wanted to occupy a seat in the municipal council or the parish magistracy.

Even if there was a minimum income required for one to vote, historiography has shown that the amount established in the Constitution was low enough to allow a significant number of man, free and freed, to take part in the ballots (at least in the first round, when electors were chosen, and in the elections of municipal counselors and Justices of the Peace). Even when a law passed, in 1846, doubling the minimum income required for one to be a voter, the amount was still very low due to the inflation that struck the country the past two decades, remaining practically unaltered the large participation of free and freedman in the ballots[40].

But, when considering political citizenship in the Empire, another factor must be also taken into account. Voters, as stated above, had also to choose the electors who would then cast their votes for the House, Senate and provincial Assemblies. Recent studies have shown that the population was constantly called on to participate in one of the many elections that took place every year. Municipal counselors had to be elected every four year, Justices of the Peace had a mandate of one year (although the elections were held every four years, with four names being chosen, each to hold the seat for one year), and provincial assemblies' representatives had a two-year mandate. House representatives were supposed to hold a seat for four years, but, as a parliamentary State, whenever the Cabinet lost the thrust of the House, the Emperor was allowed to either fire the ministers or dismiss the representatives and call for new elections. A seat in the Senate was for life, what meant that there were no regular elections for the higher chamber, but whenever a senator died or retired his constituents were called to choose his successor.

---

[40] M. O. DIAS, 1998, 68. José Murilo de Carvalho made an interesting comparison between Brazilian voters and electors and the percentage of citizens, from the United States and Europe, who were qualified to participate in the ballots. Brazil was not far bellow, rather the opposite. (J. M. CARVALHO, 2003).

Scholar Neila Nunes, in her research about elections in a region of the Rio de Janeiro province (the town of Campos de Goytacazes), duly demonstrates that in a period of 29 years (from 1870 to 1889) citizens had been called to vote almost every year. Actually, there weren't any elections only in three of those 29 years. But not only that, sometimes there was more than one election per year. For instance, in 1872 voters casted their ballots three different times, one for town counselors, another for Justices of the Peace and a third one to choose the electors. Those electors, that same year, not only voted for House and provincial Assembly representatives, but were also called twice to choose two new senators for the Rio de Janeiro province[41].

Although astounding, that does not sum up the electoral experience of voters in the Empire. Every time an election should occur, regardless of what was at stake (either a seat in the Municipal Council or in the Senate), all voters were called to appear before an electoral commission to prove they had the necessary requirements to participate in the ballots (a process called the «voters qualification»). Thus, according to Neila Nunes, considering it all, one must acknowledge «electoral events were a constant experience for Brazilian citizens along the Empire»[42].

No doubt, elections in Imperial Brazil suffered from the same problems that other countries with representative governments had. There were frequent accusations regarding tampering, frauds and all kinds of illegal interferences. Even though, one must not disregard the importance that choosing their representatives or magistrates had for the population allowed voting.

One specific riot illustrates perfectly that point, the already mentioned 1858 «Motim da carne sem osso, farinha sem caroço». It all started when Salvador's municipal counselors passed a bill to ensure the population's right to buy staples for a fair price, something that was not in accordance with the provincial president's ideas, whom, in turn, not only illegally suspended the bill but also had some of the counselors arrested. Their constituents then felt they had to stand for the counselors they had elected, defending them from the wrongdoings of the provincial president, what ultimately led them to start the riot.

---

41 The number of elections can be explained by a number of circumstances. Many municipalities or electoral districts had more than one election a year. Besides all that was mentioned above, there is another feature that also deserves some attention. Whenever citizens had to choose representatives for the House, the Provincial Assemblies or the Municipal Counsels they only voted for those who would actually occupy a seat. So, whenever one of them was incapable to take the seat, was appointed to a higher position, got seriously ill, died or was forced to resign his post, a special ballot took place just for the election of the one man who would replace him. (N. NUNES, 2003, 314-316).

42 N. NUNES, 2003, 316.

As historian João José Reis ably demonstrates, not only representatives felt they had a duty toward their constituents, but also the other way around. That riot is even more interesting if one considers who were the Municipal Counselor's voters. Salvador, in 1858, had a population of 90 thousand inhabitants at most, including women, children and slaves, and almost 30% of the total population had voted in the last election for the Municipal Council. That amounts then to almost all free or freed male inhabitants over 25 (or 21 if married)[43].

Based on original sources from the 19th century, recent studies show that menial jobs, as coachmen, house servants, cooks, gardeners and small croppers[44], granted annual incomes of 200 to 400 thousand *réis*. An amount that not only qualified them as voters, but also electors[45]. In her study of the Rio de Janeiro province, specifically the rural area of Campos de Goytacazes, Neila Nunes was able to uncover that small croppers, small ranchers and even some unskilled laborers accounted for 75% of all voters, many of them illiterate, as literacy was not a constitutional requirement for one to participate in the ballots[46].

Nunes studies cover the period of 1870 to 1889, but that reality was not new to Brazilian citizens. In mid 1840s, in a rural area of the province of Bahia, cattle herders, small croppers and all kinds of craftsmen (free and freed) were qualified to be voters and effectively took part in the ballots[47].

VOTERS, ELECTORS AND 19TH CENTURY MOVEMENTS

Considering all new studies about political participation in 19th century Brazil, it seems necessary to once more reconsider some characteristics regarding popular participation in all rebellions, riots and upheavals mentioned above.

Prison records, concerning the arrests made during and after the Cabanagem Rebellion in Pará, show that most of the rebels were not vagrant unemployed people, but rather men and women with an established residence and regular occupations. They were small croppers, soldiers, sailors, fishermen, carpenters, tailors and even shoemakers. That, as Luiz Balkar Pinheiro duly notices, forces historians to reappraise the traditional interpretation of the rebels as hordes of a miserable and disqualified rabble.

---

43 J. J. REIS, 2001.

44 To lack of a better word, I chose to translate «lavradores» as small croppers and not farmers in order to make it clearer that I am talking about people in the lower strata of society, and not owners of huge tracts of land.

45 M. DOLHNIKOFF, 2009, 44.

46 N. NUNES, 327-328, 330-331.

47 M. D. DANTAS, 2007, 61-64.

No doubt annual incomes varied from one region of the Empire to another, but considering the numbers amassed by Dolhnikoff, Nunes, Dantas and Reis it does not seem absurd to contemplate the possibility that a large number of the Cabanagem rebels were at least qualified voters. A hypothesis that one may also discuss when talking about the Farroupilha footmen (*peões*) and horsemen (*cavalarianos*)[48].

In the Sabinada Rebellion, the initial proclamation registered in the City Counsel's records show that not only army and ex-militia officials were engaged in the movement, but also public employees, artisans and craftsmen, as they all signed the above-mentioned document. Other sources also reveal their presence in the rebellion, as, for instance, prison records drafted after their imprisonment by the government, which include a significant number of carpenters and other craftsmen. Newspapers and pamphlets written by those opposed to the Rebellion clearly recommended that all those «masons, shipwrights and carpenters» should be imprisoned and forced «to clean the rubble left behind after the battles»[49].

The army and former militia officials' leadership and participation in the movement also deserve a closer look. As demonstrated by historian Hendrik Kraay, those ex-officials, massively non-white, once the militias were dismantled were incorporated into the new National Guard (though loosing their former patents and posts). In more important and larger provincial capitals –Rio de Janeiro, Salvador, Recife e São Luís– only those who fulfilled the requirements necessary to be an elector could join the newly created Guard. In the rest of the country, were they provincial capitals, cities or small towns, all voters could render service as guardsmen. Thus, a great part of the Sabinada rebels was composed not only by voters, but also electors with the right to cast their ballots for seats on the Senate, House and Provincial Assemblies.

In the Praieira Rebellion urban popular participation was even greater, as one of the movements main goals directly appealed to the inhabitants of Recife: the nationalization of retail shops and sales. As the provincial capital was the larger electoral college of Pernambuco, there voted craftsmen, clerks, militaries, public employees and everyone who earned 400 thousand réis or more a year, being thus qualified to cast their ballots not only as voters, but also as electors. They were the «proletários da praia» (the proletarians of the Praia party), as their enemy's newspapers, the conservative party, used to call them[50].

Taking into account that provincial capitals housed the largest electoral colleges, one could infer that participation in the ballots was an experience available to only few of those who lived in Brazil. But that was not actually the case, at

---

48 C. GUAZZELLI, 2011, 229-261.
49 H. KRAAY, 2011, 263-294.
50 M. CARVALHO and B. CÂMARA, 2011, 355-389.

least in the interior of the northern province of Maranhão. As historian Matthias Assunção demonstrates, the «bem-te-vis» (kiskabees, as the rebels from the Balaiada used to call themselves) not only recognized governmental representative institutions as the proper arenas for negotiation, but also considered taking part in elections a vital move to legitimize their demands. In the town of São Bernardo, the «general counsel», responsible for drafting a statement to be sent to the provincial president with the rebels demands, had been formed in accordance with the tradition of the Independence period town councils, gathering officials, armed rebels and citizens in general. As signed by «citizens» (what meant people who were constitutionally apt to vote), the rebels' statement was a legitimate form of demanding the authorities attention or response, «unfortunately ignored by those it was sent to»[51].

In that statement, and others alike written by kiskabees rebels from other towns, the signatories pledged their allegiance to the Empire and the Constitution, and demanded the suspension of the prefects' law and other bills they considered were in disagreement to the State's Charta. The experience of citizenship meant recognizing the validity of representative institutions, but, at the same time, opposing some laws they considered illegitimate or illegal; bills that were passed only to favor private interests and not to benefit the general population, or as the rebels' leader wrote, «the forces of Brazil».

Thus, accepting the interpretation of contemporary authorities, for whom the popular protests against, e. g., the census and civil registry decrees were horrific demonstrations bore out of the incapacity or misunderstanding of an «ignorant people», means loosing sight of the existing liaison between those protests and the population's expectations regarding the process of State building, one fundamental dimension of popular movements. To label, pure and simply, popular resistance against some new governmental law or ruling as a fight for the perpetuation of old practices and habits, or, even worse, as a result of their incapacity to understand inevitable innovations brought by the modernization of society, tends to overshadow an essential feature of such movements, the fact that to protest, peacefully or not, meant trying to take part and negotiate the State's future, and ones role within it. As historian Maria Luiza Oliveira ably demonstrates, that meant having an active role as a regular citizen.

SLAVERY, ILLEGAL ENSLAVEMENT AND CITIZENSHIP

In a country where slavery prevailed and the majority of the population was of African descent, citizenship was restricted to those who were publicly recog-

[51] M. ASSUNÇÃO, 2011, 295-327.

nized as free or freedmen. No wonder, records from some of the above-mentioned movements show the people's fear of illegal enslavement.

Although, in the Quebra-quilos Sedition men and women were mostly protesting against the decrees that enforced the new metrical system and imposed the «ground tax», they were also deeply concerned with the new military enlistment law. Regardless of what the authorities had conceived and stated as the real goals to be achieved with that new law, to the population of four different provinces the bill «intended to enslave the people's children»[52].

As absurd as that sounded for governmental authorities, as many historical records show –«the disclosure of the decree and its regulation have been causing great sensation amongst the ignorant people of this Parish, to whom the law ultimately aims to enslave poverty»–, the fear caused by the law was echoing a real terror of the free and freed man and women[53]. A fear that, despite particular circumstances specific to each movement, kept on haunting the Brazilian population until 1888, when slavery was officially abolished[54].

Enslavement was a concern even to Brazilian jurists and lawyers, as they had to deal, for instance, with cases regarding revoking one's manumission. As they properly remarked, returning someone back to the condition of a slave had a wider consequence than the loss of freedom, it meant also loosing all rights guaranteed by the Constitution to the country's citizens. «Thus, a revoked manumission meant not only re-enslaving someone, but also striping that person of all of his or hers rights as a citizen»[55].

No wonder, then, many protesters publicized their fear of (re)enslavement, something that was worth fighting against no matter what. And as historian Maria Luiza Oliveira states, they had real grounds to fear for their freedom. If the menace of illegal enslavement was already present during the Balaiada Rebellion, via forced enlistment or other illegal acts by the newly appointed prefects, after 1850, when the African slave trade was definitely abolished, the menace became even greater. Without the labor force that flowed from Africa and due to the growing coffee plantation economy in the southern provinces of Rio de Janeiro, Minas

---

52 L. M. LIMA, 2011, 449-483.

53 Even during the Liberal Revolt the idea of one's liberty being at stake was not absent from the general concern. As historian Erik Hörner explains, the government was convinced the rebels had abused the simple minded folks' fears, as they were told that the new law of the State Council and the reform of the Code of Criminal Procedure were meant to put an end to «public liberties». In the words of the Secretary of Justice, «many men (from the interior of the province, colored and ignorant) were told that they would be enslaved. And to those who had children, it was said that their progeny would be enlisted due to the reform of the Code». (E. HÖRNER, 2011, 329-354).

54 M. L. OLIVEIRA, 2001, 391-427.

55 K. GRINBERG, 2006, 118.

Gerais and São Paulo, thousands of slaves were sold by their northeastern owners to southern masters. Free and freed persons, due to their color or ancestry, were then at a greater risk of being mistaken for slaves.

Besides the perils caused by the internal slave trade, by the 1870s the population also became subject to several new laws and decrees that aimed to tame them, or better to make them more docile to the wills and pressures of landowners, former slave masters who were loosing their human properties either because they were selling them to the South, or because they were financially unable to buy somebody else's slaves (since prices had more than doubled after the African slave trade was abolished).

Rising against those perils, or better protesting in order to guarantee one's rights as a citizen was a common action in 19th century Brazil. Sometimes those protests meant championing the return of the former Emperor, or, as it happened more frequently, upholding liberal laws, practices and even ideas; liberal postulates and creeds that, since the beginning of the century, had been professed over and over by several members of the elite.

ELITE LIBERAL PROCLAMATIONS AND POPULAR PROTEST IN IMPERIAL BRAZIL

It is paramount, as said before, to acknowledge how the population in general interpreted the protests of those in disagreement with current situations, were they against the new laws approved by the conservative party in Maranhão, in the late 1830s, or contrary to the new provincial president appointed to Pernambuco by the Saquarema Cabinet, in 1848. Disputes and disagreements that always ended in the papers.

As historian Matthias Assunção shows, Raimundo Gomes' demands echoed those published in *O Bem Te Vi*, a newspaper owned by the liberal party in Maranhão's capital. In its pages, the liberal elite broadcasted their discontent with the new provincial president and the conservatives then in power, whom they blamed for the wrongdoings of the prefects (authorities created by the conservatives who held the majority of the seats in the Provincial Assembly). Even if *O Bem Te Vi* had a very reduced number of prints, nonetheless its influence and reach far surmounted the total of distributed copies, as, even in the interior of the province, they were «read out loud for a larger illiterate audience», as was the habit back then. As people read or listened to its contents, they grew more familiar with fundamental postulates of the liberal creed, such as the upholding of the Constitution and the importance of a representative monarchical form of government. Besides that, it also fostered old grievances –against, e. g., Portuguese man and woman whom they thought or were in fact in favor of an Absolute Regime– and enabled

reinterpretations, especially a more modern understanding of Christianity, which paralleled catholic practices and habits common amongst the lower strata of society. The liberal paper, then, served as an alert or an inspiration to Gomes and his followers, who proclaimed themselves custodians of the Catholic Church, Emperor Pedro II, the country's Constitution and, therefore, the citizens' Rights[56].

In the late 1830s, Bahian radicals also used the press to broadcast their demands and discontents. The editor of the *Novo Diário da Bahia* was no other than Francisco Sabino Álvares da Rocha Vieira himself, the great leader of the Sabinada (a rebellion named after him). In the province of Pernambuco, newspapers were equally important both in 1824 and 1848. As historian Bernardes states, one «cannot dismiss the existence of an overtly political press, whose influence should not be minimized». In Pernambuco alone, nine papers appeared in 1821-1822, and other 13 the next two years, among which Frei Caneca's *Typhis Pernambucano*. During the Praieira Rebellion, not only the *Novo Diário* played a crucial role –which location at the Rua da Praia gave name to the movement–, but also several other gazettes that had been circulating for years, especially some more radical ones edited by Borges da Fonseca[57].

Even if one could state that the press was more influential in urban areas, where distribution was easier, one must not forget its role in the late 1830s rebellion in Maranhão. The case of the *O Bem te vi* indicates that newspapers reached far beyond the literate population. The circulation of printed material enabled several strata of society to (re)interpret its contents; information, ideas and demands that seemed, a priori, very distant to the general population's reality. But that does not seem altogether true if one looks closely at one of the 19th century seditions. Protesters who were against the new census and civil registry decrees stated that those bills «aimed to enslave their children, because the British forbade the entrance of African people», and that the «South wanted to enslave the children of the North». Thus, not only were they aware that the African Slave Trade had been recently abolished, but also that southern masters were in fact buying slaves from northern provinces, establishing a new route of commerce that ended up in the forced migration of thousands of slaves to the coffee plantations.

POPULAR DEMANDS AND GOVERNMENTAL RESPONSES

Almost three decades after the protests against the census and civil registry decrees, the Emperor himself wrote a letter astounded with how the population

---

56 M. ASSUNÇÃO, 2011, 295-327.

57 H. KRAAY, 2001; M. CARVALHO and B. CÂMARA, 2011; D. BERNARDES, 2011b, 131-166.

was rising against a new tax on trolley rides (the Motim do Vintem, or «penny riot). According to him, «for almost forty years we did not need to use force against the people»[58]. He seemed to be echoing Justiniano José da Rocha's 1850s pamphlet, whose words, or interpretation, had since been repeated by many. One must question if the Emperor's words referred only to the city of Rio de Janeiro or to the entire country, and if so what he meant by use of force and what he conceived as a protest. After all, protests against laws were not new, they had been happening for the past decades.

May bee his astonishment was more related to where the Penny Riot took place, than to the fact that the population could rise against governmental rulings and that force was indeed used to control and disband them. Although the amount of force varied from one movement to another, one must look more closely at some similarities between the protests that happened in the second half of the 19th century. They all had as their starting points the population's discontent with some law or decree, even if other demands did appear along its course. Besides that, all these movements ended somewhat similarly, with their main goals being achieved, or else with the suspension of governmental rulings that affected people's lives and drove them to rise against them.

The «Ronco da Abelha» (or «Guerra dos Marimbondos») upheaval led to the suspension of the census and civil registry decrees. After the «Motim da Carne sem Osso, Farinha sem Caroço» city counselors were reinstated and the municipal ruling on staples was upheld. The «Quebra-quilos» protesters met their goals, as the «ground tax» was suspended and people kept on buying and selling using the old measures (as the government gave up on the metric system). Finally, the new tax on trolley rides was also dismissed.

By studying the 19th century movements in a sequence, two aspects call for one's attention. First, the fact that all movements up until the middle of the century were defeated, what means that the protesters did not reach their goals; a closure completely different from those that happened afterwards, when people's demands were successfully met. By acknowledging that we are not dismissing the fact that force and violence were used against protesters, what actually aggrandizes the victory achieved by those who engaged in the movements. Secondly, this linear overview presents another essential difference between protests that happened in the first or the second half of the century, and that relates to how district attorneys and judges perceived each movement, at least from a legal point of view.

---

[58] S. L. GRAHAM, 2011, 485-509.

FROM REBELLIONS TO SEDITIONS

Portuguese Ordinances and sparse rulings were still the law of the land when the 1817 Rebellion, the military attack to the community of the Serra do Rodeador and the 1824 Equator Confederacy happened. All the other mentioned movements, on the other hand, started after the Parliament approved the Criminal Code of the Brazilian Empire, in 1830 (a Code that kept valid until 1890).

According to judicial records, the Guerra dos Cabanos, the Cabanagem, the Farroupilha, the Balaiada, the Liberal Revolt, and the Praieira were all Rebellions, as defined by the 1830 Criminal Code[59]:

> Art. 110. If one or more townships, each comprehending more than twenty thousand inhabitants, gather to perpetrate one or more crimes mentioned in articles sixty eight, sixty nine, eighty five, eighty six, eighty seven, eighty eight, eighty nine, ninety one, and ninety two are guilty of Rebellion.
> Punishment –To the principals– Highest punishment: confinement for life at hard labor; medium punishment: confinement at hard labor for twenty years; lowest punishment: confinement at hard labor for ten years[60].

On the other hand, movements that took place in second half of the 19th century were generally ruled as crimes of Sedition:

> Art. 111. If more than twenty people, some or all carrying arms, gather to prevent a public employee, duly appointed and bearing a legitimate title, to take his seat; or to deprave him of his legal duties; or to prevent the enforcement

---

[59] In order to properly translate Brazilian Imperial legislation into English, I chose not to use present day vocabulary, but rather the language of 19th century North-American sources. Another clarification must be made; the preference for the phrasings and words of North-American laws and other criminal documents and not from Britain's has a very distinctive motive. As I have written about in other papers and books, the Brazilian Criminal Code and the Code of Criminal Procedure were deeply influenced by Edward Livingston's writings on Criminal law, a much deeper influence than any that could have come from original British sources.

[60] «Art. 68 - To act directly, or by facts, to destroy the Independence or the integrity of the Empire [...]. Art. 69 - To incite directly, or by facts, any foreign nation to wage war against the Empire [...]. Art. 85 - To act directly, or by facts, to destroy the Political Constitution of the Empire, or its form of government [...]. Art. 86 - To act directly, or by facts, to destroy one or some of the articles of the Constitution [...]. Art. 87 - To act directly, or by facts, to disenthrone the Emperor; depriving him partially or totally of his constitutional authority; altering the order of succession [...]. Art. 88 - To act directly, or by facts, to concoct a false justification regarding the Emperor's physical or moral unfitness [...]. Art. 89 - To act directly, or by facts, against the Regency or the Regent, in order to deprive him partially or totally of his constitutional authority[...] Art. 91 - To oppose directly, or by facts, the duly execution of decrees calling the General Assembly to convey [...]. Art. 92 - To oppose directly, or by facts, the reunion of the General Assembly.» («Código» 1876: 151-159).

> and abidance of any act or legal order by a legitimate authority, they are guilty of the crime of Sedition.
> Punishment –To the principals– confinement at hard labor from three to twelve years.
> Art 112. It is not a crime of sedition if an unarmed party gathers in order to protest against injustice, aggravations and wrongdoings by public employees[61].

Sedition referred then to the gathering of a minimum of twenty people (without apparently a maximum) that aimed only to prevent a public authority to exercise his powers (whether to prevent him from taking his seat or to enforce legal actions)[62]. Sometimes local authorities did not seem to agree with the letter of the Code or tended to exaggerate the scope of the movement. As the deputy sheriff of the town of Buique, in the province of Pernambuco, wrote about the 1851-1852 protests against the census and civil registry decrees: «this sedition is becoming very serious […], it is starting to look like a rebellion»[63].

Thus, taking into account the scope of some movements one might speculate that either judges and other judicial personnel really decided, or were forced, to follow the law, or that after 1850 it was no longer interesting for Imperial authorities to publicly acknowledge that the country was still experiencing rebellions, especially if one considers the traditional accounts of the Second Reign as a period of peace and tranquility, as contemporaries back then already used to affirm.

But let us evoke once more the words of the deputy sheriff from Buique, as they might shed a light on the historical process of 19th century social-political movements. If 1830s and 1840s upheavals were officially considered rebellions, and their participants labeled as rebels, the ones that happened afterwards were usually classified as seditions. Even if government repression varied from one to another, that transformation is consistent not only with political changes related to the country's own process of State building, but also to innovations regarding how the free and freed population used to behave, concerning the government and its acts, and foremost their expectations towards Brazilian politics.

To further that discussion, or better that hypothesis, it seems valuable to categorize each movement in terms of its participants. In four of them, the general population fought under the guidance and orders of elite members, who had been at the center of the movement's deflagration; that was the case of the 1817 Rebellion, the Equator Confederacy, the Farroupilha and the Liberal Revolt. Other five uprisings started as squabbles between local or provincial elites, who initially had

---

61 «CÓDIGO» 1876, 158.

62 A more detailed discussion on the Criminal Code's articles on each different crime is provided in the Introduction to the book *Revoltas, Motins, Revoluções*. M. D. DANTAS, 2011b.

63 M. L. OLIVEIRA, 2011.

some control over those who were fighting for them, but that lost that upper hand and eventually all control, what turned those movements into popular ones, with the general populations making their own demands; as happened in the Cabano's War, the Cabanagem, the Sabinada, the Balaiada, and the Praieira. Finally, there were upheavals and protests in which the free and freed people were from the beginning its mains actors and leaders, such as the Ronco da Abelha, the Motim da Carane sem Osso, Farinha sem Caroço, the Quebra-quilos and the Penny Riot.

Even if this transition –from movements organized and led by the elites (with the population acting in accordance to the upper classes' orders and leadership) to overtly popular seditions– may not be interpreted as a linear transformation that happened in the whole country at the same time, one can not doubt that there is a common ground that enables us to better understand that transition, although always bearing in mind that the movement from elite rebellions to popular seditions had different chronologies in each part of the country.

By acknowledging that common ground I do not intend to foster any kind of interpretation that creates a direct link between those movements, as if one was the necessary cause or consequence of the other. My aim is to demonstrate the importance of the population's experience of political maneuvering and protest, something they had been learning as the time passed, as they were part of the State building process. By doing so, it is possible to hypothesize that disputes amongst the elites (be they of regional or provincial impact) –whom, of course, had to rely on the population to literally fight their battles– were responsible for spreading the liberal creed all over the country and opening a path for new experiences (experiences of protests and demands), in such a way that the poor free and the freed people were able to form their own ideas of rights, «of citizens rights» (as stated by Raimundo Gomes, the leader of the Balaiada rebellion).

Even if that citizenship was not the same the elites were fighting for and even if the people's experience of rights are many times elusive and difficult for the historian to acknowledge, their protests, demands and expectations should never be misconstrued as demands or longings for a time's past, for the old world that laid behind. A world, in fact, in which it would make no sense to talk about citizen's rights.

BIBLIOGRAPHY:

Assunção, M. (1993). *Pflanzer, Sklaven und Kleinbauern in der brasilianischen Provinz Maranhão, 1800-1850.* Frankfurt: Vervuert.

Assunção, M. R. (2011) «'Sustentar a Constituição e a Santa Religião Católica, amar a Pátria e o Imperador'. Liberalismo popular e o ideário da Balaiada no Maranhão». In: Dantas, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 295-327.

BERNARDES, D. (2011a) «1817». In: DANTAS, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 69-95.

BERNARDES, D. (2011b) «A *gente ínfima do povo* e *outras gentes* na Confederação do Equador». In: DANTAS, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda:131-166.

CARVALHO, J. M. (1996). «Cidadania: tipos e percursos». *Estudos Históricos.* Volume 18.

CARVALHO , J. M. (2003). *Cidadania no Brasil: o longo caminho.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

CARVALHO , M. J. M. (2005). «Negros armados por brancos e suas independências». In: JANCSÓ, I. (ed.). *Independência: história e historiografia.* São Paulo: Hucitec/ FAPESP: 881-914.

CARVALHO , M. J. M. (2011) «Um exército de índios, quilombolas e senhores de engenho contra os 'jacubinos': a Cabanada, 1832-1835». In: DANTAS, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 167-200.

CARVALHO , M. J. M. (1989). *Hegemony and Rebellion in Pernambuco (Brazil)*, 1821-1835. Ph.D. Dissertation, University of Illinois/ Urbana-Champaign.

CARVALHO , M. J. M., e CÂMARA, B. D. (2011). «A Rebelião Praieira». In: DANTAS, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 355-389.

«CÓDIGO Criminal do Império do Brazil». *Collecção das Leis do Império do Brazil de 1830*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional: 1876.

DANTAS, M. D. (2006). «Crônica de um debate». *Revista Eletrônica Almanack Braziliense.*Vol. 3.

DANTAS, M. D. (2011a). «Epílogo. Homens livres pobres e libertos e o aprendizado da política no Império». In: *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 511-563.

DANTAS, M. D. (2011b). «Introdução. Revoltas, motins, revoluções: das Ordenações ao Código Criminal». In: *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 7-67.

DANTAS, M. D. (2007). *Fronteiras movediças: a comarca de Itapicuru e a formação do arraial de Canudos.* São Paulo: Hucitec/ FAPESP.

DIAS, M. O. L. S. (1998). «Sociabilidades sem história: votantes pobres no Império, 1824-1881». In: FREITAS, M. C. (ed.), *Historiografia brasileira em perspectiva*. São Paulo: Contexto.

DOLHNIKOFF, M. (2009). «Representação na monarquia brasileira». *Revista Eletrônica Almanack Braziliense.* Vol. 9.

GRAHAM, S. L. (2011). «O Motim do Vintém e a cultura política no Rio de Janeiro, 1880». In: DANTAS, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 485-509.

GRAHAM, S. L. (1980). «The Vintem Riot and Political Culture: Rio de Janeiro, 1880». *Hispanic American Historical Review*. Volume 60(3).

GRINBERG, K. (2006). «Reescravização, direitos e justiças no Brasil». En: LARA, S. H. e MENDONÇA, J. M. N. (ed.). *Direitos e justiças no Brasil.* Campinas: Ed. da Unicamp.

Guazzelli, C. A. B. (2011). «Libertos, gaúchos, peões livres e a Guerra dos Farrapos». In: Dantas, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 229-261.

Hörner, E. (2011). «Cidadania e insatisfação armada: a 'Revolução Liberal' de 1842 em São Paulo e Minas Gerais». In: Dantas, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 329-354.

Kraay, H. (2011). «'Tão assustadora quanto inesperada': A Sabinada baiana, 1837-1838». In: Dantas, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 263-294.

Kraay , H. (1995). *Soldiers, Officers, and Society: The Army in Bahia, Brazil, 1808-1889.* Ph.D. Dissertation, University of Texas/ Austin.

Levasseur, É. (dir.) (1989). *Le Brésil (Extrait de la Grande Encyclopédie)*. Paris: H. Lamirault et Cie Editéurs.

Lima, L. M. (2011). «Quebra-quilos: uma revolta popular na periferia do Império». In: Dantas, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 449-483.

Magalhães, D. J. G. (1989). «Memória histórica e documentada da revolução da província do Maranhão desde 1839 até 1840». *Revista Novos Estudos CEBRAP*. Volume 23.

Monteiro, H. M. (1980). *Crise agrária e luta de classes: o nordeste brasileiro entre 1850 e 1889.* Brasília: Horizonte.

Morton, F. W. O. (1974). *The conservative revolution of independence: economy, society and politics in Bahia, 1790-1840*. Ph.D. Dissertation, Oxford University.

Mossé, B. (s/d). *Dom Pedro II. Imperador do Brasil*. Xªed. São Paulo: Edições Cultura Brasileira.

Motta, M. M. M. (1998). *Nas fronteiras do poder: conflito e direito à terra no Brasil do século XIX.* Xª ed. Rio de Janeiro: Vício de Leitura/ Arquivo Público do estado do Rio de Janeiro.

Nunes, N. F. M. (2003). «A experiência eleitoral em Campos dos Goytacazes (1870-1889): freqüência eleitoral e perfil da população votante». *DADOS – Revistas de Ciências Sociais*. Volume 46.

Oliveira, M. L. F. (2011). «Resistência popular contra o Decreto 798 ou a 'lei do cativeiro': Pernambuco, Paraíba, Alagoas, Sergipe, Ceará, 1851-1852». In: Dantas, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 391-427.

Palacios, G. (1989). «A 'Guerra dos Marimbondos': uma revolta camponesa no Brasil escravista (Pernambuco, 1851-1852)». Rio de Janeiro: CPDA/UFRRJ [reeditado na *Revista Eletrônica Almanack Braziliense* (2006). Vol. 3.

Palacios , G. (2011). «Uma nova expedição ao Reino da Pedra Encantada do Rodeador: Pernambuco, 1820». In: Dantas, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 97-129.

Parron, T. P. (ed.) (2012). *«De uma história politizada a uma história política: o que um panfleto nos revela sobre a construção do Estado imperial?».* In: Rocha, J. J.. *Ação; reação; transação e seus textos*. São Paulo: Hucitec.

PINHEIRO, L. B. S. P. (2011). «Cabanagem: percursos históricos e historiográficos». In: DANTAS, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 201-231.

PINHO, W. (1985). «A Bahia, 1808-1856». In: HOLANDA, S. B. (ed.). *História Geral da Civilização Brasileira*, tomo II, v. 2. 6ª ed. São Paulo: DIFEL.

PRADO Jr., C. (1986). *Evolução Política do Brasil. Colônia e Império.* 15ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense.

REIS, J. J. e AGUIAR, M. G. D. (1996). «'Carne sem osso e farinha sem caroço': o motim de 1858 contra a carestia na Bahia». *Revista de História.* Vol. 135.

REIS, J. J. (2003). *Rebelião escrava no Brasil: a história do levante dos Malês em 1835*. 2ª ed. edição revista e ampliada. São Paulo: Companhia das Letras.

REIS, J. J. (2011). «Quem manda em Salvador? Governo local e conflito social na greve de 1857 e no protesto de 1858 na Bahia». In: DANTAS, M. D. (ed.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX.* São Paulo: Alameda: 429-448.

ROCHA, J. J. (1956). «Ação, reação, transação». In: MAGALHÃES Jr., R.. *Três panfletários do segundo reinado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional.

SANTA-ANNA NERY, M. F. J. D. (dir.) (1889). *Le Brésil en 1889.* Paris: Librairie Charles Delagrave.

QUINTAS, A. (1985). «O Nordeste, 1825-1850». In: HOLANDA, S. B. (ed.). *História Geral da Civilização Brasileira,* tomo II, v. 2. 6ª ed. São Paulo: DIFE.

VELLASCO, I. A. (2004). *As seduções da ordem: violência, criminalidade e administração da justiça – Minas Gerais, século 19*.. Bauru/ São Paulo: EDUSC/ ANPOCS.

Ivs Fvgit, 18, 2015, pp. 125-139
ISSN: 1132-8975

POLISHING THE PAST? THE MEMORIES OF DEPORTATION AND THE HOLOCAUST IN SPANISH LAW AND SOCIETY*

Alfons Aragoneses
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

INTRODUCTION: THE HOLOCAUST AS «COSMOPOLITAN MEMORY» AND SPAIN

Collective remembrance plays a crucial role in building national identities. Societies define themselves by referring to the past too. As a social system, Law makes also references to the past and influences collective identity: Legislators try to build the future by actualizing the past[1]. Today, the Shoah is present in legal discourses in Western countries, as well as in Spain. The following pages analyze the actualization of the Holocaust in legal and political discourses in Spain over the last few years.

The process of updating the Holocaust narrative is an important part of the process of building collective memory and national identity of many Western countries. As Israeli scholars Daniel Levy and Natan Sznaider showed in 2008, the Holocaust has become a cornerstone of the so-called cosmopolitan memory[2]. Countries and cultural collectives across Europe, their former colonies, and far beyond include references to the Holocaust in their modern identity.

---

* This is a written version of a presentation at the conference History, Memory and European Identity held in Maastricht in June 2014 and organized by Eugen Pfister and Aline Sierp. The text was revised by Mr. Bradley Hayes. I thank Maite Ojeda and Maria Vila for reading and correcting the text. The text is part of the project of the Ministry of Science and Technology of Spain, DER2010-21986-C02-02 / JURI.

1 GIORDANO, 1996.

2 N. SZNAIDER, 2002.

Every national or cultural collective has developed a particular relationship to this historical episode. Levy and Sznaider pointed out how profoundly the memory of the Holocaust defines some national identities, such as those of Germany and of the United States, not to mention Israel[3]. Yet the memory of the Shoah also plays an important role in other countries such as Poland, France, and Italy.

These two scholars identified different stages in the construction of this global awareness of the Holocaust. Immediately after World War II, victims were ignored and, as described by the writer and survivor Ruth Klüger, even asked to forget their past[4]. The explanation offered is that, in the aftermath of such destruction, the Allies felt the need to pay tribute to the fighters and liberators and to build a heroic discourse while rebuilding Europe[5]. According to Enzo Traverso the Holocaust had a marginal place in culture: the dominant attitude was silence[6].

This situation started to change in the 1960s, when attention increasingly focused on the victims of the war, including Jews. Undoubtedly, the fact that, after a lapse of twenty years, more survivors started writing about their experiences played an important role in this change, the Eichmann case, and the generational change cannot be understated. Around the same time, growing interest in, or even, according to Samuel Moyn[7] [The Last Utopia], the birth of the human rights movement, enabled many countries to confront the violations that had occurred in their recent past. Then, in the 1990s, another episode changed the way the Holocaust was remembered. As Stokholm Banke observed, «what happened in Ex-Yugoslavia during the 1990's was nevertheless the beginning of a Europeanization of the Holocaust, both as history and as moral guidepost»[8].

The political and pedagogical implications of the Holocaust have also helped in the construction of a moral imperative in today's globalized world, as Alejandro Baer has recently pointed out[9]. In recent years, the most recent phase in this process has become evident, that of the conversion of the memory of the Holocaust into a global phenomenon, thanks to, among other factors, the Hollywood film industry, economic and political union in Europe, and the importance of human rights discourse in international relations. The Holocaust and in general the deportation to the Nazi camps have now become part of the memory of most European countries. More recently, much effort has been devoted to the building of a new legitimizing discourse, especially since the economic crisis of 2008 and the legitimacy crisis it entailed for the European Union[10].

---

3 Op cit.
4 R. KLÜGER, 1994.
5 A. ASSMAN, 2006, 17.
6 E. TRAVERSO, 2001, 17.
7 S. MOYN, 2012.
8 C. STOKHOLM BANKE, 2009.
9 A. BAER, 2011, 95.
10 Vid. FEINDT et alii, 2014, 11.

The role of Holocaust remembrance in this process of identity-building is problematic for countries that did not directly experience the Holocaust, of which Spain is one. A few years ago, Alejandro Baer wrote that «[m]ultiple discourses on the Holocaust emerge in different contexts in today's Spain. They are influenced by broader transnational trends, but they also incorporate and reflect national and local specificities»[11]. There is a clear desire on the part of the Spanish Government to participate in this global culture and to integrate Spain in this emerging European culture of remembrance. This interest explains the ways in which the Spanish State institutions have sought to commemorate the Holocaust, to inscribe the history of the Spanish Righteous among the Nations, and the recent Bill for the naturalization of Sephardic Jews.

As part of this effort, however, the Spanish Government proposes a version of history between 1936 and 1945 that obscures both the Nazi and fascist participation in the Civil War and Franco's support of Hitler during World War II and his complicity in the deportation of Spanish Jews and Republicans to Nazi camps.

The different, conflicting memories in Spain involving its Civil War, World War II and deportations to Nazi camps together form the object of this article, along with certain particularities of modern Spanish collective identity that is democratic yet not as antifascist as the French, the Italian or the German identities. I will explain how the official history of the Spanish Civil War conceals its European dimension and how the official history of WWII conceals its Spanish dimension.

SPAIN'S «OFFICIAL» REMEMBRANCE OF WWII AND THE CIVIL WAR

We cannot analyze the Spanish memory of the Holocaust without first understanding the political and social reconstruction of what happened in Spain and Europe between 1936 and 1945 and the Spanish historiographical narrative concerning this period. In this sense, we should speak of memories in the plural rather than memory in the singular, even if the official history of the Franco dictatorship still retains a hegemonic position.

Spain was in the midst of a democratic process that began with the elections in 1931 that inaugurated the Second Republic[12]. In this interval the Spanish State had recognized women's rights, the separation of Church and State and the collective rights of the territorial minorities. At the international level, Spain had committed to the League of Nations and the Zionist project. The Azaña Government facilitated the nationalization of Sephardic Jews but kept a strict immigration

[11] A. BAER, 2011, 95.
[12] J. CASANOVA, 2014,147.

policy[13]. The Republic was not peaceful and instability and social and political unrest were common. After the «pronunciamiento» in July 1936, the Spanish Republic collapsed.

In 1936, a coalition of members of the Army, Falangists and traditionalists attempted to overthrow the democratic regime, and subsequently started the Civil War. The rebels had the support of Nazi Germany and Fascist Italy. The German and Italian air forces used the occasion to test their new machines of war by bombing cities such as Guernica and Barcelona, killing nearly 1500 people in Barcelona alone[14]. On the democratic Republican side, thousands joined the International Brigades, a third of whom were of Jewish origin, to fight against fascism[15]. Significantly, the Soviet Union benefited from the failure of the Western democratic powers to act by intervening in the fight, albeit to combat fascists, anarchist and Trotskyite factions.

The Civil War ended in 1939 with the victory of Francisco Franco. In September of that year, World War II began and Spain, although not formally entering the war, provided material support to Germany until 1943, when, after Nazi defeats on the eastern front, Franco sought the support of the Allies.

The role played by Spain as «non-belligerent» or «neutral» country has long been discussed, largely based on diplomatic documents. This discussion, however, masks Spain's actual involvement in WWII and supporting National Socialism in Europe. Baer has pointed out that Spain played «both sides of the fence»[16]. Franco's Spain was a *de forma* or *de facto* ally of National Socialism from 1936 on and collaborated, starting in 1939, in the deportation of Spanish and non-Spanish citizens to Nazi concentration camps.

From 1939 to 1960, the Spanish Institutions, promoted a discourse equating the Civil War with a «crusade». Franco's authorities presented the three-year war that followed the failed «coup d'etat» as a war of liberation between the Spanish Nation and «Anti-Spain» –socialists, leftists and defenders of national minority rights inside Spain. According to Franco's propaganda, Spain had lost its independence during the Second Republic to a «Russian-Jewish», «Jewish-Masonic» or «Jewish-Communist» conspiracy. For more than 20 years, the State institutions annually commemorated the «Nationalist Uprising», the «Crusade» and the «Victory» over this conspiracy[17].

The narrative began to change in the early 1960s. The fact that Spain needed to end its isolation became urgent, and economic elites realized that future pros-

---

13 D. ROZENBERG, 2010, 140.
14 DOMÈNECH, 2007.
15 M. SUGARMAN, 2012.
16 A. BAER, 2011.
17 J. CASANOVA, 2014.

perity depended on integration into the European Community. Legitimacy of origin gave way to legitimacy of performance, elaborated politically by politicians and academics such as Manuel Fraga Iribarne, university professor, Minister under Franco, and also one of the «fathers» of the 1978 Spanish Constitution[18]. The political and legal façade thus had to change, and with it the social and political reconstruction of the past.

That is why, for example, «Victory Day» became «Peace Dayin» 1964. To operate the change, the Government deployed through the Ministry of Information and Tourism different political campaigns: one, a powerful propaganda campaign, «25 Years of Peace» (*XXV Años de Paz*); the other, one whose political content was not apparent: «Spain is Different». The idea behind this campaign was that Spain was different from the rest of Europe. It was «the spiritual reserve of the West,» «the only victor over communism in the battlefield,» and that Spain was following its own way to a representative regime and a Rule of Law State[19]. Campaign was directed by Minister Fraga Iribarne and produced documentaries, books and propaganda documents. It was very successful in spreading the idea of normality of the Spanish Regime. The documentary «Franco ese hombre»[20] and the book *Pensamiento politico de Franco*[21] are very good example of the new discourses in the sixties which have been analyzed by Federico Fernández-Crehuet[22].

