

Derecho en movimiento

**Personas, derechos y derecho
en la dinámica global**

Edición de
**Massimo Meccarelli
y Paolo Palchetti**

Derecho en movimiento

The Figuerola Institute
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:
Carlos III University of Madrid

Book Series:
Legal History

Editorial Committee:
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at www.uc3m.es/legal_history

Derecho en movimiento:
personas, derechos y derecho en la dinámica global

Edición de Massimo Meccarelli y Paolo Palchetti

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2015

Historia del derecho, 33

© 2015 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9085-333-7
ISSN: 2255-5137

D.L.: M-9428-2015

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/20251>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

SUMARIO

Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti Derecho en movimiento: una cuestión teórica nada convencional . . .	9
--	---

Espacios

María Julia Solla Sastre El gobierno de la especialidad. Personas y cuerpos en movimiento entre España y Ultramar (1850-1885)	21
---	----

Pablo Zapatero Miguel Acción y reacción en la lucha contra la impunidad: el caso del Genocidio Maya	73
---	----

Maria Chiara Vitucci Some considerations on the two-way circulation of legal concepts and experiences between colonies and motherland	97
---	----

Arno Dal Ri Jr. El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: de la “gran naturalización” de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado nuevo (1889-1945)	107
---	-----

Flavia Stara Women in motion: effetti e aspettative delle migrazioni al femminile	145
--	-----

Saberes

Ferdinando Mazzarella La «Escuela social del derecho» entre Europa y Brasil. Encuentros y desencuentros ante las transformaciones de fin de siglo	157
Ricardo Sontag A escola positiva italiana no Brasil entre o final do século XIX e início do século XX: a problemática questão da “influência”	203
Eva Elizabeth Martínez Chávez Rutas científicas y académicas. Juristas republicanos españoles exiliados en México durante el régimen de Franco	231
Los autores	251
Índice	253

Derecho en movimiento: una cuestión teórica nada convencional¹

1. Consideraciones previas

La idea de proponer una investigación interdisciplinaria sobre el derecho en movimiento tomó forma a partir de una preocupación y de una hipótesis de trabajo: ¿En qué medida nuestro aparato conceptual permite comprender y describir los cambios en el derecho? ¿Qué puede aportar a nuestra actividad investigadora, desde un punto de vista analítico, una observación del derecho en sus momentos dinámicos? Son preguntas básicas de difícil respuesta. Al mismo tiempo parece imprescindible situar esta problemática de tipo teórico general en la construcción del objeto de investigación y en el desarrollo de las investigaciones jurídicas.

El objetivo del volumen es así intentar una primera aproximación al análisis de un tema inusual: el derecho en movimiento. No se trata de realizar una formulación estática, a través de la definición de un modelo. Más modestamente, nos interesa llamar la atención sobre los procesos y los factores que forman parte del juego de la dinamización del derecho y delimitar algunos campos para su verificación. Siendo consciente de que, más que encerrarse en una conceptualización precompresiva, la perspectiva del derecho en movimiento necesita ser estudiada desde distintas facetas, considerada bajo diversos aspectos, reconocida en su propia irreductibilidad sistemática.

Los estudios aquí reunidos analizan algunas experiencias jurídicas concretas del movimiento del derecho, tomando en consideración tres perfiles particulares: la circulación de personas, la circulación del derecho (en referencia tanto a los saberes, y a las culturas jurídicas, como a las opciones normativas), la circulación de los derechos (en referencia a la multiplicidad de las

¹ Los editores desean agradecer la colaboración del prof. Manuel Martínez Neira para la publicación del presente volumen y para la traducción de estas páginas. También agradecen la ayuda de las doctoras Claudia Pennacchietti, Serena Bolognese y Cristina Renghini en el trabajo de revisión editorial del manuscrito.

formas de tutela jurídica y a su difusión). Se trata de perfiles autónomos, pero con frecuencia relacionados entre ellos. Nuestra intención ha sido observar los desarrollos y algunas interconexiones.

La lectura entrecruzada de estos trabajos permite captar distintas facetas nucleares del fenómeno. Dos de ellas –la espacialidad y los saberes– han sido consideradas como ejes para construir el índice del volumen.

Nos referimos al espacio entendido como factor interno de la transformación jurídica. Los ensayos ofrecen múltiples ejemplos: en el caso de España, Julia Solla Sastre trata sobre la relación entre la Península y Ultramar que es analizada como campo de tensión espacial para la comprensión del proceso de construcción del Estado-nación. Desde su perspectiva, Pablo Zapatero Miguel considera la espacialidad de la jurisdicción universal, el nivel que le ha permitido someter a juicio el genocidio Maya en Guatemala. Chiara Vitucci razona sobre el espacio colonial para ilustrar la circulación y heterogénesis de las posiciones normativas. Arno Dal Ri sitúa el problema de la construcción del estatuto de ciudadanía en Brasil entre un espacio dialéctico interno y su dialéctica con el espacio internacional. Flavia Stara asume un ámbito espacial de diferencias como plataforma para desarrollar un análisis sobre expectativas, efectos y “transculturización” de las mujeres emigrantes.