What Spain had experienced between 1936 and 1939 was, according to the new official discourse, a «war between brothers,» a war that had taken place as a consequence of the opposition between «two Spains». The war, in this discourse, had nothing to do with the dominant political and social currents of the European Continent.

This official version of Spain's Civil War concealed the German Nazi and Italian Fascist participation. The Spanish war was presented as the fourth civil war in Spain's modern history, but not as part of European history. In truth, as mentioned above, the Civil War is now largely considered the preface to WWII. The official discourse, however, minimized the foreign intervention on its behalf and emphasized the involvement of the Soviet Union on the Republican side to legitimatize Franco's anti-communist crusade.

Something similar happened with the political discourse about World War II: according to the official discourse, the war was a European conflict in which Spain was neutral. This version of WWII was already formulated by 1944, as Nazism and Fascism neared defeat. Franco appointed a foreign minister with the right profile for rapprochement with the Allies and hid the most totalitarian ele-

---

18 M. FRAGA IRIBARNE, 1965.
19 M. FRAGA IRIBARNE, 1965; F. FRANCO, 1964.
20 J. L. SÁENZ DE HEREDIA, 1964, («Franco ese Hombre»).
21 F. FRANCO, 1964.
22 F. FERNÁNDEZ-CREHUET, 2009, 171.

ments of his administration, as well as the Spanish support to the German war industry, the participation of thousands of soldiers on the eastern front in the Soviet Union and the complicit deportation of Jews and Republicans to the Nazi camps. At the same time, the Spanish government tried to erase the memory of Spanish Republicans' participation in the French Resistance. When Paris was liberated by French and Spanish troops, the Spanish (Franco) government managed, through adept maneuvering, to prevent the presence of the Spanish Republican flag at the celebration of the liberation.

FRANCO AND THE DEPORTATION OF SPANISH REPUBLICANS AND SPANISH JEWS

Here I would like to examine Spain's participation in the deportation of Jews and Republicans to the Nazi camps and the discourse the Spanish institutions constructed after 1945. According to the Catalan government's database of Spanish deportees, more than 9500 Republican Spaniards were deported, mostly from France, to the *Stalag* between 1940 and 1944[23]. They were members of the French Resistance or soldiers in the French Free Army. German authorities asked the Spanish government about the treatment these prisoners were to receive, for they were citizens of Spain, an ally. Yet they were Reds and therefore enemies of the Reich. The Spanish Government, according to Archive documents, gave the response to the German Ministry of Foreign Affairs in August 1940: they were to be treated as Reds, not Spaniards. This was the information the Germans needed to begin deporting them to the camps[24]. More than 60% of them died according to the Database of the Spanish deportees to the Nazi camps of the Democratic Memorial of Catalonia[25]. The survivors had no government to protect them after the liberation. Most decided to remain in France or to emigrate to America. Only a few returned to Spain, where they had to hide their past: as Reds, and therefore enemies of Franco, but also, furthermore, because they were living evidence of Spanish cooperation with Hitler.

The Spanish authorities, moreover, also collaborated in the deportation of Jews, with or without Spanish citizenship, to Nazi camps. Thousands of European Jews escaped the Nazis by crossing the French Spanish border, sometimes illegally over the Pyrenees following what have been called «freedom trails»[26]. The Spanish

---

[23] Database of the Spanish Deportees to the Nazi Camp of the Democratic Memorial of Catalonia. www.memorialdemocratic.gencat.cat.
[24] D.W. PIKE, 2003, 42.
[25] www.memorialdemocratic.gencat.cat
[26] J. CALVET, 2008, 64.

police and Guardia Civil (the national militarized police force) turned many Jews escaping France through the Pyrenees over to the French or German authorities[27].

Spain also cooperated, actively and passively, in the deportation of Spanish Jews who lived all across Europe, especially in the Balkans. Sephardic Jews with Spanish citizenship asked the Spanish diplomats for protection, as the Germans allowed neutral countries to repatriate their Jewish nationals. Although denied in the Spanish propaganda, official documents of the Spanish foreign affairs ministry reveal Spain's responsibility for their deportation. The Spanish government ordered its diplomats not to assist these Spaniards because, even if they were formally Spanish citizens, according to Foreign Policy Director José María Dousssinague from January the 18th 1943 these Spanish Jews could not be «likened [«*equiparados*»] to Spaniards from Spain, who had Spanish parents and lived in the athmosphere [«*ambiente*»] and in the spirit of Spain»[28].

The number of Spanish Jews who were deported is unknown. We only know the names of 400 Jews who were saved at the last minute in 1944, when Spain changed its policy. The war was almost over and Spanish diplomats had begun preparing for its aftermath. They responded to demands of British and American diplomats by seeking the repatriation of the Spanish Jews. Most had been sent to the «work camps in Poland» months before. The Spanish government also changed the instructions sent to the diplomats, allowing and encouraging them to save Jews, just to please the American authorities in a moment where it was clear who was losing the war. It was political opportunism more than heroic humanitarianism[29]. A group of 400 Spanish Jews from Thessaloniki was rescued at the last moment. They had been deported to Bergen-Belsen and not to Auschwitz. Bergen Belsen was a camp for PoW and for Jews of allied and neutral countries. The Spanish Government asked in 1944 for their repatriation and they were sent from Bergen-Belsen to Portbou, at the Spanish-French border[30].

We do not know how many Spanish Jews were deported to the death camps from France, the Balkans and other countries. In the database of Yad Vashem their names can be found but no reference to Spanish nationality is usually given: survivors and relatives most likely failed to mention it because Spanish citizenship had been of no use.

Despite Spain's responsibility for the deportation of Jews to Nazi camps, despite the fact that Spain was the only «neutral» country that did not repatriate

---

27 Idem.

28 Archives of the Spanish Ministry of Foreign Affairs. AMAE 1546/8/1/43, 14.

29 S. MARIMON, 2011.

30 The names of these Spanish Jews are in a document from February 5th 1944 at the Archivo Histórico Nacional. Fondos Contemporáneos. Expedientes policiales, H657. They have been incorporated to the Database of the Democratic Memorial of Catalonia.

its Jewish citizens from Athens and Saloniki, and despite its history of delivering fleeing Jews to German authorities, Spain managed to construct a narrative which has largely enjoyed success to this very day[31]. Immediately after the war, the Franco regime maneuvered to present its final hour demands to the German authorities and the individual heroism of certain diplomats as representative of the Franco regime's policy towards Jews during the Holocaust. The information services put out a book, *Spain and the Jews*, detailing this version of Spanish participation in saving Jews from the Holocaust[32]. The book was distributed in the United Kingdom and the United States in an attempt to win the votes of these two countries for Spain's entry into the United Nations.

SPAIN: BUILDING A NEW IDENTITY BY GLOSSING ITS ROLE IN THE HOLOCAUST

It is interesting that the product of this political propaganda effort still remains the official historical account in Spain. And it is even more interesting to see that the deportation of Spanish Republicans to the Nazi camps by the Nazis still remains absent from the official Spanish memory. During Spain's transition to democracy, political prisoners were released and the Republican survivors of the camps were able to organize to seek their rights. Yet the Spanish government did not grant them any official reparation, economic or symbolic. As Rafael Escudero has observed[33], a pact of silence was made in 1978: for the sake of democracy, the victims were obliged to forget their grievances. There was neither reparation nor justice for the victims of the Franco dictatorship, and no recognition for the victims of Nazism. Nor did the Spanish Governments modify its narratives of deportation, of its involvement in WWII, or of the nature of the Civil War.

Around the year 2000, however, two important phenomena occurred. The first phenomenon consisted of what Margalida Capellà has called «the grandchildren's revolt»[34]. A new generation of Spaniards, together with the older ones, started demanding justice, reparation and truth by forming associations, usually at the local or regional level. The second phenomenon involved the popular reception of the new «commercial» memory of the Holocaust through films and novels.

---

[31] AVNI, 1982; MARQUINA and OSPINA, 1987; A. ARAGONESES, 2011; MARTÍN DE POZUELO, 2012.

[32] Spain, Bureau d'Information Diplomatique 1949, Spanish Embassy in Washington 1949 quoted by Avni 1982, 179.

[33] R. ESCUDERO, 2014.

[34] M. CAPELLÀ, 2008.

The grandchildren's revolt placed pressure on the government and the parliament. This pressure led to the beginning of the public commemoration of January 27 in Spain, the visit of President Zapatero to Mauthausen in 2005 and the law known as the «Spanish Historical Memory Law»[35]. This norm was passed by the Spanish Parliament on the 31st of October 2007 in a moment of high political tension.

This Law did not satisfy the victims' demands. It did not establish any criminal procedures or truth commissions; it privatized the exhumation of the bodies of the victims and failed to declare void the judicial convictions of hundreds of thousands of republicans. The Law only declares that these judicial decisions were «unfair». This norm failed also at creating an antifascist collective conscience. According to Rafael Escudero it paved a «road to impunity»[36].

The social and political reconstruction of the Holocaust in Spain must be interpreted in this particular context of impunity and lack of antifascist (or anti-Franco) culture in Spanish law and politics.

Yet during this same period, the memory of the Holocaust became, as described earlier, a global phenomenon. As mentioned, the remembrance of the Shoah played a role in the construction of a global conscience and memory, and the question arose as to the part that Spain would Spain have in them.

The Spanish authorities opted not to recognize Spain's complicity in the deportation of Republicans and Jews, although the Spanish institutions did confront, very superficially, its dictatorial past with a greater focus on the Holocaust which took place in Eastern Europe than on the massive killings which occurred in Spain. The Government did not take the German path of confronting its past, which would mean recognizing the cooperation between Franco and Hitler or Spanish responsibility for the deportation of Jews and Republicans. The Spanish institutions instead chose to use –and abuse– the story of a few Spanish 'Righteous among the Nations,' Spanish diplomats who saved Jewish lives by disobeying government instructions. Spain also started commemorating Holocaust Day, in a way that included a reference to the Spanish Republicans, but avoided organizing any formal commemoration of the victims of the Franco regime.

Mention must be made of the difficulty of constructing a new memory in Spain based on the particular version European Institutions decide to promote. The European national and regional parliaments adopted certain discourses to speak of and give the past a significant role in the legitimation of the European Union integration process. The European Union presented itself as a means to repair and move beyond the destruction of the war against Fascism and Nazism.

---

35 «Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura». *Boletín Oficial del Estado* (27th December 2007): 53410-53416.

36 R. ESCUDERO, 2014.

After the incorporation of Eastern European countries, however, references to the totalitarianism regimes of the East had to be made, references that made Stalinism equivalent to Nazism. This explains why the European Parliament decided, in 2008, to commemorate both the victims of Nazism and Stalinism[37]. One year earlier, interestingly, the members of the European Parliament were unable to agree on a declaration condemning Franco's 1936 coup. The Christian Democrats, responding to pressure from the conservative Spanish People's Party, refused to join. In the end, the Parliament decided to issue a statement from its President, the Spaniard José Borrell[38], followed by other statements by various MEPs, including one by Jaime Mayor Oreja refusing to condemn the Franco dictatorship and warning of the danger of meddling with historical memory. In the words of Mr. Mayor Oreja, «We must not change our attitude, and many Spaniards believe it to be an historical mistake to try to promote a second transition today, as if the first one had grown old and obsolete; it is an historical mistake to unilaterally destroy the essence of our Constitution of harmony; it is historically foolish to introduce the debate on the right to self-determination in Spain, the creation within Spain of new nations that have never existed; it is an historical mistake because it moves us away from the harmony we have created»[39]. Here the existing double standard in Europe and in Spain becomes evident. While Stalinism and Nazism are considered equivalent and the historical memory of these two periods are promoted by European Institutions, Franquismo does not enter in the same category.

In this national and international context, the Ministry of Foreign Affairs organized an exhibition, *Visas for Freedom*, together with the Centro Sefarad-Israel, a public institution that serves to strengthen links between Spain and Israel and Jewish culture. This exhibition portrays the history of the diplomats who saved Jews. Commissioned by Alejandro Baer and Yessica Sanroman, among others, the exhibition is very well documented and organized. The catalogue underscores the political context of the moment, including the alliance between Franco and Hitler and the two sides of Spanish participation in the Holocaust. The catalogue concludes that «Spain's official policy during the period has little to offer in the way of light and displays large grey areas. Light, at all events, for its policy of granting transit visas, which enabled thousands of Jewish refugees to exit through Spain, mainly from 1939 to 1942; and shade in that, with the exception of Budapest, it only offered protection to those who were Spanish subjects and, at

---

[37] European Parliament declaration of 23 September 2008 on the proclamation of 23 August as European Day of Remembrance for Victims of Stalinism and Nazism.

[38] Instead of condemning the Coup d'etat, the European Parliament decided to issue a statement of President of the European Parliament and to include the counterstatements of many other MEPs like Mr. Mayor Oreja who said «We must not change our attitude, and many Spaniards believe it to be an historical mistake to try to promote a second transition today»

[39] See previous note.

the critical moment, failed to make any explicit request that they be exempted from the Nazi decrees».

At the beginning of the catalogue, however, it is interesting to note that the Spanish Minister of Foreign Affairs, Miguel Angel Moratinos, makes no mention the Franco dictatorship. In its foreword to the catalogue he states *Visas for Freedom* is a respectful tribute to those who decided to serve the interests of Spain and guarantee the freedom of thousands of Jews, most of them Sephardim». He fails to specify that one of the interests of Spain at that time was an alliance with Nazi Germany. The text appears even more interesting in comparison with one written by Israeli President Yitzhak Navon in the same catalogue: «We feel a profound debt of gratitude to these representatives, despite a lingering and uncomfortable sensation of tragic loss – for if the Franco government had been more humane, many thousands who were done to death in the gas chambers of Auschwitz and other death camps would assuredly have survived».

Another example of the effort to participate in the global culture of Holocaust remembrance is the above-mentioned bill to grant Spanish citizenship to Sephardic Jews all over the world. Maite Ojeda points out the problematic nature of this bill in that, even if it «promotes the incorporation of the Sephardic Jews to the Spanish Nation,» it is «apparently inclusive but it hides and underestimates the Sephardic Jews and their culture. It reinterprets their cultural identities and re-writes their collective historical memories»[40]. This legal initiative, however, not only rewrites the Sephardic identity, but also the Spanish historical memory and identity. The text, published in June 2015[41], begins with an account of the relationship between Sephardic Jews and Spain. It discusses expulsion as not resulting from the will of the Spanish Crown, but rather as due to the «imperatives of history», which, according to Ojeda, is an expression commonly used, by Spanish conservatives, influenced by Menéndez y Pelayo, at the end of 19th Century[42]. The bill does not mention the 1492 royal decree ordering Jews to convert or emigrate, considered an «historical injustice» by the Speaker of the Spanish Government at a press conference in June 2014[43]. At the same time, the text speaks of the memory and loyalty of these «Spaniards without homeland» («*Españoles sin patria*»), an old expression used by Pulido for the first time in 1905[44]. The text

---

40 M. OJEDA, 2014a, 4.

41 «Ley en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España». *Boletín Oficial del Estado*. 24th June 2014.

42 M. OJEDA,2015b, 7.

43 La Vanguardia. (2014). «Los judíos sefarditas tendrán la nacionalidad española con solo acreditar su condición». http://www.lavanguardia.com/politica/20140207/54400938718/judios-sefardies-nacionalidad-espanola-acreditar-condicion.html

44 M. OJEDA, 2014a, 277.

projects a particular vision of the Jews in which the Jewish communities «envision a pragmatic and global identity in emerging generations» («*todas ellas vislumbran una identidad pragmática y global en las generaciones emergentes*»).

The bill goes on to define the «undying» («*imperecedero*») link between the Sephardic Jews and the memory of the Holocaust: «the brutal sacrifice (sic) of thousands of Sephardic Jews». The reference to the murder of thousands of Jews as a «sacrifice» and the direct reference to the memory of the Holocaust, is an evidence of the desire to connect Spain to this global identity. What I find problematic is the fact that the legislator does not mention Franco's complicity with Hitler or the deportation of Spanish Jews to the Nazi camps: Spain's participation in the war, according to the bill, consisted of saving Jewish lives and losing thousands of Sephardic Jews. As a matter of fact, Spain also participated by failing to aid and expelling persecuted Jews, not to mention the diplomatic and material assistance, as well as troops, that it provided Adolf Hitler.

A similar version of history is present in Spain's latest education reform. Reference to the Holocaust has been added to primary and secondary education textbooks. There is no reference to Spanish-German cooperation during the War, however, or to the deportation of Republicans. Again, the institutions attempt to incorporate memory of the Holocaust without recovering Spanish complicity with Nazism from oblivion[45].

Reinventing the past is not unique to the Spanish case. What is taking place in Spain is similar, for instance, to the reconstruction of the past developed in Italy after 1943. There, State and society legitimized the post-1945 republic that condemned fascism but not without cleaning up many details about the Italian participation in WWII. As Focardi describes in his book *Il cattivo Tedesco e il bravo italiano* (literally, «*The Bad German and the Brave Italian*»), the State and the society managed to convey the idea that many crimes were committed because of the special circumstances of the war and to separate the roles played by the Germans and Italians.

SPANISH REMEMBRANCE OF THE HOLOCAUST AND ANTISEMITISM TODAY

The «official» memory in Spain presents a vision of contemporary history in which Spain was isolated from the rest of Europe between 1931 and 1960. According to this narrative, the history of National Socialism and the Holocaust

[45] Real Decreto 1105/2014 por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato. *Boletín Oficial del Estado*. 3rd January 2015.

played no part whatsoever in Spanish history, except for the heroism of a few brave diplomats under Franco who saved thousands of Jews. This discourse was created after 1945 and survived the Spanish transition to democracy. Even though Spain has dramatically changed since joining the European Community, this version of history has remained untouched.

This has had important consequences not only in the formation of Spain's collective memory but also for social and political relations in Spain. In recent years, the Spanish State and political groups have invested effort to provide education about and commemorate the Holocaust, yet they continue to ignore the Spanish alliance with Hitler[46]. It is not by chance that Nazism and anti-Semitism is becoming increasingly banal in Spain. Examples of this banalization abound, from a wave of anti-Semitic tweets referring to the Holocaust following the victory of Maccabi Tel Aviv over Real Madrid in the European Basketball Championship 2014[47] to an exhibition sponsored by Movistar in Madrid and Barcelona in autumn 2014 that mentioned reforms introduced by Adolf Hitler «which helped to improve the social and economic situation»[48]. Such lapses are the consequence not only of the lack of adequate public policies of remembrance and education, but also of the failure to assume responsibility for the deportation of Republicans and Jews to the Nazi camps.

From my perspective, it is clear that the Spanish State has decided to participate in the formation of a European memory to legitimize the European Union and to affirm the role of Spain in this regional organization. At the same time, however, it is trying to eliminate references to the episodes where European and Spanish history merged the most: the Spanish Civil War and World War II. Yet confronting Spain's dictatorial past means confronting the facts behind the transition to democracy, the holy founding myth of Spanish democracy, and that, in turn, means undergoing a deeply uncomfortable interrogation of the political status quo.

---

46 From 2005 on Spanish Institutions commemorate the victims of the Holocaust. According to the new Education Bill of 2014 (Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa or LOMCE) the «Jewish Holocaust» is part of the education programs in primary and secondary schools. Vid Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, por el que se establece el currículo básico de la Educación Primaria and real Decreto de Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato. Vid. also MARIMON, 2014.

47 RTVE, 2014.

48 L. SERRA, 2014.

BIBLIOGRAPHY

Aragoneses, A. (2011). *El cinisme de Franco*. Diari Ara. [23rd January 2011].

Assman, A. (2007). «Europe: A Community of Memory?». *Bulletin of the German Historical Society*. Vol. 40. 11-25.

Baer, A. (2011). «The Voids of Sefarad. The Memory of the Holocaust in Spain». *Journal of Spanish Cultural Studies*. Vol. 12. 95-120.

Bernecker, W. L. / Brinkman, S. (2007). *Kampf der Erinnerungen. Der Spanische Bürgerkrieg in Politik und Gesellschaft* 1936-2006. Nettersheim: Graswurzelrevolution.

Calvet, J. (2008). *Les muntanyes de la llibertat. El pas d'evadits pels Pirineus durant la Segona Guerra Mundial, 1939-1944*. Barcelona: L'Avenç.

Casanova, J. / Gil Andrés, C. (2014). *Twentieth-Century Spain. A History*. Cambridge: Cambridge University Press.

Clavero, B. (2014). *España, 1978. La amnesia constituyente*. Madrid: Marcial Pons.

Domènech, X. (2007). *Quan plovien bombes / Quando piovevano bombe*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.

Escudero, R. (2014). «Road to impunity. The Absence of Transitional Justice in Spain». Human Rights Quarterly 36. 123-146.

Feindt, G., Krawattzek, F. et alii. (2014). «Europäische Erinnerung? Erinnerungsforschung jenseits der Nation Einleitung». En: Feindt G., et alii (Ed.) *Europäische Erinnerung als verflochtene Erinnerung. Vielstimmige und vielschichtige Vergangenheitsdeutungen jenseis der Nation*. Göttingen: V&R Unipress.

Fernández-Crehuet, F. (2009). «Pensamiento político de Franco. 25 Años de Paz». Fernández-Crehuet, F. and García López, D. J. (Ed.). *Derecho, memoria histórica y dictaduras*. Granada: Editorial Comares. 171-198.

Fraga Iribarne, M. (1965). *Horizonte Español*. Madrid: Editora Nacional.

Franco, F. (1964). *Pensamiento político de Franco. Antología* (Selección de textos por Agustín del Río Cisneros). Madrid: Sevicio Informativo Español.

Giordano, C. (1996) «The past in the present: actualized history in the social construction of reality». *Focaal* 26/27. 97-107.

Klüger, R. (1992) *Weiter leben. Eine Jugend*. Göttingen: Wallstein,. English Version: (2004). *Landscapes of Memory: a Holocaust girlhood remembered.* London: Bloomsbury.

Marimon, S. (2011). *Salvats de l'Holocaust per un passaport español* [artículo en línea]. Diari Ara. [18th January 2014].

Marimon, S. (2014). *Els historiadors suspenen el «professor» Wert* [artículo en línea] . Diari Ara. [18th January 2014].

Mauas, D. (2005). «Who killed Walter Benjamin (Film)». Spain/The Netherlands.

Moyn, S. (2012). *The Last Utopia. Human Rights in History*. Cambridge MA: The Belknap Press of Harvard University Press.

Ojeda, M. (2014a). «Protección y naturalización española de judíos en el Marruecos colonial». *Los judíos en Ceuta, el Norte de África y el Estrecho de Gibraltar. XVI Jornadas de Historia de Ceuta*. Ceuta: Instituto de Estudios Ceutíes. 277-299.

Ojeda, M. (2015b). «La ciudadanía española y los sefardíes: identidades legitimadoras, ideologías étnicas y derechos políticos», *Quaderns-e de l'ICA*, 20/2, 2015. 1-26.

PIKE, D. W. (2003). *Españoles en el Holocausto. Vida y muerte de los republicanos en Mauthausen*. Barcelona: Mondadori. English version: (2000). *Spaniards in the Holocaust: Mauthausen, the horror on the Danube*. London: Routledge.

PRESTON, P. (2011). *The Spanish Holocaust*. London: Harper Collins (1st edition in Spanish 2011).

ROZENBERG, D. (2010). *La España contemporánea y la cuestión judía. Madrid: Casa Sefarad-Israel - Marcial Pons.* (1st Ed. in French 2006).

RTVE (2014). *Las comunidades judías denuncian miles de tuits antisemitas tras el partido Maccabi-Real Madrid* [online article]. RTVE.

SERRA, L. (2014). *Denuncien una exposició muntada al centre de Barcelona per banalitzar el nazisme i fer-ne apologia* [6th October 2014]. Diari Ara.

SPAIN. BUREAU D'INFORMATION DIPLOMATIQUE (1949). *L'Espagne et les juifs*. Madrid: Bureau d'Information Diplomatique.

SPANISH EMBASSY (1949). *Spain and the Sephardi Jews*. Washington: Spanish Embassy.

STOKHOLM BANKE, C. (2009). *The Legacies of the Holocaust and European Identity after 1989*. DIIS Working paper.

SUGARMAN, M. (2012). *Against Fascism - Jews who served in The International Brigade in the Spanish Civil War* [online article]. Jewish Virtual Library.

SZNAIDER, N. / LEVY, D. (2002). «Memory Unbound. The Holocaust and the Formation of Cosmopolitan Memory». *European Journal of Social Theory*, vol. 5. 1, 87-106.

TRAVERSO, E. (2001). *La historia desgarrada. Ensayo sobre Auschwitz y los intelectuales*. Barcelona: Herder.

Ivs Fvgit, 18, 2015, pp. 141-165
ISSN: 1132-8975

NOTAS SOBRE EL MATRIMONIO EN EL ORIENTE Y OCCIDENTE CRISTIANO DURANTE LA ANTIGÜEDAD TARDÍA Y EL ALTO MEDIOEVO

Manuel Vial-Dumas
Universitat Oberta de Catalunya y Universidad de Girona

El presente trabajo tiene el modesto propósito de efectuar una comparación de algunos elementos del matrimonio en el ámbito de la cristiandad oriental y occidental en el periodo tardoantiguo y altomedieval. Con el fin de limitar en alguna medida el volumen de material, de la parte occidental analizo preferentemente el ámbito ibérico e italiano, sin perjuicio de que muchas de las reflexiones sean extrapolables al resto de territorios de la Europa latina. En el ámbito oriental el foco está puesto sobre la legislación bizantina. La comparación pretende servir de base para futuras reflexiones más profundas y aprovecha muchos trabajos que se han elaborado en el marco de un espacio geográfico más acotado. Procuro dar cuenta sobre todo de la bibliografía del ámbito bizantino, pues la referida al espacio occidental es bastante más conocida y asequible para los especialistas de nuestro ámbito.

En cuanto al contenido mismo, en la primera parte intento exponer a grandes rasgos un contexto jurídico y social en el que se desarrollan las uniones matrimoniales en la época analizada. En el transcurso de ese intento por contextualizar las apreciaciones que desarrollo más adelante, también presento una breve descripción del papel que la institución del matrimonio y la familia nuclear tuvieron en la Antigüedad tardía y el alto Medioevo y, luego, dedico un breve apartado para retratar el matrimonio cristiano como elemento nuevo y a la vez de continuidad del mundo romano. Intento aquí simplemente establecer algunos puntos importantes que sirven de base a la reflexión del apartado siguiente y, por tanto, no es mi pretensión realizar aportaciones del todo originales. La razón de introducir esas consideraciones es poner de manifiesto algunas cuestiones que nor-

malmente se consideran propias del devenir occidental, pero que también están presentes en Bizancio. En la segunda parte, la comparación se ve acotada a algunos puntos más concretos referidos a los supuestos o requisitos para la celebración de los esponsales y el matrimonio, en especial a los impedimentos por causa de parentesco. En esa segunda parte me centro en aquellas cuestiones comunes a ambos lados de la Cristiandad más que en las diferencias. Mi objetivo final, de este y otros trabajos, es encontrar aquel sustrato jurídico común que sobrevive y se desarrolla en paralelo a ambos lados de la Cristiandad, a pesar de todas las diferencias que se presentan entre uno y otro mundo.

En la comparación asumo que los procesos que se desarrollan de forma paralela en las distintas zonas del Mediterráneo cristiano altomedieval, entonces ya divididas políticamente, no son del todo ajenos entre sí. No sólo en lo que a la familia respecta. En otras muchas cuestiones el acontecer bizantino, que sistemáticamente se ha ignorado desde Occidente, es un elemento imprescindible para la reconstrucción de las relaciones sociales y políticas de todo el mundo medieval. No debemos olvidar, como a menudo se hace, que durante toda la alta Edad Media, lo que hoy llamamos Europa, no era mucho más que la periferia del mundo conocido, mientras que Constantinopla era el centro. Por eso Bizancio arroja una potente luz que nos permite interpretar también el desarrollo de la comprensión del matrimonio en Occidente.

1. EL CONTEXTO JURÍDICO DEL MATRIMONIO

Tanto en Occidente como en el oriente bizantino los siglos VI a VII representaron un tiempo de crisis. No sólo de la actividad jurídica, sino también del orden social y económico. Si bien en Oriente el Imperio sobrevivió e incluso, en tiempos de Justiniano, recuperó una parte de los territorios occidentales que se habían desmembrado, después de la muerte de dicho emperador se sumió en una crisis de la que se recuperaría sólo a partir del siglo VIII[1]. En Occidente la simplificación del quehacer jurídico comenzó antes y acabó más tarde. En Oriente la crisis duró menos tiempo, pero también supuso que el gran acervo jurídico heredado de la Antigüedad fuera utilizado sólo en parte y que, como en Occidente, primara una comprensión pragmática y sintetizada de dichas fuentes. La ciencia jurídica fue poco a poco absorbida por la demás artes liberales y perdió la identidad y singularidad que había tenido hasta tiempos de Justiniano[2].

---

1 Un panorama general en J. HALDON, 1997.
2 S. TROIANOS, 2011, 147 ss.

Por eso, durante esta época, aparece la necesidad de reunir normas comprensibles y acordes a esa dinámica de vida distinta a la que las normas del sofisticado derecho anterior no se ajustaban. El propio Justiniano se ve obligado en varias de sus novelas a asumir, a pesar de su apego por el derecho clásico, ciertas costumbres que cambiaban del todo o en parte el espíritu de algunas instituciones. Lo cierto es que estos cambios arrancan mucho antes, sobre todo desde tiempos de Constantino[3]. En la obra legislativa de Teodosio II ya son más que ostensibles esas costumbres que cambiarían la cara al derecho romano clásico y desde dicha obra, como es sabido, muchas de ellas se proyectan también en la tradición textual altomedieval.

Después de su separación del Imperio, en territorios occidentales circulan algunas recopilaciones que son útiles para resolver los problemas jurídicos que plantea la nueva realidad. La más célebre es, por supuesto, el Breviario de Alarico. En la península Itálica, por su especial cercanía y su parcial vinculación política con el constantinopolitano centro del mundo mediterráneo, circulan además sumas y epítomes de novelas de emperadores, sobre todo de Justiniano. Lo interesante, al menos desde un punto de vista occidental, es que en Oriente sucede algo similar. La unidad política no fue suficiente para afrontar la pérdida de territorios de gran riqueza en manos del Islam ni los problemas sociales y económicos que se propiciaron con ocasión de dicha invasión[4]. Allí también, por tanto, la gran compilación llamada a regir los destinos de los romanos cayó poco a poco en desuso y en el desconocimiento no sólo de la población en general, sino también de muchos juristas[5].

En efecto, tal como venimos afirmando, la actividad de los juristas como un grupo social y como sostenedores de una disciplina singular decae. Hace tiempo que la recopilación sustituye en buena medida a la creación jurídica. Además, en el contexto social de la época las necesidades jurídicas se ubican en dos sectores muy definidos: el derecho penal y el derecho de familia, pues estos son los dos órdenes esenciales para mantener la vida social en un mundo donde las relaciones comerciales han decaído y se ha simplificado la actividad jurídica[6]. Es precisamente en esas materias en las que intervendrá en mayor medida el legislador de la época. En Italia y en Bizancio este fenómeno es muy claro, la *Ecloga* isáurica[7]

---

3 Véase J. EVANS GRUBBS, 1999, Más allá de que uno de los objetivos del trabajo de Evans Grubbs sea demostrar que el cristianismo no fue determinante en la obra legislativa de Constantino, ofrece un buen panorama general en el ámbito del derecho de familia.

4 Una visión general del Imperio bizantino A. CHRISTOPHILOPOULOU, 2004, 71-178. Un panorama mediterráneo en C. WICKHAM, 2009.

5 S. TROIANOS, 2011, 147-153.

6 En Occidente este escenario social centrado en la vida rural y la villa es de sobra conocido. Para la realidad social de la época en Bizancio véase: M. KAPLAN, 1992; A. LAIOU-THOMADAKIS, 1977; A. LAIOU, 2002, 311-375 y J. LEFORT, 2002, 231-310.

7 La *Ecloga* (Ἐκλογὴ τῶν νόμων), promulgada por León III Isauro y Constantino V, data de mediados del siglo VIII y se presenta a sí misma como una selección de las leyes importantes,

(s. VIII d. C.) en el contexto bizantino y el Edicto de Rotario[8] (s. VII) en el ámbito longobardo, además de otras sumas o epítomes que circulaban por la península itálica son fiel reflejo de esos intereses urgentes y preponderantes. La mayoría de sus normas tratan sobre la familia o los delitos. Sólo en el ámbito hispánico, en lo que se refiere al Mediterráneo cristiano, se conserva una tradición textual más rica hasta la invasión musulmana, en especial en el *Liber Iudiciorum* (s.VII). No es el interés del legislador lo que es relevante en sí mismo, sino que en ese contexto jurídico preponderantemente consuetudinario estos asuntos son vitales. La preocupación por ordenar y definir que tiene el legislador es consecuencia de ello y viene a dar certeza sobre dichas cuestiones. Es indudable, pues, que las circunstancias sociales y económicas de la época desplazaron al matrimonio, los esponsales y otras cuestiones referidas al derecho de familia y al penal hacia el centro de las preocupaciones jurídicas.

1.1. Matrimonio, mujeres e hijos: la familia nuclear

Podríamos afirmar que tanto en las sociedades tribales como en las más sofisticadas, el matrimonio es una cuestión de alta significación política. Sus implicaciones sociales como mecanismo de alianza, estudiadas desde una perspectiva antropológica a fondo por Lévi-Strauss[9], y sus implicancias económicas son demasiado potentes como para dejar una decisión que implica a tantos en las solas manos de los contrayentes. La sociedad occidental contemporánea es, tal vez, una rara excepción a esta regla[10]. En esta sociedad la preponderancia de las relaciones individuales y otras formas de estrategia económica parecen haber desplazado al matrimonio como momento crítico de las estrategias patrimoniales de la familia. A pesar de eso, creo que no es posible afirmar que esa faceta del matrimonio haya sido totalmente dejada de lado en favor de la unión por intereses que

---

por antonomasia las provenientes de la compilación justinianea. La *Ecloga* dedica el primer y segundo título a los esponsales y al matrimonio respectivamente y luego muchas otras reglas al derecho de familia y al derecho penal. He consultado la edición de L. Burgmann 1983.

8 El Edicto de Rotario (en adelante *Roth*.) es de mediados del siglo VII, las leyes de Liutprando (en adelante *Liut*.) de principios del s. VIII. He consultado la edición de Friedrich Bluhme reproducida, traducida al italiano y comentada en C. Azzara y S. Gasparri 2005, Consúltese su interesante estudio preliminar. Rotario comienza regulando el matrimonio y los esponsales. Más tarde, Liutprando, mucho más influenciado por el pensamiento cristiano, dedicará un gran porcentaje de sus leyes al matrimonio, a los esponsales, a asegurar un mejor estatus a la mujer y a las relaciones patrimoniales en la familia. El resto de las normas, en una alta proporción podrían calificarse como derecho penal.

9 C. LÉVI-STRAUSS, 1949, se trata de la primera de sus múltiples ediciones.

10 Al respecto un recorrido interesante sobre la historia del matrimonio y de su transformación en la época contemporánea en S. COONTZ, 2006.

en apariencia son puramente sentimentales. En cualquier caso, lo normal en la historia de Occidente y también de otras civilizaciones es que el matrimonio sea una decisión estratégica y, luego, moral y sentimental. Y aunque en alguna época o en algún caso concreto la unión sentimental pudiera jugar un papel fundamental en las relaciones conyugales, rara vez llegaría a ser tan importante como para enajenar completamente del control del grupo de parientes la decisión de con quién se sellan alianzas y a qué precio.

Esto es especialmente cierto en lo que respecta a las familias aristocráticas. Entre ellas el matrimonio ha sido utilizado como mecanismo de alianza política y de pacificación en el caso de conflictos de todo nivel, una alianza que podía significar, además, el ascenso social no sólo de los contrayentes, sino también de sus parientes.

Hay épocas, como la alta Edad Media y otras más recientes, en que el matrimonio tuvo incluso una función legitimadora del poder o de la posición política y social, ocupando así casi por completo el papel que antes compartía con otros mecanismos como la adopción, también generadora de parentesco y legitimidad. Muchas veces se asocia esta especial característica a los reinos romano-germánicos, pero la práctica era común en Bizancio y, más atrás, en la Roma imperial, en esa en la que el matrimonio se había colocado entre los más importantes actos de la vida de un ciudadano[11]. Así, la dinastía teodosiana aparece como un grupo fundado en los lazos cognaticios, donde el matrimonio juega un papel tan importante como los lazos de parentesco. En efecto, de esa forma, por matrimonio, fueron asociados al poder Constancio en 421 o Marciano en 450, también notables bárbaros como Estilicón, Bauto o Hunerico[12].

La mujer, en un mundo donde el matrimonio tiene tanta importancia, adquiere un papel protagónico, no necesariamente por sí misma, sino también como representante de una familia. Como fuere, ella se constituye en portadora de *amicitia* y de legitimidad, tanto en la Europa latina como en el oriente bizantino. Y no sólo eso, esa potencia legitimadora llevó también a algunas mujeres al poder. A principios del siglo VI Amalasunta fue regente en Italia durante la menor edad de su hijo Atalarico. A finales del mismo siglo Teodolinda, entre los longobardos, aun cuando éstos conservaban a la mujer en una situación de tutela perenne (*mundio*), gobernó en nombre de su hijo durante casi diez años. Mucho más tardías, pero no menos notables fueron las emperatrices Adelaida y Teofano o Theophania, princesa bizantina que se casó con el emperador Oton II y que gobernó luego de su muerte[13]. Antes, en plena crisis de las relaciones entre Oriente y Occidente, cuando estaba en

---

11 P. VEYNE, 1978, 35-63.

12 Al respecto una visión general en P. GUICHARD, 1988, 294; Owen HUGHES, 1996, 1-15.

13 Sobre las mujeres en la alta edad media italiana es interesante la obra de P. SKINNER, 2001. Una visión general de las mujeres en la cristiandad occidental durante el mismo periodo en M. GUERRA MEDICI, 1986.

juego nada menos que el título de emperador de los romanos, fue precisamente a través del matrimonio que se intentó dar solución a una problemática que marcó el destino de toda la Cristiandad. En efecto, son muy conocidos los hechos acontecidos cuando Carlomagno recibió de manos del papa el título de emperador de los romanos que tradicionalmente había tenido sede en Constantinopla. Sin embargo, el trono de Constantinopla no estaba vacante, sino ocupado por Irene, para algunos legítima emperatriz, para otros una usurpadora. La designación de Carlomagno provocó una herida en las relaciones entre uno y otro lado de la Cristiandad que desde entonces se verían cada vez más distanciados. Ese peligro fue percibido por algunos hombres de la época que vieron la solución en el matrimonio de las dos casas, Carlomagno e Irene darían nacimiento a una nueva dinastía que albergase en sus dominios la Cristiandad entera. Sin embargo, tras la deposición y muerte de la Emperatriz, el proyecto, que tal vez hubiera inaugurado una historia muy distinta a la que conocemos, quedó enterrado[14].

No quiero perderme aquí abundando en ejemplos sobre la importancia de la mujer y del matrimonio en ambos lados de la Cristiandad mediterránea, son innumerables y muchos de ellos bastante conocidos. La cuestión más importante es constatar que una de las razones importantes que explica la importancia de las mujeres como portadoras del poder es la propia ordenación de la familia de esa época. En definitiva, los ejemplos de mujeres que gozaron de notoriedad no son más que manifestaciones de una estructura familiar que propició dicho protagonismo. Como he intentado ilustrar en otros trabajos, en la Antigüedad tardía y la alta Edad Media la célula nuclear de la familia adquiere una relevancia considerable, que contrasta con la que tenía en el derecho romano arcaico e incluso en el clásico[15]. No se trata de que en el mundo anterior la unidad formada por cónyuges e hijos no tuviera relevancia, sino que la ordenación patrimonial de los asuntos familiares no tenía como centro y razón de ser a ese núcleo. Esto, en cambio, sí sucede en el derecho de la Antigüedad tardía y también en el altomedieval, ello sin perjuicio de que esta unidad coexistiera con grupos más amplios[16].

La importancia que tiene la existencia de una esfera patrimonial definida como la familia nuclear no es poca en relación al papel de la mujer y la suerte de la descendencia en dicha sociedad. En otro trabajo me he referido al efecto emancipador del matrimonio respecto de los hijos, pues ese aspecto es clave para comprender cómo nace la esfera patrimonial de la familia nuclear. En efecto, desde la

---

[14] Una impronta de Irene puede verse en J. HERRIN, 2002, 79-173.

[15] M. VIAL-DUMAS, 2010, 287-317; M. VIAL-DUMAS, 2014, 293-311; M. VIAL-DUMAS, 2014b.

[16] En el caso castellano, por ejemplo, M. BERMEJO CASTRILLO, 1996, expone con claridad cómo durante el alto Medioevo se van asentando más y más fuertemente las formas nucleares.

Antigüedad tardía, el matrimonio marcará, según el lugar y el derecho que analicemos, con mayor o menor claridad, un momento (aunque no el único) de cese de la potestad paterna sobre los hijos y, por ello, la adquisición por su parte de una mayor independencia jurídico-patrimonial. Es este hecho el que permite la formación de la familia nuclear, pues lo que define a este tipo de familia es la independencia de los cónyuges respecto de sus padres. El matrimonio pasa a ocupar un lugar central, pues durante buena parte del Medioevo una de sus principales funciones a efectos jurídico patrimoniales es esta: constituir al hijo o hija o, mejor dicho, a la familia de los hijos, como una unidad patrimonial independiente (o relativamente independiente) de las familias de origen de éstos[17].

Cuando los cursos patrimoniales fluyen hacia ese centro que es la familia nuclear y, una vez allí, los bienes que entran tienen una salida bien definida a través de los hijos de esa misma familia, dicha esfera se torna relativamente independiente. Los bienes rara vez salen de ese estrecho círculo hacia el patrimonio de otros parientes, de hecho sólo sucede esto cuando la propia familia nuclear se extingue[18]. Y si bien esa esfera es gobernada por el marido, la mujer tiene un lugar preponderante. Tanto es así que en todo el Mediterráneo la *patria potestas* (ya con una significación muy distinta de la original) pasa a ser cuestión de dos, de ambos cónyuges. Por último, y esto es tal vez lo más relevante, cuando el marido muere, precisamente para evitar que la esfera se extinga, es la mujer la llamada a gobernar la familia hasta que los hijos se independicen. De esa forma el patrimonio familiar cumple el ciclo típico de la familia tardoantigua y altomedieval, esto es, constituirse al momento del matrimonio y dividirse al menos en parte al momento del matrimonio de los hijos[19].

Por eso es que los ejemplos que he dado arriba, si bien son propios del sector más alto de la sociedad de la época, pueden ser considerados reflejo de una estructura jurídica que subyace a la sociedad entera. Puesto que la mujer es la continuadora de la esfera familiar nuclear, puesto que los hijos están a su cuidado y puesto que administra el patrimonio de la familia, es lógico que tenga ese poder de gobernar o de legitimar para el gobierno a quien a ella se allegue.

Cuando la familia nuclear es la pieza fundamental del mundo privado es natural que la mujer, y en especial la viuda, ocupe un lugar esencial como directora y haga posible la continuidad del grupo familiar como esfera económica.

---

17 M. VIAL-DUMAS, 2014b, 318-21.

18 Normalmente los bienes de los cónyuges están reservados a los descendientes y el cónyuge viudo conserva el usufructo mientras la comunidad familiar no se disuelva, para esta cuestión: M. GUERRA MEDICI, 1986, 250-261; E. GACTO FERNÁNDEZ, 1975, véase una visión comparada en VIAL-DUMAS, 2014a.

19 Estos momentos a menudo coinciden, véase M. VIAL-DUMAS, 2014b.

1.2. El matrimonio cristiano

Para los primeros cristianos la reglamentación del matrimonio era una cuestión de este mundo y, a pesar de darle gran importancia, dejaron convivir su doctrina matrimonial con la legislación civil, sin conseguir (y al principio sin siquiera pretender) una competencia exclusiva sobre esos asuntos, al menos hasta finales del primer milenio[20].

El matrimonio tiene una fisionomía complicada durante el Medioevo. Si bien es una unión sagrada, en principio indisoluble y destinada a ser fuente de amor y concordia entre padres e hijos, también es un remedio a la concupiscencia para los hombres y mujeres incapaces de imitar la castidad de Cristo. Por eso, por una parte, desde el punto de vista de la virtud se considera el estado de castidad como superior al de casado y, por la otra, se atribuye al matrimonio, como venía siendo la tónica desde entrada la época imperial en Roma, una importancia fundamental en la ordenación del mundo privado[21]. Entre los Padres de la Iglesia fue San Agustín, el gran teólogo del matrimonio, uno de los que realzó su importancia y se detuvo a reflexionar sobre lo que se convertiría en la doctrina cristiana sobre la unión conyugal[22]. Muchas de las ideas cristianas sobre el matrimonio circulaban entre los discursos morales romanos paganos, pero fueron los Padres de la Iglesia quienes conjugaron estas ideas con las enseñanzas evangélicas y las elevaron a un estatus sagrado. La fidelidad mutua, la –a menudo parcial– proscripción del divorcio, el consentimiento de los contrayentes, también y muy especialmente, la equiparación de ambos cónyuges como partes de un *pactum inter aequales*, el amor conyugal, y la exaltación de la maternidad como expresión máxima de la *caritas*, seguirán siendo estandartes de los moralistas en la paulatina lucha por la difusión de las ideas cristianas durante todo el Medioevo; en Occidente especialmente desde la época carolingia[23].

Dicha época es un punto fundamental en el desarrollo de la doctrina cristiana sobre el matrimonio, pues por entonces será manifiesta la necesidad de unificar y coordinar las distintas disposiciones y concepciones sobre esta institución. La tarea desarrollada por la Iglesia durante este periodo acaba por ordenar y generar un discurso desde el poder espiritual, comprensivo tanto de la faz trascendental como de la social del matrimonio[24]. Aunque, como se aprecia, la doctrina cristiana

---

[20] J. GAUDEMET, 1993, 63 ss. Para la actitud de los primeros cristianos hacia el matrimonio hasta la época de Constantino, EVANS GRUBBS, 1999, 65 ss.

[21] C. BROOKE, 1991, 136-139; véase también la nota 15 de este trabajo.

[22] P. REYNOLDS, 1994, 241 ss. A pesar de que se refiere al matrimonio en otros momentos, *De bono coniugali* es la obra más representativa de San Agustín en esta materia.

[23] Véase P. TOUBERT, 2006, 254-287; también: P. REYNOLDS, 1994, 121 ss. y en especial J. GAUDEMET, 1993, 115 ss.

[24] P. TOUBERT, 1988, 364 ss.

sobre el matrimonio recibirá tardíamente una elaboración detallada y técnica, no hay que olvidar que, como hemos señalado, en las primeras ideas alumbradas por los Padres de la Iglesia ya se encuentran presentes todos sus fundamentos. En Bizancio, el derecho canónico se erige junto a la legislación imperial de forma ordenada y sistemática ya desde tiempos de Justiniano[25]. En efecto, a través de los cánones de concilios, la Iglesia se convierte en un colegislador y muy profuso en materias como la del matrimonio. En esa legislación se va plasmando poco a poco dicho pensamiento. En Occidente sucede otro tanto y, aunque más tardíamente, los canonistas hicieron de la doctrina y legislación eclesiástica un verdadero *corpus* de normas y principios[26]. Esta nueva actitud de la Iglesia implicó que ya en el siglo X las cuestiones matrimoniales fueran conocidas principalmente por los tribunales sinodales, desde el siglo XI sólo la Iglesia legislará sobre el matrimonio. En Bizancio, en la misma época, la Iglesia asumirá paulatinamente el control de todas o casi todas las cuestiones referidas al matrimonio[27]

Los principios cristianos se constituyeron en el fundamento sobrenatural de la familia nuclear y del derecho que le da forma, aunque la efectiva práctica de las ideas cristianas del matrimonio se haya extendido paulatinamente y en muy largo periodo de tiempo[28]. El camino de la paulatina cristianización del matrimonio pertenece a toda la sociedad mediterránea, pues se trata de un impulso que no sólo viene de las ruinas de Roma, sino que también se observa en los pueblos germánicos ya romanizados. No obstante, es cierto que entre ellos se aprecian algunos atavismos, sea propiciados por una cristianización y romanización más superficial, sea por razones económicas. Por ejemplo, entre los longobardos existían muchas diferencias entre hombres y mujeres en cuanto al consentimiento

---

25 Hay colecciones anteriores, sin embargo de esta época es la primera que tiene un carácter sistemático pues no ordena los cánones según su fecha sino según las temáticas que tratan. Sin embargo esta primera obra sistemática no se conserva y sólo conocemos su existencia por el prólogo de la colección elaborada poco después por Juan Escolástico. Esta segunda colección también tiene ese carácter sistemático. Para las fuentes del derecho canónico y las fuentes del derecho bizantino en general véase: S. TROIANOS, 2011, 185-212.

26 En Occidente es sobre todo a partir del siglo XI cuando la Iglesia logra preponderancia sobre los demás poderes en lo que respecta a la institución del matrimonio. Véase J. GAUDEMET, 1993, 161 ss.

27 La influencia de la Iglesia es constante igual que en Occidente, sin embargo, es a principios del segundo milenio cuando la intención de controlar estas materias se materializa: S. TROIANOS, 2010,186 ss.

28 Para las primeras transformaciones en la Antigüedad tardía, J. GAUDEMET, 1962, 58-85. El mismo autor admite que es difícil saber si ya en tiempos imperiales hay una influencia cristiana clara sobre el derecho imperial en materia de familia y si, de haberla, este tuvo o no injerencia en las prácticas sociales. Tradicionalmente, sobre todo desde la monumental obra de Biondo Biondi, se tiene el imperio de Constantino como punto inicial de una marcada influencia cristiana; se ha manifestado en contra, entre otros: J. EVANS GRUBBS, 1999.

requerido para el matrimonio o a la capacidad jurídica y, en cambio, entre los visigodos, mucho más romanizados y cristianizados, bastantes menos[29]. La noción cristiana del matrimonio tardará tiempo en definirse y más aún en imponerse completamente en el mundo mediterráneo, sin embargo la ruta es clara y se construye sobre la noción romana de matrimonio, transformándola luego en cristiana.

Esa misma concepción romana del matrimonio es la que subyace también a toda la construcción bizantina. De hecho la célebre definición que diera Modestino en el siglo III siguió vigente, igual que en la tradición latina. A finales del siglo IX, el Πρόχειρος Νόμος (*Prócheiros Nomos*) continuaba rezando Γάμος ἐστὶν ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς συνάφεια καὶ συγκλήρωσις πάσης ζωῆς, θείου τε καὶ ἀνθρωπίνου δικαίου κοινωνία[30], la versión griega de la definición del jurista romano. No sólo dicha definición, también, en sus trazos esenciales, la tradición jurídica romana sobre el matrimonio continuó siendo la base fundamental de la configuración de esta institución durante todo el periodo que nos toca analizar. Al menos desde Constantino en adelante no existe ninguna solución de continuidad en las normas que al matrimonio respectan. Sí existen, en cambio, numerosas modificaciones que irán introduciéndose en la medida que las disquisiciones eclesiásticas y los intereses sociales vayan moldeando la institución según las necesidades de la época y las convicciones teológicas.

Un buen ejemplo es la cuestión de la naturaleza del consenso necesario para el matrimonio. El matrimonio romano, como es bien sabido, tenía su fundamento en el consenso y ese consenso debía ser permanente, de manera tal que, si faltaba, el matrimonio se disolvía. El matrimonio cristiano también se basa en el consentimiento de los cónyuges, sin embargo ese consentimiento es inicial, con el fin de entrar al nuevo estado de casado[31]. La posterior retractación no tiene efecto por sí sola, allí donde se permite el divorcio en tiempos cristianos, normalmente está asociado a faltas graves de alguno de los cónyuges[32]. Esta concepción del matrimonio

---

[29] Una visión comparada en M. GUERRA MEDICI, 1986. También una comparación breve entre longobardos y visigodos DELOGU 2001, 329-55. Para una visión general del estatuto de la mujer en Italia, P. SKINNER 2001; véase también G. MASTRANGELO, 2011.

[30] *Prochiros Nomos* (Πρόχειρος Νόμος) 4.1-4 [he revisado la edición de C. ZACHARIA, 1837 también reproducida en Zepos y Zepos 1931, 107-228]. La definición también está recogida de manera similar en la *Eisagoge* (Εἰσαγωγή, antes Ἐπαναγωγή) 16.1-4 [ed. C. Zacharia, 1852, 53-217 también en I. ZEPOS y P. ZEPOS 1931, 229-368] y en los *Basílicos* (Βασιλικά) 28.4.1-2 y 50 [ed. H. Scheltema et al. 1953-1988]. Se trata de la conocida definición de Modestino «*…coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris comunicatio*» D.23.2.1.

[31] Véase A. CASTRO SÁENZ, 2001, 75-112. Existe también el problema de determinar cuándo el matrimonio se entiende perfecto, si con la expresión del consentimiento o bien con la cópula carnal. En este trabajo no entraré en dicha cuestión más allá de lo señalado en la nota 41.

[32] El divorcio no fue proscrito del todo de la legislación civil ni eclesiástica hasta épocas posteriores. En Oriente, además, la iglesia no abandonó nunca la posibilidad del divorcio por falta grave. Al contrario, por influencia e imposición de la legislación imperial debió acep-

determinó una serie de consecuencias en la estrategias familiares que debían contar con la variable de la dificultad para disolver un matrimonio que ya no resultara conveniente. Por el mismo motivo la cuestión del consentimiento necesario, como veremos, adquiere todavía más importancia y también otros de los requisitos necesarios para el matrimonio válido. En especial la legislación eclesiástica, a un lado y otro de la Cristiandad, se preocupará de forma creciente de los impedimentos que excluyen del círculo de posibles cónyuges a ciertas personas, sobre todo los impedimentos determinados por el parentesco. En los apartados que siguen, sin pretender un análisis exhaustivo, dedicaré mi atención a algunos de estos elementos y procesos comunes a toda la Cristiandad mediterránea.

2. CÓMO Y CON QUIÉN CASARSE. ALGUNAS CUESTIONES COMUNES A AMBOS LADOS DEL MEDITERRÁNEO CRISTIANO

2.1. El consentimiento

Igual que en Bizancio y en general en todo el mundo heredero de Roma, el consentimiento de la mujer era fundamental para el perfeccionamiento del matrimonio. Así lo sancionaba el *Liber Iudiciorum* entre los visigodos y, como sabemos, así seguirá siendo en los siglos posteriores entre los habitantes de la península Ibérica[33]. Entre los longobardos, no obstante, la cuestión no es tan clara. Si bien desde Liutprando se ven más señas de la importancia del consenso de la mujer al matrimonio, este mantiene al padre y al hermano el privilegio de casar con quien quiera a la hija o hermana[34]. Liutprando, no obstante, intensifica la prohibición de hacerlo dirigida al *mundoaldo*, es decir al titular del *mundio*, que si bien normalmente ostentaba el padre, los hermanos o el marido, podía también recaer en otras personas[35]. Sin embargo, en el tardío y paulatino proceso de cris-

---

tarlo con más laxitud que la Iglesia occidental. De hecho en tiempos de León el Sabio, se permitió el divorcio hasta por cuatro veces. No obstante pronto ese número fue reducido a tres, lo que hasta hoy es la regla. Véase: S. TROIANOS, 1983,9-21, también S. TROIANOS, 1991, 43-63. A. SCHMINCK, 1986, 68-71; para el caso occidental véase la visión panorámica ofrecida por J. GAUDEMET, 1993, 273-308.

33 LV. 3.3.11

34 Rotario permitía constreñir a la mujer a contraer matrimonio con quien hubiera elegido el padre o los hermanos en su defecto (*Roth*. 195). Según E. CORTESE, 1997, 151, es poco probable que se obviara del todo el consenso de la mujer.

35 *Liut*. 119, 120. Las mujeres longobardas, a diferencia de las visigodas y por cierto de las bizantinas, estaban sometidas a una especie de tutela vitalicia del padre que podía pasar a los hermanos, al marido o a un tercero. Para el *mundio* véase entre otros a E. CORTESE, 1955-56, 323-474, también M. BELLOMO, 1970, 26-28; F. LEVEROTTI, 2005, 21-37; G. DI RENZO VILLATA, 1995, 457-527; E. BESTA, 1962, 202-3.

tianización (romanización) de los longobardos, este factor, el del consentimiento de la mujer, irá posicionándose en un lugar importantísimo[36].

Pero una cosa es que la mujer preste su consentimiento y otra es que el consentimiento del padre no sea también necesario y, probablemente, en la práctica, el más importante. En Occidente en el plano teórico la claridad al respecto nunca fue completa, según la época y los autores hubo quienes se pronunciaban a favor de exigir el consentimiento de los parientes para la validez del matrimonio y otros que penalizaban su omisión, pero sin invalidar el matrimonio. En todo caso, la tendencia del derecho canónico fue la de considerar el consentimiento de los cónyuges suficiente para entender como válida la unión[37]. En Oriente, si bien tampoco entre los canonistas hay claridad sobre el asunto, se impuso el criterio de la legislación imperial que hacía imprescindible el consentimiento de los padres para considerar válido un matrimonio por rapto consentido. No obstante, a menudo, como en Occidente, la práctica del rapto fue usada para forzar el consentimiento paterno pues era la manera de evitar la deshonra, sobre todo si la hija era virgen[38]. Esta es la cuestión más importante, puesto que no basta saber si el consenso de la mujer o del marido es requisito para el matrimonio, es necesario definir si con el solo consentimiento de los cónyuges puede constituirse un matrimonio que resulte casi indisoluble. Es claro que la expresión del consentimiento en casi todas las épocas ha estado sometida en mayor o menor medida a la presión u obediencia familiar. Pero si el consentimiento de la mujer y del marido es suficiente, ambos pueden celebrar un matrimonio contra el parecer de sus padres y familiares.

En este contexto, otra innovación interesante que vale la pena mencionar es que el consentimiento de la madre comienza a ser valorado jurídicamente antes que

---

[36] Es importante al efecto observar que Liutprando (*Liut*. 30) reconoce la práctica de la *subarrhatio cum anulo.* Se trata de una muestra de la cristianización y romanización de las prácticas longobardas en lo que respecta al derecho de familia. Véase G. DI RENZO VILLATA, 1995, 494.

[37] En efecto, Pedro Lombardo, en el siglo XII, afirmaba que el consentimiento paterno no era un requisito necesario para la validez del matrimonio, oponiéndose a quienes lo requerían refugiándose en el argumento de que era precisamente el padre el mayor interesado en el bien de su hija y, por tanto, el más confiable para protegerla del engaño. Especialmente desde ese siglo la Iglesia reconocería con claridad el matrimonio contraído por la sola voluntad de los cónyuges, pero esta norma, contraria a los intereses patrimoniales y políticos de las familias, a menudo no era obedecida e incluso, más grave aún, tampoco se observaba la necesidad del consentimiento de la mujer (J. GAUDEMET, 1993*,* 208 ss., C. BROOKE, 1991, 142 ss.). Véase también H. DILLARD, 1993*,* 60 ss.

[38] En el caso de las mujeres viudas o no sometidas a ningún tipo de potestad paterna las reglas son bastante más laxas y en general puede admitirse la validez del matrimonio, véase A. LAIOU, 1993, 113-156. En cualquier caso, a mi juicio, la *Ecloga* abre hasta cierto punto la puerta a un matrimonio sin el consentimiento paterno –al menos no un consentimiento expreso– cuando considera casado al hombre con la mujer que ha introducido en su casa, ha puesto al mando del hogar y con la que mantiene relaciones sexuales (*Ecloga* 2.6).

el del resto de los parientes. En efecto, la *Ecloga* isáurica amplía este requisito exigiendo el consentimiento de la madre y los parientes[39]. Algo similar sucede en la península Ibérica[40]. De modo que si bien la tradición cristiana, siguiendo la romana, desde temprano centra la validez del matrimonio en la voluntad de los contrayentes, en los hechos, ni en el mundo romano ni en el romano-cristiano el control paterno estuvo ausente de dicha decisión. Lo mismo, ya en era cristiana, puede observarse en ocasiones respecto de la decisión de abrazar el estado monástico.

Aun así, la consolidación de la concepción cristiana del consenso necesario para el matrimonio –es decir, la de un consenso inicial y no necesariamente permanente– tuvo como efecto que, al menos entre los teólogos y canonistas, se desvalorizara la intervención de los padres restringiéndola poco a poco a los esponsales y ya no más a la existencia y disolución del matrimonio[41]. Evidente-

---

[39] *Ecloga* 2.1. Como contrapartida, casar a los hijos se convierte desde muy temprano en un deber de los padres, tanto que Justiniano sanciona la negligencia de los padres a la hora de casar a la hija, como también harán sus sucesores. E. PATLAGEAN, 1977, 115. En materia de consentimiento la *Ecloga Aucta* (en adelante *EA*) 17.28 [ed. D. Simon y S. Troianos 1977, 45-86] reduce la competencia de los parientes en cuanto al consentimiento para los esponsales. A diferencia del derecho justinianeo y de la *Ecloga*, la *Ecloga Aucta* prefiere el consentimiento del tutor siguiendo una tendencia postclásica que el derecho justinianeo desconoce, véase F. GORIA, 1980, 16.

[40] LV. 3.2.8. En el pequeño asentamiento urbano, el matrimonio era una cuestión fundamental, que no sólo atañía a los contrayentes, ni siquiera sólo a la familia, sino a la población en su conjunto. Si bien el consentimiento de la mujer y el marido eran los esenciales, el de las familias ocupará también un lugar preferente. Tanto en el derecho hispánico como en el bizantino, también la madre es llamada junto al padre a prestar el consentimiento; teniendo estos, aunque menos importante, también interesaba el de la comunidad toda. (H. DILLARD, 1993,55 ss.).

[41] P. TOUBERT, 2006, 235. Otro problema era determinar el momento en que el matrimonio se entendía perfecto, si cuando se prestaba el consentimiento o bien cuando se producía la cópula carnal. Ambas concepciones se hallaban presentes en la conciencia medieval. Ya en tiempos de la reforma gregoriana la tesis del consensualismo encuentra defensores como Pedro Damián o, más tarde, Hugo de Saint-Victor y Pedro Lombardo quienes defendían que la cópula carnal no era requisito esencial del matrimonio y que éste debía entenderse perfecto con el solo consentimiento de los cónyuges. La defensa de esta doctrina encontró acogida en la doctrina pontificia en el siglo XII. Sin embargo, el Decreto de Graciano intentó conciliar, conforme al espíritu de toda la compilación, las dos posturas mediante una serie de clasificaciones conceptuales del matrimonio que, no obstante, no logró solucionar el problema. Finalmente fueron los decretistas los que definirían con mayor exactitud las palabras del Decreto. Distinguieron entre *matrimonium initiatum* que se constituía con los esponsales, *matrimonium ratum* constituido no por las palabras de futuro, propias de los esponsales, sino con palabras de presente, es decir el consentimiento para el matrimonio en propiedad, con estas palabras de presente el matrimonio tenía existencia como tal, pero no se hacía indisoluble hasta que se produjese la unión sexual (*matrimonium consummatum*). Esta fue la solución, que marcaba el triunfo relativo del consensualismo, a la discordancia entre creencias populares que entendían perfecto el matrimonio con la cópula carnal y la doctrina consensualista heredera del mundo romano. Véase: J. GAUDEMET, 1993, 177-223*;* P. REYNOLDS, 1994, 328 ss. C. BROOKE, 1991, 136 ss.

mente esta intervención no es menor, pues en definitiva marca la decisión final sobre la persona del cónyuge, pero, una vez perfeccionado el matrimonio, cualquier intervención es más difícil, pues éste no puede disolverse con facilidad. La paulatina consolidación de esta idea del matrimonio (y el hecho de que contraído aun contra la voluntad paterna hubiera de ser tenido por válido) tuvo que significar un gran impacto en las posibilidades de generar lazos entre familias a través del matrimonio. Las estrategias familiares que pasaban por el divorcio para generar nuevas alianzas con sucesivos compromisos se hicieron más complicadas[42]. Además la posibilidad de llevar a cabo matrimonios clandestinos, de espaldas a las familias o por rapto consentido por la mujer, se transformaba en una tragedia mayúscula para los intereses familiares. Así lo manifiestan las recurrentes normas en los textos normativos penalizándolo. De ahí que las resistencias a los principios cristianos por parte de la aristocracia, en especial a la indisolubilidad, fueran manifiestas durante la Edad Media[43].

a. Matrimonio y esponsales

Los requisitos del matrimonio no varían significativamente en ninguna de las zonas que hemos analizado. Ya hemos visto el carácter fundamental que tiene el consentimiento (de los cónyuges y de los padres). En cuanto a la edad legal requerida para el matrimonio fluctuaba entre los 12 y los 15 años dependiendo del territorio y del sexo[44]. No obstante, los esponsales, acto que cobró importancia a partir de la época tardoimperial, se podían celebrar en una edad más temprana y de esa forma cerrar un acuerdo nupcial antes de la edad permitida para el matrimonio. Normalmente la edad desde la cual se permitía celebrar los esponsales eran siete años, tanto en el caso de los niños como de las niñas[45]. No obstante, sobre todo en Bizancio, como veremos, a menudo los esponsales se transformaban de facto en un

---

42 Estas limitaciones y otras dan forma a la tesis de J. GOODY, 1983, sobre la formación de la familia Europea y la influencia de las prohibiciones eclesiásticas en la misma. Las observaciones de Goody sobre el efecto de las políticas de la Iglesia sobre la conformación de la familia europea, en especial en cuanto a las prohibiciones de matrimonio dentro de cierto grado de parentesco, son interesantísimas y sugerentes. Sin embargo, al decir de C. BROOKE 1991, 140, la explicación de los motivos de dichas políticas es menos satisfactoria.

43 J. GAUDEMET, 1993, 127-129 y 273 ss. Véase G. DUBY, 1988, 5-25, también el propio G. DUBY 1981. Duby presenta la oposición entre dos visiones del matrimonio que se presentan en cierta tensión: la sostenida por las élites y las de la Iglesia. Véase la matización de los argumentos de Duby en C. BROOKE 1991, 136 ss.

44 Por ejemplo, era de 13 y 15 años para mujeres y varones respectivamente en la *Ecloga* (2.1), aunque de 12 y 14, según la tradición romana en el *Prochiron Nomos* 4. 1-4 o en la *Eisagoge* 16,1-4 y ciertamente en los Basílicos 28.4.12 y 50. Entre los longobardos la edad establecida por Rothario fue de 12 y 13 respectivamente (*Roth*. 129).

matrimonio prematuro entre niños. En gran medida, a través del matrimonio quedaba fija la estrategia familiar destinada a mantener una estabilidad patrimonial de la descendencia. Las alianzas, la posición social, la posición pública, todo entraba en juego, como si de un mercado se tratase, a la hora de colocar a los hijos.

En Occidente sabemos poco sobre la celebración de los esponsales durante la alta Edad Media hasta el siglo XI. Desde esa época, con el influjo de la reforma gregoriana y la mayor formalización del matrimonio también los esponsales cobran notoriedad en la vida jurídica. A eso contribuye igualmente el interés de las familias, sobre todo de las acaudaladas, por fijar desde temprano su estrategia patrimonial a través de contratos como los esponsales, igual que en Bizancio. Asistimos entonces a una Europa donde aparecen linajes potentes que, a imitación del linaje real, comenzarán a evitar la división de la herencia mediante diversas estrategias como el heredero único[46].

Antes, así como respecto del matrimonio y su celebración se observa una cierta indiferencia por parte del legislador eclesiástico, respecto de los esponsales sucede otro tanto. Parece ser que en su versión visigoda todo el proceso que daba lugar al matrimonio estaba dividido, como describe King, en tres partes, la petición (*petitio*), los esponsales (*disponsatio*) y la boda (*nuptiae*), la *disponsatio* tenía un fuerte carácter vinculante[47]. Entre los longobardos la cuestión es bastante similar, también los esponsales generan unos fuertes lazos y sólo pueden ser dejados sin efecto por causa justificada o sufriendo severas penas pecuniarias[48].

Ambos actos, esponsales y matrimonio, desde una perspectiva jurídico-patrimonial formaban parte de una misma estrategia, de un mismo negocio. Por eso, y a pesar de estar muchas veces distantes en el tiempo, sus efectos se asimilaron al menos en ciertos ámbitos. Dicha convicción de que en definitiva matrimonio y esponsales forman parte de un mismo acto se aprecia ya en el Concilio Quinisexto o segundo Concilio Trullano (válido sobre todo para la Iglesia oriental) en 691-692, pues allí algunos efectos de los esponsales celebrados y bendecidos ante la Iglesia son equiparados a los del matrimonio[49]. También por ese mismo motivo,

---

45 Para una visión general de los esponsales en Occidente véase J. GAUDEMET, 1993, 72-77 y 194-200; también REYNOLDS, 1994, 315-327.

46 G. DUBY, 1988, 5-25. En Bizancio el fenómeno es similar y más temprano, sin embargo la solución del heredero único nunca fue acogida como en Occidente sobre todo a partir del siglo XIV. Para la aristocracia bizantina y su aparición como estamento más o menos cerrado y estable véase entre otros: M. ANGOLD, 1984, en especial en este volumen el capítulo dedicado a su formación de PATLAGEAN, 1984, 23-43; también A. KAZHDAN y S. RONCHEY, 1997.

47 KING, 1981, 251-254.

48 ROTH, 178, 179, 192; LIUT, 119, véase G. DI RENZO VILLATA, 1995, 494, sobre la voz *desponsatio* véase J. GAUDEMET, 1993, 76-77, 194 y 220-221 y P. REYNOLDS, 1994, 316-326

49 *Can*. 98 recientemente editado por D. OHME, 2013.

a finales del siglo IX, en Bizancio, León el Sabio exigiría la misma edad para la celebración de dichos esponsales que la exigida para casarse[50]. En el medio y tardo Imperio Bizantino (ss. VII-XV), como señala E. Papagiannis al analizar la práctica registrada en los tribunales eclesiásticos, los esponsales bendecidos por la Iglesia tenían, desde un punto de vista patrimonial, a menudo los mismos efectos que el matrimonio[51]. En Occidente, los esponsales también servían al mismo objetivo, y entre los visigodos, a pesar de las incertezas que tenemos al respecto, los esponsales son un compromiso muy semejante al matrimonio y que produce prácticamente las mismas obligaciones, algo semejante a lo que ocurrirá durante toda la alta Edad Media en las penínsulas Ibérica e Itálica[52]. Por esta especial configuración se habla a menudo de este matrimonio como un matrimonio por etapas, en el que ya desde el principio, desde los esponsales, comienzan a generarse algunos de los efectos que se completan en el último paso del proceso. En cualquier caso, en los esponsales se fija y asegura la elección del cónyuge y las transferencias de bienes que se llevarían a cabo con ocasión del matrimonio, si es que no en el mismo acto de los esponsales, como a menudo al parecer sucedía en Bizancio[53].

Ya cerca del fin del primer milenio y en el segundo, en Occidente y en Oriente, la presión social de los linajes formados a partir de esa época se hace cada vez más evidente. En aras a asegurar una determinada estrategia familiar a menudo estas estructuras familiares o suprafamiliares lograban escapar a las normas impuestas por la Iglesia o el poder secular. En la península Ibérica el límite etario de los siete años impuesto para los esponsales era en ocasiones vulnerado, sobre todo por esos estamentos superiores[54]. En Bizancio, la cuestión es particularmente llamativa. Era frecuente que los esponsales e incluso la vida en común se materializaran antes de la edad legal. En especial desde la época media y tardía (ss. VII-XV), sabemos que los padres cerraban el trato del matrimonio de sus hijos cuando éstos aún no alcanzaban la pubertad y muchas veces antes de los siete años[55].

---

50 *N. León* 74 y 109 [editadas por P. NOAILLES, 1944] esta norma no afecta a los esponsales no bendecidos que podían seguir celebrándose a los siete años tanto de la esposa como del esposo. Para el análisis de estas disposiciones véase K. MPOURDARA, 2011, 27 ss.

51 E. PAPAGIANNI, 1997, 8; véase también A. LAIOU, 1986, 280-298.

52 Véase P. KING, 1981, 253-255, M. BERMEJO CASTRILLO, 1996, 155-160, M. GUERRA MEDICI, 1986, 96 ss.

53 E. PAPAGIANNI, 1997, 10-11, señala que los esponsales no bendecidos normalmente tenían por objeto constituir garantías patrimoniales como la entrega de arras o la estipulación de cláusulas penales en caso de disolución injusta. También señala que en los esponsales no bendecidos, como corrientemente sucedía en los bendecidos, era practicada la trasferencia personal del yerno a la casa de la familia de la esposa (véase n. 55) por último, que en ocasiones no sólo hay un acuerdo sobre la dote o la conclusión del contrato matrimonial, también la entrega de los aportes, tanto el femenino como el masculino.

54 M. BERMEJO CASTRILLO, 1996, 159.

55 En efecto, en Bizancio, en especial en el periodo tardío, se hizo frecuente que el yerno se incorporara al hogar de la familia de origen de la mujer, incluso antes del matrimonio, una

El matrimonio como momento de distribución patrimonial no podía consolidarse antes de la edad legal, pero el negocio previo, los acuerdos que asegurasen en alguna medida dicha estrategia, comenzaban muy temprano. No obstante, precisamente por su carácter estratégico, eventualmente los acuerdos entre familias que se materializaban en los esponsales podían ser dejados sin efecto por causas justificadas[56]. En Oriente, se observa claramente que, en la práctica, entre dichas causas se encontraba el cambio de las situaciones que dieron pie al acuerdo y que hacen que éste pierda el carácter beneficioso para alguna de las partes. Así, por ejemplo, podía admitirse que una familia dejase sin efecto los esponsales por haber padecido, la otra familia, infortunios económicos que mermaran su solvencia o que hicieran poco recomendable la unión matrimonial acordada[57]. El carácter negocial de los esponsales no puede cuestionarse, no sólo por estas medidas, sino también por su contenido eminentemente patrimonial. Los esponsales en definitiva son un acuerdo previo sobre las condiciones patrimoniales de una alianza entre familias y su objetivo es fijar los términos y beneficios que obtendrá cada una de dicho negocio. Una buena alianza podía asegurar la estabilidad patrimonial de una familia y una mala podía hundirla.

b. Impedimentos por causa de parentesco

Además de los impedimentos clásicos de la jurisprudencia romana –que siguieron vigentes en el derecho posterior siempre que fueran compatibles con la nueva moral cristiana– nos interesa sobre todo tratar aquí de los impedimentos por causa de parentesco que, si bien estaban asimismo presentes en el derecho romano desde la época arcaica, sufrirán importantes modificaciones.

---

vez celebrados los esponsales (ἐσωγαμβρίας, del griego *eso*: dentro y *gambros*: yerno). Esta figura se asocia a la mujer que se casa indotada o cuya dote consiste en una promesa del padre de una cuota de la herencia. Estas cuestiones eran a menudo establecidas en el propio contrato matrimonial donde se fijaba desde la residencia hasta la persona del administrador de los bienes de la nueva familia, a veces son los suegros, los padres e incluso otro familiar (Para los términos de este acuerdo y otros vinculados al contrato matrimonial, E. PAPAGIANNI, 1997, 90 ss y 165 ss.). Por ejemplo, la figura del προικοανάδοχος que al parecer designaba, tardíamente, al administrador de la dote mientras el hombre es menor de edad: R. MACRIDES, 1992, 95. E. PAPAGIANNI, 1997, 62 ss., hace una revisión crítica de la definición de R. Macrides.

56 Entre los visigodos la ruptura de la promesa acarreaba durísimas sanciones. Pueden verse ejemplos de las consecuencias del incumplimiento de la promesa de esponsales en la península Ibérica en J. GARCÍA GONZÁLEZ, 1953, 611-642 y M. BERMEJO CASTRILLO, 1996, 159-163.

57 A. LAIOU, 1992, 21 ss.; J. C. CHEYNET, 1998, 56 ss.

Los impedimentos matrimoniales por causa de parentesco, desde la regulación de Constantino y Constancio que prohibió el matrimonio entre tío con su sobrina[58], experimentarán tanto en Oriente como en Occidente una continua expansión en cuanto a los grados de parentesco en los cuales estaba proscrito hacer la elección de cónyuge. No sólo respecto de los grados de parentesco por sangre, también los impedimentos matrimoniales relativos al parentesco por afinidad y al nuevo parentesco espiritual (por causa del bautismo) vieron incrementado su alcance progresivamente. La Iglesia en un principio no prestó una atención particular sobre la regulación de los impedimentos matrimoniales dejándolos al poder secular. En Oriente sólo a partir del siglo VII se ocupó de la cuestión con detenimiento, hasta entonces sólo abordó dos cuestiones no solucionadas por el derecho secular: el matrimonio sucesivo de una persona con dos hermanas o hermanos y el del tío con la sobrina, que había sido permitido por el emperador Claudio.

En el Concilio de Trullo o Quinisexto, a finales del siglo VII, la Iglesia introducirá innovaciones en materia de prohibiciones. En el canon 54 se contempla la prohibición de matrimonio con parientes de hasta el cuarto grado colateral, además de algunas normas relativas al parentesco por afinidad y «cuasi afinidad», esto es, de los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. El parentesco espiritual, es decir aquel generado por el bautismo, había sido reconocido por primera vez en la legislación por Justiniano respecto del matrimonio entre padrino o madrina y su ahijado o ahijada[59]. El canon 53, amplía la prohibición al matrimonio entre el padrino o madrina con la madre o el padre del ahijado. La *Ecloga* recogerá estos impedimentos ampliándolos hasta el sexto grado para parientes consanguíneos[60]. Posteriormente la obra legislativa de los emperadores macedonios, no obstante el retorno al derecho justinianeo, mantendrá estos impedimentos.

En Occidente la situación es similar. Los impedimentos por consanguinidad también se situarán en general en el sexto grado colateral[61]. En cuanto al parentesco espiritual, El canon 53 del concilio de Trullo, fue introducido en Occidente por el papa Gregorio II en 720 y a petición del mismo papa, Liutprando introdujo el impedimento por parentesco espiritual por primera vez en la legislación secular occidental[62]. A estos impedimentos hay que sumar el de parentesco por afinidad que también experimenta cierta inflación, sobre todo, como veremos, a principios del segundo milenio.

---

58 Cth. 3.12.1.
59 CI. 5.4.26.
60 *Ecloga* 2.2.
61 Véase *Roth*. 185, *Liut*. 33, 34 , LV. 3.5.1.
62 J. GAUDEMET, 1993, 120-122 y 237 ss.

Es difícil saber cuáles son las motivaciones exactas de estos impedimentos y su crecimiento. En el marco Bizantino algunos autores creen que este continuo crecimiento del rango de la prohibición matrimonial se debió a razones religiosas y morales que arrancan desde la época de Constantino el Grande. Desde entonces hasta finales del siglo X la extensión de los grados prohibidos no estaría especialmente determinada por intereses político-económicos –como es el de evitar la concentración de poder en un grupo de familias– en la medida que dichas estrategias eran funcionalmente reemplazables por matrimonios cruzados entre miembros de distintas familias. Sin embargo, en el ocaso del milenio, exactamente en 997, en Constantinopla fue publicado el *Tomos* del patriarca Sisinnios II, el cual contiene una extensión de los grados de parentesco prohibidos por afinidad y sobre todo por cuasi afinidad, llevándolo hasta el sexto grado (matrimonio de dos hermanos o hermanas con dos primo(a)s hermano(a)(s) y más aún). El patriarca Sisinnios concluye que cualquier matrimonio que acarree confusión de nombres de parentela, es decir, cuando una persona tenga respecto de otra más de una relación de parentesco nominada, es ilícito. Por ejemplo, alguien que es primo y cuñado respecto de una misma persona[63]. En lo que respecta a Bizancio, es aquí donde se produce un cambio cualitativo en lo que a los impedimentos matrimoniales se refiere. Se trata de una nueva tendencia que marca el comienzo de una nueva iniciativa legislativa de la Iglesia, secundada por el poder público, que creará sobre el particular una legislación paralela a la imperial. Por ese motivo se puede caracterizar este momento como el inicio de una segunda etapa en la evolución de los impedimentos matrimoniales por parentesco, no ya impulsada por motivos morales o religiosos que mantienen una inercia estructural desde la Antigüedad tardía, sino por nuevos motivos. En efecto, se trata de razones sociales, políticas, económicas y religiosas que tienden, fundamentalmente, a impedir la acumulación de grandes capitales en las familias aristocráticas[64].

---

63 Este será desde entonces el criterio, fácilmente manipulable, usado por excelencia para distinguir matrimonios lícitos de ilícitos en Bizancio, véase C. PITSAKIS, 2006,307 ss.

64 Estas prohibiciones derivan en el fortalecimiento de la familia nuclear, más cuidadosas y delicadas negociaciones matrimoniales y una gran importancia del grupo de los afines. Según A. Laiou, las prohibiciones mencionadas sólo refuerzan las prácticas exogámicas, pero tienen pocos efectos en la potencial reconstitución del patrimonio, pues los matrimonios entre miembros de dos o más familias puede tener el mismo efecto que el matrimonio entre consanguíneos, es decir que se puede producir el mismo efecto de reconstitución del patrimonio. Por eso podríamos decir que en términos patrimoniales son funcionalmente endogámicos. La prohibición del Patriarca Sisinnios, en cambio, impide dicha reconstitución. Eso no significa que fuera respetada en la práctica, la prohibición es muestra de la tensión entre los intereses de los poderes públicos y las estrategias familiares tendentes a la concentración de la riqueza. A. LAIOU, 1998, 132 ss. Sobre los impedimentos y su evolución, en el ámbito bizantino son muy ilustrativos los trabajos de C. PITSAKIS, 2006; C. PITSAKIS, 1985 en especial**,** 23-50; C. PITSAKIS, 1989, 217-236; A. SCHMINCK, 1977, 215-254; A. LAIOU, 1992*,* 21-66.

Este mismo fenómeno se desarrolla en Occidente. La tensión entre los intereses de la nobleza y las concepciones eclesiásticas sobre la familia y el matrimonio llevaron también a ampliar el ámbito de las prohibiciones y a aumentar el control de la Iglesia sobre el matrimonio. En efecto, después del cisma de 1054, pocas décadas después de la publicación del *Tomos* del patriarca Sisinnios, entre 1063 y 1076, la Iglesia occidental amplía el rango de las prohibiciones a través de un método diferente, cual es el de la adopción del llamado sistema germánico o canónico de cuantificación de grados de parentesco. En efecto, producto de este desarrollo teórico y práctico de la institución del matrimonio, sobre todo a partir del segundo milenio, como ha puesto de manifiesto George Duby, la tensión entre las concepciones de la nobleza y del clero se hace manifiesta[65]. El interés por la concentración patrimonial empujaba al mundo laico a manejar el matrimonio como una herramienta para tal objetivo, al fin y al cabo el mundo feudal se basaba en esa cohesión. El matrimonio, pues, era útil en cuanto generador de alianzas, pero perjudicial en cuanto generador de nuevos núcleos conyugales y división del patrimonio. El choque se materializaba en la constricción al celibato que podía sufrir parte de la prole para garantizar la estabilidad del patrimonio, o el control de la dispersión patrimonial mediante dotes u otras asignaciones que excluyeran a los beneficiarios de la herencia familiar. Esta tensión se verá mucho más acentuada desde el siglo XI en adelante y provocará una mayor preocupación por la reglamentación del matrimonio y en general por la definición de su papel en la sociedad[66].

Hasta el periodo carolingio, incluido éste, los clérigos y estudiosos no se manifestaron excesivamente preocupados por la cuestión del parentesco y tampoco lo extendieron mucho más de lo que era común durante la Antigüedad tardía. Como hemos señalado, sólo desde el siglo VIII se suma a estos impedimentos, que Toubert califica como de «corto radio de acción», el parentesco espiritual que, como nuevo elemento del sistema, incorporó al ámbito de las prohibiciones a los parientes del padrino. Desde el siglo IX, con el incipiente renacer de la memoria genealógica y con la formación de los linajes, se observa una mayor preocupación respecto de las prohibiciones, su formulación teórica y su aplicación práctica. Es entonces cuando la conocida tesis de Jack Goody sobre la influencia de la Iglesia en la formación de las estructuras familiares occidentales podría ser plausible[67]. Asimismo, lo que se dice para el caso occidental también puede, hasta cierto punto, predicarse para Bizancio, pues allí también se da esa tensión creciente entre la aristocracia, la Iglesia y el poder público (este último es muy relevante sobre todo en el caso bizantino). Las grandes familias procuraban resguardar

---

65 Véase n. 43.
66 C. BROOKE, 1991, 129 ss. Para los impedimentos véase P. PETOT, 1992, 254-269.
67 GOODY, 1983.

su poder y las reglas, eclesiásticas en su mayoría, sobre la conducta y moral matrimonial atentaban contra tal objetivo. La prohibición del divorcio (relativa en Bizancio, pues se permitía hasta por tres veces) y la reticencia a las segundas nupcias son claros ejemplos de proscripciones que atentaron contra las estrategias patrimoniales de las grandes familias. La amplitud de los grados de parentesco prohibidos para el matrimonio, en especial desde la adopción del sistema germánico de medición de grados de parentesco y de la promulgación del Tomos de Sisinnios, según sea el occidente y el oriente cristiano, es uno de los grandes obstáculos puestos por la Iglesia a las familias poderosas, naturalmente proclives a la endogamia para evitar la dispersión patrimonial.