En cuanto a los procesos cognitivos, nos referimos a los procesos de adquisición/reproducción/apropiación ligados a la circulación del derecho (sobre todo en la forma de ideas y saberes), considerados como un perfil interno al devenir del derecho. Tres ensayos en particular asumen este problema como objeto específico de análisis. Ferdinando Mazzarella se interesa por el hilo del debate privatístico entre Europa y Brasil que presenta a juristas empeñados en el desarrollo de una concepción social del derecho. Ricardo Sontag estudia casi el mismo fenómeno pero desde el punto de vista penalístico, buscando describir los modos y las razones del empleo de las ideas de la Escuela positiva italiana en Brasil. Elizabeth Martínez Chávez observa un acontecimiento distinto, el establecimiento en México de un grupo de profesores universitarios españoles exiliados durante la dictadura franquista, para estudiar sus efectos en el plano de la organización de los estudios y en el desarrollo de la ciencia jurídica.

En esta sede no podemos abordar los interesantes contenidos que ellos ilustran. Nos interesa más bien detenernos sobre tres perfiles centrales del fenómeno del derecho en movimiento que se extraen de una lectura entrecruzada de los ensayos.

2. Las razones del movimiento del derecho

¿Qué empuja a las mujeres africanas o asiáticas a dejar su propia tierra y desplazarse hacia Europa, o a académicos españoles trasladarse a México para fundar revistas científicas o crear instituciones universitarias? ¿Cómo circulan magistrados y funcionarios dentro de realidades estatales que incluyen territorios sometidos a regímenes jurídicos especiales? ¿Por qué razones ciertas corrientes de pensamiento nacidas en un determinado contexto social y cultural logran penetrar y florecer en contextos totalmente distintos, a miles de kilómetros de distancia? ¿Qué factores intervienen para incitar a la magistratura española a procesar a los responsables del genocidio Maya en Guatemala? ¿Qué fuerzas determinan la circulación de las clases dirigentes entre España y los territorios coloniales de Ultramar? En síntesis, cuáles son las causas del movimiento. Esta es la cuestión de la que, más o menos abiertamente, parten casi todos los ensayos contenidos en este volumen. No sorprende. El movimiento de las personas, la transferencia de saberes, la circulación de los derechos son por muchos motivos fenómenos inevitables, casi naturales. Y sin embargo las direcciones del movimiento y sus formas pueden ser distintas, y solo una atenta investigación sobre las causas permite dar una explicación a los recorridos y a los modos.

No nos proponemos aquí realizar una clasificación de las distintas causas que pueden generar el movimiento. Por otro lado, la gama de situaciones y fenómenos a los que hacen referencia las distintas contribuciones restarían utilidad a tal ejercicio. Al contrario, urge subrayar la riqueza y diversidad de factores que pueden entrar en juego y la variedad de modos en que estos factores interactúan entre ellos.

Piénsese en los fenómenos migratorios que están en el núcleo de los escritos de Flavia Stara y de Arno Dal Ri. La mujer emigrante de la que habla Stara huye hacia Europa empujada sobre todo por las condiciones de subdesarrollo y desocupación de su país de origen. Sin embargo, aunque en la base existen fuerzas económicas y sociales, estas no agotan las razones del movimiento. Como revela la autora, “la inserción laboral en Europa constituye un desafío a la fragilidad genético-cultural y la recuperación de una fuerza cognitiva para conseguir ese derecho que reconoce a la mujer autonomía e independencia”. La emancipación cultural y “el rechazo a modelos autoritarios impuestos que les impiden desvincularse de esos contextos que las excluyen moral, social y políticamente” son otras tantas razones que empujan a emigrar.

Los centenares de miles de italianos y alemanes que emigraron a Brasil a finales del siglo XIX también partían empujados por fuerzas económicas principalmente. Sin embargo, un flujo tan potente de emigrantes europeos no puede explicarse sin relacionarlo con la voluntad del Estado brasileño – como nos dice Dal Ri – de “blanquear una nación”: “Hacer que emigrasen a Brasil el máximo posible de nacionales de países europeos, todos blancos, para contraponerlos a la gran mayoría de la población formada por negros, mulatos e indios”. Las políticas de naturalización forzosa llevada a cabo por los sucesivos gobiernos brasileños parecen, desde esta óptica, una especie de complemento del diseño original.

Así, dejando aparte las razones meramente contingentes (que sin embargo tienen su importancia respecto a estas dinámicas), podemos decir que existen *factores externos* que ponen el derecho en movimiento, como en este caso el proyecto político de construcción de la identidad nacional, las políticas demográficas o del trabajo, o también las aspiraciones a una emancipación social y cultural.

Las investigaciones aquí reunidas nos indican también otro nivel causal, que nos parece *interno* a la dimensión jurídica. Trayendo algunos ejemplos de las distintas contribuciones, apreciamos factores de dinamización del derecho que se refieren a las características de la cultura y de la ciencia jurídica (Sontag, Mazzarella), a la estructura del ordenamiento (Solla), a la capacidad del derecho para interpretar, sin necesidad de un filtro político, mentalidades e instancias de la sociedad (Vitucci). Considerado desde este lado, el momento de la circulación asume el relieve de un aspecto interno a los procesos de manifestación del derecho.