3. CONCLUSIONES

En el contexto tardoantiguo, que coloca a la familia nuclear como una unidad jurídica, moral y económica bien definida (aunque no la única), el matrimonio cobra una importancia fundamental. Es natural que así sea cuando es precisamente el matrimonio el momento que da vida a dicha unidad. La paulatina cristianización del matrimonio acentúa esta importancia al hacer del matrimonio una unión de difícil disolución a la que se accede en un acto y en la que se permanece aunque la voluntad de los cónyuges y sus familias ya no esté orientada en ese sentido.

El momento de la constitución pues se torna cada vez más relevante y la Iglesia acrecienta su control sobre las cuestiones fundamentales de su validez como los impedimentos por parentesco. Ese control y la necesidad de definir claramente la institución matrimonial se ven animados por la dinámica social que trajo el fin del primer milenio en los dos lados de la Cristiandad, hasta ese momento el interés del legislador secular y canónico sobre estas cuestiones no era excesivamente llamativo, aunque sí constantemente al alza. Las grandes familias, los grandes linajes, generaron la tensión entre las concepciones eclesiásticas y las necesidades estratégicas de dichos grupos de parientes sobre todo desde el siglo IX y X. En ese contexto las cuestiones relativas a los esponsales son de gran relevancia, pues en ellos se centran las estrategias patrimoniales de las familias. Esta es una realidad compartida por el oriente y el occidente cristiano. En ambos lados de la Cristiandad los esponsales se consideran, junto al matrimonio, como parte del mismo negocio. De ahí que algunos de sus efectos, sobre todo patrimoniales se vean asimilados a los del matrimonio. Por último y por las mismas razones, los impedimentos por causa de parentesco ocuparán un lugar importante en el desarrollo del derecho canónico tanto en el ámbito bizantino como en la Cristiandad occidental de esa época. Se elevarán exponencialmente los grados de prohibición tanto en uno como en el otro en épocas muy próximas (en el s. X en Bizancio, en el XI en la Europa latina); a la vez que las medidas de control y publicidad del matrimonio y la definición de una doctrina canónica se desarrollaban y afinaban.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANGOLD, Michael (edit.) (1984). *The Byzantine Aristocracy IX to XIII Centuries*. Oxford: B.A.R.

AZZARA, Claudio y GASPARRI, Stefano (2005). *Le leggi dei Longobardi. Storia, memoria e diritto di un popolo germanico*. Roma: Viella, segunda edición.

BELLOMO, Manlio (1970). La *condizione giuridica della donna in Italia: Vicende antiche e moderne*. Torino: Eri.

BERMEJO CASTRILLO, Manuel (1996). *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

BESTA, Enrico (1962). *La Famiglia nella storia del diritto italiano.* Milano: Giuffre, segunda edición.

BROOKE, Christopher (1991). *Il matrimonio nel Medioevo*, Trad. Gino Scatasta. Bologna: Il mulino.

BURGMANN, Ludwig (1983). *Ecloga: das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos' V*. Frankfurt a. M.: Lowenklau-Gesellschaft.

CASTRO SÁENZ, Alfonso (2001). «Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: un estudio comparativo», *Revista de estudios histórico-jurídicos* 23: pp. 75-112.

CHEYNET, Jean-Claude (1998). «Aristocratie et héritage (XIe- XIIIe siècle)». En: BEAUCAMP, J. y DAGRON, G. *La transmission du patrimoine: Byzance et l'aire méditerranéenne*. Paris: De Boccard, pp. 53-80.

COONTZ, Stephanie (2006). *Historia del matrimonio. Cómo el amor conquistó el mundo*. Trad. Alcira Bixio. Barcelona: Gedisa.

CORTESE, Ennio (1955-1956). «Per la storia del mundio in Italia», *Rivista italiana per le scienze giuidiche 9-10*: pp. 323-474.

CORTESE, Ennio (1997). *Il diritto nella storia medievale, I L'alto medioevo*. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, primera edición, segunda reimpresión.

CHRISTOPHILOPOULOU, Aikaterini (2004). Το πολίτευμα και οι θεσμοί της βυζαντινής αυτοκρατορίας 324-1204. Κράτος, διοίκηση, οικονομία, κοινωνία. Atenas: Edición privada.

DELOGU, Paolo (2001). «L'Editto di Rotari e la società del VII secolo». En: ARCE, J. y DELOGU, P. (edits.), *Visigoti e Longobardi*. Firenze: All'insegna del giglio, pp. 329-55

DI RENZO VILLATA, Gigliola (1995). «Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno». En *Digesto IV, Discipline privatistiche*. Turin: Utet, pp. 457-527

DILLARD, Heath (1993). *La mujer en la Reconquista* (Trad. Concepcion Fernandez). Madrid: Nerea.

DUBY, Georges (1981). *Le chevalier, la femme et le prêtre*. París: Hachette litterature generale.

DUBY, Georges (1988). «Il matrimonio nella società dell'Alto Medioevo». En: DUBY, G., *Medioevo maschio: amore e matrimonio* (Trad. Maria Garin). Roma: Laterza, primera edición: pp. 5-25. La versión original es francesa y apareció en un volumen interesantísimo dedicado al matrimonio altomedieval: DUBY, Georges (1977). «Le mariage dans la société duhaut Moyen Âge occidental», en VVAA. *Il matrimonio nella società*

altomedievale, Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'alto Medioevo 24. Spoleto: Centro italiano di studi sull' alto medioevo: pp.13-39.

Evans Grubbs, Judith (1999). *Law and Family in Late Antiquity, the Emperor Constantine's Marriage Legislation*. Oxford: Oxford University Press, primera edición.

Gacto Fernández, Enrique (1975). *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y los fueros de León y Castilla.* Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

García González, Juan, (1953). «El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la historia del derecho español», *Anuario de historia del derecho español 23*: pp. 611-642.

Gaudemet, Jean (1993). *El matrimonio en Occidente* (Trad. Maria Barberan y Florentino Trapero). Madrid: Taurus.

Gaudemet, Jean (1962). «Les transformations de la vie familiale au Bas-Empire et l'influence de Christianisme», *Romanitas 5*: 58-85. Ahora en EL MISMO (1979). *Études de droit romain, III*. Napoli: Jovene: pp.281-310

Goody, Jack (1983). *The Development of the Family and Marriage in Europe.* Cambridge: Cambridge University Press, primera edición. En castellano (1986). *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*. Barcelona: Editorial Herder.

Goria, Fausto (1980). *Tradizione romana e innovazioni bizantine nel diritto privato dell'Ecloga privata aucta*. Frankfurt a. M.: Klostermann.

Guerra Medici, Maria Teresa (1986). *I Diritti delle donne nella società altomedievale*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane.

Guichard, Pierre (1988). «La Europa bárbara». En: Burguière, André - Zonabend Francoise - Klapisch-Zuber, Christine - Segalen Martine et al. (edit.), *Historia de la familia*. vol I. Madrid: Alianza: 287-342.

Haldon, John (1997). *Byzantium in the seventh century: the transformation of a culture*. Cambridge: Cambridge University Press, edición revisada.

Herrin, Judith (2002). *Mujeres en púrpura* (Trad. Carmen Martínez Gimeno). Madrid: Taurus.

Kaplan, Michel (1992). *Les Hommes et la terre à Byzance du VIe au XIe siècle*. París: Publications de la Sorbonne.

Kazhdan Alexander y Ronchey, Silvia (1997). *L'aristocrazia bizantina. Dal principio dell'XI alle fine del XII secolo*. Palermo: Nuovo prisma, segunda edición.

King, Paul (1981). *Derecho y sociedad en el reino visigodo*. Madrid: Alianza Editorial.

Laiou-Thomadakis, Angeliki (1977) *Peasant Society in the Late Byzantine Empire*. New Jersey: Princeton University Press.

Laiou, Angeliki (1986). «Ο θεσμός της μνηστείας στο δέκατο τρίτο αιώνα». En: Kremmidas, Basilis (ed.) Αφιέρωμα στον Νίκο Σβορώνο Ι. Rétino: Panepistimiakes Ekdoseis Kritis: 280-298.

Laiou, Angeliki (1992). *Mariage, amour et parenté à Byzance aux XI.º - XIII.º siècles*. Paris: De Boccard.

Laiou, A. (1993). «Sex, Consent and Coercion in Byzantium». En: Laiou, A. (ed.). *Consent and coercion to sex and marriage in ancient and medieval societies*. Washington DC.: Dumbarton Oaks Research Library and Collection: 109-222.

Laiou, Angeliki (1998). «Marriage prohibitions, marriage strategies, and the dowry in thirteenth-century Byzantium». En: Beaucamp, Jöelle y Dagron, Gilbert (edit.), *La*

transmission du patrimoine: Byzance et l'aire méditerranéenne. Paris: De Boccard: 129–160.

LAIOU, Angeliki (2002). «The Agrarian Economy, Thirteenth-Fifteenth Centuries». En: *The Economic History of Byzantium from the Seventh Trough the Fifteenth Century.* Washington DC.: Dumbarton Oaks Studies: pp. 311-375.

LEFORT, Jacques (2002). «The rural economy, Seventh-twelfth centuries». En LAIOU, Angeliki (ed.), *The Economic History of Byzantium from the Seventh Trough the Fifteenth Century*. Washington DC.: Dumbarton Oaks Studies: 231-310.

LEVEROTTI, Franca (2005). *Famiglia e Instituzioni nel Medioevo italiano*. Roma: Carocci.

LÉVI-STRAUSS, Claude (1949). *Les structures élémentaires de la parenté*. París: Presses universitaires de France, primera edición.

MACRIDES, Ruth (1992). «Dowry and Inheritance in the Late Period: some cases from the Patriarchal Register». En: SIMON, Dieter (edit.), *Eherecht und Familiengut in Antike und Mittelalter.* München: R. Oldenbourg: 89-98.

MASTRANGELO, Giulio (2011). *La condizione giuridica della donna nelle leggi longobarde e negli usi matrimoniali in terra d'Otranto*. Massafra: Dellisanti.

MPOURDARA, Kelly (2011). Η διάκριση των φύλων ως κριτήριο στις ρυθμίσεις των νεαρών Λέοντος ΣΤ' Σοφού. Atenas/Komotini: Sákkoula.

NOAILLES, Pierre (1944). *Les nouvelles de Leon VI le Sage*. Paris: Soc. d'edition Les Belles Lettres.

OHME, Heinz (2013). *Concilium Constantinopolitanum a. 691-2 in Trullo Habitum*. Berlin: De Gruyter.

OWEN HUGHES, Diane (1996). «Il Matrimonio nell'Italia medievale». En DE GIORGIO, Michaela y KLAPISCH-ZUBER, Christiane (edit.), *Storia del matrimonio.* Roma: Laterza: 1-15

PAPAGIANNI, Eleftheria (1997). Η νομολογία τον Εκκλησιαστικών δικαστηρίων της βυζαντινής καί μεταβυζαντινής περιόδου σέ θέματα περιουσιακού δικαίου ΙΙ: Οικογενειακό δίκαιο. Atenas/Komotini: Sákkoula.

PATLAGEAN, Éveliyne (1977). *Pauvreté économique et pauvreté sociale à Byzance, 4e-7e siècles*. París: Mouton.

PATLAGEAN, Éveliyne (1984). *Les debuts d'une aristocratie byzantine et le témoignage de l'historiographie*. En: ANGOLD, Michael (edit.) (1984). *The Byzantine Aristocracy IX to XIII Centuries*. Oxford: B.A.R: 23-43

PETOT, Pierre (1992). *Histoire du droit privé français. La Famille.* París: Loysel.

PITSAKIS, Constantinos (1985). Τὸ κώλυμα γάμου λόγῳ συγγενείας ἑβδόμου βαθμῦ ἐξ αἵματος στο βυζαντινὸ δίκαιο. Atenas/Komotini: Sákkoula.

PITSAKIS, Constantinos (1989). «Παίζοντες εἰς ἀλλοτρίους βίους. Δίκαιο καὶ πρακτικὴ τῶν γαμικῶν κωλυμάτων στο Βυζάντιο: ἡ τομή». En: VVAA, Η καθημερινὴ ζωὴ στὸ Βυζάντιο. Atenas: Ch. Angelide: 217-236.

PITSAKIS, Constantinos (2006). «Parentés en dehors de la parenté: formes de parenté d'origine extralégislative en droit byzantin et post-byzantin», en BRESSON, Alain et. al. (edit.), Parenté et société dans le monde grec de l'Antiquité à l'âge moderne (París, De Boccard), pp. 297-325.

REYNOLDS, Philip (1994). *Marriage in the Western Church: The Christianization of Marriage During the Patristic and Early Medieval Periods*. Leiden: E.J. Brill.

SCHELTEMA, H – HOLWERDA, D. – VAN DER WAL, N., (1953-1988) *Basilicorum libri LX. Series A*. Groningen: Wolters.

SCHMINCK, Andreas (1977). «Kritik am Tomos des Sisinnios». En: VVAA., *Fontes Minores II*. Frankfurt am Main: V. Klostermann: 215-254.

SCHMINCK, Andreas (1986). *Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsbüchern*. Frankfurt a.M.: Lowenklau.

SIMON, D. – TROIANOS, S. (1977). «Eklogadion und Ecloga Privata aucta». En: VVAA., *Fontes Minores II*. Frankfurt am Main: V. Klostermann: 45-86.

SKINNER, Patricia (2001). *Women in Medieval Italian Society 500-1200.* Harlow: Pearson Education.

TOUBERT, Pierre (1988). «El momento carolingio». En: BURGUIÈRE, André - ZONABEND Francoise - KLAPISCH-ZUBER, Christine - SEGALEN Martine et al. (edit.), *Historia de la familia, vol I*. Madrid, Alianza: 345-374.

TOUBERT, Pierre (2006). «La teoría del matrimonio de los moralistas carolingios». En: *Europa en su primer crecimiento: De Carlomagno al año mil* (Trad. Antoni Domenech). Valencia: Universitat de Valencia: 254-287. La versión original se encuentra en: TOUBERT, P. (1977). «La théorie du mariage chez les moralistes carolingiens». En: VVAA. I*l matrimonio nella società altomedievale, Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'alto Medioevo 24*. Spoleto: Centro italiano di studi sull' alto medioevo: 233-285.

TROIANOS, Spiros, (1983) «Το συναινετικό διαζύγιο στο Βυζάντιο». Βυζαντιακά 3: 9-2.

TROIANOS, Spiros (1991). «Οι λόγοι διαζυγίου στο νομολογιακό έργο του Ιωάννου Αποκαύκου». Βυζαντιακά *16*: pp. 43-63.

TROIANOS, Spiros (2010). Ιστορία Δικαίου. Atenas: Nomikí Bibliothíki.

TROIANOS, Spiros (2011). Η πηγές του βυζαντινού δικαίου. Atenas/Komotini: Sakkoula, tercera edición revisada.

VEYNE, Paul (1978). «La famille et l'amour sous le Haut-Empire romain». *Annales Économies, Sociétés, Civilisations 33*: 35-63. Hay una versión española en VEYNE, Paul (1991) *La sociedad romana.* Madrid: Mondadori.

VIAL-DUMAS, Manuel (2010) «Familia, muerte y matrimonio, de la familia extensa de la Roma arcaica a la familia nuclear de la Antigüedad tardía». *Revista chilena de historia del derecho 22*: 287-317.

VIAL-DUMAS, Manuel (2014a). «La revolución de la herencia en la Antigüedad tardía». *Ius Fugit 17*: 293-311.

VIAL-DUMAS, Manuel (2014b). «Parents, Children and Law, Patria Potestas and Emancipation in the Christian Mediterranean at Late Antiquity and Early Middle Ages». *Journal of Family History 39*. Vol. 4: 307-329.

WICKHAM, Christopher (2009). *Una nueva historia de la Alta Edad Media. Europa y el mundo mediterráneo, 400-800*. Barcelona: Crítica.

ZACHARIA, Karl (1837*). Imperatorum Basilii, Constantini et Leonis Prochiron.* Heidelberg: J.C.B. Mohr.

ZACHARIA, Karl (1852). *Collectio librorum juris graeco-romani ineditorum*. Leipzig: Barth.

ZEPOS, Ioannes.y ZEPOS, Panagiotes (1931). *Jus Graecoromanum tomo II.* Atenas: Phexis. Hay una segunda edición de 1962.

Ivs Fvgit, 18, 2015, pp. 167-188
ISSN: 1132-8975

LA PENA DE MUERTE SEGÚN LOS INTELECTUALES DE BUENOS AIRES DURANTE LA DÉCADA DE 1820. EL APORTE DE VALENTÍN ALSINA

Natalia Elisa STRINGINI
Universidad de Buenos Aires

INTRODUCCIÓN

El panorama intelectual de Buenos Aires en la década de 1820 se caracterizó por la presencia de un profundo debate académico sobre ciertas cuestiones penales como la organización de la justicia y del procedimiento criminal, la redacción del código penal, la forma en que debían concebirse el delito y la pena y la continuidad o abolición de la pena de muerte, entre otros[1].

[1] Los debates sobre las instituciones jurídicas penales heredadas que se confrontaban con el nuevo derecho penal propuesto desde el siglo XVIII, formaron parte de un proyecto mayor de reformas de cuño liberal e ilustrado que se pretendió implementar en la provincia de Buenos Aires y que tuvo a Bernardino Rivadavia como su principal, aunque no único, protagonista. (M. P. COWEN, 2004, 14-15; T. HALPERIN DONGHI, 2011, 352-379; J. C. CHIARAMONTE, 2007, 180; J. L. ROMERO, 1994, 93; L. CAIMARI, 2012, 36; O. BARRENECHE, 2001, 144). Las fuentes de la época dejaron en claro cuáles fueron los objetivos de los hombres de gobierno: un discurso del gobernador Dorrego a la legislatura de Buenos Aires, del día 18 de mayo de 1825, señaló el fundamento de sus decisiones: «Nuestra posición en esta grande época hace de una inmensa trascendencia los ejemplos que deis en el ejercicio de vuestras funciones. Es preciso demostrar que las instituciones liberales no sólo son las más propias para hacer felices y prósperos a los pueblos, sino que ellas elevan sus ánimos y les inspiran una energía tremenda e irresistible cuando llega el momento de venerar el honor nacional». Provincia de Buenos Aires 1976, 40-41. De igual manera, un decreto firmado por el gobernador Las Heras sostuvo que se sentía cada vez más la conveniencia de preparar los códigos sin los cuales era imposible obtener el mayor bien que la provincia podía exigir. (R. LEVENE 1949, 392). En el mismo sentido, Bernardino Rivadavia, convencido de la necesidad de cambiar algunos aspectos de la legislación, encargó a la Cámara de Justicia un examen de los aspectos que involucraban la administración de justicia y la sanción de un código penal y otro civil. (R. LEVENE, 1952, 271).

Sus representantes encontraron en la naciente Universidad de Buenos Aires y en la Academia de Jurisprudencia espacios de reflexión y dejaron plasmadas en las tesis doctorales, discursos y clases universitarias las diferentes opiniones que tuvieron sobre estas cuestiones, respondiendo a las corrientes de pensamiento que circulaban por entonces[2].

Uno de los temas objeto de discusión fue el de la pena de muerte, como parte de un debate mayor que ponía en tela de juicio la forma en que se había llevado a cabo el castigo de los delitos y proponía una nueva concepción del *ius puniendi*. Este intercambio de opiniones se deslizó entre las voces que criticaron la pena capital y clamaron por su abolición, pues la consideraron como un castigo inhumano e irreversible, y aquellas otras que pensaron que su desaparición era utópica, por la sociedad inestable e institucionalmente precaria en la que vivían, y desacertada pues aún mantenía cierta eficacia en la vindicta de los delitos graves[3].

Entre las figuras que se destacaron en la década de los veinte estuvo Valentín Alsina, un abogado porteño que vivió entre los años 1802 y 1869 y una figura relevante no sólo por la importante vida política que tuvo tras la sanción de la Constitución Nacional de 1853 y por constituirse en vocero de la élite porteña en la formación de Estado argentino, sino también por la labor que desarrolló como jurista y hombre de derecho.

Además de la actividad llevada a cabo como abogado, que le valió notoriedad y fama en el foro, de la realizada como periodista, funcionario y de la ejercida como profesor en la Universidad de Buenos Aires[4], Alsina tuvo una destacada intervención en la Academia de Jurisprudencia donde disertó sobre lo favorable que era continuar con la utilización de la pena de muerte con argumentos expuestos con minuciosa dedicación y destacada fundamentación.

Es este discurso, pronunciado el 15 de abril de 1828, el objeto sobre el cual recae la pretensión del presente estudio: desarrollar los fundamentos esgrimidos para mantener la pena de muerte e interpretar de qué manera el pensamiento jurídico de este abogado fue representativo de la opinión que circulaba en Buenos Aires en los ámbitos donde se enseñaba y se discutía el derecho.

BIOGRAFÍA Y FORMACIÓN INTELECTUAL DE VALENTÍN ALSINA

Valentín Alsina, hijo de María Pastora Ruano y de Juan de Alsina, agrimensor general del virreinato, nació en Buenos Aires en 1802. La pensión que recibió su madre en recompensa a los servicios que había prestado su esposo en las invasiones inglesas, le permitió a Valentín iniciar los estudios en el Colegio San Carlos,

---

2 O. BARRENECHE, 2001, 143.
3 L. CAIMARI, 2012, 38.
4 *La Gaceta Mercantil*, 12 de julio de 1834.

donde se enseñaba gramática, latinidad, filosofía y teología, y continuarlos en el Colegio Monserrat de Córdoba, donde estuvo matriculado entre los años 1817 y 1819[5]. Su paso por la Universidad de Buenos Aires se completó en 1825 cuando obtuvo el grado de bachiller en leyes[6].

Durante su juventud, y tras haberse recibido de abogado, Alsina se dedicó, entre otras cosas, a su profesión. Participó en pleitos como el juicio criminal contra los hermanos Yáñez, acusados del homicidio de Estanislao Urueta[7], y el de carácter civil de Diego Sosa, segundo marido de su madre, entre otros[8]. Además prestó asesoramiento en cuestiones jurídicas como la que involucraba a Isabel Alzaga de Elía sobre desalojo[9].

En 1831 trabajó en la famosa defensa del coronel Rojas, un jefe de la independencia que había sido condenado a muerte por el delito de uxoricidio, logrando que la Cámara revocara la pena capital, que ella misma había dictado, por la de destierro[10].

En esta oportunidad Alsina tuvo ocasión de expresarse sobre la pena de muerte, dando cuenta de que correspondía aplicarla cuando existía plena prueba del delito y no sólo meros indicios, exigencia que, a su entender, no ocurría en la causa de Rojas. Expresamente recalcó: «¿Resulta Rojas homicida, ó cómplice voluntario del suicidio, con aquella claridad con que la luz se presenta por sí misma á los ojos? ¿Se llega a ese resultado con aquella completa seguridad con que el entendimiento, después de una actividad fatigosa, al fin descansa plenamente en la verdad que buscaba; cual descansa en las inquisiciones intelectuales cuando toca con la evidencia, como en los resultados de los análisis matemáticos? ¡Pues todo esto es necesario para imponer la pena de muerte. Y esto es imposible. Cuando no sea la convicción de la entera inocencia de Rojas, al menos grandes, fuertísimas dudas quedan en la mente acerca del crimen que se le imputa en cualquiera de ambos cargos, y desde entonces el Derecho rechaza violentamente aquella pena tremenda»[11].

---

5 M. N. CERNADAS DE BULNES, 1996, 14.

6 V. CUTOLO, 1968, voz Alsina Valentín.

7 V. ALSINA, 1834a, 1-6.

8 N. PORRO GIRARDI, 2001, 482-483.

9 A través de una nota enviada a Valentín Alsina, Marcelino Parejas solicitó «asesoramiento sobre una cuestión judicial: se trata de la pretensión de doña Isabel Alzaga de Elía que pide el desalojo de unos campos a don Mariano Calvento quien dice ser poseedor de buena fe y justo título por más de 40 años. Solicito que le dé su respuesta transmitiéndole literalmente las leyes en que se funda». (N. PORRO GIRARDI 2001, 499-501).

10 La Tribuna, 25 de julio de 1857. Explicó Cutolo que el triunfo obtenido por Alsina en la defensa de Rojas hizo que el doctor Bellemare felicitara a «la República de poseer un talento tal, cual el de este joven abogado, digno émulo de sus compañeros más antiguos en la carrera». V. CUTOLO, 1968, voz Alsina Valentín.

11 V. ALSINA, 1832, 50. Esta idea había sido señalada en el discurso que pronunció en la Academia de Jurisprudencia a favor de la continuidad de la pena de muerte diciendo «yo no admitiría en criminales digno de muerte, los indicios, por vehementes y multiplicados que sean; siguiendo en todo la sabia ley española, que exige pruebas tan claras como la luz». (V. ALSINA, 1829, 39).

Fuera del ejercicio profesional, Alsina fue director de la Biblioteca Nacional, tarea que cumplió con «celo, inteligencia, haciendo en los pocos meses que ha permanecido en él, un importante servicio»[12], y en 1834 fue designado profesor de Derecho Natural y de Gentes en la Universidad de Buenos Aires, cargo que asumió con sumo entusiasmo y dedicación dejando una excelente opinión en sus alumnos[13].

También se dedicó al periodismo[14] y tuvo cierta intervención en la vida teatral de Buenos Aires. Expresó su opinión en cuestiones como el proyecto de Ley de Elecciones de 1834, el Pacto Federal de 1831, la libre navegación de los ríos y la libertad de comercio, el fusilamiento de Camila O'Gorman, el «Facundo» de Domingo Faustino Sarmiento[15] y la soberanía argentina sobre las islas Malvinas[16].

En 1865, ya siendo adulto, participó en el proceso codificador con la redacción del Código Rural para la provincia de Buenos Aires, oportunidad para la que se valió de las opiniones de los hacendados y labradores, las necesidades existentes en la campaña y normas de derecho rural dictadas tras 1810, pues carecía de un modelo a imitar[17].

Los inicios de su vida política estuvieron representados por su participación en el gobierno de Rivadavia como subsecretario del Ministerio de Relaciones Exteriores y luego, como diputado por la provincia de Buenos Aires[18]. Tras la caída del régimen rosista, Alsina, ya de regreso en Buenos Aires, se hizo vocero de la élite porteña cuyos miembros pretendían la creación de un estado liberal y, gracias a su prestigio, participó en la política de entonces en diversos cargos públicos.

Inmediatamente de producida la batalla de Caseros, Vicente López y Planes, gobernador provisorio de la provincia de Buenos Aires, lo eligió ministro de gobierno[19]. Fue integrante de la comisión nombrada en 1854 para redactar una constitución para el Estado de Buenos Aires y designado gobernador de la provincia de Buenos Aires en dos oportunidades: 31 de octubre al 6 de diciembre de 1852 y 5 de mayo de

---

12 La Tribuna, 25 de julio de 1857.

13 La opinión de un padre de un alumno de Alsina dejó bien claro el buen concepto que había logrado el profesor: «el Dr. Alsina debe suspender tal fatal resolución y despreciar cualquiera motivos que le impelan a ella; porque ya, en cierto modo, ha contraído un compromiso con el público que iba a escucharlo, y porque está ligado a sus compatriotas que necesitan ser guiados al templo de Temis. Él es su sacerdote, él es el elegido y nada debe impedir que haga un paréntesis en sus negocios, que haga este sacrificio de causas subalternas al bien público en obsequio a él que es su guía.». *La Gaceta Mercantil*, 8 de julio de 1834.

14 Fue redactor en *El Nacional* (1824-1826), *El Mensajero Argentino* (1825-1827), *El Tiempo* (1828-1829), *La Gaceta Mercantil* (1823-1852). Ya exiliado en Montevideo fue colaborador de periódicos como: *El Moderador, El Nacional, El Grito Argentino.* M. N. CERNADAS DE BULNES, 1996, 21-22; V. CUTOLO, 1968, voz ALSINA VALENTÍN.

15 M. N. CERNADAS DE BULNES, 1996, 27- 29.

16 *La Tribuna*, 25 de julio de 1857

17 A. LEVAGGI, 2013, 214; V. TAU ANZOÁTEGUI, 2008, 319-321; R. LEVENE, 1958, 658.

18 *La Gaceta Mercantil,* 1 de agosto de 1829.

19 V. CUTOLO, 1968, voz Alsina, Valentín.

1857 al 8 de noviembre de 1859. También fue vocal y presidente del Superior Tribunal de Justicia, formó parte de la comisión redactora de la reforma constitucional de 1860, senador por Buenos Aires y asesor de gobierno. Tuvo el destino de presidir la Asamblea General el día 16 de junio de 1868 cuando fueron proclamados presidente y vice de la nación Domingo Faustino Sarmiento y Adolfo Alsina, su hijo, respectivamente. Falleció en Buenos Aires el 6 de septiembre de 1869[20].

Valentín Alsina fue un hombre marcado en su juventud por el pensamiento ilustrado, las concepciones utilitaristas y del derecho natural racionalista que circulaban por Buenos Aires en la década de 1820, además de recibir el soporte ideológico formado por la antigua tradición castellano-indiana que no había desaparecido[21].

Su paso por la Universidad de Buenos Aires tuvo lugar en un momento en que la enseñanza del derecho civil se había alejado de los cánones tradicionales para recurrir a los postulados utilitaristas que proponía Pedro Somellera en su cátedra de derecho civil[22]. Por su parte, el curso de Derecho Natural y de Gentes se llevaba a cabo bajo la figura de Antonio Sáenz, representante de un ideario iusnaturalista que reconocía como supremas las libertades de los hombres[23].

Según Cernadas de Bulnes, la participación de Alsina en la sociedad secreta Valeper lo hizo entrar en contacto con una corriente de pensamiento llamada la «Ideología» desarrollada en Francia a fines de siglo XVIII bajo la inspiración de Esteban Condillac y de sus principales representantes: Pedro Cabanis y Antonio Destutt de Tracy[24]. También tuvieron influencia los postulados de

---

20 V. CUTOLO, 1968, voz Alsina, Valentín.

21 Señaló Mariluz Urquijo que el pensamiento de Alsina se ha movido «en un campo acotado por el jusnaturalismo racionalista en lo jurídico, el liberalismo en lo político y el neoclasicismo en lo literario […] Alsina comporte los ideales y preocupaciones de su generación sin alejarse demasiado de las coordenadas que pasaban por el Buenos Aires de su juventud». (J. M. MARILUZ URQUIJO, 1971, 208; N. M. CERNADAS DE BULNES, 1996, 17; J.C. CHIARAMONTE, 2007, 36). Tau Anzoátegui destacó que «durante las primeras décadas, y sobre todo entre 1810 y 1830, se percibe con fuerza la influencia de la Ilustración racionalista, a partir del último año mencionado, con el surgimiento del romanticismo y de historicismo, empezaron a atenuarse los rígidos esquemas racionalistas». (V. TAU ANZOÁTEGUI, 1977, 422-423).

22 A. PESTALARDO, 1914, 39.

23 Antonio Sáenz fue el primer rector de la Universidad y profesor de la materia Derecho Natural y de Gentes que se dictaba, junto con Derecho Civil, desde los inicios del Departamento de Jurisprudencia en 1822. Levene explicó la contribución de Antonio Sáenz con las siguientes calificaciones «profesor eminente por su erudición y dilatado saber […] El Dr. Sáenz realizó una contribución en cierto modo original, desde los puntos de vista de las relaciones del derecho de gentes y aun del derecho natural con el derecho patrio y los principios que fundamentan la existencia de nuestra Nación». (N. FASOLINO, 1968, 262). Según Pestalardo, Sáenz concebía la existencia de leyes naturales «generales e inmutables» que se acomodaban a la esencia y constitución de los sujetos a quienes se dirigían. Estos sujetos eran, por un lado, las naciones o los estados soberanos y, por otro, los individuos particulares». (A. PESTALARDO, 1914, 40-41).

24 V. TAU ANZOÁTEGUI, 1987, 33.

Constant, Bentham, Juan Manuel Fernández de Agüero, Diego Alcorta y Crisóstomo Lafinur[25].

Las ideas de estos hombres se tradujeron en un profundo reconocimiento de los derechos del hombre que expresaban el valor supremo del individuo ante la sociedad, en especial, la libertad personal, la libertad religiosa, la libertad de opinión[26], el disfrute de la propiedad y la garantía contra lo arbitrario. También se manifestaron en clara convicción acerca de la necesidad de reformar la legislación y la administración de justicia, y en relación a la importancia de utilizar la educación como forma de dejar atrás los pensamientos imprecisos y abstractos de la enseñanza religiosa[27].

Dos caracterizaciones que se hicieron sobre Alsina son suficientes para descubrir su personalidad. Estanislao Zeballos lo describió como un hombre «sobrio, honesto, escrupuloso, intransigente con el vicio, hidalgo, leal, desinteresado, su noción del deber público y privado fue llana y firme»[28]. Mucho tiempo después, Mariluz Urquijo lo definió como un abogado porteño «con una flexibilidad imprevisible en quien suele presentarse como paradigma de rigidez intelectual y de obstinada continuidad ideológica […] a lo largo de su vida proclamó reiteradamente su derecho a pensar por sí mismo o, por lo menos, a no adoptar sin previa reflexión las soluciones que le eran casi impuestas por las corrientes dominantes. Pero esas aspiraciones de independencia no impiden que se mueva habitualmente en un campo acotado por el jusnaturalismo racionalista en lo jurídico, el liberalismo en lo político y el neoclasicismo en lo literario»[29].

LA PENA DE MUERTE EN EL RÍO DE LA PLATA

Desde el siglo XVIII, la pena de muerte fue una institución puesta bajo las críticas provenientes del pensamiento ilustrado europeo que pretendía racionalizar el

---

25 N. M. CERNADAS DE BULNES, 1996, 18. Sobre la influencia de la «Ideología» en la escena local, señaló Di Pasquale que «de la corriente ideologicista, las obras de Condillac, Condorcet, Daunnou, Destutt de Tracy y Cabanis fueron las más divulgadas en la escena local. No obstante, la vertiente de Destutt de Tracy encontró una identificación más perceptible hacia la década de 1820 y, por lo tanto, cobró mayor interés y familiaridad entre los hombres del círculo rivadaviano y en la cultura política en general». (M. DI PASQUALE, 2011, 1).

26 Tuvo Alsina la posibilidad de poner en práctica la defensa de las libertades personales, especialmente de la libertad de opinión y de imprenta, en la intervención que hizo ante el Juri de Imprenta a favor de Félix de Alzaga, acusado de publicar escritos con un estilo ofensivo e insultante contra un funcionario público. (V. ALSINA, 1834b, 1).

27 En este sentido debe indicarse la opinión de Antonio Sáenz, personalidad influyente en la educación universitaria de la década de 1820: «una sociedad necesita formar establecimientos de educación e instrucción pública, para no caer en una barbarie que le haga perder su independencia y libertad». (V. TAU ANZOÁTEGUI, 1960, 159).

28 N. M. CERNADAS DE BULNES, 1996, 5.

29 J. M. MARILUZ URQUIJO, 1971, 208.

castigo y poner un límite al *ius puniendi* del soberano[30]. Ella era vista como la representación de la barbarie y del terror que habían caracterizado al derecho penal del antiguo régimen y, en consecuencia, recibía acusaciones como «falta de reparación», «bárbara», «inhumana», «irreversible» por parte de quienes pretendieron su abolición y su reemplazo por la privación de la libertad y los trabajos forzados[31].

Estas voces se opusieron a otras que propusieron la continuidad y se confundieron con aquellas que, a pesar de manifestarse en contra de las ejecuciones, sólo las aceptaron para situaciones excepcionales que, según la opinión de Beccaria, podían ocurrir cuando el reo, aun privado de su libertad, seguía perjudicando la seguridad de la nación, cuando ésta estaba próxima a perder su libertad o el desorden sustituía a las leyes[32].

Algunos hombres la concibieron como una legítima representación del poder del soberano y la aceptaron sólo para situaciones que demostraban una grave criminalidad del delincuente o un peligro para toda la sociedad[33].

---

30 G. ANITUA, 2010, 98.

31 Voltaire fue uno de los críticos de la pena de muerte. En su comentario a la obra *De los delitos y de las penas*, consideró que «si efectivamente es posible encontrar alguna causa en la que la ley permite sentenciar a muerte a un acusado […] se encontrarán otras mil en las que la humanidad, más fuerte que la ley, debe perdonar la vida de aquellos que la ley misma ha entregado a la muerte». (C. BECCARIA, 1983, 246-248). Philipon de la Madelaine publicó en 1770 su *Discours sur la necesité et les moyens de suprimer les peines capitales* donde mostró un panorama sombrío del derecho penal de la segunda mitad de siglo XVIII para luego manifestarse a favor de la abolición de la pena de muerte por considerarla irreparable frente a un error judicial, capaz de promover la impunidad de los delitos, pues nadie se atrevería a denunciar al reo, y por entender que no cumplía con la finalidad de una pena: la corrección del delincuente, el interés de la sociedad y el castigo al culpable. Proponía su sustitución por otras penas como la compensación pecuniaria. También para Brissot de Warville, la pena de muerte era injusta, innecesaria pues existían otras sanciones que, siendo menos rigurosas, cumplían con la finalidad preventiva que se le asignaba a la pena. Se trataba de la esclavitud perpetua. L. PIETRO SANCHIS, 2007, 152-156, 187.

32 C. BECCARIA, 1983, 104.

33 Rousseau justificó la pena de muerte en base al pacto social sosteniendo que el delincuente al atacar el derecho social, se convertía por sus delitos en rebelde y traidor a la patria y si «la conservación del Estado es incompatible con la de él, es preciso que uno de los dos perezca», pero seguidamente agregó que «la frecuencia de los suplicios es siempre un signo de debilidad o de pereza en el gobierno». (J. J. ROUSSEAU, 1982, 80). Manuel de Lardizábal y Uribe se mostró a favor de la utilización de la pena de muerte siempre que fuera con moderación, prudencia y sólo para aquellos casos en que fuera útil y absolutamente necesaria. También la consideró como un freno muy poderoso para cometer delitos, aún mayor que la esclavitud perpetua porque generaba en los hombres una impresión difícil de olvidar. Afirmó que, según la naturaleza no era injusta, ni iba contra el derecho natural, ni contra el bien de la sociedad. (M. LARDIZÁBAL Y URIBE, 1782, 38-40). Jean Paul Marat enumeró los crímenes que se hacían acreedores de la pena de muerte: traiciones, conspiraciones contra la Constitución, el homicidio premeditado, a pesar de considerar que las penas capitales debían ser pocas. Para Gaetano Filangieri, en su Ciencia de la Legislación, la pena de muerte debían utilizarse en delitos como el atentado feroz contra la vida de un hombre, la traición a la patria, quien procuraba destruir la Constitución, en definitiva quien era reo de lesa majestad. (L. Pietro SANCHIS, 2007, 173-174, 195).

Las diferentes opiniones generadas en torno a la pena de muerte se hicieron presentes en el Río de la Plata, no solo por influencia ilustrada sino también por la presencia del derecho tradicional que recogía algunos postulados humanitarios reivindicados luego por la Ilustración[34].

Ellas se manifestaron en una práctica forense que entendía acertado limitar el rigor de las penas[35] y combinaba la aplicación excepcional de la pena de muerte, para delitos de extrema gravedad o su reemplazo por la pena de presidio[36], con las sentencias que no dudaban en ordenar ejecuciones públicas[37].

---

34 M. SOZZO, 2009, 2. Para Levaggi, desde el reinado de Carlos III llegaron al Río de la Plata las obras de Beccaria y de los ilustrados españoles, entre ellos Lardizábal y José Marcos Gutiérrez. Su lectura fue creando un clima intelectual que se manifestó más abiertamente después de la Revolución de Mayo. Los principios liberales llegaron, principalmente, de la mano de BENTHAM y de ROSSI. (A. LEVAGGI, 2012, 39; A. LEVAGGI, 1972, 28). El mismo autor, al estudiar la figura del fiscal Francisco Manuel de Herrera como fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, afirmó que si bien este sujeto vivió en pleno apogeo iluminista, «no parece que sus ideas humanitarias respondieran a esa ideología, o que fueran consecuencia directa de ellas. No se encontraron en ellas los conceptos claves de la Ilustración. No debe desecharse la hipótesis de que se hubiese inspirado en el pensamiento tradicional». (A. LEVAGGI, 2008, 118). No debe dejarse de lado la siempre presencia del derecho natural en la moderación de las penas. La invocación al derecho natural y el sometimiento del derecho positivo a este orden superior fue un recurso invocado tanto para corroborar al derecho positivo como para criticarlo. (J. M. MARILUZ URQUIJO, 1990, 224).

35 A. LEVAGGI, 2008, 107-108.

36 En la causa llevada de oficio contra el reo Juan de la Rosa Lucero, condenado a la pena de diez años de presidio y doscientos azotes por el alcalde de 2.° voto de la ciudad de Córdoba, el fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Márquez de la Plata, consideró que «consultando la sentencia en ellos pronunciada por la cual se le condena en la pena de diez años de presidio y en doscientos azotes por las calles públicas, con las otras dos causas seguidas en tiempos anteriores contra el propio reo, que también ha remitido dicho alcalde en cumplimiento de la orden que para ello se le dirigió, dice: que por lo que de todo resulta contra el expresado reo lo considera digno de la pena capital, pues la indulgencia con que se le ha tratado en las citadas dos causas le ha hecho más criminoso y delincuente hasta llegar al extremo de la incorregibilidad». (A. LEVAGGI, 2007, 23). En otras situaciones, otros oficiales públicos se hicieron eco de aquellas opiniones que proponían moderación en el uso de la pena de muerte. Así, contra la sentencia de muerte pronunciada a los indios Hilario Serrano y Celedonio Roldán, el protector de naturales presentó recurso de apelación pidiendo a la Audiencia de Buenos Aires la revocación de la mencionada sentencia por ser excesiva y no corresponder al mérito de proceso y el fiscal Villota, en su vista del 30 de octubre de 1800, entendió que «según lo expuesto por los alcaldes tal vez no habrá pena capaz de corregir a los delincuentes del Tucumán que no sea la capital; pero no por esto debe prodigarse en los casos que no corresponde. Las causas que han remitido en esta ocasión, son todas de pena arbitraria, habiendo quedado sujetos a ésta los robos simples por el real decreto de 16 de abril de 1746. Ninguna otra que la de presidio puede ser más proporcionada para variar con su duración, según las circunstancias de reincidencia, valor de la cosa robada, y persona del delincuente». La Audiencia de Buenos Aires, en sentencia del 9 de mayo de 1801, revocó la sentencia apelada y condenó a los reos a la pena de ocho años de presidio y doscientos azotes. (A. LEVAGGI, 1981, 116-118).