Por otro lado, el camino que lleva a la búsqueda de las causas está plagado de dificultades. Siempre está presente el riesgo de contentarse con las apariencias o con la respuesta más simple. Ricardo Sontag alude a este riesgo cuando examina las tesis que de manera demasiado simple reconducen el triunfo del positivismo penal italiano en la doctrina brasileña a un “generalizado autoritarismo que marcaría toda a história brasileira”. En realidad, «la línea más corta entre dos puntos puede ser una línea curva». Las palabras de Galileo di Brecht, extraídas del ensayo de Mazzarella, resuenan como una advertencia contra la pretensión de encerrar en esquemas o construcciones rígidas las fuerzas que rigen la circulación de los derechos o del saber jurídico. Se trata de ámbitos donde la probabilidad del movimiento es baja a causa de las muchas variables que pueden intervenir. Variables que pueden incluir, como observa Mazzarella, «los prejuicios ideológicos» o «la rivalidad cientí-

fica». Los resultados pueden ser impredecibles y a veces extravagantes. Por ejemplo, el acontecimiento de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de la India sobre la criminalización de los actos homosexuales, de la que habla Chiara Vitucci: la circulación de los derechos – en el caso mencionado, la despenalización de los actos homosexuales en nombre un una nueva concepción de la dignidad humana – se ve obligada a pararse ante la defensa realizada por el juez indio de un acto soberano del Estado que en realidad no es más que una vieja disposición impuesta por la madre patria inglesa a la *ex* colonia.

3. La *espacialización* del derecho en movimiento

Un segundo tema central que recorre los ensayos de este libro es el relativo al resultado de la circulación del derecho en el espacio destinatario de la transferencia de contenidos jurídicos.

Circulan tanto las ideas, los saberes, los métodos de producción de la ciencia jurídica (Mazzarella, Sontag) como de formación de los juristas (Martínez Chávez); pero también circulan las tendencias normativas, por ejemplo en forma de planteamientos jurisprudenciales (Vitucci), o de reglas internas a los ordenamientos constitucionalmente complejos (Solla Sastre).

Los vectores que permiten la transferencia de contenidos jurídicos son múltiples. En el caso de ideas y saberes, pueden ser los circuitos culturales. El grado de institucionalización de estas redes no resulta tan revelador cuanto la disponibilidad de diferentes instrumentos de interconexión: libros, revistas, instituciones y asociaciones internacionales, pero también son relevantes los itinerarios personales científico-académicos (piénsese en la colaboración internacional en las revistas, en la correspondencia epistolar en la que se detiene Ricardo Sontag, o también en los viajes de personas en conexión con trayectorias científico-académicas de las que nos habla Elizabeth Martínez Chávez). También las redes jurisdiccionales actúan en el sentido de incidir sobre una circulación del derecho. Piénsese en el juego de “estímulo y respuesta” entre jueces españoles y jueces guatemaltecos en relación a los procesos penales relativos a los crímenes cometidos en perjuicio de los mayas (Zapatero Miguel); o al movimiento de despenalización de los actos homosexuales promovido por los jueces europeos y por muchas *ex* colonias inglesas y al impacto, de adhesión primero y de rechazo después, que esto ha tenido sobre la actividad de los jueces indios (Vitucci).

El derecho también puede circular sin personas. Los saberes abandonan en los libros su propia fortuna o se comparten gracias a un clima cultural común, donde la “fusión de ideas” puede suceder a distancia, sin que puedan reconocerse como interlocutores (Mazzarella). Las opciones normativas se comparten también más allá de los territorios de estricta vigencia y en ausencia de vínculos institucionales, en razón de la comunión de orientaciones axiológicas o de la difusión de la solución empleada (piénsese en la circulación de juzgados en tema de despenalización de los actos homosexuales de los que habla Chiara Vitucci), o sobre la base de ligámenes jurisdiccionales exclusivamente indirectos (piénsese en la jurisdicción universal en “función de palanca” para la interacción entre la jurisprudencia española y la guatemalteca, de la que habla Pablo Zapatero Miguel).

Un dato recurrente – que constituye un elemento de particular interés para nuestro problema – se refiere a los efectos de la circulación del derecho y las *formas de apropiación* del derecho en movimiento.

Aquí el movimiento no indica simplemente el paso de un lugar a otro, determina por el contrario una transformación del derecho, cambia su sentido por la distinta contextualización que recibe: las instituciones proyectadas en España para Ultramar (concebidas sobre la base de un arreglo formal de marginación constitucional) asumen después, al ponerse en funcionamiento, una función distinta “imbricándose en aquel sólido entramado legal” (Solla Sastre); las doctrinas de la Escuela positiva italiana conocen un distinto empleo y un diferente articulación una vez que son aplicadas en el ordenamiento penal brasileño (Sontag); de manera similar la *Escola do Recife* se apropia de las doctrinas sociales del derecho privado, para promover una renovación metodológica y conceptual en la ciencia jurídica brasileña (Mazzarella); una norma homófoba británica, que durante la época colonial se inserta en el derecho penal indio, deviene expresión de una mentalidad local, hasta llegar a considerarse una norma nacional (Vitucci); la inserción de los profesores españoles en el circuito académico mexicano provocó en algunos casos cambios de disciplina y esto produjo trasvases de orientaciones, categorías, métodos y problemas de una disciplina jurídica a otra (Martínez Chávez).

En suma, el derecho en movimiento no puede pensarse prescindiendo de su inserción en las distintas dimensiones espaciales. La *especialización* o – para usar una expresión propuesta por Julia Solla Sastre en referencia a Alejandro Agüero² – la “localización”, representa un elemento de su conteni-

2 Alejandro Agüero, *Derecho local y localización del Derecho en la tradición jurídica*

do que integra (y altera) el contenido deducible del momento estático de su originaria enunciación.

La lectura de los ensayos, proyectando estas apreciaciones sobre temas específicos, proporciona ulteriores ejemplos e ideas para la reflexión. Aquí nos limitamos a desarrollar dos consideraciones de tipo más general sobre el problema de la atribución del derecho que circula.

Una primera mira al modo de interpretar el fenómeno. Nuestros ensayos sugieren que el condicionamiento y la hibridación o – tomando el término de las ciencias sociales – los modos de *inculturación*, resultan evidentes si se consideran los factores endógenos, internos a la dimensión jurídica, que inciden sobre el movimiento del derecho. Por poner algunos ejemplos: la persistencia de un “patrimonio constitucional”, esto es de un arreglo constitucional material entre España y Ultramar, frente a las decisiones normativas tomadas en la península (Solla Sastre); los presupuestos sistemáticos y doctrinales en el empleo de la Escuela positiva en Brasil; la voluntad de insertarse en el debate doctrinal internacional (Sontag); las características de la jurisdicción penal universal y su capacidad para poner en red las nacionales (Zapatero).

Este nivel de análisis nos muestra que la circulación del derecho no es el movimiento de un objeto preconfigurado, con un contenido definido y permanente en el tiempo, que se disloca en el espacio. El movimiento del derecho nos invita a reconsiderar la *espacialización* como un rasgo que incide sobre los contenidos del derecho. Y tal dato parece relevante para una cultura jurídica como la nuestra, que ha construido sus propios conceptos en clave dogmática, precisamente a través de una obra de descontextualización espacial del derecho y de los derechos.

4. Retroacción del derecho en movimiento

Con frecuencia se tiende a mirar el movimiento – ya sea de personas, de derechos o del saber jurídico – como un fenómeno unidireccional, de un territorio a otro, de una realidad socio-cultural a otra. La realidad es más compleja. Resulta extraño que un movimiento con una dirección concreta no provoque, por reacción y de manera más o menos intensa, un movimiento en dirección opuesta.

hispana, en Víctor Tau Anzoátegui, Alejandro Agüero (coords.), *El derecho local en la periferia de la Monarquía hispana. Rio de la Plata, Tucumán y Cuyo, siglos XVI-XVIII*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2013, pp. 91-120, pp. 118-119.

La experiencia colonial y la dinámica de las relaciones entre la metrópoli y las colonias ofrecen innumerables ejemplos de este fenómeno³. No es casual que los dos escritos que parten de esta experiencia se refieran explícitamente a esto. Vitucci, utilizando una expresión de Pietro Costa⁴, habla de «efecto de retroacción» (*feedback effect*); Solla Sastre de una «inversión de la circulación». La primera pone varios ejemplos de esta realimentación del movimiento y subraya como las colonias han constituido con frecuencia el laboratorio para la creación de instituciones jurídicas que han sido posteriormente implantadas en la metrópoli. Solla Sastre lo hace con la parábola del Consejo de Administración, «un órgano inicialmente transpuesto en las islas», pero que «no sólo había adquirido, en su trasplante y raigambre, particularidades y caracteres propios, sino que amenazaba con alzarse como el intérprete del orden de especialidad de aquel espacio de la monarquía».

Con distintas tonalidades, las consecuencias del movimiento sobre el contexto de origen constituyen un tema que recorre casi todas las colaboraciones. Las mujeres emigrantes, que son el centro del escrito de Stara, mantienen vínculos con la comunidad de origen y la perspectiva de género revela que «las mujeres emigrantes tienden a enviar dinero a los distintos familiares lejanos, mientras los hombres mandan dinero sobre todo a la familia nuclear, generalmente a la mujer». Las mujeres «tienden a sostener sobre todo la inversión en educación y salud de sus propios familiares más que facilitar las propias oportunidades de inversión – en concreto inmobiliaria – para favorecer un futuro regreso». El movimiento inverso se traduce así en una esperanza en el avance socio-existencial de la comunidad de origen.

En el escrito de Dal Ri, por el contrario, domina la perspectiva interestatal: la política de naturalización forzosa puesta en marcha por el Estado brasileño tiene como efecto sobre todo la reacción de los Estados de origen, temerosos de ver desvanecerse el único vínculo formal que todavía los ligaba a los nuevos habitantes de Brasil, el ligamen de ciudadanía. El «efecto de retroacción» consiste así en una oposición del Estado de origen frente a la perspectiva de perder sus propias prerrogativas soberanas sobre sus antiguos súbditos. No

3 Véase el número monográfico dedicado a *L'Europa e gli altri. Il diritto coloniale tra Otto e Novecento*, de la revista «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33/34, 2004/2005.