37 El 15 de noviembre de 1771, el alcalde de segundo voto de la ciudad de Córdoba condenó a muerte al esclavo Anastacio Cruz Garay por el asesinato con arma blanca del negro Cruz

La llegada de la Revolución de Mayo significó no solo la ratificación de la pena de muerte sino su ampliación para aquellas situaciones que podían poner en peligro la revolución y la libertad de la patria[38]. En julio de 1810, un bando de Primera Junta ordenó la muerte de quienes fomentaban divisiones contra el nuevo régimen. En 1812, un bando del Triunvirato impuso la horca para aquellos españoles que compraban armas o prendas de uniformes de los regimientos de la patria[39]. Años después, la Asamblea General Constituyente estableció, mediante decreto del 23 de marzo de 1815, que fuese pasado por las armas todo soldado desertor y el Director Supremo Carlos María de Alvear amenazó con la misma pena a todos los individuos que atacaban al gobierno, los que divulgaban o inventaban noticias falsas, los que promovían la deserción y los que formaban conspiraciones o no las delataban[40].

Además de estas disposiciones que amenazaron con la muerte a aquellos que se atrevían a perturbar la libertad pretendida, los hechos demostraron que algunos de los que se opusieron a la revolución o atentaron contra los gobiernos fueron efectivamente fusilados: Santiago de Liniers, que había sido virrey en el Río de la Plata y héroe de la reconquista de Buenos Aires en las invasiones inglesas, fue muerto en Cabeza de Tigre por no jurar fidelidad a la revolución. De la misma manera, en Potosí, Castelli hizo ejecutar al general Nieto, al gobernador Sanz y al capitán de fragata Córdoba en pos de estabilizar la revolución[41]. En igual sentido, una proclama del Triunvirato, del 4 de julio de 1812, informó que los que habían participado en la conjuración de Alzaga recibieron el patíbulo como premio[42].

La existencia de estos hechos no perturbó la penetración de un discurso liberal que ponía en tela de juicio a la pena de muerte pero aceptaba su aplicación con moderación a pesar de las críticas endilgadas[43]. Diversas expresiones de la época dejaron en evidencia la presencia de opiniones que clamaron por la aboli-

---

Pereyra, disponiendo, según era habitual, «...sea llevado por sus pies al suplicio donde fuese ajusticiado, publicándose la sentencia y la causa por que muere, y que padezca en la horca hasta que naturalmente muera… y que no se execute esta sentencia sin confirmación de la Real Audiencia, a donde se remitirán los autos para que su Alteza en su vista determine lo que hallase más de justicia». (A. AGÜERO 2007), 1. En su dictamen, del 3 de julio de 1790, el fiscal de la Audiencia de Buenos Aires consideró que debía condenarse a la pena capital a Vicente Aguirre por «estar confeso y convicto de haber dado muerte a Muñoz […] que resulta del dolo y malicia con que cometió dicho delito se forma una prueba suficiente de que procedió a cometerlo con premeditación y sobre seguro, de manera que no se consulta al condigno castigo de este si no se lo empeña la pena ordinaria de muerte». (A. LEVAGGI, 2007, 50-57).

38 A. LEVAGGI, 2012, 227.

39 A. MALLIE, 1965, 151.

40 A. MALLIE, 1965, 385.

41 J. SIERRA, 2008, 82.

42 A. MALLIE, 1965, 145.

43 O. BARRENECHE, 2001, 77-85.

ción y por la instalación de un nuevo derecho penal que se entremezclaba con antiguas prácticas tradicionales no abandonadas aún.

En este sentido, algunas normas patrias que prohibieron la pena capital o aconsejaron disminuir su aplicación coexistieron con otras que la contemplaban. El Estatuto Provisional dado por la Junta de Observación, en 1816, se limitó a señalar que no se entendían derogadas las leyes que permitían la imposición de penas al arbitrio de los jueces ni tampoco se consideraba restablecida la observancia de aquellas otras penas que por atroces e inhumanas había proscripto o moderado la práctica de los tribunales[44]. Un bando dictado en 1820 para la provincia de Entre Ríos ordenó que ningún comandante del departamento o juez ordinario podía ejecutar con pena de muerte al reo, aunque sea acusado de homicidio voluntario, bajo pena de privación de oficio y la que quedaba al arbitrio de la superioridad. Finalmente, el proyecto de constitución redactado para Tucumán en 1834 aconsejaba a los tribunales economizar la aplicación de esta pena en cuanto fuera posible conmutándola por destierros y trabajos públicos[45]. Otras, por el contrario, dejaron en claro la posibilidad de castigar con la muerte a los asesinos, salteadores y ladrones de campaña, en definitiva, a quien cometía toda forma de ataque contra la persona o propiedad de argentinos y extranjeros[46].

En el foro, mientras algunas autoridades judiciales continuaron aplicando la pena de muerte para crímenes y delitos graves[47], otras cuestionaron su uso. Manuel Antonio de Castro, siendo presidente del Tribunal de Justicia, aplicó la pena de muerte durante el tiempo que estuvo a cargo del tribunal[48]; la Cámara de Justicia informó en 1813 que «por sentencia de ayer 10 del corriente ha condenado a muerte al negro Joaquín (con la calidad de aleve y a que cortándosele la mano derecha, sea fixada en un paraje público del barrio, en donde executó el homicidio en la persona de su ama Da Donata Pieres»[49]. Por el contrario, en 1812, el fiscal Senadas desestimó pedir la pena de muerte para Mariano Morales, acusado de robo, porque reconoció que el crimen del que se trataba no era digno de la pena capital[50].

En el ámbito intelectual, durante la década de 1820, la pena de muerte fue objeto de un considerable debate académico[51] llevado a cabo a través de un atractivo intercambio de ideas que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires y en la Academia de Jurisprudencia donde también se reflejaron opiniones opuestas.

---

44 R. CAILLET BOIS, 1954, 82.
45 L. SANMARTINO DE DROMI, 1994, 893 y 1357.
46 Decretos del gobernador Juan Manuel de ROSAS, 20 de febrero de 1830 y 31 de octubre de 1840. A. LEVAGGI, 1972, 37.
47 O. BARRENECHE, 2001, 133.
48 O. BARRENECHE, 2001, 134.
49 R. LEVENE, 1952, 412.
50 O. BARRENECHE, 2001, 133.
51 L. CAIMARI, 2012, 37; A. LEVAGGI, 2012, 39.

Si nos detenemos en la Universidad de Buenos Aires, fueron las tesis doctorales los instrumentos de los que se valieron los estudiantes de entonces para expresar sus ideas sobre cuestiones penales. Fue la presentada por Florencio Varela en 1827, titulada «De los delitos y de las penas», la primera que se dedicó a exponer sobre derecho penal, dedicándole unos párrafos a la pena capital y dando comienzo a una lista de exposiciones que se extendieron más allá de la década[52].

Su autor[53] había conocido los enunciados utilitaristas a través de la enseñanza de derecho civil que Pedro Somellera impartía en la universidad, valiéndose de ellos y de las ideas ilustradas para hacer una crítica al sistema penal vigente. Utilizó los pensamientos de hombres como Beccaria y Bentham, a los que calificó de ilustres, célebres, profundos de espíritu y observadores[54], para criticar ciertas prácticas del derecho penal como la forma en que se examinaba a los testigos, la larga duración de los procesos, la llamada «barbarie» de las leyes antiguas y la «intención de los viejos magistrados de hallar delincuentes a todos los acusados», entre otras[55].

Varela se alejó de las tradicionales concepciones de delito y pena, vinculadas indefectiblemente a los conceptos de pecado y expiación, para tomar los postulados utilitaristas. Así concibió al delito como un acto que producía más males que bienes y a la pena como el último remedio contra el mal que provocaba el delito[56]. Detalló que la pena era un mal que debía compensar la satisfacción que provocaba el delito; que tenía como objetivo evitar que el delincuente y el resto de los individuos decidieran cometer otros delitos quitándoles, por medio del dolor o de temor, la voluntad para llevarlos a cabo[57].

---

52 En 1831, Ángel López presentó su tesis titulada «La pena de muerte no es proporcional a los delitos que con ella se castigan»; al año siguiente Fernando del Arca, Bernabé Carabia y Francisco Villanueva presentaron sus respectivas tesis tituladas «Nunca debe usarse arbitrariamente la pena de muerte», «La pena capital es útil y por consiguiente necesaria en muchos casos» y «La pena de muerte es inútil, injusta y contraria al derecho natural». Durante la misma década hicieron sus aportes Marco Avellaneda bajo el título «La pena de muerte», Marcos Paz con el nombre de «Sobre la pena de muerte», José Reyband con su «La pena de muerte es útil en muchos casos, por consiguiente no debe abolirse» y Felipe Rufino afirmando desde el título su postura «Contra la pena capital». Ya en la década de 1840 se agregaron los trabajos de Patricio Tristán Narvaja con su «Abolición de la pena capital» y Eulogio Cabral con su «Pena de muerte». (M. CANDIOTTI, 1920, 443-448).

53 Florencio VARELA fue un jurisconsulto y político argentino que vivió entre los años 1807 y 1848. Se recibió a los 21 años de edad de doctor en jurisprudencia con una tesis que leyó el 15 de agosto de 1827 titulada «Disertación sobre los delitos y las penas» que dedicó al rector de la Universidad, Dr. Valentín Gómez. Su tesis impresionó a esa época porque divulgaba los principios filosóficos del célebre Bentham y del Marqués de Beccaria. (V. CUTOLO 1968, voz Varela, Florencio; F. VARELA, 1848, 2).

54 F. VARELA, 1870, 242 y 266.

55 F. VARELA, 1870, 245, 244 y 242.

56 F. VARELA, 1870, 247 y 258.

57 En esta idea, Varela no se aparta del pensamiento de Beccaria para quien el fin de la pena «no es otro que el de impedir que el reo ocasione nuevos males a sus ciudadanos y retraer a los demás de cometer otros iguales». (C. BECCARIA, 1983, 73).

Entendía también que como las penas eran un mal en sí mismo, sólo debían aplicarse para evitar un mal mayor y, en consecuencia, no debían ser severas. Siguiendo a Beccaria, afirmaba que valía más la certeza y la prontitud de su aplicación que la severidad de su forma[58], expresándose al respecto en los siguientes términos: «una buena legislación nunca debe buscar el medio de prevenir la repetición de los delitos en la excesiva severidad de las penas. Lo que debe hacer es poner en práctica cuantos resortes sea posible para que ningún criminal escape de la pena. Nadie duda que el temor de un castigo pequeño, pero inevitable, contiene más al hombre que el de un castigo horrible, pero incierto […] Es bueno que el ciudadano tiemble por la certeza de sufrirla si delinque, y nunca por los horrores que ella le prepara»[59].

Rechazada la extrema severidad de las penas, entendió que tampoco debían admitirse las penas irrevocables pues concebía que la posibilidad de hacer el mal siempre estaba acompañada de la de hacer el bien y, en consecuencia, la ley no debía privarle al hombre de tal posibilidad[60].

Ambos argumentos hicieron que Varela considerara a la pena de muerte como un castigo injusto, un asesinato legal, una pena irrevocable, desigual, desproporcionada a los delitos, además de ser una pena que no cumplía con la corrección del delincuente y que estaba universalmente proscripta por la filosofía[61].

Sin embargo, a pesar de mostrarse decididamente en contra de ella, Varela nuevamente recurrió al criterio de utilidad para preguntarse si era útil y ventajoso prohibirla[62]. Respondiendo a ello, reconoció que en el estado en que se encontraba la sociedad de su época, era imposible llevar a cabo su abolición pues esta tarea significaba «crear instituciones costosas capaces de disponer las masas a obrar por resortes menos crueles, y, sobre todo, trabajar en la elección de la pena que debería sustituir a la capital […] pero esto requiere de mucho tiempo, y entretanto necesitan un freno los malvados»[63].

Otra figura trascendental en la vida universitaria en la década de 1820 fue Pedro Alcántara de Somellera, primer profesor de derecho civil del Departamento de Jurisprudencia y fiel seguidor de la obra del inglés Jeremías Bentham[64].

---

58 C. BECCARIA, 1983, 89.
59 F. VARELA, 1870, 261.
60 F. VARELA, 1870, 262 y 264.
61 F. VARELA, 1870, 265 y 266.
62 Se asemeja a Beccaria en cuanto el milanés también señaló que era necesario demostrar que la pena de muerte no era útil ni necesaria. (C. BECCARIA, 1983b, 104).
63 F. VARELA, 1870g, 266.
64 Al instalarse en la Universidad de Buenos Aires le fue confiada la cátedra de derecho civil, el 6 de abril de 1822, cargo que ejerció ininterrumpidamente hasta 1828. Volvió a los claustros en 1830 pero solo por unos meses pues en agosto de ese mismo año presentó la renuncia justificándole al Ministro de Gobierno, Tomás Manuel de Anchorena, que las enfermedades que padecía no le permitían continuar con el desempeño de la cátedra que regentaba. (V.

Siguiendo la concepción utilitarista del derecho y en consonancia con las ideas de Florencio Varela, para Somellera la pena era un mal que la ley le hacía al delincuente por el mal que éste había hecho previamente con el delito. Sin embargo, la pena no sólo era necesaria para compensar la felicidad obtenida por el reo con el delito, también lo era porque era un mal que mantenía el orden, calmaba las pasiones además de ser protectora de los individuos débiles y producir el bien general[65].

Para que la pena surtiera efectos, agregaba este autor, no debía estar mal fundada, es decir sin haber ocurrido previamente un delito; tampoco debía ser superflua, innecesaria y muy dispendiosa, lo que significaba que no debía causar un mal excedente al mal que se pretendía remediar. Por el contrario, la pena debía recaer sobre los verdaderos delitos, influir en la voluntad de quien pretendía delinquir y no provocar un mal excedente al que se intentaba reparar[66].

Seguidamente, y bajo la consigna de que la forma en que se ejecutaba la pena debía ser variada pues varios eran los tipos de delitos que se sucedían, Somellera clasificó a las penas en aflictivas, como los azotes porque causan un dolor en el cuerpo del reo; indelebles, como la mutilación o la marca a fuego, y las ignominosas o infamantes, como la vergüenza pública. Se sumaban a la lista las penas crónicas, como la prisión, el destierro y el presidio, las penas pecuniarias, multas y confiscación, y las capitales, que ponían fin inmediato con la vida de delincuente[67].

Somellera se manifestó abiertamente en contra de la pena de muerte argumentando para ello que no bastaba con rememorar la historia de la barbarie de los hombres del pasado sino que alcanzaba con entender que la sola idea de matar a un hombre era detestable. Recurrió a los argumentos de Beccaria y rechazó el concepto de las «supremas potestades» invocado por Lardizábal y Uribe[68].

Expresamente señaló que no era necesario quitar la vida al hombre para evitar nuevos delitos, que ello podía lograrse con medios más suaves como los hospitales para los locos furiosos, el perpetuo encierro o los trabajos forzados. Por ello, afirmó que la pena de muerte era «injusta porque produce un mal, que podría evitarse sin riesgo de no lograrse el fin»[69].

CUTOLO 1948, 57; A. LEVAGGI 2012, 40). Ricardo Piccirilli que se encargó de realizar el cotejo de la obra de Somellera con el Tratado de Legislación Civil y Penal de Bentham, dijo que el primero no sólo se inspiró en el libro de Bentham sino que en algunos asuntos efectuó transcripciones sin más distinción que la supresión o el aditamento de palabras y que «el parecido y la concurrencia de los textos, indican que por labios de Somellera, Bentham sugería la cátedra del Derecho Civil». (R. PICCIRILLI, 1953, 322-324).

65 A. LEVAGGI, 2012, 368.

66 A. LEVAGGI, 2012, 368. En este aspecto es fundamental la influencia de Bentham para quien las penas no debían estar mal fundadas, ni ser ineficaes, superfluas ni muy dispendiosas. (E. DUMONT, 1821, 295).

67 A. LEVAGGI, 2012, 368-369.

68 A. LEVAGGI, 2012, 373.

69 A. LEVAGGI, 2012, 373-374.

Fue también representante del debate intelectual de la época Guret Bellemare, un exjuez francés que, junto con un grupo de labradores, llegó a Buenos Aires en mayo de 1822 con la intención de alejarse de la magistratura y realizar tareas en el campo, pero que las circunstancias de las cuales fue víctima lo hicieron desistir de dicha misión para comenzar a participar en la vida pública jurídica y pública de entonces[70].

Bellemare fue un hombre nutrido de los principios filosóficos de Beccaria y Bentham[71], que consideraba que la felicidad de un pueblo se vinculaba a las leyes generales y modernas en detrimento de los códigos romanos que, afirmaba, aún seguían rigiendo[72].

Se manifestaba a favor de la reforma legislativa, de que los delitos estuvieran expresados en leyes redactadas «con tino y cuidado» y entendía que «un buen código de los delitos y de las penas es el mejor catecismo que se puede poner entre manos, no solamente de los hombres sino también de los niños»[73].

También consideraba necesario hacer una importante reforma en la administración de justicia proponiéndole, en este sentido, al gobernador Dorrego la puesta en marcha de medidas como la supresión del consulado y del Tribunal de Alzada, la aplicación del principio de inamovilidad de los jueces, el mantenimiento de los juzgados de paz y la creación de la Corte Suprema y del Ministerio Público, entre otros[74].

Bellemare se apartó del concepto tradicional de pena y se expresó a favor de uno que proponían los tiempos modernos: la pena como medio de regeneración del delincuente. Insinuó sus ideas cuando se refirió a las cárceles en su «Plan general de organización judicial para Buenos Aires» al entender que frente a la comisión de un delito era preciso «remediar el mal y empezar una nueva educación moral y física, para recomponer al penado en la esfera que le corresponde»[75].

También se manifestó abiertamente en contra de la pena de muerte en un discurso que hizo en la Academia de Jurisprudencia en respuesta al que había dado Alsina en el mismo lugar pero con una opinión contraria. La calificación del trabajo de Bellemare fue dada por el propio hermano de Alsina, al publicar la disertación de éste en 1829, bajo los siguientes términos: «Este discurso dio origen

---

70 R. PICCIRILLI, 1942, 11.
71 R. PICCIRILLI, 1942, 39.
72 G. BELLEMARE, 1829, 26.
73 G. BELLEMARE, 1829, 221. En uno de los discursos de apertura de sus cursos de derecho criminal y comercial en la Academia de Jurisprudencia se dolió de que «habiendo transcurrido cincuenta siglos y la cuarta parte de otro desde el principio de mundo conocido, se hayan hecho inmensos progresos en todo género de artes y ciencias, sin haber fijado un sistema completo de legislación criminal que esté en perfecta armonía con la razón y con los principios verdaderos de la humanidad». (A. LEVAGGI, 2012, 39).
74 G. BELLEMARE, 1829, 103, 109-110.
75 G. BELLEMARE, 1829, 213.

a otro, en que el señor Bellemare, abogado francés, y autor de una obra de legislación, cuyo prospecto han publicado la prensa de Buenos Aires, sostuvo con talento y solidez la conveniencia de extinguir la pena capital. Fue leído y discutido en la misma academia en sesiones extraordinarias»[76].

Bellemare y Somellera no fueron los únicos que se manifestaron abiertamente en contra de la pena de muerte. El juez José Manuel Pacheco leyó una disertación abolicionista en la Academia de Jurisprudencia.

EL DISCURSO DE VALENTÍN ALSINA

Por oposición a quienes rechazaron el uso de la pena de muerte, fue Valentín Alsina el representante más destacado de la opinión que consideraba acertado continuar con su aplicación. El 15 de abril de 1828, Alsina dio ante los abogados de la Academia de Jurisprudencia un discurso en el que se pronunció abiertamente en favor de la utilización de la pena de muerte.

La elocuencia, la profundidad de las justificaciones vertidas y la propia posición asumida en favor de una institución tan cuestionada, dejaron en evidencia no sólo la inteligencia de Alsina sino también la reacción de la prensa a sus dichos. Unos días después de la disertación, el diario *El Tiempo* felicitó a Alsina esperando que ese trabajo sirviera de estímulo a sus compañeros para esforzarse en desempeñar bien las tareas de ese género que se les confiaran, aun cuando creyó que solo una cosa había omitido señalar: la necesidad que tenía la pena de muerte de evitar nuevos agravios a la sociedad[77].

Valentín Alsina comenzó su discurso reconociendo lo extraño que era que un joven abogado se expresara a favor de una institución tan criticada, especialmente en esos tiempos en los que la tendencia general conspiraba a la abolición. Admitió que no se detendría en fundamentos como la humanidad, las luces y la filosofía sino que solo pretendía expresar francamente su opinión formada luego de varios fundamentos que la justificaban.

Rechazó la visión que se conocía de la pena de muerte en el antiguo régimen cuando se combinaban el error, la pasión y las leyes sanguinarias. Expresamente sentenció estar «muy distante de aprobar la fría ferocidad, con que se ha prodigado la pena de muerte. Harto ha gemido la humanidad, para que ningún hombre, cuyas ideas o sentimientos no estén completamente pervertidos pueda aplaudir los funestos desvaríos de sus verdugos»[78].

Asentado su rechazo a las ejecuciones feroces y a los espantosos espectáculos que hacían sufrir al reo injustamente, Alsina comenzó su examen «a la luz de

---

[76] G. BELLEMARE, 1829, 4.
[77] *El Tiempo*, 1 de mayo de 1828.
[78] V. ALSINA, 1829, 7 y 17.

una razón imparcial y tranquila»[79] recurriendo a argumentos utilitaristas para explicar que la pena de muerte era útil e indispensable, y a una lógica económica para entender que los inconvenientes que podía tener eran menores que los males que podía generar su extinción[80].

Alsina no se apartó del principio de proporcionalidad de la pena, tan reivindicado en el siglo XVIII. Siguiendo el pensamiento ilustrado que exigía el equilibrio que debía haber entre el delito y la pena y el criterio utilitarista que concebía a la proporcionalidad de la pena como una ecuación que compensaba los males que proporcionaba la pena al reo con los beneficios que le otorgaba el delito, nuestro autor afirmó que la pena de muerte era útil e indispensable pues, aun sometiendo la pena a la exigencia de proporcionalidad, había delitos que, por su inmensa trascendencia, solo debían recibir como castigo proporcional la muerte.

Del mismo modo, al igual que algunos ilustrados, señaló la figura del delincuente que revestía una grave criminalidad porque concurrían en él todas las causas «destructoras del germen de lo bueno» que hacían desaparecer al verdadero hombre[81]. En este sentido, mantuvo el supuesto del delincuente «cuyos crímenes, aunque tomados separadamente tal vez no sean enormes, reunidos demuestran un corrupción total de sentimientos, en el individuo, cuya existencia, es por lo tanto incompatible con la de los demás»[82]. En ambos casos, para nuestro autor, «importa a la sociedad privar de la existencia a aquel que intentó destruir la suya, a aquel que puede volver a estar en aptitud de intentarlo por segunda vez»[83].

Alsina, influenciado desde el punto de vista ideológico por la corriente ilustrada racionalista consideraba que el hombre no era naturalmente enemigo de los bueno ni nacía con inclinación hacia lo malo, pero reconocía que cuando determinados factores tales como el tiempo, la educación, las circunstancias, las pasiones o las convenciones sociales obraban destruyendo todo lo bueno que había en el hombre, debía aceptarse que la perversión era completa e incurable y solo cabía la muerte. Incurrían, según nuestro autor, en tal estado el hombre que clavaba a sangre fría su puñal en las entrañas de un consanguíneo, de un amigo o de un bienhechor, quien violentaba a una joven de seis años y acto continuo le cortaba la cabeza[84].

Seguidamente respondió a algunas justificaciones alegadas por los abolicionistas recurriendo nuevamente a criterios de utilidad y economía. Frente a la posibilidad «de que el delincuente pueda volver a la senda de sus deberes» por medio del trabajo y la educación, entendió que en la aplicación de la pena debía primar la certidumbre que se tenía sobre la inmoralidad del delincuente más que la espe-

---

79 V. ALSINA, 1829, 8.
80 V. ALSINA, 1829, 8.
81 V. ALSINA, 1829, 10-11.
82 V. ALSINA, 1829, 8.
83 V. ALSINA, 1829, 8.
84 V. ALSINA, 1829, 11.

ranza de su corrección, y que era preferible perder la poca utilidad que podía traer la corrección antes que exponerse a un nuevo delito. Se preguntó quién indemnizaría a la sociedad si el delincuente vuelve a delinquir y qué pena se le daría frente al segundo delito y contestó a sus propias dudas diciendo «No hay medio: sera indispensable y conveniente imponerle la de muerte»[85].

Además agregó que la posibilidad de recuperación que podría manifestar el delincuente provocaba rebelarse no sólo contra la pena de muerte sino también contra el resto de las penas a las cuales les cabía la misma proposición[86].

Tras ello respondió a otro argumento expuesto por los detractores: no producía el escarmiento buscado pues las ejecuciones públicas sólo eran presenciadas por un corto número de personas cuyo móvil era la novedad y la compasión, dejando, al fin, ninguna impresión en el pueblo. Alsina contestó que el verdadero escarmiento que buscaba la pena residía en la certeza y en el convencimiento de que ella existía y podía ser aplicada[87], reivindicando la idea de certeza y eficacia de la pena[88]. Y señaló que el resto de las penas, como los trabajos forzados, también formaban un espectáculo mirado, en definitiva, con indiferencia por toda clase de personas[89].

Inmediatamente manifestó que el reemplazo de la pena de muerte por la privación de la libertad sólo era objeto de reflexión para el filósofo y para el hombre observador, pero no para la «clase común, la cual no es pensadora, vive lejos de tal escena, y carece de ocasiones y de estímulos para ir a contemplarla»[90]. Por ello afirmó que «pretender que la pena de muerte sea extinguida, y que se le sustituyan otras, que tienen los mismos inconvenientes, es incurrir en una contradicción de principios; es pretender que se le proscriban igualmente todas la penas que puedan aplicarse a los grandes delitos»[91].

El tercer agravio presentado por quienes pretendían quitar la muerte del listado de las penas fue el de la ineficacia para evitar nuevos crímenes. Frente a ello, Alsina argumentó que las leyes penales no estaban limitadas a la muerte; había otras penas que tampoco cumplían con el requisito exigido pues no evitaban los delitos que ellas castigaban[92].

Reconoció que uno de los argumentos más fuertes alegados por los abolicionistas era la falta de reparación frente al error: «Cuando resulta, se dice, que aquel que se hizo morir en un cadalso, era inocente ¿cómo se repara esta injusticia? Es

---

85 V. ALSINA, 1829, 10.
86 V. ALSINA, 1829, 9-10.
87 V. ALSINA, 1829, 25.
88 V. ALSINA, 1829, 25.
89 V. ALSINA, 1829, 26.
90 V. ALSINA, 1829, 26.
91 V. ALSINA, 1829, 26.
92 V. ALSINA, 1829, 27.

necesario convenir en que esta reflexión es de gran fuerza; y debe hacer estremecer al legislado, que dicta una ley de muerte; y al magistrado, que siguiendo los impulsos de su conciencia, se ve constituido en el triste deber de aplicarla»[93].

Frente a esto su respuesta no dudó en afirmar que la posibilidad del error recaía sobre el resto de las penas y en insinuar que existía la necesidad de economizar la pena capital de los códigos[94]: «Todos los delitos, dijo, deben tener una pena: en la aplicación de cada pena cabe el temor de una injusticia; y si lo atendible ha de ser ese temor, y no el convencimiento de crimen, será indispensable que todas las penas vengan a tierra […] ¿Y que remedio tendrá, señores, aquel inocente que sufrió injustamente la pena que sustituyera a la de muerte?»[95].

Alsina recurrió a la historia para justificar la pena capital. Señaló con acierto la opinión de grandes pensadores que habían admitido su uso. Platón, en la antigüedad, Rousseau, Montesquieu, Filangieri, Constant, del siglo XVIII, al igual que Mably, Beccaria y Bentham. Todos fueron nombres citados por nuestro autor para dejar asentado que estos detractores de la pena capital volvieron sobre sus palabras y admitieron su uso para situaciones excepcionales. Se detuvo en Beccaria y Bentham para aseverar que siguiendo sus doctrinas se podía condenar a muerte al anarquista, al conspirador, al asesino de una persona de cuya vida dependía la tranquilidad o seguridad del Estado, al falsificador, «al hombre público, que entrega al enemigo un ejército, una ciudad»[96].

Terminando sus justificaciones, Alsina planteó en términos de utilidades su rechazo al reemplazo de la pena de muerte por la de presidio y trabajos forzados. «El solo encierro temporal, trae muchas veces la misma destrucción del delincuente, que con tanta equivocación se cree evitar; ¿Qué diremos del perpetuo? ¡Prisión para siempre! El hombre idólatra de la libertad, el hombre opuesto por naturaleza a la servidumbre; el hombre esencialmente enemigo del quietismo y de la uniformidad, aprisionado por toda su vida, y obligado a trabajar incesantemente! Se le conserva la existencia ¿Mas de qué le sirve? Es pues forzoso confesar que el castigo que se propone, considerado por todos sus aspectos, ni ofrece las utilidades, que se exageran, no está exento de los males mismos que se aspira a evitar […] Las utilidades pues tan decantadas que el encierro perpetuo y el trabajo forzado traen a la sociedad ni son tan fáciles de realizar, ni compensan los males que envuelve forzosamente su naturaleza misma»[97].

Finalizó Alsina su discurso recordando que ante la prodigalidad con que se había aplicado la pena de muerte y la crueldad de la justicia en la mayoría de los países había hecho que los ciudadanos pretendieran su abolición. Sin embargo,

---

93 V. ALSINA, 1829, 28.
94 V. ALSINA, 1829, 28.
95 V. ALSINA, 1829, 29.
96 V. ALSINA, 1829, 16.
97 V. ALSINA, 1829, 36-37.

este postulado no era correcto pues, a su entender, otros cambios debía sufrir el derecho penal vigente: construir una nueva justicia con buenos códigos, instituciones judiciales y buenos principios[98].

CONCLUSIÓN

El discurso de Valentín Alsina presentó una adecuada explicación respecto del tratamiento que se le debía dar a la pena de muerte fundada no sólo en la opinión personal del autor sino también en la de los hombres más representativos del pensamiento penal de la época. Su exposición significó la utilización e invocación de algunos principios y criterios penales que habían sido reivindicados por las líneas de pensamiento ilustrado, racionalista y liberal que se hicieron presentes en Buenos Aires desde la época del virreinato y que sirvieron en la educación de Alsina.

A la par de Alsina, otros autores se valieron de los mismos autores para justificar la abolición de la pena capital y otros, aun cuando no admitieron su aplicación, reconocieron la imposibilidad de derogarla en ese momento. Entre ellos pueden citarse a Florencio Varela y Guret Bellemare.

Las diferentes opiniones asumidas en torno a la pena de muerte durante la década de 1820 dan cuenta de la presencia de un pensamiento ecléctico en el ámbito intelectual de Buenos Aires, en el que se combinaban las prácticas heredadas con el discurso liberal como consecuencia de dos circunstancias: a) la continuidad de la tradición penal castellano-indiana y b) los intentos para construir un estado impregnado de principios racionales, ilustrados y liberales.

Para concluir, resta decir que Valentín Alsina fue representante de una época de transición en la que los hombres de entonces pretendían tibiamente el cambio de las viejas instituciones jurídicas del antiguo régimen.

FUENTES UTILIZADAS

ALSINA, V. (1829). «Discurso sobre la pena de muerte». Montevideo: Imprenta Republicana. En: BELLEMARE, G. (1949). *Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires,* Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de Historia del Derecho.

ALSINA, V. (1832). *Informe ante la Excelentísima Cámara en Revista de la Sentencia de Muerte a la que fue condenado en vista el coronel Paulino Rojas en la causa criminal que se le sigue de resultas de la muerte violenta de su esposa Da Encarnación Fierro*, Buenos Aires.

[98] V. ALSINA, 1829, 40.

ALSINA, V. (1834a). *Informe en la causa criminal contra Esteban y José María Yañez e Hipólito Yañez acusados de haber muerto alevosamente a su huésped el joven Estanislao Urueta ante la Exma Cámara de Justicia por Valentín Alsina*, Buenos Aires: Estevan Hallet y Cia.

ALSINA, V. (1834b). *Informe que el día cuatro de junio produjo ante el Juri de Imprenta de Apelación en el juicio promovido por el Ministerio Fiscal contra el general D. Felix Alzaga*, Buenos Aires: Imprenta de Hallet y Cia.

BECCARIA, C. (1983). *De los delitos y de las penas.* Barcelona: Brughera.

BELLEMARE, G. (1829). *Plan general de organización judicial para Buenos Aires en el que van asentados los principios que podrán servir de base para un código de leyes nacionales.* Buenos Aires: Imprenta del Estado. En BELLEMARE, G. (1949). *Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires.* Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de Historia del Derecho.

BENTHAM, J. (1838). *Tratado de las penas y de las recompensas*. Barcelona: Imprenta de D. Manuel Saurí.

CAILLET BOIS, R. (dir.) (1954). *Reglamentos, estatutos y constituciones argentinas (1811-1898)*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

DUMONT, E. (1821), *Tratados de legislación civil y penal, obra extractada de los manuscritos del señor Jeremías Bentham, jurisconsulto inglés*. Madrid: Imprenta de Fermín Villalpando.

El Tiempo (1828-1829). La Plata: Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires. Edición en CD.

La Gaceta Mercantil (1823-1852). La Plata: Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires. Edición en CD.

La Tribuna, 25 de julio de 1857.

LARDIZABAL Y URIBE, M. de (1782). *Discurso sobre las penas*. Madrid: Joaquín Ibarra.

MALLIE, A. (comp.) (1965). *La Revolución de Mayo a través de los impresos de la época Primera Serie 1809-1815.* Buenos Aires: Ministerio del Interior.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1976). *Mensaje de los gobernadores de la Provincia de Buenos Aires.* La Plata: Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires.

ROUSSEAU, J. J. (1982). *El contrato social*. Madrid: Edaf.

SANMARTINO DE DROMI, M. L. (1994). *Documentos constitucionales argentinos*. Madrid: Ciudad Argentina.

SOMELLERA, P. (1958). *Principios de derecho civil (Apéndice) De los delitos*. Buenos Aires: Editorial Elche.

VARELA, F. (1848). *Autobiografía de D. Florencio Varela natural de Buenos Aires, Redactor del «Comercio de Plata, Jurisconsulto, Publicista, Miembro Corresponsal del Instituto Histórico de Francia, y del Instituto Histórico y jeográfico del Brasil*. Montevideo.

VARELA, F. (1870). «Disertación sobre los delitos y las penas». *Revista de Derecho Penal.* Vol. 4: 241-270.

Bibliografía

AGÜERO, A. (2007). «Ley penal y cultura jurisdiccional. A propósito de una Real Cédula sobre armas cortas y su aplicación en Córdoba del Tucumán, segunda mitad del siglo XVIII». *Revista de Historia del Derecho*. Vol. 35: 13-45.

Álvarez Cora, E. (2002). «La génesis de la penalística argentina (1827-1868)». *Revista de Historia del Derecho.* Vol. 30: 13-86.

Anitua, G. (2010). *Historia de los pensamientos criminológicos*. 1.ª ed. Buenos Aires: Del Puerto.

Barreneche, O. (2001). *Dentro de la ley todo. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina.*1.ª ed. La Plata: Al Margen.

Caimari, L. (2012). *Apenas un delincuente: Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*. 2.ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Candiotti, M. (1920). *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires y catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario*. 1.ª ed. Buenos Aires: Ministerio de Agricultura de la Nación.

Cernadas de Bulnes, M. N. (1996). *Valentín Alsina. Periodista, jurista y hombre de gobierno*. 1.ª ed. Bahía Blanca: Utopía.

Chiaramonte, J.C. (2007). *Ciudades, provincias, estados: orígenes de la nación argentina (1810-1846)*. 1.ª ed. Buenos Aires: Emecé.

Cowen, M. P. (2004). *Los avatares de una élite reformista*. 1.ª ed. La Plata: Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires.

Cutolo, V. (1948). «El primer profesor de derecho civil en la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores». *Revista de la Facultad de Derecho*. Vol. 9 Año III: 47-71.

Cutolo, V. (1968). *Nuevo diccionario biográfico argentino: 1750-1930*. 1.ª ed. Buenos Aires: Elche.

Di Pasquale, M. (2011). «La recepción de la Idéologie en la Universidad de Buenos Aires. El caso de Juan Manuel Fernández de Agüero. (1821-1827)». *Prismas Revista de Historia Intelectual*. Vol. 15: 63-86.

Fasolino, N. (1968). *Vida y obra del primer rector y carcelario de la Universidad de Buenos Aires Presbítero Dr. Antonio Sáenz*. 2° ed. Buenos Aires: UBA.

González Taboas, P. F. (2009). «Iluminismo penal en la Argentina. Recepción y condicionamientos socioeconómicos político y culturales (1810-1835)», *Nueva Doctrina Penal.* Vol. 2009-A: 283-316.

Halperin Donghi, T. (2011). *Revolución y guerra: formación de una elite dirigente en la Argentina criolla*. 2.ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Laplaza, F. (1954). *Las ideas penales de Alberdi en el «Fragmento preliminar al estudio del derecho»*. 1.ª ed. Buenos Aires: Arayú.

Levaggi, A. (1972). «La pena de muerte en el derecho argentino precodificado. Un capítulo de la historia de las ideas penales». *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*. Vol. 23: 17-91.

Levaggi, A. (1981). *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires Manuel Genaro de Villota*. 1.ª ed. Buenos Aires: FECIC.

Levaggi, A. (1988). *El virreinato rioplatense en las vistas fiscales de José Márquez de la Plata*. 1.ª ed. Buenos Aires: UMSA.

Levaggi, A. (2007). *Francisco Manuel de Herrera, fiscal de la Audiencia de Buenos Aires (1789-1799)*. 1.ª ed. Buenos Aires: Facultad de Derecho-UBA.

Levaggi, A. (2008). «Ideas penales del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires Francisco Manuel de Herrera (1790-1799)». En: De la Puente Brunke, J. de la – Guevara

Gil, J. A. (eds). *Derecho, Instituciones y Procesos Históricos*. 1.ª ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú: 103-119.

Levaggi, A. (2012). *El derecho penal argentino en la historia*. 1.ª ed. Buenos Aires: Eudeba.

Levaggi, A. (2013). *Manual de historia del derecho argentino. Castellano-indiano/nacional*. 1.ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Levene, R. (1949). *Historia del derecho argentino*. 1.ª ed. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda. t. V.

Levene, R. (1952). *Historia del derecho argentino*. 1.ª ed. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda. t. VII.

Levene, R. (1958). *Historia del derecho argentino*. 1.ª ed. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda. t. X.

Mariluz Urquijo, J. M. (1971), «Una recopilación de escritos de Valentín Alsina». *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene.* Vol. 22: 205-216.

Mariluz Urquijo, J.M. (1990). «El derecho natural como criterio del derecho vigente en el setecientos rioplatense». *Revista de Historia del Derecho*. Vol. 18: 215-224.

Pestalardo, A. (1914). *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*. 1.ª ed. Buenos Aires: Imprenta Alsina.

Piccirilli, R. (1942). *Guret Bellemare. Los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires*. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad.

Piccirilli , R. (1953). *Rivadavia y su tiempo.* 1.ª ed. Buenos Aires: Peuser.

Pietro Sanchis, L. (2007). *La filosofía penal de la Ilustración*. 1ª ed. Lima: Palestra.

Porro Girardi, N. (2001). «Papeles de Valentín Alsina: catalogación». *Revista de Historia del Derecho*. Vol. 29: 481-516.

Romero, J. L. (1994). *Las ideas políticas en Argentina*. 12ª. ed. Buenos Aires: FCE.

Sierra, J. A. (2008). *Fusilados: historias de condenados a muerte en la Argentina*. 1.ª ed. Buenos Aires: Sudamericana.

Silva Riestra, J. (1940), «Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires», *Homenaje a la memoria del Dr. Juan José Montes de Oca*. 1.ª ed. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: 11-52.

Sozzo, M. (2009). «Florencio Varela y el nacimiento del liberalismo penal en Argentina» [artículo en línea]. Horizontes y Convergencias.[Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2014].

Stoetzer, O. C. (1965), «El influjo del utilitarismo en la América Española». *Revista de Estudios Políticos.* Vol. 143: 165-192.

Tau Anzoategui, V. (1960). «Las ideas políticas y jurídicas de Antonio Sáenz». *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*. Vol. 11: 150-164.

Tau Anzoategui, V. (1977). «En torno a la mentalidad de nuestros juristas del ochocientos». *Revista de Historia del Derecho*. Vol. 5: 421-433.

Tau Anzoategui, V. (1987). *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*. 2.ª ed. Buenos Aires: Perrot.

Tau Anzoategui, V. (2008). *La codificación en la Argentina (1816-1870): mentalidad social e ideas jurídicas*. 2.ª ed. Buenos Aires: Librería Histórica.

Truyol y Serra, A. (2004). *Historia de la filosofía del derecho y del estado*. 4.ª ed. Madrid: Alianza Editorial.

TRADUCCIÓN

Ivs Fvgit, 18, 2015, pp. 191-216
ISSN: 1132-8975

COMENTARIO Y TRADUCCIÓN DE «JAMES PAUL GOLDSCHMIDT (1874-1940) UN EMINENTE PROCESALISTA (CIVIL Y PENAL)» DE WOLFGANG SELLERT

José Balcázar Quiroz
Universidad Católica del Perú

PRIMERA PARTE: PRESENTACIÓN Y ESTUDIO

Semblanza del autor

El professor Wolfgang Sellert estudió Derecho en la universidad Johann Wolfgang Goethe en Fráncfort del Meno. Se doctoró en 1964 con una tesis sobre la delimitación de la competencia entre el Consejo Imperial y el Tribunal de Cámara Imperial («Über die Zuständigkeitsabgrenzung von Reichshofrat und Reichskammergericht»). Su trabajo de habilitación para la cátedra de 1970 versó sobre los principios procesales y el estilo curial en el Consejo Imperial en comparación con los fundamentos legales del procedimiento seguido ante el Tribunal de Cámara Imperial («Prozeßgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens»).

En 1977 es nombrado profesor ordinario en la universidad de Gotinga, obteniendo la cátedra en Historia del Derecho Alemán, Derecho Civil y Procesal Civil. Entre los años 1984 y 1985 resultó electo Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga. Entre 1995 y 2000 fue Director del Instituto Alemán-Chino de Derecho Económico. Desde 2006 es Director de la Academia de Ciencias de Gotinga y, desde el año 2002, profesor emérito.