4 Pietro Costa, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuocolonialistica italiana*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33/34, 2004/2005, pp. 169-257.

es sin embargo el único movimiento inverso que emerge del escrito de Dal Ri. Está también el del extranjero indeseado expulsado por efecto de las leyes de seguridad nacional del *Estado novo* brasileño. También aquí entra en juego el factor de la ciudadanía. En este caso, sin embargo, la ciudadanía – o mejor, la ausencia de ciudadanía – es el instrumento utilizado por el Estado de destino para ejercer un control sobre la población emigrante, permitiéndole expulsar – el viaje inverso – a quien el Estado nuevo identificaba como un peligro en potencia.

El binomio acción-reacción está presente desde el mismo título en el escrito de Zapatero Miguel. El acontecimiento de los procesos penales abiertos en España a los responsables del genocidio y de los graves crímenes contra la humanidad cometidos en Guatemala es representativa del tipo de dinámica que la evolución del derecho internacional penal, en concreto a través de la noción de jurisdicción penal universal, es capaz de provocar. Crímenes cometidos en un país de América central son perseguidos y juzgados por un juez de otro Estado, facilitando en el país de origen la reapertura de episodios judiciales que parecían cerrados. En palabras de Zapatero Miguel: «acciones y reacciones legales de múltiples actores que actúan en paralelo en múltiples jurisdicciones, foros y niveles respecto a unos hechos». Una dinámica que puede introducir procesos virtuosos, destinados a promover la lucha contra la impunidad así como la pacificación nacional, pero que a veces provoca reacciones negativas, rigideces, rechazos, si no acciones de pura imagen.

El «efecto de retroacción», el movimiento inverso no cierra el ciclo. El péndulo continúa oscilando y con el paso del tiempo otras fuerzas se unen a las precedentes. Hace casi dos siglos, las leyes victorianas que criminalizaban los actos homosexuales fueron aplicadas por el Reino Unido en todas sus colonias. Hoy estas leyes continúan estando vigentes en los Estados que han surgido de las antiguas colonias pero su existencia está amenazada por un movimiento que primero se difundió en el Reino Unido y los Estados europeos para después extenderse a nivel global, sobre todo a través de importantes decisiones de jueces nacionales e internacionales. Esta vez el contenido de la norma es de signo opuesto y el resultado del proceso no es predecible. Sin embargo, el movimiento parece repetirse. En ciertos aspectos la dirección parece la misma. La circulación del derecho y de los derechos, junto a la de las personas, no conoce descanso.

5. Un replanteamiento de la terminología para una nueva aproximación hermenéutica

Todo lo que hemos observado, a pesar de sus limitaciones, muestra la necesidad de un cambio del punto de vista cuando se afrontan estos temas. Es necesario abordar un replanteamiento crítico de la terminología y de las categorías hermenéuticas que usamos para razonar sobre el movimiento del derecho⁵. “Importación”, “recepción”, “trasplante”, “aculturación”, por mencionar algunas palabras empleadas usualmente, nos parecen insuficientes para describir estos fenómenos.

Ellas no tienen en cuenta del proceso de alteración que la dislocación del derecho implica como tampoco consideran el dato de su retroacción. Es más, descansan sobre una equívoca precomprensión al reenviar a una idea del derecho sin espacialidad y dogmáticamente neutro; en el momento en que consideramos el problema en una perspectiva global, esto determina la asunción de un punto de vista eurocéntrico con efectos distorsionantes⁶.

En esta sede solo hemos probado a imaginar un léxico distinto cuando hemos hablado de *apropiación*, *composición*, *espacialización*, *localización*, *retroacción*, pero la tarea de replanteamiento que este libro reclama necesita de muchos más estudios de campo, considerando las variables situaciones a las que el derecho en movimiento reenvía.

Se trata de un itinerario complejo y en absoluto fácil; lleva consigo la con-

5 En este sentido, véanse Thomas Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014 (disponible también en formato digital en <http://global.rg.mpg.de>); Paulius Jurčys, Poul F. Kjaer, Ren Yatsunami (eds.), *Regulatory Hybridisation in the Transnational Sphere*, Boston, Leiden, 2013; Marc Amstutz, *Métissage: On the Form of Law in World Society*, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 112, 2013, pp. 336–360; Ulrich Sieber, *Legal Order in a Global World – The Development of a Fragmented System of National, International, and Private Norms*, en Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, 2010, 14, pp. 1–49.

6 Para una visión crítica, véanse Bartolomé Clavero, *Freedoms Law and Indigenous Rights*, Berkley, Calif, 2005; Pietro Costa, *Reading Postcolonial Studies: Some Tentative Suggestions for Legal History*, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 35, 2013, pp. 272–282; António Manuel Hespanha, *Uncommon laws. Laws in the Extreme Peripheries of an Early Modern Empire*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 130, 2013, pp. 180–194; Thomas Duve, *Entanglements in Legal History – Concepts, Methods, Challenges*, in Thomas Duve (ed.), *Entanglements in Legal History*, cit., pp. 29–66.

secuencia, necesariamente controvertida, de emanciparnos del conjunto autorreferencial de conceptos con los que solemos mirar el derecho. Aquí se presenta un problema posterior, un nuevo problema de teoría general, que en esta sede no podemos afrontar. Podemos observar solo que este nos parece un camino en el cual la ciencia jurídica, si quiere abrirse a la fase histórica en marcha, está destinada a aventurarse.

María Julia Solla Sastre

El gobierno de la especialidad.