Sus áreas principales de investigación comprenden: Historia del Derecho y de la Constitución del Sacro Imperio Romano Germánico (*Rechts- und Verfassungsgeschichte Heiliges Römisches Reich dt. Nation*), Historia del Derecho Pro-

cesal (*Prozeßrechtsgeschichte*), Historia del Derecho Penal (*Strafrechtsgeschichte*), Historia de los *Länder* y de la Universidad (*Landes- und Universitätsgeschichte*), Historia del Tercer Reich y del Nacionalsocialismo (*Drittes Reich und Nationalsozialismus*).

Es miembro de las siguientes instituciones científicas: *Göttinger Rechtswissenschaftliche Gesellschaft* (desde 1978), *Göttinge Akademie der Wissenschaften* (desde 1984), *Göttinger Akademiekommission zur Erforschung der Kultur des Spätmittelalters* (desde 1995), *Gesellschaft zur Förderung der Kunst. Freundeskreis der Göttinger Universitätskunstsammlung* (desde 1999), *Göttinger Zentrum für Mittelalter- und Frühneuzeitforschung* (desde 1999) *Göttinger Vereinigung zur Pflege der Rechtsgeschichte* (desde 2006).

Se le ha dedicado un volumen de estudios en su honor, por su 65° cumpleaños, bajo el título *Zur Erhaltung guter Ordnung*, J. Hausmann und Th. Krause (Hg.), Beiträge zur Geschichte von Recht und Justiz, Festschrift zum 65. Geburtstag von Wolfgang Sellert, Köln/Weimar/Wien 2000.

Sus publicaciones son numerosas, habiendo participado en calidad de editor, autor de monografías, artículos, recensiones, voces de enciclopedias, etc., para lo cual remitimos al siguiente enlace: http://reichshofratsakten.de/?page_id=229

Importancia de la obra de James Goldschmidt

La radical originalidad del pensamiento de James Goldschmidt hace de su obra una fuente siempre viva, a la cual el investigador debe dirigir siempre su mirada. Sin un flujo constante de nuevas ideas o la reconsideración de los conceptos antiguos, la ciencia puede estancarse y morir. Por eso las ciencias del derecho necesitan de Goldschmidt.

La vigencia de James Goldschmidt en el derecho procesal civil es fácilmente comprobable al leer los actuales libros de texto. Por ejemplo, el prof. Dr. Othmar Jauernig en su libro *Zivilprozessrecht* cita como sumamente importante el libro, del mismo nombre, de James Goldschmidt. Igualmente lo hace el prof. Dr. Rudolf Bruns (*Zivilprozessrecht*, 2. Aufl.), Rosenberg et alt. (*Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Auf., 2010). En el campo del derecho procesal penal y de la teoría general del proceso su obra *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens* resulta también de imprescindible lectura como lo recalca Karl Peters en su celebrado *Strafprozess. Ein Lehrbuch* (Heidelberg: C.F. Müller, 4. Auf. 1985, pág. 76).

En derecho penal las obras de James Goldschmidt siguen siendo de consulta obligada y continúan reimprimiéndose, como es el caso de *La concepción normativa de la culpabilidad*», 2.ª edición, Montevideo: B de F editores, 2002.

Es por eso que no sorprende en absoluto que a partir del año 2010 la editorial española Marcial Pons haya asumido la empresa de publicar las obras completas de Goldschmidt, al cuidado de Jacobo López Barja de Quiroga[1].

Esa importancia de las obras de Goldschmidt contrasta con la ausencia en la literatura hispanoamericana de algún artículo que trate sobre su trayectoria científica y académica, así como la génesis de sus principales contribuciones, el marco filosófico y metodológico en el que se insertan así como el contexto histórico en que fueron gestados. El profesor Sellert ha tratado con profundidad y con admirable síntesis todos estos aspectos de la vida y obra de Goldschmidt enfatizando, como no podía ser de otra forma en una contribución dedicada a los juristas alemanes de procedencia judía, la persecución que injustamente sufrió el distinguido jurista por parte de los Nazis y que se vio reflejada, finalmente, en el ostracismo de su obra del círculo científico alemán. El artículo del profesor Sellert que se presenta hoy en su traducción obliga a repensar cada una de las ideas que dejó Goldschmidt en los diversos campos del derecho.

---

[1] Entre los cuales se encuentran los siguientes trabajos: «Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch» (La Teoría de la Tentativa Acabada e Inacabada), en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.
«Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage» (Una investigación de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sobre la base de la historia del derecho y del derecho comparado) en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. IV.
«Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens» (El proceso como situación jurídica. Una crítica del pensamiento jurídico) en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. III.
«Der Notstand, ein Schuldproblem» (El estado de necesidad, un problema de la culpabilidad) en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.
«Zur Reform des Strafverfahrens» (Sobre la reforma del proceso penal), en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.
«Gesetzesdämmerung» (El ocaso de la Ley), en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.
«Problemas Generales del Derecho», 1944, en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.
«L'à priori dans le droit et dans la morale» (El a priori en el Derecho y en la Moral), en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.
«Le terme d'imputation» (El Punto de Referencia de la Imputación), en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.
«Die Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung» (La punibilidad de la coacción antijurídica según el Código Penal del Imperio), en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.
«Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats-und Rechtslehre» (El derecho penal administrativo en relación con la moderna teoría del Estado y del Derecho), en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.
«Zivilproze recht» (Derecho Procesal Civil), 2. Aufl. 1932, en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. II.

SEGUNDA PARTE: TRADUCCIÓN

James Paul Goldschmidt (1874-1940) Un eminente procesalista (civil y penal)[2]

Dr. Wolfgang SELLERT
Profesor emérito de Historia del Derecho, Derecho Civil y Derecho Procesal Civil de la Universidad de Gotinga (Alemania)

I. CURRICULUM VITAE

James Paul Goldschmidt[3] nació un 17 de diciembre de 1874 en Berlín[4]. Su padre fue el banquero Robert Goldschmidt, su madre Emilia Bressler[5]. Al igual que sus padres, profesaba el credo judío. En la pascua de 1892 aprobó el examen de bachillerato (*Abitur)* en el Real Colegio (*Gymnasium*) francés de Berlín. Luego estudió derecho en Berlín (5 semestres) y en Heidelberg (1 semestre). Entre sus profesores cuentan notables figuras como *H. Brunner*, *H. Dernburg*, *R. v. Gneist*, *P. Hinschius*, *G. Jellinek*, *J. Kohler*, *G. Schmoller* y *M. Weber*[6]. El 31 de mayo de

---

«Metodología Jurídico Penal», 1935, en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.
«Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal», 1935, en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.
«Teoría General del Proceso», 1936, en: James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, Vol. I.

2 Publicado originalmente en: Helmut HEINRICHS; Harald FRANZKI; Klaus SCHMALZ y Michael STOLLEIS, 595-613.

3 La información acerca de los datos biográficos, familiares y sobre la carrera científica del profesor Goldschmidt fue principalmente obtenida de su expediente personal que conserva la Universidad Humboldt de Berlín bajo los títulos: «UA HUB Jur. Fak. Personalakte GOLDSCHMIDT, James Nr. 140» y «UA HUB Jur. Fak. DEKANAT Nr. 495, 496 u. 498». Otros documentos biográficos y sobre la carrera profesional del profesor GOLDSCHMIDT se encuentran en el archivo de Merseburg bajo el título «Rep 76 VA Sekt 1 u. 2 Universitäten, Generalia». El «Archiv Bibliographia Judaica e. V.» (Frankfurt a.M.) también contiene valiosa información especializada. De mucha ayuda resultan las indicaciones biográficas de H. GÖPPINGER, 1963, 97; H. GÖPPINGER, 1990. Las noticias aportadas por Göppinger no coinciden en su totalidad con la información proveniente del expediente personal de Goldschmidt. Por los valiosos datos aportados sobre la vida y obra de Goldschmidt debo agradecer a mis colegas: W. Henckel (Göttingen), O. Kühn (Münster), F. Loos (Göttingen), M. Maiwald (Göttingen) y H. Schröder (Berlin).

4 Murió el 28 de junio de 1940 en Montevideo.

5 Goldschmidt tuvo un hermano Hans Walter (nacido el 19 de octubre de 1881) que fue Juez en el Tribunal Supremo de Colonia y profesor en la Universidad de Colonia. En 1934 fue pasado forzosamente al retiro y, al mismo tiempo, se le retiró la *venia legendi*. Al respecto: H. GÖPPINGER, 1990, 210 y 283.

6 Confrontar, la hoja de vida de Goldschmidt que obra en su tesis de doctorado intitulada «Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch» 1895, 64 [El título en castellano es La

1895 *Goldschmidt* rindió el primer examen jurídico estatal ante el real Tribunal de Cámara (*Kgl. Kammergericht*) de Berlín[7]. Obtuvo el doctorado el 26 de noviembre de 1895 por la *Friedrich-Wilhelms-Universität* de Berlín defendiendo la tesis «La teoría de la tentativa acabada e inacabada» (*Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch*)[8]. El 17 de junio de 1895 comenzó su periodo de prácticas profesionales (*Referendardienst*[9]) y en 1900 fue nombrado Asesor de Tribunal. En 1901 recibió la *venia legendi*[10] defendiendo la tesis titulada «El derecho penal administrativo» (*Das Verwaltungsstrafrecht*)[11] y fue nombrado *Privatdozent*[12]. Este trabajo contó con el asesoramiento de *J. Kohler*[13] y de *F. v. Liszt*[14]. El 7 de agosto de 1906 contrajo matrimonio con *Margarete Lange*. El matrimonio tuvo cuatro hijos[15]. En 1908 fue nombrado profesor extraordinario; en 1919 profesor ordinario y en 1921 profesor ordinario de derecho penal y derecho procesal civil en la Universidad de Berlín[16]. Su facultad lo eligió Decano en 1931[17].

Teoría de la Tentativa Acabada e Inacabada. Existe una versión española en: James GOLDSCHMIDT, 2010, 189-240].

7 Confrontar, hoja de vida de J. GOLDSCHMIDT, 1895, 64.

8 J. GOLDSCHMIDT, 1895, 64.

9 Se trata de un periodo de formación regulado por ley que exigen los estados alemanes como requisito para poder ejercer como abogado, juez o fiscal. (N. del trad.).

10 Expresión latina que equivale a *ius docendi*, «derecho de enseñanza universitaria» (N. del Trad.).

11 «Das Verwaltungsstrafrecht» apareció en 1902 y llevó por subtítulo: «Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage» [Una investigación de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sobre la base de la historia del derecho y del derecho comparado]. En el prefacio, Goldschmidt agradeció a sus dos profesores por su «colaboración en la investigación». Está proyectada su traducción al español de J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010.

12 En términos simples se podría decir que un *Privatdozent* es alguien que, a pesar de contar con la *venia legendi*, todavía no posee la titularidad de una cátedra en una universidad alemana. (N. del trad.)

13 A. ERLER y E. KAUFMANN ,1978, 925-927.

14 W. NAUCKE, 1984, 11-13.

15 Robert (4 de junio de 1907); Werner (9 de febrero de 1910); Viktor (28 de septiembre de 1914) y Ada (9 de marzo de 1919). Su hijo Robert estudió derecho en Berlín y obtuvo allí el grado académico de Doctor en derecho (Dr. Jur.). Hasta el momento de su pase forzado al retiro se desempeñó como asistente en la Facultad de Derecho de Berlín. En el año 1939 emigró a Inglaterra, de allí a Sudamérica y llegó a ser catedrático de derecho en Venezuela. Su hijoWerner fue también abogado y se desempeñó como asistente en la Universidad de Kiel entre los años 1932-1933. Él emigró en 1934 hacia Argentina y se desempeñó como catedrático en la Universidad de Tucumán desde 1949. Cfr. estas informaciones en: H. GÖPPINGER, 1990, 206 y 283.

16 «Administró» el Decanato en los años 1920/21 según sus propias directrices; cfr. Prefacio a J. GOLDSCHMIDT, 1925.

17 Confrontar información en: «Jüdisch – liberale Zeitung» [«El Judío – Periódico Liberal»] del 19 de agosto de 1931; «Hamb. Israelit. Familienblatt» [Periódico de las familias judías de Hamburgo] del 6 de agosto de 1931.

Luego de que el Nacionalsocialismo tomó el poder comenzó para *Goldschmidt* y su familia un trato degradante e indigno, cuyos efectos nocivos para su ejercicio profesional solo pueden esbozarse en las siguientes líneas. En septiembre de 1933 *Goldschmidt* fue trasladado de puesto «sobre la base del § 5 de la Ley de restablecimiento del oficio profesional» a otro centro superior de enseñanza. Mientras se le asignaba un nuevo puesto se le prohibió dictar clases. El primero de mayo de 1934 fue trasladado a la facultad de derecho de la universidad de Frankfurt del Meno. En agosto del mismo año retornó a Berlín a solicitud de la propia universidad. El 31 de diciembre de 1935 fue ordenado su pase a retiro con una paupérrima pensión[18] y le fue retirada la *venia legendi*.

Luego de haber ejercido como profesor invitado en las universidades de Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla y Zaragoza desde 1933[19] y no pudiendo pronunciar más conferencias en el extranjero a partir de 1936 debido a que se le había privado de la *venia legendi*, *Goldschmidt* inició su periplo migratorio. El 19 de diciembre de 1938 el Jefe de la Policía en Berlín «concede al ex profesor Dr. James Goldschmidt y esposa pasaporte de emigración» para Inglaterra. Ese mismo año *Goldschmidt* emigra hacia Uruguay[20]. Hasta el día de su muerte, ocurrida el 28 de junio de 1940, *Goldschmidt* enseñó derecho en la Universidad de Montevideo[21].

II. POSTURA JURÍDICO-METODOLÓGICA E IUSFILOSÓFICA

Goldschmidt ha legado una amplia obra científica. Para comprender mejor sus principales escritos, caracterizados por su construcción conceptual, artificial y extraña a la vida real, es preciso determinar, en primer lugar, su postura jurídica.

Cuando *Goldschmidt* comenzó a estudiar derecho, todavía no había sido superado del todo el concepto liberal del Estado de derecho heredado de la Escuela Histórica. Aún tenía vigencia la doctrina de *G. F. Puchta* (1798-1846) según la cual «el seguimiento de la genealogía de los preceptos jurídicos hasta su principio y de los principios a sus expresiones exteriores, hace posible echar luz a los preceptos jurídicos que se encuentran ocultos en el espíritu del derecho nacional … y que se reve-

---

[18] La reducción del salario –él recibió sólo el 35% de lo que le correspondía por jubilación– lo golpeó emocionalmente. Por ello, el 20 de diciembre de 1935 le escribió al Director Administrativo de la Universidad, entre otras cosas: «Desde comienzos de enero tengo que pagar intereses hipotecarios, así como adquirir carbón para la calefacción de mi casa, y de otras necesidades he tenido que prescindir, por lo que no puedo arrendar mi casa así de rápido». Goldschmidt vivió en Berlín-Grunewald, calle Wallot, Nr. 14.

[19] Vgl. R. GOLDSCHMIDT, 1950, 364. El Periódico de las familias judías de Hamburgo del 20 de diciembre de 1934 informa que Goldschmidt estaba «ejerciendo la docencia en la Universidad de Barcelona».

[20] R. GOLDSCHMIDT, 1950, 364.

[21] A. SCHÖNKE, 1950, 275 y 276; H. GÖPPINGER, 1950, pág. 283.

lan de manera segura mediante deducción científica»[22] o, como diría *E. Schmidt*, todavía el derecho es conceptualizado como un todo completo, cerrado en sí mismo, que a partir de sus preceptos particulares se puede arribar a los supremos conceptos abstractos del sistema vía inducción, y poder decidir, con la ayuda de la férrea lógica, tanto problemas jurídicos como casos particulares que no encuentran expresa regulación en el derecho positivo[23]. En el punto medio de este método se encuentra una consideración histórico-filológica, que en primera instancia no se cuestiona por las condiciones de surgimiento del derecho, por su dependencia a una época específica y por sus conexiones histórico-evolutivas, sino por la existencia de un rico aparato jurídico conceptual para la historia del derecho, con cuya ayuda se pensaba construir y fundamentar el derecho del presente[24].

La nueva orientación del pensamiento científico de *R. v. Jhering* (1818-1892)[25], quien deduce el origen del derecho más bien de los fines de los individuos y de la sociedad, no pudo suplantar del todo la metodología iuspositivista tan ajena a la vida, incluso entre aquellos que se sentían comprometidos con los nuevos planteamientos como acaeció con *F. v. Liszt*[26]. Es con la crisis económica y social que siguió a la I Guerra Mundial y con el tránsito de un concepto de Estado liberal de derecho a un Estado social de derecho, que la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*[27]) perdió su posición dominante. Dicha postura fue corregida a través de una des-individualización del sistema jurídico en su totalidad[28] así como por medio de un punto de vista teleológico que enfatiza[29] el interés por la vida y por la finalidad de la producción normativa.

Este cambio en el método jurídico que se ha expuesto en forma simplificada, y que termina completándose con el tránsito de la monarquía constitucional a la República de Weimar, no podía dejar de ejercer influencia sobre el punto de vista jurídico de *Goldschmidt*. Sin embargo, su estilo de razonamiento y de trabajo no

---

22 P. KRÜGER, 1881, 22; T. HENKEL, 2004, 33 y ss.

23 E. SCHMIDT, 1965, 355.

24 [Una consideración aparte merece *Richard Loening* (citado por E. Schmidt, 1965, 356) quien en su discurso inaugural de 1882 en Jena señaló: «El derecho penal actual se puede concebir, de acuerdo a su espíritu y a sus particularidades, como un producto histórico. Apoyándose en los resultados de la investigación histórica el doctrinario ha de conformar sus máximas sobre el derecho vigente así como revelar la importancia del derecho vigente» (N. del trad.)].

25 E. SCHMIDT, 1965, 357 y ss.

26 Vgl. E. SCHMIDT, 1965, 383. [E. Schmidt recuerda en esta página que F. von Liszt participaba del positivismo lógico en cuanto a su dogmática, pero no en cuanto a su política criminal donde el autor cumplía un rol estelar (N. del trad.)].

27 Sobre esta escuela de pensamiento existe una ingente literatura. Entre sus características más saltantes se cuentan: 1) el derecho es concebido como un todo acabado, 2) son los científicos quienes crean la ley, 3) privilegia la elaboración de conceptos jurídicos, 4) el Juez actúa mecánicamente. (N. del trad.).

28 K. W. NÖRR, 1988; W. SELLERT, 1989, 235 y ss.

29 E. SCHMIDT, 1965, 355 y ss.

cambió, como lo prueban las consideraciones histórico-filológicas y jurídico-conceptuales que impregnan su trabajo doctoral. Recuérdese que en él, *Goldschmidt* quiso: «determinar, mediante un extenso análisis histórico, qué es lo que permanece en el concepto actual de la tentativa acabada; en un segundo momento de la investigación, qué concepto ha sido recepcionado por la legislación imperial y por nuestra nueva doctrina, y finalmente en un último apartado, qué postura dogmática es la dominante»[30]. En la introducción a su tesis de habilitación reconoce su método histórico y lo justifica con estas palabras: «Así gustan algunos, no así el autor de estas líneas, recurrir solamente a una interpretación filológica de las palabras de la ley. Ello resulta extraño al historiador del derecho cuya atención está puesta desde el principio y exclusivamente, con vista a un fin práctico, en el examen del material histórico. Para el fin sistemático aquí perseguido este modo de tratamiento aparece como obligado. El triunfo del método histórico podría tener lugar en la ciencia jurídica en caso estuviera en condiciones de conducir a resultados prácticos»[31].

Goldschmidt nunca renunció a su predilección por las construcciones jurídico-conceptuales. Así que en 1930, citando a *J. Kohler*, escribió «las construcciones son para los juristas los pozos que conducen a las profundidades»[32]. En relación a ello *Goldschmidt* quiso además tratar el derecho histórico «según los principios de una moderna sistemática» y con ello poner a prueba la corrección de sus propias teorías[33]. Por ejemplo, para *Goldschmidt* carece de sentido indagar «cómo los romanos comprendieron» su propio derecho; para él lo trascendente es comprender jurídicamente el derecho romano en sí mismo. Para ello «habrá que apelar a todas las herramientas del arsenal de los conceptos jurídicos más modernos»[34].

Aun cuando *Goldschmidt* no haya renunciado a este método jurídico, la impresión que le produjo la I Guerra Mundial y las nuevas relaciones políticas de la República de Weimar lo condujo a modificar su (por él mismo denominada) «concepción del mundo jurídico» (*Rechtsweltanschauung*)[35]. El resultado de la guerra le hizo ver que todo derecho, especialmente el de los individuos: «al fin y al cabo no es más que un conjunto de posibilidades y cargas en la lucha por el Derecho que ha de regir»[36]. Esta nueva concepción tendrá, por un lado, conse-

---

30 J. GOLDSCHMIDT, 1895, 64.
31 J. GOLDSCHMIDT, 1902, 8 y ss.
32 J. GOLDSCHMIDT, 1930, 428-433.
33 Confrontar, a este respecto, la crítica justificada de R. NEUNER, en: A. v. STAFF, E. JAEGER y R. KANN, 1926, 44-52.
34 J. GOLDSCHMIDT, 1925, 56 y 66.
35 J. GOLDSCHMIDT, 1914, 68. [Versión en castellano: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, 343-400].
36 J. GOLDSCHMIDT, 1925, 5.

cuencias determinantes para la valoración del derecho procesal civil. Por otro lado, hará surgir la necesidad de una reforma del derecho procesal penal bajo la égida de un Estado republicano, el cual deberá orientarse, en lugar del Estado autoritario, según los principios de la democracia y del socialismo. Consecuentemente, el proceso inquisitivo deberá ceder el paso al proceso adversarial (*Parteiprozess*)[37]. Más allá de esto, el hecho de que *Goldschmidt* se haya visto influenciado por la doctrina de su profesor *F. v. Liszt* no lo lleva a abdicar de la idea del fin del derecho, a pesar que permanezca firme en su pensamiento dirigido a la construcción dialéctico-conceptual.

Goldschmidt nunca fue un mero positivista. En ello radica precisamente el atractivo de su obra: en plantear una y otra vez cuestiones fundamentales atinentes al derecho como «la humanidad se ha ocupado del derecho desde que comenzó a filosofar»[38]. Él se hizo preguntas sobre el fundamento de validez y sobre el origen del derecho. El derecho como tal, no puede ser sino justo, moral y no arbitrario. Debe ser derivado de la «idea de justicia» y debe ser entendido como «resultado histórico de un compromiso entre poder y conciencia, entre poder y moral»[39].

Con tales interrogantes él lidió en una conferencia pronunciada el 7 de junio de 1926 ante la asociación de abogados de Berlín sobre la «Crisis de la Revaloración»[40] en la que analizó si «una ley arbitraria e injusta también puede considerarse derecho»[41]. *Goldschmidt* percibió el peligro de que la inaplicación por parte del tribunal de una ley emitida conforme a la Constitución, sustentada en que, de acuerdo a la opinión mayoritaria de sus miembros, se encuentra enfrentada a la ley moral, conduciría a la «disolución del ordenamiento jurídico y a una funesta conmoción del sistema estatal»[42]. Sin embargo, él era de la opinión de que una ley tal no podría ser aplicada, para lo cual apeló no solo al derecho natural[43] y al derecho libre (*Freirecht*)[44] como un arma metodológica contra la legislación injusta[45], sino también a

---

37 J. GOLDSCHMIDT, 1919, 4 y ss. [Versión en castellano: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, 681-704].

38 Vgl. J. GOLDSCHMIDT, 1926, 12.

39 A diferencia de Jhering y Jellinek para Goldschmidt «el Derecho no es ni la "Política del Poder" ni el "mínimo ético"». (J. GOLDSCHMIDT, 1925, 236).

40 J. GOLDSCHMIDT, 1926, 12.

41 Concretamente se trató de la Ley de Revalorización (Aufwertungsgesetz) emitida a raíz de la inflación post guerra, lo que supuso el abandono del principio del nominalismo, según el cual las deudas monetarias se cancelan según el valor nominal. Cfr., al respecto: K. W. NÖRR, 1989, 65 y ss.

42 J. GOLDSCHMIDT, 1926, 12 y ss.

43 J. GOLDSCHMIDT, 1926, 14.

44 A los miembros de la Escuela libre del derecho se les acusa de atentar contra el principio de legalidad y de seguridad jurídica al apoyar un incontrolado activismo judicial argumentando el carácter ineludiblemente creativo de la labor judicial. (N. del trad.)

su propia «concepción del mundo jurídico»[46], pues la «"consciencia"… ha tenido que haber influenciado la creación del derecho». En caso contrario, surge la arbitrariedad bajo la forma de ley, que el Juez debe inaplicar no solo cuando perciba el derecho natural como una fuente de igual jerarquía sino, especialmente, cuando lo considere una fuente de mayor jerarquía. Esta situación no es «inaudita»[47]. En conjunto no solo vio él las posibilidades, sino también las fronteras del derecho para alcanzar un ordenamiento en el que los diversos intereses de los hombres estuvieran en una relación aceptable para todos. La misión del derecho, para *Goldschmidt*, consiste en «delimitar justamente los intereses en colisión» y «ponderar los móviles en pugna bajo el prisma de la equidad» sin caer en excesos morales[48].

El punto de vista metodológico y filosófico de *Goldschmidt* no se ha descrito exhaustivamente. Queda claro que estamos ante un jurista agudo y original, metodológicamente entrenado en historia y en filosofía, que estuvo en condiciones de forjarse un camino autónomo a través de las diferentes corrientes en boga, llámese positivismo jurídico, jurisprudencia teleológica, iusnaturalismo y escuela del derecho libre[49].

III. EL TRABAJO CIENTÍFICO

El núcleo de los trabajos de *Goldschmidt* concierne al derecho penal, derecho procesal penal y derecho procesal civil, donde las diferencias relativas a dichas materias son destacadas y comparadas. La fuerza y la importancia de sus trabajos jurídico-procesales reside en que su análisis siempre tomó en cuenta tanto el dere-

---

45 En este punto se muestra en total acuerdo con Reichel (Gesetz und Richterspruch [Ley y Sentencia Judicial], p. 142), que escribe: «El Juez está obligado a causa de su oficio, a apartarse conscientemente de un precepto legal, cuando dicho precepto se encuentre en contradicción con la percepción moral de la generalidad, pues tanto con su aplicación se pondría seriamente en peligro la misma autoridad del Derecho y la Ley, como a través de su inobservancia». Cfr., respecto a estas cuestiones: J. GOLDSCHMIDT, 1924, 245 y ss. [Versión española en: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, 61-73].

46 Vgl. J. GOLDSCHMIDT, 1924, 68.

47 J. GOLDSCHMIDT, 1925, 16. A continuación él investiga la cuestión de si el derecho constitucional «ofrece una protección suficiente contra la arbitrariedad del legislador», lo que responde en forma negativa, fundamentando su respuesta en forma muy aguda.

48 J. GOLDSCHMIDT, 1924 , 68.

49 Para valorar adecuadamente la filosofía de Goldschmidt es preciso recurrir también a sus escritos filosóficos redactados durante su emigración tanto en francés como en español. A ella pertenecen especialmente sus contribuciones: Problemas Generales del Derecho, 1944 [J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, 123-188]; Estudios de Filosofía Jurídica, 1947 y con anterioridad: L'à priori dans le droit et dans la morale, 1937, 94-139 [Existe una versión española en: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, 75-108]; Le terme d'imputation, 1938, 55-56 [Existe una versión española en: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, 109-122]. Cfr., al respecto: R. GOLDSCHMIDT, 1950/1051, 365; A. SCHÖNKE, 1950, 275 y ss.

cho procesal civil como el derecho procesal penal[50], lo que no obsta a que sus escritos puedan clasificarse en uno u otro ámbito.

1. Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Los trabajos de *Goldschmidt* en los campos del derecho penal y del derecho procesal penal abarcan preferentemente el tema de la reforma legal que urgía luego de finalizada la I Guerra Mundial. A finales del año 1902 se conformó un comité científico a pedido del Ministerio de Justicia del Imperio bajo la dirección de ocho renombrados juristas[51] el cual tenía por misión elaborar una exposición crítica de derecho comparado de todas las materias del derecho penal a efectos de que los resultados pudieran ser usados en una ley de reforma[52]. *Goldschmidt*, en aquel tiempo todavía *Privatdozent* en la Universidad de Berlín, fue uno de los aproximadamente 50 colaboradores que escogió dicho comité, a propuesta de *F. v. Liszt*[53]. En los seis años previstos fueron publicados 16 volúmenes, en los cuales apareció una contribución suya bajo el rótulo «Delitos (penas principales y accesorias) y medidas de seguridad a la luz de los principios de la ejecución penal»[54]. El rico material reunido por *Goldschmidt* apoyado frecuentemente en cifras estadísticas criminales (denominada «Parte Exegética») fue, conjuntamente con otras contribuciones, «un pozo inagotable de ciencia para la orientación más precisa respecto a todas las cuestiones fundamentales concernientes a la reforma del derecho penal»[55], tal es así que incluso en la actualidad mantiene un apreciable valor para la historia del derecho penal. En la sección «Parte Crítica», dirigida principalmente a la práctica, el autor se reconoce como discípulo de *F. v. Liszt*[56]. Consecuentemente *Goldschmidt* secundó la tesis de F. v. Liszt, originariamente expuesta por éste en el «Programa de Marburgo» (1882) en donde sostenía, contrariamente a la posición dominante en aquel entonces del derecho penal retributivo (*Vergeltungsstrafrecht*), que la pena no debería ser la compensación formalizada del hecho, sino que debería ser vista como una reacción proporcional y socialmente útil frente al inadecuado y dañoso comportamiento antisocial[57].

---

50 E. SCHMIDT, 1950, 447.

51 K. v. BIRKEMEYER; F. v. CALKER; R. FRANK; R. v. HIPPEL; W. KAHL; K.v. LILIENTHAL; F. .v. LISZT und A. WACH.

52 Cfr. V. DARSTELLUNG, 1908.

53 Cfr., respecto a los trabajos de reforma: E. SCHMIDT, EINFÜHRUNG, 1950, 394 y ss.

54 V. DARSTELLUNG, 1908, 81-470.

55 E. SCHMIDT, 1965, 395.

56 Pero siempre siguió en lo novedoso a su receptivo profesor J. KOHLER, a quien dedicó su trabajo «Die Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung» con ocasión de la muerte de éste, J. GOLDSCHMIDT, 1897 [Existe una versión española en: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, 241- 268].

57 W. NAUCKE, 1984, 11-13.

La idea guía que presidía su análisis era: «Transformar nuestro sistema penal privilegiando el mejoramiento y la seguridad, con miras al diseño de medidas funcionales de mejoramiento y de seguridad»[58]. En ese sentido estuvo –nuevamente siguiendo a *F. v. Liszt*– dispuesto a hacer concesiones a los representantes de la teoría de la retribución preventivo-general y procuró apaciguar un conflicto entre estas escuelas adoptando una posición conciliadora. Conforme a ello y acusando la influencia del derecho procesal penal suizo, defendió la doble vía de penas y medidas de seguridad, de ideas retributivas y de seguridad[59]. Finalmente *Goldschmidt* diferencia entre reglas, a las que él concede preferencia, y aquellas que considera proyectar en una futura reforma. Especialmente en estas diferencias se percibe su posición de un Estado liberal de derecho y de un derecho penal humano. Sobre la cuestión de la pena de muerte y su ejecución escribió: «Para mí resulta claro que la pena de muerte es el legado de una era ya superada». Ella y la decapitación se mantendrán «a pesar que contrarían mi opinión personal»[60].

Al mismo tiempo elaboró un «Anteproyecto de un nuevo código penal alemán» que lo publicó en el invierno de 1909[61]. Al igual que su trabajo anterior (*Vergleichende Darstellung*[62]), el proyecto buscó mediar entre el carácter retributivo de la pena y las modernas investigaciones de política criminal[63]. Pudo estar todavía satisfecho con ello, así que las reglas sobre las doctrinas generales felizmente se mantuvieron[64]. La crítica adujo el hecho de que a pesar que las clases de culpa estuvieran expresamente previstas en la ley, todavía no se desprendieran del psicologismo imperante[65].

Al mismo tiempo se presentaba en 1911 un «Contraproyecto» realizado por los profesores *Goldschmidt*, *Kahl, v. Lilienthal* y *v. Liszt*[66]. Especialmente *Goldschmidt* se ocupó en esta obra de las cuestiones que requerían de mayor competencia dogmática, en vista de que había investigado intensivamente la problemática de la culpa, y es aquí, sobre la base de los trabajos fundamentales de *R. Frank*, que logró hacer avances revolucionarios. Así ocurrió también con su escrito de 1913 «El Estado de Necesidad: Un problema de culpabilidad»[67], donde analizó

---

58 V. DARSTELLUNG, 1908, 316.
59 V. DARSTELLUNG, 1908, 316 y ss.
60 V. DARSTELLUNG, 1908, 320 y 323.
61 E. SCHMIDT, 1965, 395 y ss.
62 V. DARSTELLUNG, 1908, 6.
63 E. SCHMIDT, 1965, 395.
64 E. SCHMIDT, 1965, 396.
65 E. SCHMIDT, 1965, 396.
66 Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches [Contraproyecto al Anteproyecto de un Código penal alemán], 1911. Con este proyecto se buscó facilitar y acelerar «el desarrollo del trabajo de reforma, ciertamente, sobre la base del Anteproyecto». Cfr., al respecto, E. SCHMIDT, 1965, 396 y ss.
67 J. GOLDSCHMIDT, 1913. Goldschmidt dedicó este trabajo «A los coautores del Contraproyecto con aprecio y admiración».

la cuestión de si en el concepto de culpa existe un concepto normativo más allá de su aspecto meramente psicológico[68].

Partiendo de la premisa de que junto a los mandatos y prohibiciones existen normas que establecen deberes autónomos (*Pflichtnormen*), sin las cuales aquéllos levitarían, pero que gracias a éstos (deberes autónomos) hunden sus raíces en el poder más grande que existe sobre la tierra, esto es, en el poder psíquico de la motivación al deber[69], *Goldschmidt* encuentra el elemento normativo de la culpabilidad en la separación de la ilicitud de valor del dolo. En ese orden de ideas, la culpabilidad no se concibe como parte integrante del dolo, esto es, ya no como voluntad de contravención al deber; a partir de ahora habrá de concebírsela objetivamente como voluntad contraria al deber[70]. Podría considerarse que esta diferencia entre norma de deber (*Pflichtnorm*) y norma jurídica (*Rechtsnorm*) es innecesaria y/o enrevesada, pero lo cierto es que con esta contribución y con otros trabajos[71] *Goldschmidt* fundó la moderna doctrina normativa de la culpabilidad sobre bases sólidas y, con ello, planteó en forma aguda el núcleo de la problemática sobre la culpabilidad[72]. A partir de tal logro, pudo desarrollar nuevas ideas en relación con la problemática del estado de necesidad, que no solamente dieron lugar a ulteriores discusiones científicas, sino que también influenciaron la propia jurisprudencia del Tribunal Imperial[73].

Entretanto *Goldschmidt* se ganó también una merecida fama como especialista en el campo del derecho procesal penal y fue convocado por el Ministerio de Justicia Imperial en los años 1919-1920 en condición de colaborador para la reforma del proceso penal[74]. *Goldschmidt* tenía en mente adaptar el proceso penal al nuevo Estado democrático surgido con el advenimiento de la República de Weimar, y luchó por la introducción de un proceso de parte ante un tribunal del pueblo (*Volksgericht*)[75]. Él era de la opinión que «nuestro Código procesal penal, a pesar del disfraz acusatorio, en realidad está dominado por el espíritu del proceso autoritario inquisitivo»[76]**.** Su «Proyecto de Ley sobre el procedimiento penal» publi-

---

68 J. GOLDSCHMIDT, 1913, 2.
69 J. GOLDSCHMIDT, 1913, 68.
70 J. GOLDSCHMIDT, 1913, 13.
71 J. GOLDSCHMIDT, 1930, 428-468; J. GOLDSCHMIDT, 1904, 340-348.
72 E. SCHMIDT, 1950a, 447. Críticamente se expresa en cambio: E. MEZGER, STRAFRECHT, 1933, 255 y ss., quien llega a la conclusión que a la «norma de deber» («Pflichtnorm») le falta «autonomía interna frente al injusto» y que por ello Goldschmidt no habría podido probar que existiría «culpa sin injusto» («Schuld ohne Unrecht»).
73 Cfr. RGSt 61, 249; E. SCHMIDT, 1950a, 447. El mérito de Goldschmidt respecto a la teoría normativa de la culpabilidad es reconocido y apreciado en la ciencia jurídico-penal de nuestros días; cfr., por ejemplo, H. JESCHECK, 1988, 377 y ss.
74 E. SCHMIDT, 1950a, 447.
75 Cfr. J. GOLDSCHMIDT, 1919, 4.
76 Cfr. J. GOLDSCHMIDT, 1919, 1.

cado en 1920 no encontró la aceptación esperada[77]. Sin embargo, *Goldschmidt* no haría concesión alguna a su idea de liberalizar el proceso penal. El «Derecho Procesal», afirmó *Goldschmidt*, «solo puede crecer y prosperar en el campo del liberalismo»[78]. Ante todo sus propuestas, apoyadas en el derecho procesal inglés, de reconocer una «cualidad de parte al Ministerio Público», desligar al Fiscal de su deber legal de imparcialidad y retirarlo del «sitial de juez», así como de romper con el monopolio de la acusación fiscal[79], habrían significado un giro total para el derecho procesal penal, muy vanguardista para su tiempo, incluso para el actual, pues el estado de la cuestión no ha variado en absoluto. Quizás este proyecto un día reciba gran atención «cuando la reforma proyectada necesite renovar los propios fundamentos del proceso penal»[80].

Entre los trabajos científicos más importantes de *Goldschmidt* se cuenta su tesis de habilitación para la cátedra del año 1902 «Derecho Penal Administrativo»[81]. En este trabajo, que recibió el estímulo de *F. v. Liszt*[82], *Goldschmidt* busca demostrar la autonomía del derecho penal administrativo frente al derecho penal en sentido estricto y, con ello, acreditar su pertenencia a la Administración o, como afirmó él mismo en otro lugar, descubrir por lo menos la diferencia entre injusto penal e injusto de policía[83].

El voluminoso trabajo, donde predomina la perspectiva histórica y comparatista del derecho, finaliza en las últimas 100 páginas con la «Tentativa de una teoría del Derecho Penal Administrativo», e impresiona por la manera en que el autor aprovecha el rico material de fuentes históricas. Incluso cuando la elaboración metódica de las fuentes del derecho se muestra en muchos casos, desde una

---

77 E. SCHMIDT, 1950a, 447.

78 Cfr. Prefacio: J. GOLDSCHMIDT, 1925, 4.

79 J. GOLDSCHMIDT defendió especialmente una regla, inadmisible para la praxis judicial de aquel tiempo, de trasladar el oficio del Ministerio Público al Órgano Jurisdiccional, pues Goldschmidt temía que el Juez pudiera sentenciar al acusado desde el punto de vista del Ministerio Público. Cfr. J. GOLDSCHMIDT, 1919, 20 y ss. [Precisamente, en la pág. 20 de este ensayo el autor deja en claro que «una consecuencia de la separación entre Ministerio Público y Tribunal, cuya importancia normalmente es subestimada, es que el Ministerio Público no pueda sentarse más a la mesa del Juez» (N. del trad.)].

80 Así, la presunción justificada de E. SCHMIDT, 1950a, 447. Todavía en los años 70 se afirmaba que nuestro actual derecho procesal penal consta de elementos pertenecientes al modelo inquisitivo. En este sentido se aconseja seguir el ejemplo del proceso penal anglosajón. Cfr. I. MÜLLER, 1983, 161 y ss. Al respecto, véase también mis argumentos críticos en: W. SELLERT, «Die Bedeutung und Bewertung des Inquisitionsprinzips aus rechtshistorischer Sicht» [Importancia y evaluación del principio inquisitivo desde un punto de vista histórico-jurídico], en: *Recht und Staat im sozialen Wandel* (= Festschrift f. H. U. Scupin).

81 J. GOLDSCHMIDT, 1923.

82 Según E. SCHMIDT, 1965, 397: «Una de las ideas favoritas de Liszt, era que las infracciones de policía fuesen separadas de los injustos penales».

83 Cfr., Introducción en: J. GOLDSCHMIDT, 1923, 9 y ss.

perspectiva actual, como enrevesada[84], lo cierto es que el material histórico recopilado por *Goldschmidt* resulta fundamental para la historia del derecho penal.

Asimismo, resultan esclarecedoras sus elucubraciones sobre la esencia del ordenamiento jurídico estatal y del ordenamiento jurídico administrativo, de las cuales él deriva la distinción entre derecho administrativo (penas administrativas) y pena privativa de derechos (penas de derecho penal). Diferencias esenciales se derivan, en opinión de *Goldschmidt*, por un lado, de la posición dual del Estado sea como titular de la beneficencia dinámica, es decir, de la «voluntad general», sea como guardián del ordenamiento jurídico estatal, es decir, de la «voluntad especial» del ciudadano; y, por otro lado, de la «posición dual de los individuos como portadores de voluntad y órganos de auxilio (*Hülfsorgane*)»[85]. Por consiguiente «la sanción administrativa no abarca, como la pena del derecho penal, la lesión de la esfera jurídica de un portador de voluntad, sino la medida disciplinaria de un órgano de auxilio; del mismo modo la contravención administrativa no representa la lesión de la esfera jurídica de un portador de voluntad, sino la contravención de un órgano de auxilio contra la administración»[86].

Esta y otras sutiles argumentaciones parecen, a primera vista, demasiado artificiales. A ello habría que replicar que las mismas fueron siempre pensadas con mucha agudeza, de tal suerte que si uno sigue sus premisas acabará constatando que todas ellas se ensamblan en un pensamiento sistemático.

Este escrito de habilitación para la cátedra no fue considerado por *Goldschmidt* como un «término» sino, más bien, como un «punto de partida»[87] y, en cuanto tal, debía ser sometido a debate. Este comenzó intensamente, como lo demuestra el trabajo de *F. Trops* [88]. Recién en 1930 *E. Wolf* reconoció a *Goldschmidt* la paternidad de la moderna teoría del derecho penal administrativo[89] y anotó que la «crítica diri-

---

[84] Eso vale, por ejemplo, para la suposición de Goldschmidt, de que la inobservancia de los mandatos reales (der Bann) durante el reino de los Francos no representa una acción antijurídica de derecho penal sino una infracción (de policía) administrativa; no la lesión de un bien jurídicamente protegido por el derecho penal, sino la lesión de un interés netamente administrativo; cfr. J. GOLDSCHMIDT, 1923, 3. [Estos mandatos reales se sustentan en un Banngewalt que le pertenecía al Rey, en tanto jefe supremo del ejército, para emitir órdenes y prohibiciones y sancionar su incumplimiento mediante el pago de multas]. Cfr. H. PLANITZ, 1981, 82.