Personas y cuerpos en movimiento entre España y Ultramar (1850-1885)

La Época, Madrid, domingo 22 de septiembre de 1849¹. El 18 llegó al puerto de Cádiz el vapor *Caledonia*, uno de los que el Gobierno español ha comprado en Inglaterra para el servicio de correos de las Antillas. Pocos momentos después de su llegada se trasladó al Arsenal de la Carraca. Su porte es de mil doscientas toneladas y su fuerza de máquina de cuatrocientos cuarenta caballos; está construido con la mayor solidez y se halla en el mejor estado, según reconocimiento escrupuloso tanto de su casco como de su máquina practicado en Liverpool por peritos de primer orden.

La Ilustración, Madrid, sábado 12 de octubre de 1850². Ha salido ya con dirección a Cádiz el general D. José de la Concha, nombrado Gobernador y Capitán General de la Isla de Cuba, el cual debe embarcarse en

1 N. 479.

2 N. 41.

aquella plaza en el vapor *Caledonia* del 15 al 20 del mes.

El Áncora, Barcelona, jueves 10 de octubre de 1850³. Le acompaña en este viaje su esposa. Le acompañan, además de sus ayudantes de campo, los comandantes de Gabriel y Encina y su secretario particular, el Sr. D. Mauricio López Roberts.

Parte oficial de vigía, Cádiz, 16 de octubre de 1850⁴. Vapores Correos Transatlánticos. El paquete de vapor de S.M.C. *Caledonia* recogerá la correspondencia pública y de oficio para Canarias, Puerto Rico y La Habana de la Administra-

3 N. 283.

4 Biblioteca de Temas Gaditanos, *apud* Francisco Piniella Corbacho, *La introducción del vapor en el sistema colonial español de comunicaciones marítimas, 1848-1850*, en «Trocadero», nn. 6-7, 1995, pp. 311-326, cita en p. 321.

ción de Correos el 15 del corriente, a las doce en punto de la mañana. Nota. - Por este primer viaje no admite carga ni pasajeros.

La Época, Madrid, martes 22 de octubre de 1850⁵. Es imposible formarse una idea de la elegancia con que está dispuesto el vapor *Caledonia*: en la popa se encuentran veintiocho camarotes magníficamente puestos, con dos camas cada uno, excepto el del general y jefe de caballería, que se componen de cuatro. En una palabra, hay tanto lujo como en la mejor fonda de Madrid: el comedor, que se halla sobre cubierta, contiene dos mesas, a cada una de las cuales pueden sentarse sesenta oficiales. A los lados se encuentran colocadas con elegancia y simetría hermosas arandelas con vasos de colores, que forman muy bonito efecto. Las tropas que deben embarcarse en este buque son

5 N. 504.

las siguientes: cuatro baterías de artillería, una compañía de ingenieros, otra del regimiento infantería de Bailén, medio escuadrón del de caballería del Rey, y parte de la oficialidad del de la Reina, contando además varios otros jefes que van a las órdenes del general Concha.

*Cuba desde 1850 a 1873. Colección de informes*⁶. El General Concha, después de haberse provisto en la Dirección de Ultramar y en las dependencias de los ministerios de todas aquellas noticias y antecedentes que pudieran servirle para el mejor desempeño de la alta misión que le había sido encomendada, se embarcó para la isla de Cuba, llegando a la ciudad de la Habana el día 10 de noviembre. Verificado el acto de su desembarque con las formalidades de Ordenan-

6 Carlos Sedano y Cruzat, *Cuba desde 1850 a 1873. Colección de informes, memorias, proyectos y antecedentes sobre el gobierno de la isla de Cuba relativos al citado periodo y un apéndice con las conferencias de la Junta informativa de Ultramar celebradas en esta capital en los años de 1866 y 1867*, Madrid, Imprenta Nacional, 1873, p. 10.

zas y las demás que están prevenidas en las leyes de aquellos dominios, después de prestar el juramento de pleito homenaje en manos de su antecesor, dio de ello cuenta al Gobierno de D^a Isabel de Borbón, manifestándole que había encontrado al país en su estado habitual de tranquilidad. Pero la tranquilidad a que se refería el general Concha era más aparente que real.

*Memoria del General Concha sobre la Isla de Cuba remitida al Ministro de la Gobernación en 21 de diciembre de 1850*⁷. Duéleme, Excmo. Señor, verme en la penosa precisión de manifestar al Gobierno de S. M. tan amargas verdades; pero ante los deberes que me impone la autoridad con que me hallo revestido, cede toda otra consideración, tanto más cuanto tengo la seguridad de que esta franqueza leal cumple a su ilustración y a la firme resolución en que se halla de procurar el bien de estos habitantes, y conservar a toda costa el país para la Madre Patria, lo cual no podría quizá verificarse si no tuviese un conocimiento exacto y cual corresponde de su verdadera situación.

7 *Apud* Sedano y Cruzat, *Cuba desde 1850*, cit., p. 18.