[85] J. GOLDSCHMIDT, 1923, 553.

[86] J. GOLDSCHMIDT, 1923, 552 y ss.

[87] Vgl. Introducción, en: J. GOLDSCHMIDT, 1923, 9. Goldschmidt mismo profundizó y amplió su doctrina en otros trabajos; cfr., por ejemplo, «Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre» [El derecho penal administrativo en relación con la moderna teoría del Estado y del Derecho], en: *Festgabe für R. Koch*, 1903, 415-443; «Materielles Justizrecht» [Derecho Justicial Material]. Hay traducción del alemán por la Dra. C. GROSSMANN, 1959; y últimamente una nueva versión: en: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Ed.), 2010, 633-678], en: *Festgabe für B. Hübler* 1905, 85-152. Literatura adicional es citada por E. WOLF, 1930, 518.

[88] F. TROPS, 1926.

[89] E. WOLF, 1930, 518.

gida contra el fundamento histórico-ideológico y filosófico-estatal de la teoría de *Goldschmidt* se ha basado desde sus raíces y desde un punto de vista conservativo, en el rechazo del liberalismo como valor estatal fundamental»[90].

La obra de *Goldsdchmidt* «Derecho Penal Administrativo» sirvió tanto para superar la hipertrofia de la pena estatal como la tendencia de la administración pública de extenderse al campo de la Administración de Justicia (*Rechstpflege*)[91]. No debe sorprender, entonces, que su trabajo no fuera citado en absoluto después de 1933, momento en que los juristas adscritos al nacionalsocialismo como *K. Siegert*[92] se ocuparon de cuestiones de derecho penal económico.

No solo las opiniones de *Goldschmidt* dejaron de ser citadas a causa de su origen judío, sino que su propia concepción sobre el Estado liberal de derecho, basada en una separación estricta de los poderes, no era bien recibida en aquel momento. Una limitación de las competencias de las entidades administrativas y policiales del Estado era una idea que no comulgaba con los objetivos del nacionalsocialismo. Se rechazaba la distinción entre delito económico y contravención al ordenamiento (administrativo), entre pena del derecho penal y penalidad administrativa. Asimismo, se propugnaba la preeminencia de las entidades administrativas sobre los órganos judiciales[93].

Cuando en el año 1947 se abordó la problemática del completamente contaminado derecho económico, se volvió la mirada a la teoría del derecho penal administrativo de *Goldschmidt*, la cual obró como clave para la solución de problemas legislativos[94]. En relación a ello *E. Schmidt* ha referido en forma acertada que «sin el extraordinario trabajo previo de *Goldschmidt* de 1902 «no hubiese sido posible la distribución de competencias entre el Poder Judicial y la Administración Pública en la Ley Económica del 26 de julio de 1949»[95].

---

90 E. WOLF, 1930, 541. Cfr., también: A. SCHÖNKE, 1950, 275 y ss. A pesar de las críticas lo cierto es que la doctrina de Goldschmidt jugó un rol muy importante en la concepción de la Ley de Administración de Policía prusiana (preußisches Polizeiverwaltungsgesetz) de 1931. Cfr. A. SCHÖNKE, 1950, 275 y ss., con referencia a la obra de J. GOLDSCHMIDT, 1932, 497-529. [La validez jurídica de la multa coercitiva en los reglamentos de policía según la Ley de la policía prusiana. Un dictamen del Gobierno Prusiano. Hay traducción en: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (ed.), 2010, págs. 493-518].

91 E. SCHMIDT, 1950a, 447.

92 K. SIEGERT, 1939. Cfr., al respecto E. SCHMIDT, 1950b, 13. En el Congreso celebrado en octubre y noviembre de 1936 sobre «Das Judentum in der Rechtswissenschaft» [El Judaísmo en la Ciencia Jurídica] K. Siegert difamó los trabajos de Goldschmidt; cfr. al respecto H. GÖPPINGER, 1963, 75.

93 Así E. SCHMIDT, 1950a, 25, para el desarrollo paralelo en la ex «Zona oriental alemana».

94 E. SCHMIDT, 1950a, 447.

95 E. SCHMIDT, 1950a, 447. Para más detalles cfr. E. SCHMIDT, 1950b, 13. Sobre la base de la teoría del derecho penal administrativo de Goldschmidt se ha dicho que «siempre se alcanza una solución de derecho material para el derecho económico, la que, en lo esencial, se encuentra recogida en la actual ley de la materia (WiStG)»; vgl. K. TIEDEMANN, 1976, 119.

2. Derecho Procesal Civil

Hemos ya examinado una amplia investigación de *Goldschmidt* en el campo del derecho penal llevada a cabo con una fuerza creadora pocas veces vista. Sin embargo, eso representa solo una parte de su extensa obra. Él también contribuyó brillantemente en el campo del derecho procesal civil a tal punto que, se podría decir, en esta rama del derecho alcanzó su coronación. Esto se aplica especialmente para su libro «El proceso como situación jurídica»[96], el cual ha sido calificado con justicia por *E. Schmidt* como la síntesis del trabajo de toda una vida[97]. Como ya se ha dicho, esta obra científica, altamente compleja, se entiende solo a partir de las experiencias vividas por el autor durante y después de la Primera Guerra Mundial, las mismas que lo llevaron a desarrollar sus ideas fundamentales sobre el derecho procesal[98].

Para comenzar una exposición sintética del núcleo de su difícil, compleja y no siempre entendible teoría del proceso, debemos precavernos de pensar que *Goldschmidt* la haya resumido en dos palabras en su tratado de «Derecho Procesal Civil»[99].

Goldschmidt parte de la idea de que por derecho puede entenderse el conjunto de los imperativos a seguir por los súbditos o bien el conjunto de las normas jurídicas usadas por el Juez. Sólo este último modo de comprensión sería el apropiado para el derecho procesal civil. Desde el punto de vista de los súbditos, los preceptos jurídicos se revelan como aquellos que establecen una promesa o una amenaza de un determinado comportamiento judicial, en particular, una sentencia judicial que ordena algo en particular. Las relaciones jurídicas que se establecen entre las partes, sobre la base de tales preceptos judiciales, no conforman «relaciones jurídicas» (punto de vista estático: *deberes*, de lado pasivo; *derechos*, del lado activo de la relación), sino «situaciones jurídicas» (punto de vista dinámico), esto es, relaciones de tensión en vista de la esperada sentencia judicial, y que se expresarían en expectativas, posibilidades y cargas[100]. El concepto de «situación

---

96 Cfr. Prefacio, en: J. GOLDSCHMIDT, 1925.

97 E. SCHMIDT, 1950a, 447.

98 Sobre la situación general de la ciencia procesal en la República de Weimar: K. W. NÖRR, 1988, 230 y ss.

99 J. GOLDSCHMIDT, 1932, 5 [pág. 9 de la primera edición española que es la traducción de la 2.ª ed. alemana, y del código procesal civil alemán, incluido como apéndice por Leonardo PRIETO CASTRO; con apéndices sobre la doctrina y la legislación española por Niceto ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO. También existe una novísima edición de esta magna obra: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010].

100 J. GOLDSCHMIDT, 1932, 5; E. SCHMIDT, 1965, 393, ha dicho con acierto que GOLDSCHMIDT reemplazó «la hasta ese entonces consideración estática iuscivilista por un punto de vista dinámico iusprocesalista». En este punto no queda duda que GOLDSCHMIDT estuvo influenciado por el pensamiento funcional-dinámico de O. SPENGLER, 1924 [Hay edición española: M. GARCÍA MORENTE, 1976]; cfr. K. NÖRR, 1988, 35.

jurídica», a diferencia del de «relación jurídico procesal»[101], sí se encontraría vinculado al derecho material –el cual, como sabemos, conforma el objeto litigioso– puesto que el concepto de situación jurídica indica, precisamente, la situación que la parte alcanza, con respecto a su derecho material, a través de la realización procesal de este mismo derecho material[102]. Según *Goldschmidt* el derecho material y el derecho procesal se fusionan en el proceso para dar lugar a una entidad distinta (*aliud*), la misma que no puede ser estrictamente separada del derecho material hecho valer en juicio[103].

A partir de esta nueva concepción jurídica se desprenden radicales consecuencias no solo para el derecho procesal sino también para todo el sistema jurídico, pues de la separación presupuesta por *Goldschmidt* se deducen dos ordenamientos jurídicos autónomos: el primero, determinado por el derecho material (normas emitidas por el legislador: ordenamiento jurídico en sentido estricto); el segundo, un «ordenamiento social», creado por la actividad jurisdiccional del Juez, especialmente a través de las sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada. En consecuencia, la cosa juzgada (*Rechtskfraft*) fue denominada por *Goldschmidt* «Poder del Tribunal» (*Gerichtskraft*), mientras que al ordenamiento que lo regula lo llamó «Ordenamiento Judicial» (*Gerichtsordnung*)[104]. En «caso de conflicto» debe prevalecer o bien el ordenamiento del tribunal o bien el ordenamiento jurídico (en sentido estricto) «de acuerdo al principio sociológico del poder». En tal sentido, el Juez se encontraría, a la vez, «por encima y por fuera del Derecho». Ciertamente el Juez debe estar vinculado, ahora como antes, al derecho. De acuerdo al planteamiento de *Goldschmidt*, en el supuesto de que el Juez no aplicara el derecho que correspondiera al caso o lo aplicara incorrectamente, ello no configuraría «infracción a un deber funcional» alguno, debiendo ser equiparado al «error de un artesano cometido en la ejecución de su obra»[105]. En otras palabras, lo conforme a derecho y lo antijurídico no configurarían categorías procesales[106]. En este sentido «las acciones (decisiones) del Juez sólo pueden ser enjuiciadas como incorrectas, nunca como antijurídicas»[107].

---

[101] O. BÜLOW, 1868 [Hay traducción de M. Ángel ROSAS LICHTSCHEIN, 1964], asume la existencia de una relación jurídico-procesal entre las partes enfrentadas en litigio.

[102] J. GOLDSCHMIDT, 1932, 5.

[103] Sobre el tema de la relación entre derecho material y derecho procesal Goldschmidt ya se había ocupado en reiteradas oportunidades. Cfr. Materielles Justizrecht, 1905; Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, 1910; al respecto los argumentos predominantemente coincidentes de W. HENCKEL, 1970, 261 ss.; véase además J. GOLDSCHMIDT, 1914, 109-161.

[104] J. GOLDSCHMIDT, 1925, 246 y 250. [Literalmente: Ordenamiento del Tribunal (N. del trad.)].

[105] J. GOLDSCHMIDT, 1925, 211 y ss.

[106] K. W. NÖRR, 1988, 231.

[107] J. GOLDSCHMIDT, 1925, 290 y ss.

Como se esperaba –incluso *Goldschmidt* lo previó[108]– estas reflexiones encontrarían una fuerte resistencia, a pesar de que alguno de sus planteamientos personales fueran materia de elogio (como el que señala que los presupuestos procesales [*Prozessvoraussetzungen*] son, en realidad, presupuestos de la sentencia de fondo [*Sachurteilsvoraussetzungen*] o el tratamiento agudo de los vicios de la voluntad en los actos procesales)[109]. El núcleo de las críticas –que aquí no pueden seguirse en detalle– se dirigen contra su férrea separación entre «punto de vista de derecho material y punto de vista de derecho procesal», la misma que pone en serio cuestionamiento el principio de unidad del ordenamiento jurídico, en la medida que un mismo supuesto de hecho podría ser enjuiciado en forma distinta. Una teoría que, en opinión de *R. Neuner*, conduce a «una abierta contradicción», pues «algo podría ser al mismo tiempo Derecho (para el Ordenamiento Judicial) y No Derecho[110] (para el Ordenamiento Jurídico)», lo que delataría «un fundamental error epistemológico»[111]. Asimismo se le critica que el punto de vista procesal podría ser no otra cosa que un punto de vista sociológico. Consecuentemente, él tendría que hacer prevalecer el método sociológico; tanto es así que él había recalcado que el «poder va por delante del Derecho», lo que no es otra cosa que «una pura afirmación sociológica»[112]. Frente a ello, se dirá, que el rol del jurista consiste en investigar lo que es Derecho según el ordenamiento jurídico, aplicando exclusivamente para tal fin el punto de vista normativo.

Hasta el día de hoy la mayoría de los procesalistas no comulgan con la teoría procesal de *Goldschmidt*. *W. Henckel* ha detectado un decisivo error en la teoría de este autor, derivado de la distinción ya comentada entre el punto de vista material y de derecho procesal, y que se expresa en el planteamiento de que los valores que están en la base del derecho procesal también tienen que ser independientes del derecho material[113]. Con ello el Juez sería el único garante contra el abuso de su propio poder. El punto de vista procesal de *Goldschmidt* desconecta al proceso y al Juez de sus fundamentos de derecho estatal. Desde este punto de vista el dere-

---

[108] J. GOLDSCHMIDT, 1925, 6.

[109] Cfr., por ejemplo, R. NEUNER, 1926, 52; E. SCHMIDT, 1965, 393, ha valorado esta obra de «difícil lectura» como absolutamente revolucionaria. Es digno mencionar que los nacionalsocialistas no pudieron eliminar del derecho procesal los conceptos acuñados por Goldschmidt. Serían utilizados por la doctrina pero sin citar a su creador J. Goldschmidt; cfr. H. GÖPPINGER, 1990, 171.

[110] Literalmente: «Injusto» (Unrecht). N. del trad.

[111] Cfr., por ejemplo, R. NEUNER, 1926, 51.

[112] Cfr., por ejemplo, R. NEUNER, 1926, 51 y 50: El punto de vista es «simplemente sociológico».

[113] W. HENCKEL, 1970, 50. Desde un punto del todo diverso E. Schwinge en su trabajo: E. SCHWINGE, 1976, 295-298 ss., criticó el libro de Goldschmidt citando a M. Weber señalando que representaba un ejemplo típico de escrito absolutamente desligado de la realización del derecho y, consecuentemente, de falta absoluta de utilidad para la praxis judicial.

cho procesal deja de ser Derecho y el proceso pierde toda función en el ordenamiento jurídico; el proceso sería tan solo un suceso, una suerte, que las partes utilizan como si de una guerra se tratara[114].

Goldschmidt se defendió de la acusación de que su concepto de situación jurídica no era más que un concepto sociológico[115], aun cuando él mismo había utilizado el calificativo de «sociológico» para muchos supuestos de hecho procesales. De todos modo, él intentó aunar, como sus críticos pudieron correctamente apreciar, el método sociológico con el punto de vista normativo[116] o, dicho de otra manera, explicar normativamente los fenómenos sociológicos[117]. En ese orden de ideas sostendrá, por ejemplo, que el concepto de situación jurídica representa algo dado en la medida en que predominen las «expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas de una de las partes», esto es, cuando puedan equipararse a la «expectativa» regulada por el derecho civil, de allí no se estaría ante simples «expectativas factuales»[118].

Su teoría representa una tentativa por devolver al proceso la importancia que tuvo alguna vez en la historia del derecho cuando todavía no se había establecido la separación entre derecho material y derecho procesal, esto es, cuando se pensaba aún en términos prevalentemente procesales. Tal tentativa ha sido realizada últimamente[119] y, como no podía esperarse de modo distinto, ha encontrado una fuerte resistencia. Sin embargo, la última palabra todavía no ha sido dicha, más aún cuando ningún punto de vista teórico-procesal puede prescindir en la actualidad del trabajo de *Goldschmidt*[120], en el cual se encuentran *in nuce* significativos planteamientos sociológicos, por lo que es previsible que algún día sean retomados.

Goldschmidt no pertenece en lo absoluto a la clase de juristas teóricos que trabajan en una «torre de marfil», ya que siempre tuvo en mente la realización del derecho, hecho que no solo se corrobora con su participación en las comisiones legislativas a que se ha hecho referencia, sino también por su preocupación

---

114 W. HENCKEL, 1970, 50. Ya R. NEUNER, 1970, 50, había opinado que el punto de vista de Goldschmidt estaba «libre de ciencia de derecho» («jurisprudenzfrei»).

115 J. GOLDSCHMIDT, 1932, 5 y ss.

116 R. NEUNER, 1926, 51; K. W. NÖRR, 1988, 230 y ss.

117 Según K. W. NÖRR, 1988, 231 y ss., el libro se basa «en una rara mezcla de reminiscencias de la "Lucha por el Derecho" ("Kampf ums Recht") de Jehring, de referencias al pensamiento dinámico de Oswald Spengler, de argumentos provenientes de la escuela de la jurisprudencia de conceptos, de la escuela del derecho libre y opiniones sociológicas, que en conjunto, no se traslucen en un claro concepto».

118 J. GOLDSCHMIDT, 1925, 255 y ss., argumenta que una «expectativa cierta» de la parte surge cuando la discrecionalidad judicial esté controlada.

119 Cfr., por ejemplo, N. LUHMANN, 1975 [Precisamente en la pág. 17 de este trabajo, Luhmann cita la obra de «J. GOLDSCHMIDT, 1925» en la que, como ahora ya sabemos, éste ataca frontalmente la definición del proceso como relación procesal (N. del trad.)].

120 Así: K. W. NÖRR, 1988, 230.

por la praxis judicial. A este respecto puede citarse su comentario al Código Procesal Civil alemán del 13 de mayo de 1924. El Dr. *Heyden*, en su recensión fechada el 14 de agosto de 1924 para el *Kölner Zeitung*, saludó la edición de dicha obra con estas elogiosas palabras: «esta obra se me presenta rica en ideas; asimismo contiene un análisis del material legislativo a la vez agudo y de gran claridad didáctica»; *Goldschmidt* «proporciona al Juez no solo un voluminoso manual para su actividad jurisdiccional diaria, sino también lineamientos para absolver las cuestiones jurídicas más sutiles y complejas».

3. Publicaciones en otros idiomas

Goldschmidt continuó con su actividad científica luego de su emigración forzada. Encontramos, por un lado, trabajos en los cuales defiende y desarrolla sus teorías sobre el proceso civil y penal[121]; por otro lado, también hallamos, como ya se ha anticipado[122], escritos de naturaleza iusfilosófica. Como habría de lamentarse su hijo *Robert* con razón, desde 1933 vieron la luz «libros y artículos tan buenos como desconocidos en Alemania»[123] en español, italiano y francés, los mismos que solo son citados en el presente artículo y, por ende, no son objeto de enjuiciamiento. Sin embargo, es oportuno subrayar que no existe duda alguna de que estas publicaciones recibieron un gran reconocimiento[124]. Es por ello que bien se puede decir que en el extranjero *Goldschmidt* obró como un embajador de aquella cultura jurídica alemana de alto nivel y de larga tradición[125] que, curiosamente, fue pisoteada por el Nacionalsocialismo.

IV. EL DOCTRINARIO

Se tiene noticia de que *Goldschmidt* era un profesor muy estimado por los estudiantes de sus seminarios y clases. De su claridad didáctica habla por sí mismo

---

[121] Metodología Jurídico Penal, 1935 [Existe una nueva edición en: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, 553-594]; Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, 1935 [Existe una nueva edición en: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, 745-812]; Teoría General del Proceso, 1936 [Existe una nueva edición en: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, 813-884]; y La Concepción Normativa de la Culpabilidad, Depalma, 1943 [se trata de la traducción realizada por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Núñez, Buenos Aires de «Normativer Schuldbegriff», ya citada.]. Adicionalmente se remite a: R. GOLDSCHMIDT, 1950/1951, 363-366.

[122] Cfr., supra, nota a pie Nr. 48.

[123] R. GOLDSCHMIDT, 1950/1951, 364. E. HEINITZ, 1950, 536, cita algunos de estos trabajos y A. SCHÖNKE, TODESTAG, 1950, 276, habla de la «esperanza de que estos trabajos sean traducidos a fin de que sean accesibles al lector alemán».

[124] Cfr., al respecto R. GOLDSCHMIDT, 1950/1951, 366.

[125] A este respecto también ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO; cfr. A. SCHÖNKE, 1950, 276.

su «Tratado del Proceso Civil»[126]. El procesalista *G. Bohne* había recomendado su lectura en el *Kölner Zeitung* del 20 de octubre de 1929 con estas palabras «el libro del profesor Goldschmidt ha satisfecho en gran medida las exigencias pedagógicas que un Tratado está llamado a cumplir; de igual modo resulta sobresaliente la sistematización del material conceptual así como su exposición»[127]. Las clases de *Goldschmidt* también fueron muy apreciadas por los alumnos. Uno de ellos, *H. Sylvester,* escribió en el *Vossische Zeitung*[128] del 6 de febrero de 1923: «Ninguna clase tiene mayor intensidad que la de *Goldschmidt*; ella no es para nada rígida o acabada, pues se va elaborando paso a paso a través de una lucha intensa, manteniendo en vilo a los oyentes; con extraordinaria penetración repasa todo concepto y premisa, les da vuelta una y otra vez, los examina minuciosamente desde todos los ángulos posibles, avanza en el raciocinio; lo que más caracteriza a *Goldschmidt* es la movilidad del espíritu; su brillante dialéctica, su bien meditada capacidad de réplica es tan igual para el proceso penal como para el proceso civil; sabe mantener la atención del público a través del análisis a fondo de un caso hipotético. Los conceptos de la técnica jurídica no cuelgan de él como pesas de plomo, él los aplica con la facilidad de un experto del florete, colmado de belleza artística en un juego de lucha lógica»[129].

V. CONCLUSIÓN

Sin duda alguna *Goldschmidt* pertenece a los juristas más prominentes de su generación. Era un espíritu dialéctico dotado de una extraordinaria agudeza, con una fuerte tendencia a las construcciones conceptuales y a la elaboración de teorías complejas fundamentadas sobre la ética y la filosofía jurídica. Sin embargo, siempre sintió la necesidad de la realización del derecho y entendió que el alto nivel de abstracción de sus doctrinas debían ceder ante las necesidades de la praxis judicial y de la política jurídica. El hecho de que su doctrina no se comprenda del todo y que la misma pueda ser objeto de crítica, no debe sorprender tratándose de un jurista tan original y sensible[130] como lo fue *Goldschmidt*.

---

[126] Cfr. J. GOLDSCHMIDT, 1932, 5.

[127] Bohne elogia el hecho de que Goldschmidt haya defendido sus muy personales concepciones científicas a costa de no aparecer en la «doctrina mayoritaria». Dentro de los trabajos didácticos de Goldschmidt se encuentra el librito «Rechtsfälle aus dem Strafrecht» [Existe una versión española en: J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2010, 479-492].

[128] El *Vossische Zeitung* era un diario de Berlín y de influencia nacional en Alemania que desapareció en 1934 (N. del trad.).

[129] Cfr., también el enjuiciamiento de las clases magistrales de Goldschmidt realizado por E. SCHMIDT, 1950a.

[130] J. Goldschmidt se sintió a veces «muy apenado» por la sensación de no haberse dejado comprender lo suficiente; cfr. J. GOLDSCHMIDT, 1925, 6.

Con la emigración forzada de *Goldschmidt* a causa del Nacionalsocialismo, Alemania perdió un gran científico del derecho de rango europeo. Como diría *E. Heinitz*[131], a la ciencia del derecho le falta todavía «desarrollar los estímulos que se encuentran en toda la obra de James Goldschmidt».

VI. TRABAJOS PUBLICADOS POR JAMES PAUL GOLDSCHMIDT (SELECCIÓN)

Die Aufwertungskrise. Ein Ergebnis der Lehre vom Nominalismus des Geldes und des Rechts.Vortrag, Berlin 1926.

Die Lehre vom umbeendigten und beendigten Versuch, Diss. jur. Berlin 1895 (= Strafrechtliche Abhandlungen, Bd. 7) Breslau 1897 (Neudruck Frankfurt a. M. 1977).

Die Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung nach dem Reichsstrafgesetzbuch (= Strafrechtl. Abhandlungen, Bd. 6) Breslau 1897.

Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, Berlin 1902.

Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre, in: Fetsgabe für Richard Koch, Berlin 1903, S. 415-443.

Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht), in; Festgabe für Bernhard Hübler, Berlin 1905, S. 85-152.

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. 4, 1908 (Neudruck 1991).

Der Notstand, ein Schuldproblem, Wien 1913.

Zur Reform des Strafverfahrens (= Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Bd. 14), Tübingen 1919.

Gesetzesdämmerung, in: JW 1924, S. 245-249.

Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens (= Abhandlungen aus der Berliner Jurist. Fakultät, Bd. 2), Berlin 1925 (Neudruck: Aalen 1986)

Zivilprozeßrecht, 1. Aufl. Berlin 1929, 2. umgearb. u. erw. Aufl. Berlin 1932.

Normativer Schuldbegriff, in: Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag am 16. Aug. 1930, Bd. 1, Tübingen 1930, S. 428-468.

[131] E. HEINITZ, 1950, 536.

VII. LITERATURA SOBRE JAMES PAUL GOLDSCHMIDT (SELECCIÓN)

Göppinger, Horst, Juristen jüdischer Abstammung im «Dritten Reich», 2 Aufl. München 1990, S. 283.

Goldschmidt, Robert, James Goldschmidts letzte Werke, in: AcP Bd. 151 (1950/1951), S. 363-366.

Heinitz, Ernest, James Goldschmidt zum Gedächtnis, in: NJW 1950, 536.

Neuner, Robert, Der Prozeß als Rechtslage. Betrachtungen zum Werke von James Goldschmidt, in: Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (hrsg. v. A. v. Staff, E. Jaeger und R. Kann), Bd. 51 (1926), S. 44-52.

Schmidt, Eberhard, James Goldschmidt zum Gedächtnis, in: SJZ 1950, 447.

Schönke, A., Zum zehnten Todestag von James Goldschmidt, in: DRZ 1950, S. 275-276.

BIBLIOGRAFÍA

Bülow, O. (1868). *Die Rede von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, [*Teoría de las excepciones procesales y presupuestos procesales*]. Hay traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein, editorial EJEA, Buenos Aires, 1964.

Erler, A y Kaufmann, E. (1978). «Kohler, Josef». En: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte [Diccionario de Historia del Derecho Alemán],* Vol. 2: 925-927.

Goldschmidt, J. (1895). *Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch*. En: *Strafrechtl. Abhdlg. [Tratados de Derecho Penal],* Vol. 7. Breslau: reimpresión Frankfurt a. M. 1977.

Goldschmidt, J. (1902). *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Berlin: Carl Heymanns.

Goldschmidt, J. (1903). «Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre» [El derecho penal administrativo en relación con la moderna teoría del Estado y del Derecho]. En: *Festgabe für R. Koch*: 415-443.

Goldschmidt, J. (1904). «Schließt die Forderung der Pflichtvorstellung als Schuldvoraussetzung die Zurechnung zum Charakter aus?» [¿La exigencia de representación del deber, en tanto presupuesto de culpabilidad, impide la atribución al carácter?]. En: *Goltdammers Archiv,* Vol. 51: 340-348.

Goldschmidt, J. (1905). «Materielles Justizrecht» [Derecho Justicial Material]. En: F*estgabe für B. Hübler:* 85-152.

Goldschmidt, J. (1914). «Über Begriff und Bedeutung des materiellen Ziviljustizrechts» [Sobre el concepto e importancia del derecho justicial material civil]. En: *Festschrift für H. Brunner:* 109-161.

Goldschmidt, J. (1919). *Zur Reform des Strafverfahrens.* (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*,* Vol. 14)*.* Tübingen: Mohr.

GOLDSCHMIDT, J. (1925). *Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens.* Neudruck: Aalen 1986.

GOLDSCHMIDT, J. (1926). *Die Aufwertungskrise. Ein Ergebnis der Lehre vom Nominalismus des Geldes und des Rechts [Crisis de la Revaloración. Un resultado de la doctrina nominalista del dinero y del derecho].* Berlin: Springer.

GOLDSCHMIDT, J. (1929). *Zivilprozeßrecht* [Derecho Procesal Civil] (2. Aufl. Berlín, 1932).

GOLDSCHMIDT, J. (1930). *«*Normativer Schuldbegriff», en: *Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag* am 16. Aug. 1930, Bd. 1, Tübingen 1930, S. 428-468. Ahora también en: GOLDSCHMIDT, M. y NÚÑEZ, R. (Ed.). *El concepto normativo de culpabilidad*., Montevideo: B de F editores (2.º Ed., 2002).

GOLDSCHMIDT, J. (1932). *«*Die Rechtsgültigkeit des Zwangsgeldes in Polizeiverordnungen nach dem Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz. Ein der Preußischen Regierung erstattetes Gutachten». En: *ZStrW* Vol. 52: 497-529.

GOLDSCHMIDT, J. (1937). «L'à priori dans le droit et dans la morale». En: *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique:* 94-139.

GOLDSCHMIDT, J. (1938). «La terme d'imputation». En: *Revue internationale de la théorie du droit.* Vol. 12.

GOLDSCHMIDT, R. (1950/51). *«*James Goldschmidts letzte Werke» [Últimos trabajos de James Goldschmidt]. En: *AcP*, Tomo 151: 363-366.

GÖPPINGER, H. (1963). *Die Verfolgung der Juristen jüdischer Abstammung durch den Nationalsozialismus [La persecución de los Juristas de origen judío por el Nacionalsocialismo]*. Villingen.

GÖPPINGER, H. (1990). *Juristen jüdischer Abstammung im «Dritten Reich». München: C.H. Beck, [Juristas de origen judío en el Tercer Reich],* (2.º Ed. 1996).

HEINITZ, E. (1950). «James Goldschmidt zum Gedächtnis». En: *NJW 1950:* 536.

HEINRICHS, H.; FRANZKI, H.; SCHMALZ, K. y STOLLEIS, M. (Eds.). (1993). *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft [Juristas alemanes de origen judío]*. München: Beck.

HENCKEL, W. (1970). *Prozeßrecht und materielles Recht*. Göttingen: Schwartz.

HENKEL, T. (2004). *Begriffsjurisprudenz und Billigkeit. Zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta*. Köln: Böhlau.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2010). *Goldschmidt, James. Derecho, Derecho Penal y Proceso. Vol I: Problemas Fundamentales del Derecho.* Madrid: Marcial Pons.

LUHMANN, N. (1975). *Legitimation durch Verfahren [Legitimación a través del procedimiento].* Luchterhand: Darmstadt.

MEZGER, E. (1931). *Strafrecht, ein Lehrbuch [Derecho Penal].* München-Leipzig (2.ª ed., 1933)

MÜLLER, I. (1973). *«*100 Jahre Wahrheit und Gerechtigkeit» [100 años Verdad y Justicia]. En: *Kritische Justiz, Vol. 10*: 18 y ss.

NAUCKE, W. (1984). «Liszt, Franz von». En: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte [Diccionario de Historia del Derecho Alemán]* Vol. 3: 11-13.

NEUNER, R. (1926). «Der Prozeß als Rechtslage. Betrachtungen zum Werke von James Goldschmidt». En: *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess* (Hrsg. v. A. v. Staff, E. Jaeger und R. Kann), Bd. 51 (1926), S. 44-52.

NÖRR, K. W. (1988). *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen: Mohr, 1988.

PLANITZ, H. (1981). *Deutsche Rechtsgeschichte*, Köln: Böhlau.

SCHMIDT, E. (1950a). «James Goldschmidt zum Gedächtnis» [En memoria de James Goldschmidt]. En: *Süddeutsche Juristen Zeitung*, 1950.

SCHMIDT, E. (1950b). *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht* [El nuevo derecho penal económico de Alemania occidental] (= *Beihefte zur Deutschen Rechts-Zeitschrift*, editado por K. S. Bader, Heft 11, 1950)

SCHMIDT, E. (1965). *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege [Introducción a la historia de la administración de justicia penal alemana]*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht (3.ª ed., 1995).

SCHÖNKE, A. (1950). «Zum zehnten Todestag von James Goldschmidt» [A diez años de la muerte de James Goldschmidt]. En: *DRZ*: 275 y 276.

SCHWINGE, E. (1976). «Von den Aufgaben der Rechtswissenschaft». En: W*ettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft*. [Festschrift für Gunther Hartmann].- Köln [u.a.] : Heymann, 295 y ss.

SELLERT, W. (1983). «Die Bedeutung und Bewertung des Inquisitionsprinzips aus rechtshistorischer Sicht» [Importancia y evaluación del principio inquisitivo desde un punto de vista histórico-jurídico]. En: *Recht und Staat im sozialen Wandel (= Festschrift f. H. U. Scupin)*: 161 ss., 180 y ss.

SELLERT, W. (1988). «Knut Wolfgang Nörr, Zwischen den Mühlsteinen» (=Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, hg. v. K. W. Nörr, B. Rüthers, D. Simon u. M. Stolleis, Bd. 1), Tübingen 1988, en: *JZ* 1989, S. 235f.

SIEGERT, K. (1939). *Deutsches Wirtschaftsrecht*, Berlin: Industrieverlag Spaeth & Linde.

SPENGLER, O. (1924). *Der Untergang des Abendlandes* [Hay edición española: *La Decadencia de Occidente: bosquejo de una morfología de la historia universal*]. Traducción del alemán por Manuel García Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1976

TIEDEMANN, K. (1976). *Wirstchaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Allg. Teil. [Derecho Penal Económico y Criminalidad Económica. Parte General]*. Hamburg: Reinbek.

TROPS, F. (1926). *Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts [Concepto y Valor de un derecho penal administrativo]*. Berlín (= Strafr. Abhdlg. Bd. 208).

WOLF, E. (1930). «Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem» [La situación del delito administrativo en el sistema de derecho penal]. En: *Festgabe für R. Frank,Vol. 2*: 518.

HOMENAJE

Ivs Fvgit, 18, 2015, pp. 219-226
ISSN: 1132-8975

MEMORIA DE UN GRAN MAESTRO: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
Universidad Complutense de Madrid

El hondo sentimiento por su fallecimiento, nos lleva a evocar la figura del gran jurista que fue don Eduardo García de Enterría y Martínez Carande. Impresiona la plenitud con que vivió su larga vida, tan activo y entusiasta hasta que la muerte llamó a su puerta, ya alcanzados los 90 años. Trabajó a fondo, innovó y renovó radicalmente los estudios de Derecho administrativo, que se modernizaron y cambiaron radicalmente de contenido gracias a su figura, para lo que resultó decisiva la creación en 1950, por su iniciativa, de la Revista de Administración Pública, así como la edición luego, a partir de 1974, de su «Curso de Derecho Administrativo» (en colaboración con Tomás Ramón Fernández). Pero su influencia no sólo fue doctrinal sino que alcanzó a que se introdujeran consistentes transformaciones en el seno de la propia Administración Pública, ya en su organización, ya en la configuración de sus funcionarios. Así, su libro *La Administración Española* (1.ª edición 1961: daré siempre la fecha de las primeras ediciones de sus libros advirtiendo que todos ellos alcanzaron varias) causó un enorme impacto en la opinión pública, pero tuvo, además, gran influencia, de forma especial su trabajo «La organización y sus agentes: revisión de estructuras» –inicial conferencia pronunciada en Barcelona–, sobre todo a la hora de erradicar ciertas prácticas arraigadas, pero que ya no se sostenían, en cuanto a la remuneración de algunos funcionarios. Otra página muy brillante es la de la gran influencia que ejerció, junto a otros compañeros de una brillante generación, en el proceso de juridificación del Estado, logrando introducir, sobre todo a través de la innovación legislativa, elementos de control y equilibrio en relación con el poder público, que adelantaban los pasos que luego seguiría en 1978 la Constitución de

la democracia. Sus doctrinas fueron recibidas no sólo por sus numerosos discípulos, que las siguieron propagando en el ámbito académico, sino, lo que es más importante, por el legislador y los tribunales, no sólo de España sino de los más diversos países, alcanzando a penetrar, abordando aspectos decisivos, en algunas constituciones, señaladamente en la española. A su gran satisfacción por ver que sus ideas eran recibidas, se añade que le cupo disfrutar de un amplio y profundo reconocimiento, no sólo en España, sino en buen número de países de Europa y en muchos de la América Latina, que tantas veces se proyectaba en el otorgamiento de honores y distinciones por doquier: difícilmente un jurista habrá alcanzado los que él recibió, dado su número y calidad.

Fue, ante todo, un gran profesor, que dejó una enorme huella, admirando el número de discípulos con que tanto se honraba, y fue a la par un señero abogado, llamado para asuntos de gran relevancia, compaginando a la perfección ambas profesiones, bien consciente, como luego recalcaré, de que sus saberes profesorales en gran parte se nutrían del incentivo de los problemas concretos que tenía que resolver.

Relevante, también, su figura como académico: en España fue miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación –y es de destacar que la construcción central de su discurso de ingreso, sobre la delegación legislativa, pasaría, casi literalmente, a la Constitución de 1978–, pero también, lo que es especialmente relevante, de la Real Academia Española –y alguna otra se le ofreció, pero él estimó que con dos tenía bastante–, desarrollando en ambas un papel muy activo, que le satisfacía extraordinariamente. Destacaré así, a título de ejemplo, su importante labor en la segunda para que se incorporaran al Diccionario el conjunto de términos nuevos que aportó la Constitución y sus más destacadas leyes de desarrollo.

Persona ejemplar y generosa, recordaré –prescindiendo ahora de la enumeración de sus obras y méritos, encomienda que ya ha sido llevada a cabo en otros foros–, la solicitud con que atendía a los jóvenes investigadores, que tantas veces salían de su casa cargados de libros llenos de sugerencias para su tema. Sumamente diligente a la hora de acusar recibo, cualquiera que le hubiera enviado un libro o trabajo, ya fuera un profesor consagrado ya un investigador novel, podía contar con que en breve recibiría una tarjeta escrita de su puño y letra, agradeciendo o comentando el obsequio recibido. ¡En un país en que tan frecuente es la descortesía en trances como ese! No se diga el número de prólogos con que realzaba o favorecía la edición de los libros de sus discípulos o de jóvenes investigadores.

Quien no haya profundizado en su obra, acaso le conozca como administrativista –que lo fue y muy grande–, tal era la denominación de la cátedra que desempeñó, primero en Valladolid y, luego, en Madrid –la ahora llamada Universidad Complutense–, hasta su jubilación. Digo mal, porque aunque le jubilaron –bien tempranamente, por cierto, debido a una norma sumamente injusta, que privó a la Universidad española de muy valiosas cabezas–, él nunca se jubiló: hasta bien

poco antes de su muerte siguió acudiendo en la Facultad, en la Ciudad Universitaria, cuyo origen a partir de la donación de Alfonso XIII estudió en un bello artículo, ya con tiempo apacible, ya soplara el viento frío del Guadarrama nevado, al famoso «seminario de los miércoles», que había fundado cincuenta años antes, oportunidad de tan sólidos y vivos debates, y desde el que seguía impartiendo su doctrina y su valimiento a los más jóvenes. Pero no sólo administrativista que es lo que quería destacar ahora: fue un jurista integral con muy vasto dominio en las diversas ramas del Derecho.

Precisamente, como él gustaba de reconocer, se inició profundizando en el Derecho civil, dada su vinculación con don Federico de Castro, así como su admiración por don Joaquín Garrigues. Su temprana relación con el Consejo de Estado, tanto al preparar la oposición para la plaza de letrado, como luego al ejercerla con todo su entusiasmo –tenía 24 años cuando ingresó–, le haría entrar de lleno en el campo del Derecho administrativo de la mano de los más acreditados profesores franceses e italianos. Dicha experiencia resultó determinante para su formación como iusadministrativista. Y desde el comienzo, marcaría su metodología, pues sus construcciones y aportaciones doctrinales provendrían directamente, como él reconocía gustoso, de la necesidad de encontrar respuesta a problemas concretos. Pero en su paleta, el Derecho administrativo no era un color aislado sino que se nutría de las diversas disciplinas jurídicas, señaladamente del Derecho constitucional: imposible, en efecto, abordar el Derecho administrativo prescindiendo del Derecho constitucional, lo cual se puede afirmar también a la inversa, imposible ser un buen constitucionalista si no se conoce la realidad efectiva del Estado en sus mínimos aspectos, que sólo se alcanza a través del dominio del Derecho administrativo. Del mismo modo que, luego, sería un entusiasta del Derecho europeo, ya el que entonces se denominaba Derecho comunitario, ya el concerniente al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. En relación con aquel participó en muy cualificadas comisiones y empeños –destacaré sólo, como muestra, que fue miembro del «Comité de Sages» que redactaría en 1996 el documento «Por una Europa de los derechos civiles y sociales», que tendría influencia decisiva en el Tratado de Ámsterdam, y luego también para conseguir la Carta Europea de Derechos Fundamentales. En esta línea, fue el primer presidente, ejerciendo durante largos años, de la Asociación Española de Derecho Europeo. En relación con el segundo, no se puede olvidar que fue el primer juez español en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cargo que le hizo muy feliz –entonces no llevaba demasiado tiempo su desempeño y le permitía una amplia compatibilidad con sus ocupaciones habituales–, y en el que tuvo ocasión de participar en la decisión de casos muy relevantes que todavía sirven de modelo. Él mismo ha narrado con aire jocoso, en una simpática autosemblanza, oral, que se llevó a cabo en Río de Janeiro, cómo llegó a tal puesto: «…debo decir que hay otra actividad profesional que, quizás, sea digna de ser

destacada. Yo tenía muy buena relación con muchos de los protagonistas de la transición en España que, tras la muerte del General Franco, me ofrecieron entrar en política. Me ofrecieron puestos de ministro, que jamás dudé ni un minuto en rechazar, porque a mí la política nunca me ha gustado… [e, incluso, para formar parte del Tribunal Constitucional, añadiría yo]. Pero un Ministro de Justicia, que era letrado del Consejo de Estado y gran amigo mío (…), Landelino Lavilla, me dijo: "Ya he encontrado la plaza que no me vas a poder negar… la de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"». Y así es como daría paso de tanto significado en su vida.

Todos sus saberes jurídicos se nutrían de una profunda formación cultural. Su amigo Rodrigo Fernández Carvajal, al hacer el «Retrato de Eduardo Joven» (1991), destacaría cómo le admiraba –en el retratado– «la convivencia e interpenetración, sin pausas, de lecturas filosóficas y literarias y de lecturas técnico-jurídicas (…). Cuando hablo de "convivencia e interpenetración" de lecturas, no quiero decir, tan sólo, que Eduardo fuera lector omnívoro y voraz, condición por fortuna propia de muchos juristas. Quiero decir además, y sobre todo, que Eduardo sazonaba la austeridad del Derecho administrativo con especias de otros campos. No se trataba de las tan frecuentes, y muchas veces traídas por los pelos, "citas de adorno". Se trataba más bien de encuadres oportunos y rápidos de cualquier fenómeno jurídico particular (la reforma de determinado artículo de una ley, la introducción de un término nuevo o la rehabilitación y puesta en uso de otro antiguo, etc.) dentro de horizontes culturales vastos, de aquellos horizontes que infundían al fenómeno particular su explicación o justificación generales». Afición a la lectura que le acompañaría toda la vida. Viajero infatigable, gustoso y curioso, volvía de sus viajes cargado de libros, pues ya fuera en Florencia, en París o en Nueva York, tenía sus librerías favoritas de visita obligada.

Dentro de su avidez como lector, no querría pasar por alto su gran sensibilidad para la poesía. Admirador de Jorge Luis Borges, al que dedicó páginas memorables, lo mismo fue gran amigo de Luis Rosales –y no paró hasta que consiguió que se editaran sus obras completas–, que epataba a sus discípulos de Córdoba dándoles a conocer y recitando de memoria el hermoso soneto que Góngora dedicó a la ciudad, que en los lugares más insospechados de su obra podía aparecer el fragmento de un poema, como la cita de Jorge Manrique que aparece en el proemio de su discurso de ingreso en la Real Academia Española.

En suma, por su presencia y por su trascendencia, fue un claro exponente de la cultura europea. Varios de sus libros, entre ellos el «Curso de Derecho Administrativo», fueron traducidos al francés, al italiano y al portugués, al margen de las ediciones «piratas» que se hicieron en América. Profesó e impartió clases en numerosas Universidades europeas y americanas. Y entre los numerosos reconocimientos europeos, hay piezas destacadas que ahora querría subrayar. Ya se aludió a los doctorados honoris causa de la Sorbona y de Bolonia. Pero recibió también otros nota-

bles galardones europeos. El Instituto Europeo de Administración Pública, de Maastricht, le otorgó en 1999, por unanimidad de los representantes de los países de la Unión Europea, el Premio Alexis de Tocqueville. El 9 de septiembre de 2000, el European Group of Public Law, de Spetses (Grecia), del que era miembro fundador, le dedicó un sentido homenaje. El 25 de octubre de 2003, la Facultad de Derecho de Florencia le dedicó una jornada de estudios, en el marco de su programa «I protagonisti della cultura giuridica europea». O, en 2004, fue nombrado socio extranjero de número de la tan prestigiosa «Academia Nazionale del Lincei» italiana.

Conviene ahora destacar en esta sede, su profundo conocimiento de la historia. Como formación de ese acervo cultural al que antes me refería, pero también como metodología imprescindible para ser un buen jurista y poder llegar al meollo de los problemas y mejor moldear así las instituciones. Desde una doble perspectiva, además, tanto como resultado de su obrar, en el ejercicio habitual y cotidiano de sus investigaciones, como, desde una perspectiva especulativa, reflexionando y reconociendo expresamente dicha metodología. Son un alarde de ejercicio de historiador, entre otras, las páginas que dedicó a la usucapión en Derecho administrativo, en uno de sus libros más tempranos (*Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, 1ª edición 1955), o sus brillantes aportaciones sobre el *poder municipal*, o sobre la influencia de la Revolución Francesa en la Administración contemporánea (aportaciones de diverso origen, recogidas ambas luego en su libro *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 1ª edición 1972, que sería traducido al francés por su buen amigo, tan buen conocedor de lo español, como Franck Moderne, 1993). Sin olvidar su labor de recuperador de textos clásicos, como el valioso libro de Alejandro Oliván, *De la Administración Pública con relación a España*, cuya edición propició añadiendo un jugoso prólogo (que luego incorporaría a su citado libro *La Administración Española*, bajo el título «Alejandro Oliván y los orígenes de la Administración Española contemporánea») . Pero insistiré especialmente en su discurso de ingreso en la Real Academia Española –en acto presidido por el Rey don Juan Carlos I, que le tenía un gran afecto–, titulado «La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa» (1ª edición, 1994). Se trata de una investigación de gran calado –de lectura obligada para cualquier jurista que se precie, diría–, con la que se adentra magistralmente en la historia de las instituciones y de los grandes conceptos jurídicos. Y que se cierra con una magistral síntesis de los juristas que desde la Real Academia contribuyeron con su obra a que se afianzara «la lengua de los derechos y de la libertad» –que, por cierto, es testimonio del buen tino de la corporación a la hora de elegir sus miembros, como lo sería, años más tarde, la propia elección de Enterría–, lista en la que encontramos nombres tan ilustres como, entre otros, los de Manuel de Lardizábal y Uribe, Gaspar Melchor de Jovellanos, Francisco Martínez Marina, Javier de Burgos, Antonio Alcalá Galiano, Alejandro Oliván o Joaquín Francisco Pacheco.

A veces, el ejercicio cotidiano de una actividad suscita la reflexión sobre lo que se está haciendo. También hallamos en García de Enterría luminosas palabras acerca de la historia como metodología para el jurista. Como homenaje a su figura ofreceré una jugosa cita, sin duda larga, pero muy expresiva, en que se solaza explicando su forma de proceder. Está tomada del prólogo del citado libro *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho administrativo* –recientemente glosada, por cierto, por Germán Fernández Farreres–, y que viene a cuento al desarrollar su idea de situar la dogmática al servicio de la eficacia del Derecho. Así escribía:

> Esta posición por sí sola es la que me ha llevado a postular un uso sistemático del método histórico. Sólo el campo totalizador de la historia puede ilustrarnos sobre la efectiva función política y social de las instituciones, y es ésta, como se ha indicado, su nervio y su sustancia. La conexión entre una sociedad y su derecho sólo la historia la revela, así como, más en concreto, la relación estructura-función, y sus tensiones y cambios constantes, referida a cada una de las instituciones en particular. El dogmatismo en que decantó el positivismo jurídico del que aún no se ha librado nuestro tiempo –[recuerdo que son palabras de 1955]– no negaba propiamente la existencia de tales relaciones, pero las recluía en la fase de la legislación para hacer luego «puro» el proceso de aplicación de la norma ya manifestada –legis lata–, que era el objeto exclusivo a que se reducía la ciencia jurídica. Ha sido este pensamiento, bien claro está, tributario de la gran concepción moderna de la ciencia física, que ha probado, esplendorosamente, la posibilidad de un conocimiento científico que no intenta explicar las causas de la realidad sino sólo sus relaciones sistemáticas, haciendo de aquéllas puras hipótesis. Ahora bien, en el campo del Derecho tal escisión de planos –creación y aplicación, política y ciencia del Derecho– no es aceptable, aparte de por razones más hondas, ahora impertinentes, porque la aplicación no es nunca simple automatismo, particularización de los mandatos generales y abstractos, sino que reproduce siempre necesariamente en alguna medida el mismo proceso de valoración material o política reflejado en la fase de la creación normativa, lo que por cierto está en la base del culto «jurisprudencialista». Por eso mismo, y es éste un dato de comprobación elemental, la aplicación es constante e inexorablemente innovativa –evolutiva, suele decirse–, expresión ella misma del proceso creador, que es ingenuo, y sobre todo falso creer que se clausura con la simple promulgación de las leyes. A una ciencia relacionista del Derecho, que amputa ella misma sus contenidos más fecundos, buscando el paraíso entrevisto de la exactitud definitiva y absoluta, le resultará siempre irrebatible la conocida objeción de von Kirchmann, que no será preciso referir románticamente al arbitrio del legislador, sino, históricamente, al continuo e indefectible dinamismo social, que anima en formas necesariamente cambiantes las estables estructuras jurídicas, que las violenta seguidamente, para concluir alumbrando al fin nuevas estructuras capaces de servir su propio y esencial funcionalismo.

> En este libro se ofrece una aplicación sistemática, y no ya casuística, del método histórico así entendido. Es casi obvio aclarar que nada tiene que ver esta concepción con el ornamento fácil, convencional y arbitrario de los «antecedentes» al uso, con la erudición pintoresca y anecdótica con que frecuentemente se nos abruma. La historia no es aquí huida, a lo que tanto empuja la dureza del tiempo, sino cabalmente lo contrario, un modo de afrontar los problemas concretos que hoy nos aquejan y nos urgen.
>
> Si se destaca de tal modo la utilización del método histórico es porque en concreto en el Derecho Administrativo el intento puede aspirar a una cierta novedad. La historia ha sido ciertamente un ejercicio poco sólido en esta parcela de la Ciencia jurídica, en la que acaso está aún presente la arrogancia revolucionaria que le prestó su figura definitiva; sobre lo cual se hacen algunas consideraciones al comienzo del primero de estos estudios.

Entiendo que valía la pena considerar el texto, claro y contundente, innovador a la par, y que conserva todo su vigor. Sobre todo, cuando está revalidado como se decía, por una efectiva y reiterada aplicación de dicha metodología.

He aquí, muy en resumen, alguno de los grandes rasgos de la figura y obra de este gran maestro. Impresiona la cantidad de testimonios de afecto, reconocimiento y simpatía que se han ido produciendo en el año que ha transcurrido desde su fallecimiento. La Editorial Civitas ha editado un precioso volumen, coordinado por Juan Ramón Fernández Torres, donde se recogen las «laudatios» pronunciadas en los diversos actos de reconocimiento –como trece doctorados honoris causa, que se abren con el de la Sorbona, y entre los que no faltan el de Bolonia–, así como las numerosas necrológicas –63–, publicadas tanto en la prensa diaria como en las revistas especializadas –de España, Francia, Italia y diversos países latinoamericanos–. Se incluyen también, entre otros textos interesantes –como la ya citada «Mi propia semblanza», o el «Retrato de Eduardo joven», de Rodrigo Fernández Carvajal–, una biografía y una minuciosa bibliografía. Así es que el volumen resulta de impagable valor para quien quiera hacerse una idea de la vida y obra del gran maestro. La Facultad de Derecho, de la Complutense, está preparando un volumen de la serie «Maestros Complutenses» –en fase muy avanzada–, coordinado por Ángel Sánchez de la Torre, donde se van a reunir, entre otros materiales, las numerosas recensiones que se dedicaron a sus libros. Por su parte, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ha encargado a Tomás Ramón Fernández Rodríguez un volumen recopilando los trabajos de don Eduardo que aparecieron en la *Revista de Administración Pública*, idea suya, como se dijo, y al frente de la que estuvo hasta que murió. Muy interesante para indagar en los contenidos de su obra resulta la reciente conferencia pronunciada por Germán Fernández Farreres en Río de Janeiro, en noviembre de 2014, «Los juristas y la lucha por el Derecho: el legado del profesor Eduardo García de Enterría», publicada aquí en la *Revista de Administración Pública*, número 195 (2014). De tierras

americanas acaba de llegar un sugestivo *libro homenaje*: *La protección de los derechos frente al poder de la administración. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Temis, Bogotá, 2014, coordinado por Allan R. Brewer-Carias, Luciano Parejo Alfonso y Libardo Rodríguez Rodríguez, con colaboraciones de 39 profesores de los diversos países latinoamericanos, de Italia, Francia y España. Destacaré el acierto del título elegido pues no en balde la idea de asegurar las garantías de los ciudadanos, con el consiguiente reflejo en la necesaria opción jurisdiccional, constituiría una de las grandes preocupaciones –y satisfacciones– del maestro. De ahí, sus numerosos trabajos sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, denunciando sus límites, sobre la legitimación, sobre el control de la potestad discrecional, sobre la ejecución de sentencias o, de forma muy señalada, las reiteradas páginas sobre las medidas cautelares, que causaron también gran impacto.

Diré, por último, para terminar, que no han sido insensibles las instituciones. Aparte de las sesiones académicas celebradas en su honor en diversas Facultades y Academias, me parece de destacar el detalle del Ayuntamiento de Madrid que ha colocado en su recuerdo una placa en la casa de la calle Príncipe de Vergara donde vivió tantos años.

Con don Eduardo se cierra una página muy importante de la Ciencia jurídica europea. Por fortuna, anima que su influencia y su ejemplo siguen muy vivos.

RESÚMENES
Y PALABRAS CLAVE

ABSTRACTS
AND KEY WORDS

IGNASI TERRADAS SABORIT

Paul Vinogradoff (1854-1925) y la Antropología Jurídica.

Trato de presentar la obra de Paul Vinogradoff acorde con su relevancia para la Antropología jurídica. La veo mucho más interesante en su realismo aventajado que en su evolucionismo tardío. Tomo en consideración primero su concepto de sentido común como base epistemológica para una jurisprudencia vinculada con la Antropología y las demás ciencias sociales. Luego presto atención a sus certeras críticas al etnocentrismo de los juristas, así como a su plan para un análisis tipológico de las culturas jurídicas. Destaco también su especial valoración del derecho consuetudinario. Además Vinogradoff puso énfasis en el condicionamiento moral, económico y jurídico de los fenómenos de Parentesco. Y también nos ha ayudado mucho para avanzar con prudencia y solidez en el conocimiento del derecho vindicatorio.

Palabras clave: Paul Vinogradoff, Sentido común, Etnocentrismo, Derecho consuetudinario, Derecho vindicatorio.

Paul Vinogradoff (1854-1925) and the Legal Anthropology

The aim of this article is to show the relevance of Vinogradoff's work for key issues in Legal Anthropology. I contend that his work is more interesting for its pioneering realism than for its late evolutionism. First, I take into consideration his notion of Common Sense as an epistemological device to bring into a close relationship Social Sciences and Jurisprudence. Also, I take into account his criticism of ethnocentrism, his typological analysis, and the special consideration he gave to customary law. Vinogradoff also laid stress on the moral, economic and legal conditioning of Kinship. Last but not least, he made careful and sound advances to know much better the vindicatory nature of ancient and medieval legal systems.

Keywords: Paul Vinogradoff, Common Sense, Ethnocentrism, Customary Law, Vindicatory Justice.

MANUEL ARTAZA

La ciencia política, la historia y las instituciones

Desde sus orígenes, la ciencia política ha estado ligada al estudio de las instituciones. Es más: desde que entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX se convirtió en una disciplina académica moderna, escogió como objeto de estudio el Estado. Entonces la mayoría de los politólogos emplearon en sus investigaciones un enfoque legal, inductivo e histórico comparativo (*formal-legal analysis*), pero después de las dos guerras mundiales, el Estado y esta perspectiva fueron cuestionadas por una «nueva ciencia política» centrada en el individuo. Así, tras la «revolución behavioralista», sus seguidores postergaron a las instituciones. Sin embargo, durante los años ochenta el Estado y las instituciones fueron redescubiertas o volvieron a la ciencia política. Se trataba de un «nuevo institucionalismo» que también afectó a todas las ciencias sociales. Este artículo aborda sus dos principales corrientes politológicas: el institucionalismo histórico y el de la elección racional. Según veremos, ambas perspectivas no sólo están integrando distintos enfoques politológicos, sino también otros de las ciencias sociales.

Palabras clave: Instituciones, Estado, viejo institucionalismo, nuevo institucionalismo, institucionalismo histórico, institucionalismo de la elección racional.

Political science, history, institutions

Political science has been connected with the study of institutions since its origins. And what is more: when it became a modern academic discipline between the end of the nineteenth century and the beginning of the twentieth century, political science chose the State as its object of study. Then most political scientists used in their research a legal, inductive and historical comparative approach (*formal-legal analysis*). But after two world wars, the State and this perspective were questioned by a «new political science» centred on the individual. Thus, after the behavioural revolution, its followers postponed institutions. Nevertheless, during the 80's the State and the institutions were rediscovered or returned to political science. It was a «new institutionalism» that affected all social sciences too. This article tackles its two main politological approaches: historical institutionalism and rational choice institutionalism. As we shall see, both of them are not only joining different politological perspectives but others from social sciences.

Keywords: Institutions, State, old institutionalism, new institutionalism, historical institutionalism, rational choice institutionalism.

GIOVANNI BATTISTA RATTI

La ciencia jurídica según Harold Berman

El artículo aborda y examina críticamente el (poco conocido) modelo de ciencia jurídica elaborado por el jurista estadounidense Harold Berman, sobre la base de la distinción entre criterios metodológicos, criterios valorativos y criterios sociológicos de cientificidad. Dicho modelo es luego comparado con dos de los principales modelos contemporáneos de ciencia jurídica: el modelo iusracionalista de Alchourrón y Bulygin y el modelo naturalista de Brian Leiter. En su parte final, el artículo señala algunas de las convergencias y de las divergencias más remarcables entre el modelo bermaniano y los dos modelos contemporáneos de ciencia jurídica examinados, sobre todo en relación con los principios jurídicos, los criterios deontológicos y sociológicos de cientificidad, el objeto de la ciencia jurídica, la predicción científica, el estatus científico de la dogmática jurídica y sus componentes descriptivos y prescriptivos.

Palabras clave: Ciencia jurídica, dogmatica jurídica, metodología jurídica, principios jurídicos, Harold Berman.

The legal science by Harold Berman

The paper deals with and critically examines the (not quite known) model of legal science elaborated by the North-American jurist Harold Berman, which is founded on the distinction among methodological, evaluative, and sociological criteria of scientific assessment. Such a model is then compared with two of the main contemporary models of legal science: Alchourrón's and Bulygin's rationalist model and Leiter's naturalist model. In its final part, the paper identifies some of the most remarkable convergences and divergences among Berman's model and the two mentioned contemporary models of legal science, mostly regarding legal principles, deontological and sociological criteria of scientific assessment, the object of legal science, scientific prediction, the scientific status of legal scholarship and its descriptive and prescriptive components.

Keywords: Legal science, legal scholarship, legal methodology, legal principles, Harold Berman.

MONICA DUARTE DANTAS

De rebeliones y sediciones:
protesta popular, ciudadanía y construcción del Estado en el Brasil del siglo XIX

En contra de lo que se viene repitiendo en las últimas décadas, el Segundo Reinado en Brasil no fue una época de paz y tranquilidad. Si los historiadores hace tiempo reconocen que la primera mitad del siglo XIX fue marcada por un gran número de rebeliones y levantamientos, solo recientemente los estudiosos se han dedicado a investigar los movimientos sociales y políticos que ocurrieron en la segunda mitad del XIX. En este artículo intento demostrar cómo la participación de la población libre y liberta en rebeliones, protestas y sediciones es fundamental para que se comprenda la relación directa que existió entre experiencia de contestación y el proceso de formación del Estado. Pero no solo eso, pues la experiencia de contestación también fue central para que la población aprendiera a luchar por sus demandas como ciudadanos de una Monarquía constitucional representativa.

Palabras clave: Rebelión, Sedición, Brasil, siglo XIX, Ciudadanía, Estado.

Of Rebellions and Seditions:
Popular Protest, Citizenship and State Building in 19th Century Brazil

Contrary to what has been repeated for the past decades, Brazil's Second Reign was not an age of peace and tranquility. If historians have duly recorded the great number of rebellions and upheavals that troubled the Empire in the first half of the 19th century, only recently scholars have paid more attention to social-political movements that happened from the 1850s on. This paper aims to analyze how the free and freed people involvement in rebellions, riots and seditions is crucial to the understanding of the experience of protests as directly related to the process of State building and how the lower strata of society learned to fight for their demands as citizens of a representative constitutional Monarchy.

Keywords: Rebellion, Sedition, Brazil, 19th century, Citizenship, State.

ALFONS ARAGONESES

¿Limpiando el pasado? La memoria de la deportación y el holocausto en la legislación y la sociedad española

La memoria colectiva define la identidad colectiva. La memoria del Holocausto forma parte de una identidad cosmopolita en construcción de la que quiere participar el Estado español. Pero al mismo tiempo se pretende evitar la revisión del pasado franquista y de la complicidad con el nacionalsocialismo. Ejemplo de ello sería el proyecto de ley sobre la nacionalidad de los sefarditas.

Palabras clave: Holocausto, Memoria colectiva, Identidad colectiva, Historia jurídica, Franquismo.

Polishing the Past? The Memories of Deportation and the Holocaust in Spanish Law and societ

The memory of the Holocaust shapes national and social identity in countries which experienced the Shoah and is part of the Cosmopolitan identity (Sznaider/Levy 2002). Actually there is a link between collective memory and collective identity. In the case of Spain, public institutions are trying to participate of the global culture of remembranceby underlining the role played by a few Righteous among the Nations from Spain. But at the same time these institutions avoid confronting the dictatorial past of Spain and the Spanish complicity with the executioners of the Holocaust. This article analyzes different political and legal measures taken by the Spanish State to participate of a globalized memory of the Holocaust without confronting its own past.

Keywords: Holocaust, Collective memory, Collective identity, Legal history, Francoism.

MANUEL VIAL-DUMAS

Notas sobre el matrimonio en el oriente y occidente cristiano durante la Antigüedad tardía y el alto Medioevo

En este trabajo se presenta una comparación de algunas cuestiones referidas al matrimonio en el mediterráneo cristiano occidental y Bizantino. En el primer apartado se trata brevemente el contexto social y jurídico de la época, así como también del papel que la institución del matrimonio y la familia nuclear tuvieron en la Antigüedad tardía y el alto Medioevo y, por último, se presentan algunas nociones de la concepción cristiana del matrimonio. En el segundo apartado se analizan algunos supuestos o requisitos para el matrimonio y esponsales comunes a ambos lados de la Cristiandad, en especial los impedimentos por parentesco.

Palabras clave: Historia del matrimonio, Derecho de familia, Esponsales, Impedimentos matrimoniales, alta Edad Media, Derecho bizantino, Derecho comparado.

Notes on marriage in the Christian East and West during the late Antiquity and the high Middel Age

This paper analyzes a comparison between some issues related to marriage in Christian Mediterranean, in both the West and the Byzantine area. The first section briefly presents the social and legal context of the period, as well as the role that the institution of marriage and the nuclear family had in late Antiquity and the early Middle Ages. Finally, some notions of the Christian conception of marriage are treated. In the second section, several assumptions or requirements of marriage and betrothal that are common to both sides of Christendom are analyzed, especially impediments to marriage on account of kinship.

Keywords: History of Marriage, Family law, Marriage Prohibitions, Early Middle Ages, Byzantine Law, Comparative Law.

NATALIA ELISA STRINGINI

La pena de muerte según los intelectuales de Buenos Aires durante la década de 1820. El aporte de Valentín Alsina

Durante la década de 1820, en la ciudad de Buenos Aires, la pena de muerte fue objeto de un profundo debate intelectual que se desarrolló en el seno de la Universidad de Buenos Aires y de la Academia de Jurisprudencia. Sus representantes se valieron de criterios ilustrados y utilitaristas, de las voces de hombres como Beccaria y Bentham, presentes en la enseñanza universitaria impartida en Buenos Aires en esa época, para opinar no sólo en franca crítica a esta institución, sino también en clara aprobación. Entre estos últimos, se encontró Valentín Alsina, un joven abogado quien, en un discurso dado en la Academia de Jurisprudencia, se manifestó abierta y llamativamente a favor de la continuidad de la pena de muerte.

Es este discurso, pronunciado el 15 de abril de 1828, sobre el cual recae el objetivo del presente estudio: desarrollar los fundamentos esgrimidos por el autor elegido para estar a favor del uso de la pena de muerte e interpretar de qué manera el pensamiento jurídico de este abogado fue representativo de la ideología que circulaba en Buenos Aires en los ámbitos donde se enseñaba y se discutía el derecho.

El trabajo expone como líneas argumentativas: la educación recibida por Valentín Alsina y la ideología jurídica presente en el Río de la Plata sobre la pena de muerte, en especial, la expresada en la Universidad de Buenos Aires para la década de 1820, que se comparan con el pensamiento contenido en el discurso. Asimismo se aboca al estudio de las fuentes que se consideran expresiones del pensamiento intelectual y universitario: los manuales de enseñanza, discursos y tesis doctorales.

Palabras clave: Pena de muerte, intelectuales, década de 1820.

The death penalty by the intellectuals from Buenos Aires during 1820's. Valentín Alsina contribution

During the 1820s, in the city of Buenos Aires, the death penalty was the subject of a deep intellectual debate that developed within the University of Buenos Aires and the Academy of Jurisprudence. Their representatives made use of illustrated criteria and utilitarian, the voices of men like Beccaria and Bentham, present in university education imparted in Buenos Aires at that time, to review not only frank criticism of this institution, but also in clear approval. Among the latter, Valentín Alsina, a young lawyer who, at one point in the Academy of Jurisprudence speech, open and strikingly manifested in favor of the continuity of the death penalty was found.

It is this speech, on April 15, 1828, on which rests the objective of this study: to develop the foundations put forward by the author chosen to be in favor of the use of the death penalty and interpret how the legal thinking This lawyer was representative of the ideology that circulated in Buenos Aires in the areas where it is taught and the right was discussed.

The work exposed as argumentative lines: the education received by Valentín Alsina and present legal ideology in the Rio de la Plata on the death penalty, in particular, expressed at the University of Buenos Aires to the 1820s, to be compared with the thought contained in the speech. It also turns to the study of the sources that are considered expressions of intellectual and academic thought: teaching manuals, speeches and dissertations.

Keywords: Capital Punishment, Intellectuals, 1820s.

COLABORADORES DE ESTE NÚMERO

Ignasi Terradas Saborit
Universidad de Barcelona
gnasi@telefonica.net

Manuel Artaza
Universidad de Santiago de Compostela
manuelm.deartaza@usc.es

Giovanni Battista Ratti
Tarello Institute for the Philosophy of Law,
Departamento de Derecho, Universidad de Génova
gbratti@unige.it

Monica Duarte Dantas
IEB/ USP – Brazil
monicadantas@yol.com.br

Alfons Aragoneses
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)
alfons.aragoneses@upf.edu

Manuel Vial-Dumas
Universitat Oberta de Catalunya y Universidad de Girona
mviald@voc.edu

Natalia Elisa Stringini
Universidad de Buenos Aires
nataliastringini@hotmail.com

José Balcázar Quiroz
Universidad Católica del Perú
hxbalcazar@hotmail.com

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
Universidad Complutense de Madrid

IUS FUGIT
Revista de Cultura Jurídica

NORMAS DE EDICIÓN

Ius Fugit. Revista de Cultura Jurídica es una revista anual que se publica tanto en edición impresa como en línea.

Los ejes temáticos de la revista son la historia de la cultura jurídica, la historia del derecho, la historia de las instituciones políticas, la antropología jurídica y la historia del pensamiento jurídico y político.

IUS FUGIT publica exclusivamente artículos originales en castellano o en inglés. Serán admitidos los trabajos que versen sobre los ejes temáticos de la revista, que se ajusten a las reglas de redacción y que superen el proceso de evaluación.

IUS FUGIT es una revista de publicación anual. La revista se publicará siempre en octubre. Los trabajos que se envíen para su publicación deberán haber llegado a la Redacción de la revista a más tardar el mes de diciembre del año anterior.

Todos los artículos que lleguen a la Redacción de la revista serán sometidos a la evaluación confidencial de dos personas expertas en cada una de las materias. Si hay discrepancia entre los informes, se solicitará un tercero.

IUS FUGIT revisa periódicamente el formulario de revisión y también controla la calidad de las respuestas de los informes de evaluación solicitados.

NORMAS Y RECOMENDACIONES PARA EL ENVÍO DE ARTÍCULOS

I. ¿Qué debe enviar un autor?

1. Un archivo con su nombre, dirección, correo electrónico y el título del artículo que presenta y los comentarios que quiera hacer al editor (no más de 300 palabras).
2. Un archivo distinto con el artículo que presenta a evaluación.

Con el fin de garantizar la revisión ciega el autor debe entregar su artículo desprovisto de sus datos personales (nombre y apellidos, dirección electrónica, adscripción académica, dirección postal). Este tipo de información se debe adjuntar en otro archivo.

En particular deben observarse las siguientes reglas:

1. El artículo no debe contener ninguna mención directa o indirecta a la persona del autor.
2. El artículo no debe contener notas de agradecimiento.
3. En las propiedades del fichero se debe eliminar la identidad del autor.
4. Todas estas menciones podrán ser reintroducidas en la versión final una vez acabado el proceso de revisión por pares.

Los autores pueden sugerir nombres de revisores en el proceso de entrega de los artículos indicando nombre, afiliación y correo electrónico. Esta sugerencia debe hacerse junto con los comentarios al editor que pueden incluirse en el fichero con los datos personales del autor.

II. Características del artículo

Los artículos deben estar escritos en castellano o en inglés

El consejo de redacción recomienda que los artículos no superen las 9.000 palabras incluyendo la bibliografía, anexos y cualquier otra parte del trabajo.

Los artículos deben enviarse con los datos siguientes:

• Título

• Resumen en castellano y en inglés (aproximadamente 200 palabras)

• Palabras clave en castellano y en inglés (de 4 a 6)

• Cuerpo del artículo

• Bibliografía

III. Cómo citar

Las citas se indicarán siempre en notas al pie y no entre paréntesis

Las notas al pie siguen el sistema «autor-fecha»: inicial del nombre del autor seguida del apellido(s) y año de la publicación que se cita y, si es el caso la(s) página(s) que se citan, separadas por una coma. Debe usarse mayúscula sólo en la primera letra de la palabra cuando corresponda.

Ejemplos:

E. J. Robinson 2011, 120-35
G. García Márquez 2000, 50-65

En el caso de dos o más obras de un mismo autor que fueron publicadas el mismo año, se debe individualizar cada una de ellas con una letra que debe incorporarse tanto en la cita como en la bibliografía.

Ejemplos:

V. Kassos, 2006a, 30-2
V. Kassos, 2006b

En la bibliografía

KASSOS, V. (2006a). *Ta italika sten Kalymno*, Kalymnos: Ekdosis Prisma
KASSOS, V. (2006b). «Ta italika sten Rodo». *Rodiaka*, 5: 50-68

IV. Estilo de la lista de referencias bibliográficas

Al final del artículo debe incorporarse una lista con las referencias bibliográficas. En primer lugar debe incorporarse un apartado con las fuentes citadas y, en seguida, un segundo apartado con el resto de la bibliografía (únicamente con la bibliografía citada).

Los apartados mencionados deben seguir las siguientes reglas:

1. EDICIÓN CITADA

En el apartado de fuentes se indicará la edición crítica que se utiliza. Se recomienda usar la última edición crítica.

En el resto de la bibliografía puede citarse cualquier edición de un texto, sin embargo debe indicarse siempre el año de la primera edición en la lengua original.

Ejemplo:

GARCÍA MÁRQUEZ, G. (1994). *El amor en los tiempos del cólera.* Madrid: Mondadori (1.ª ed. 1985)

GARCÍA MÁRQUEZ, G. (1998). *Love in the Time of Cholera.* London: Cape (1.ª ed. 1985, *El amor en los tiempos del cólera*).

2. ESTILO SEGÚN TIPO DE OBRA

A continuación se indican los formatos recomendados para las referencias bibliográficas de los tipos de documentos más usuales, de acuerdo con la norma ISO 690

2.1. Para libros o monografías

APELLIDO/S, Inicial/es del nombre. (año). *Título*. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, detalles materiales (Colección; número).

Ejemplo:

FERAL-SCHUHL, C. (2000). *Cyber Droit. Le droit à l'épreuve de l'internet*. 2.ª ed. París: Dunot.

2.2. Para partes de libro, contribuciones en una miscelánea, compilaciones

APELLIDO/S, Inicial/es del nombre. (año). «Título de la parte del libro». En: *Datos bibliográficos de la obra completa*, localización de la parte del libro.

2.2.1. Si el autor o el editor del libro es el mismo que el de la parte del libro que se cita:

Ejemplo:

STADLER, T. (2002). «Sperrungsanordnung gegenüber Access- Providern». En: *Haftung für Informationen im Internet*. Berlín: Eeich Schmidt Verlag GmbH: 119-133.

2.2.2. Si el autor o el editor del libro no coincide con el de la parte del libro que se cita:

Ejemplo:

LACOURSIÈRE, M. (2002). «Les modalités de paiement». En: GAUTRAIS, V. (ed.). *Droit du commerce électronique*. Montreal: Les Éditions Thémis: 57-86.

2.3. Para publicaciones periódicas

Título: subtítulo (año). Volumen. Número. Lugar de publicación

Ejemplo:

Justicia: Revista de Derecho Procesal (2000). N.º 1. Barcelona

2.4. Para artículos de publicaciones periódicas:

APELLIDOS/S, Inicial/es del nombre. (año). «Título del artículo». *Título de la revista o el manual*. Volumen, número: pág. inicial-pág. final.

Ejemplo:

SCHONNING, P. (1996). «Applicable Law in Transfrontier On b-line Transmissions». *Revue Internationale du Droit d'Auteur*. Vol. 170: 21-35.

2.5. Para textos legales:

«Título normalizado» [formado por: número de ley, decreto, etc.; día y mes; nombre oficial de la ley]. *Título de la publicación* (fecha entera de publicación): pág. inicial-pág. final.

Ejemplo:

«Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal». *Boletín Oficial del Estado* (24 de noviembre de 1995): 33987-34058.

2.6. Para documentos electrónicos:

APELLIDO/S, Inicial/es del nombre. (año). *Título del trabajo* [unidad de contenido + tipo de soporte]. Editorial. [Fecha de consulta: (día) de (mes) de (año)].

Ejemplo:

PRATS CATALÀ, J. (2002). *Institucions i desenvolupament a l'Amèrica Llatina. Un rol per a l'ètica?* [artículo en línea]. UOC. [Fecha de consulta: 7 de junio de 2002].

CONTACTO

IUS FUGIT Revista de Cultura Jurídica. Área de Historia del Derecho
Facultad de Derecho de la Universidad de Girona
Av. Montilivi, s/n
Girona 17071
España

Correo electrónico:
josemaria.perez@udg.edu
manueljose.vial@udg.edu

IUS FUGIT
Journal of Legal Culture

EDITORIAL STANDARDS

IUS FUGIT. *Journal of Legal Culture* is published annually both in printed form and online.

The key subjects of the Journal are the history of legal culture, legal history, the history of political institutions, legal anthropology and the history of legal and political thought.

IUS FUGIT publishes only original articles in English or Spanish. Submitted articles will be admitted if they deal with the topics covered by the journal, if they conform to the Author's Guidelines and if they pass the evaluation process.

IUS FUGIT is published annually in october. Papers should be sent to the Editor of the journal no later than December of the previous year.

Submitted papers will be subject to a double-blind peer-review process involving two experts in the relevant fields proposed by the journal's Editorial Board. If there any discrepancy between the opinions, a third review will be requested.

IUS FUGIT regularly revises the forms used by reviewers, as well as the quality of reviewers' reports.

AUTHOR GUIDELINES

I. What should an Author submit?

1. A file with personal data (name, address, email address and title of the article that is being presented) and comments to the editor that are deemed convenient (no more than 300 words).
2. A different file with the article submitted for evaluation.

In order to ensure double-blind peer-review, authors should submit their papers without their personal data (name, email address, academic affiliation, postal address, etc.). This information must be attached to another file.

In particular the following rules must be observed:

1. Any direct or indirect reference to the identity of the author of the paper must be eliminated.
2. Articles should not contain notes of thanks.
3. In the file's properties the author's name must be deleted.
4. All these references and notes should be reintroduced in the final version once the process of peer review is finished.

Authors may suggest reviewers, indicating the name, affiliation and email. This proposal should be made in the personal data file along with comments to the editor.

II. Article's characteristics

Articles must be written in English or Spanish.

The Editorial Board recommends that articles do not exceed 9000 words including bibliography, annexes and any other part of the work.

Articles must include the following information:

- Title
- Abstract in English and Spanish (approximately 200 words)
- Key words in English and Spanish (4 to 6)
- Paper text
- Bibliography

III. How to Cite

Citations will be always indicated in footnotes and not in parentheses.

Footnotes follow the system «author-date», *ie*, the author's name initial followed by surname and year of publication and, if applicable, the cited page separated by a comma. Capitals should only be used for the first letter of the word where appropriate.

Examples:

E. J. Robinson 2011, 120-35
G. García Márquez 2000, 50-65

In the case of two or more works by the same author that were published the same year, the distinction between each one should be made through a distinctive character incorporated both, in the quote and the bibliography.

Examples:

V. Kassos, 2006a, 30-2
V. Kassos, 2006b

In the bibliography:

KASSOS, V. (2006a). *Ta italika sten Kalymno*, Kalymnos: Ekdosis Prisma
KASSOS, V. (2006b). «Ta italika sten Rodo». *Rodiaka*, 5: 50-68

IV. Bibliographical references

At the end of the paper a list of bibliographical references shall be included. The cited sources should be included first, followed by a second section with the rest of the bibliography (only with the cited bibliography).

1. CITED EDITION

In the sources section the quoted edition should be indicated. The editor recommends using the latest critical apparatus.

In the rest of the bibliography any edition of a text may be cited, but (if it is not the cited edition) the year of the first edition in the original language must always be indicated.

Example:

GARCÍA MÁRQUEZ, G. (1994). *El amor en los tiempos del cólera.* Madrid: Mondadori (1.ª ed. 1985)

GARCÍA MÁRQUEZ, G. (1998). *Love in the Time of Cholera.* London: Cape (1.ª ed. 1985*, El amor en los tiempos del cólera*).

2. RECOMMENDED STYLE ACCORDING TO TYPE OF WORK

Bibliographic references have to be presented in line with the ISO (International Standard Organization) 690 standard (International Standard ISO 690: Information and documentation - Bibliographic references - Content, form and structure. 2nd ed. [Geneva]: ISO, 1987), as shown in the following examples

2.1. For books or monographs

SURNAME(S), Initial(s). (year). *Title*. Edition. Place: Publisher. Length and material details. (Collection; vol.).

Example:

FERAL-SCHUHL, C. (2000). *Cyber Droit. Le droit à l'épreuve de l'internet*. 2nd ed. : Dunot

2.2. For parts of a book, contributions in miscellanea, compilations:

SURNAME(S), Initial(s). (year). «Title of the part of the book». In: *Bibliographic data on the complete work*: location of the part of the book.

2.2.1. If the author or editor of the books is also the author of the part of the book cited:

Example:

STADLER, T. (2002). «Sperrungsanordnung gegenüber Access- Providern». In: *Haftung für Informationen im Internet*. : Eeich Schmidt Verlag GmbH: 119-133.

2.2.2. If the author or editor of the book is not the author of the part of the book cited:

Example:

LACOURSIÈRE, M. (2002). «Les modalités de paiement». In: GAUTRAIS, V. (ed.). *Droit du commerce électronique*. : Les Éditions Thémis: 57-86.

2.3. For periodical Publications

Title: subtitle. Vol. Iss. Year. Place of publication

Example:

Justicia: Revista de Derecho Procesal (2000). No. 1.

2.4. For articles from periodical publications

SURNAME/S, Initial/s. (year). «Title of the article». *Title of the journal or manual*. Vol., issue Lumber: page start-page end.

Example:

SCHONNING, P. (1996). «Applicable Law in Transfrontier On b-line Transmissions». *Revue Internationale du Droit d'Auteur*. Vol. 170: 21-35.

2.5. For legal texts:

«Standardised title» [formed by: number of law, decree, etc.; day and month; official title of law]. *Title of publication* (full date of publication), page start-page end.

Example:

«Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal». *Boletín Oficial del Estado* (24 de noviembre de 1995): 33987-34058.

2.6. For electronic documents

SURNAME(S), Initial(s). (year). «Title». *Journal* [content type + media type]. [Accessed: dd/mm/ yy].

Example:

PRATS CATALÀ, J. (2002). «Institucions i desenvolupament a l'Amèrica Llatina. Un rol per a l'ètica?» [online article]. UOC. [Accessed: June 7, 2002].

CONTACT

IUS FUGIT Journal of Legal Culture. Área de Historia del Derecho
Facultad de Derecho de la Universidad de Girona
Área de Historia del Derecho
Av. Montilivi, s/n
Girona 17071
España

Correo electrónico:
josemaria.perez@udg.edu
manueljose.vial@udg.edu

DIPUTACION DE ZARAGOZA INSTITUCION FERNANDO EL CATOLICO DE LA EXCMA

CECEL (CSIC)

INSTITUCIÓN FERNANDO EL CATÓLICO (C.S.I.C.)
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 Zaragoza (España)

IVS FVGIT
REVISTA DE CULTURA JURÍDICA
ACUERDO DE INTERCAMBIO

Director: José María Pérez Collados
Año de fundación: 1992
Periodicidad: Anual
Formato: 17 x 24 cm
Editor: Institución «Fernando el Católico»
Zaragoza (Spain)
ISSN 1132-8975
340.15
Es continuación de IVS FVGIT. Revista interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos
Intercambio de publicaciones: Tels.: [34] 976 28 88 78 / 79 – Fax: [34] 976 28 88 69
E-mail: interch@ifc.dpz.es * http://ifc.dpz.es

Correspondencia: Institución Fernando el Católico, Excma. Diputación de Zaragoza,
Intercambio de Revistas. Plaza de España n.º 2, 50071 Zaragoza
Tels.: [34] 976 28 88 78 / 79 – Fax: [34] 976 28 88 69

Rogamos remitan este impreso cumplimentado

Revista o colección: _____

ISSN o ISNN: _____ **Periodicidad:** _____

Entidad: _____

Dirección: _____

_____

C.P.: _____ **Ciudad:** _____ **País:** _____

Teléfono: _____ **Fax:** _____

Referencia: _____ **E-mail:** _____

Fecha: **Firma:**

Fdo.:

Persona de contacto:

Institución Fernando el Católico
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 Zaragoza (España)

Tels.: [34] 976 28 88 78/79
Fax: [34] 976 28 88 69
E-mail: ventas@ifc.dpz.es
http://ifc.dpz.es

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A PUBLICACIONES PERIÓDICAS DE LA IFC

- ☐ Anuario Aragonés de Gobierno Local
- ☐ Archivo de Filología Aragonesa
- ☐ Caesaraugusta
- ☐ Ciencia Forense
- ☐ Emblemata
- ☐ Ius Fugit
- ☐ Jerónimo Zurita, Revista de Historia
- ☐ Nassarre
- ☐ Palaeohispánica
- ☐ Revista de Derecho Civil Aragonés

DATOS PERSONALES DE ENVÍO

D./Dña./Entidad: .....

NIF/CIF: .....

Domicilio: .....

Código Postal: ..... Ciudad: .....

Provincia/País: ..... Teléfono: .....

E-mail: .....

Forma de pago: Domiciliación bancaria

Titular de la cuenta: .....

Banco/Caja: .....

Agencia: .....

Domicilio: .....

Población: .....

CP: ..... Provincia/País: .....

IBAN	Internacional				Entidad				Oficina				DC		Número de cuenta o libreta									

Ruego se sirvan aceptar con cargo a nuestra cuenta corriente las facturas presentadas por Institución Fernando el Católico (CIF: P5090001H) a cambio de la entrega domiciliaria de los próximos números que reciba y hasta nueva orden, todo ello con un descuento del 25% sobre precio de venta al público.

Firma:

ISSN 1132497-5

INSTITUCIÓN
FERNANDO
EL CATÓLICO

DIPUTACIÓN DE ZARAGOZA