El vergonzoso sistema de las obvenciones y regalías que ha regido en general la Administración pública es lo que ha provocado, en mi opinión, más que nada en sus funcionarios ese deseo inmoderado y codicioso, siendo pocos los que se contentan con las utilidades que tuvieron sus antecesores, cuando en su mano está comúnmente el acrecentarlas, no sin nuevos abusos y vejaciones al país. Esto produce en el país una indignación que es fácil presentir por lo que se siente en todos los corazones españoles, que se duelen ver de este modo atacado el prestigio de aquellos a quienes el Gobierno confía la gobernación del país y en quienes debería resplandecer para buen ejemplo el desinterés, la probidad y el deseo del bien público. La institución de la Justicia es la verdadera garantía de las sociedades y si los encargados de ejercerla no llenan debidamente su augusta misión, como ha sucedido frecuentemente en esta Isla, no es de extrañarse por cierto que sus habitantes se hayan ensañado de la manera que lo están contra su legítimo Gobierno, que no hace desaparecer de entre ellos tan funesta calamidad, capaz por sí sola de trastornar o conmovier el país.

1. “...*Se ha establecido una línea de vapores entre la Península y las islas de Cuba y Puerto Rico que haga más frecuente y directas las comunicaciones y estreche los lazos que unen a los españoles de ambos hemisferios...*”⁸

Con el Caledonia no sólo atracaba por primera vez en La Habana un vapor adquirido por el Gobierno español para hacer directamente desde España, y no ya desde Inglaterra, la ruta a las Antillas, sino que de él desembarcaba, acompañando al nuevo Capitán General, a su esposa, a sus ayudantes de campo y a su secretario particular, la idea de una nueva organización *administrativa* de las islas. 1850 se clausuraría con la inauguración del nuevo correo marítimo por vapor y daría paso a un nuevo año en el que acontecerían unos cambios que marcarían definitivamente el gobierno de las islas hasta su pérdida en 1898⁹.

El escenario colonial en el que se asentarían estas reformas de mediados de siglo ya había dado muestras de transformación en los años precedentes, revelando una clara tendencia a acrecentar las facultades del Gobernador Capitán General¹⁰. Efectivamente, el Caribe español de la década de los cuarenta había presenciado con inquietud expediciones piratas, sediciones intestinas y, en 1844, la independencia de Santo Domingo. Frente a todas estas alteraciones internas y externas, leídas como provocaciones a la estabilidad insular, no era difícil de imaginar la tentación de fortalecer las facultades de una auto-

8 *Apud* Miguel Rodríguez Ferrer, *Del discurso de la Corona en la parte que se refiere a nuestras provincias de Ultramar*, en «Revista de España y sus Provincias de Ultramar» (en adelante REPU), tomo I, 1851, vol. 1, pp. 341-346, cita en p. 343.

9 A estos efectos, Miguel Blanco Herrero, *Política de España en Ultramar*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1888.

10 A pesar de la clara oposición de algunos autores, que insistían en la inconveniencia de gobernar Ultramar con autoridades militares, lo que sólo había generado una ocupación perjudicial y costosa que había acabado desembocado en una “dictadura militar” (Félix de Bona, *Cuba, Santo Domingo y Puerto-Rico. Historia y estado actual de Santo Domingo, su reincorporación y ventajas o inconvenientes según se adopte o no una política liberal para su gobierno, para el de las demás Antillas y para nuestras relaciones internacionales. Estado actual político y económico de Cuba y Puerto-Rico. Urgente necesidad y conveniencia de liberalizar su administración. Observaciones á la doctrina emitida en el Senado sobre política ultramarina y población de Cuba por los generales duque de Tetuán y marqués de la Habana en su contestación al marqués de O’ Gavan. Con un apéndice en que se insertan el discurso en el Senado de dicho marqués de O’ Gavan y el del Lord Russell en 1850, ambos sobre reforma de la política ultramarina*, Madrid, Impr. de M. Galiano, 1861, p. 40).

ridad militar que lograra reprimir, afianzar y mantener aquel orden que permitía la continuamente exaltada prosperidad económica de la isla de Cuba¹¹.

La llamada *administrativización*, sin embargo, tenía que ver antes con una estrategia de *desjudicialización* de las decisiones de gobierno que con un proceso de *centralización* efectiva del poder y una adopción jerárquica y unidireccional de medidas gubernativas por parte de una única autoridad. En ese sentido, lejos de crearse una maquinaria jerárquica y centralizada de ejecución de los planes de la metrópoli, el fortalecimiento de los poderes del gobernador se realizaba por adhesión de facultades, agregando atribuciones que con anterioridad pertenecían a otros órganos y autoridades. La centralización como procedimiento se diluía en la acumulación de competencias en la persona del gobernador y los nuevos órganos que presidiría¹².

El gobernador desembarcaba, pues, en un escenario que se prestaba a las reformas y que reclamaba constantes mejoras en la *administración* isleña, pero no en un nuevo contexto constitucional que las amparara. Ciertamente, si algo llamaba la atención de las medidas *administrativas* que se adoptarían es que nada en el marco legal-constitucional de la isla ni del resto de las posesiones ultramarinas había cambiado a mediados de siglo. Desde que las constituyentes expulsaron de la cámara en sesión secreta de 16 de enero de 1837 a los tres representantes ultramarinos tras los disturbios en la parte oriental de Cuba¹³, las provincias de Ultramar quedaron excluidas de la Constitución

11 Así, Miguel Rodríguez Ferrer, *Estudios coloniales. Artículo III*, en «Revista de España», tomo XVIII, Madrid, 1871, p. 256. En el mismo sentido, se reitera la idea en *Id.*, *De mis ideas antes y después de haber visitado la gran Isla de Cuba*, en «Revista de España», tomo XVII, 1870, pp. 509-531, esp. p. 512 (que constituye una reproducción de *Id.*, *Grandeza de la Isla de Cuba y necesidad de que ya sea tan conocida en su organización social y su orden moral e interior, como es ponderada de continuo por su riqueza mercantil. Artículo I*, en «REPU», tomo I, 1851, vol. 1, pp. 400-414). Asimismo, José de Ahumada y Centurión, *Ideas y proyectos sobre el régimen de las Antillas. III. Las corporaciones*, en «Revista de España», vol. 7, 1868, pp. 494-521, esp. p. 504. A juicio de Mariano Torrente (*Bosquejo económico-político de la Isla de Cuba, comprensivo de varios proyectos de prudentes y saludables mejoras que pueden introducirse en su gobierno y administración*, tomo I, Madrid, Imprenta de D. Manuel Pita, 1852, p. 110), sólo cuando los acontecimientos permitieron cierta estabilidad se abrió un escenario posible para las reformas administrativas.

12 Sobre la articulación jurídica de las crecientes facultades del gobernador, *vid.* Paz Alonso Romero, *Cuba en la España liberal (1837-1898)*, Madrid, CEPC, 2002.

13 José de Ahumada y Centurión, *Antecedentes de la situación política en Cuba*, en «Revista de España», tomo V (1er año), nº 17, 1868, pp. 29-55, p. 41; *Id.*, *Ideas y proyectos*, *cit.*, p. 503.

formal que regía en la Península y se vieron constreñidas a regirse por unas supuestas *leyes especiales* que en 1850 todavía no existían.

Los intentos de dotar a Ultramar de aquella legislación especial no se habían hecho, sin embargo, esperar. A partir de 1837 el XIX español se pobló de comisiones ministeriales y parlamentarias constituidas con aquel objeto. Sin ir más lejos, cuando José Gutiérrez de la Concha llegó a las islas, dejó reunida en la Península una “Junta revisora de las Leyes de Indias”. Porque en efecto, el concepto de especialidad había abierto la puerta a numerosas interpretaciones. Se encontraban por un lado planteamientos que sostenían la necesidad de elaborar, en el nuevo marco extraconstitucional que 1837 había establecido y que repetirían todas las constituciones posteriores, unas nuevas leyes que atendieran a aquella especialidad; por otro lado, no faltaban quienes sostenían que la legislación especial por antonomasia era justamente la “justa, salvadora y sabia” Recopilación de las Leyes de Indias¹⁴, paradigma de una expansión colonial tan “humanitaria” que bastaban para colmar por sí mismas todo el espacio de la pretendida legislación especial ultramarina¹⁵.

Una cosa sí parecía indiscutible: la conciencia a ambos lados del océano de esa especialidad. Pero la materialización de esa evidencia resultaba tan ma-

14 “Por estas leyes, llamadas de Indias, tenían lugar de un modo irremisible las santas formas de la justicia, tan salvadoras para el súbdito como para el mandante, y a su abrigo se sostuvieron de un modo igual y legal, mientras se observaron, los respectivos deberes y derechos de ambos, hasta el tiempo de su independencia en los dominios del continente americano [...]. Su recopilación, sin ser cuerpo de doctrina a que la época no alcanzaba, fue un verdadero sistema de gobierno y sus provisiones, reales cédulas y ordenanzas reunidas formaron como un código judicial y administrativo cuyo conjunto fue la ley sabia que defendió por tres siglos el prestigio del mandante y sus deberes, sin olvidar jamás como hoy los derechos del súbdito ni ahogar como al presente sus clamores, faltos del conducto legal que aquellos le consagraron expresamente para revelarlos” (Miguel Rodríguez Ferrer, *Estudios coloniales. Artículo I: De las colonias en general y del gran porvenir que podría alcanzar la Nación española. Con las varias que aún posee en las diversas partes del globo*, en «Revista de España», tomo XVII, n° 66, 1851, pp. 247-285, cita en pp. 253-254).

15 Tanto el carácter paternal de la legislación indiana (intervención del diputado Núñez, Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, sesión de 12 de abril de 1837, p. 2695) como su humanitarismo (Joaquín Maldonado Macanaz, *Principios generales del arte de la colonización*, Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1875, 2ª ed., p. 205) fueron repetidamente señalados como modelo de colonización a lo largo del Ocho-cientos. En relación con *La suerte de la Recopilación de 1680 en la España del siglo XIX*, vid. Marta Lorente Sariñena, en *Id., La nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, UAM ediciones, 2010, pp. 217-260.

leable que servía para modular tanto los intereses del Gobierno metropolitano como los de las autoridades de las colonias. Por parte de la Península, por ejemplo, el argumento de la especialidad eximía de encuadrar en un marco constitucional a las provincias de Ultramar, lo cual implicaba que no había que aplicarles las reformas que afectaban a la Península ni era necesario justificar medidas excepcionales sobre unas islas que vivían en un permanente régimen de excepcionalidad. Del mismo modo, excluidas las posesiones ultramarinas de toda representación en las cámaras, las medidas que se adoptaran para aquellos territorios no tenían que ser decididas en un parlamento, sino que bastaba una decisión gubernamental para adoptarlas¹⁶.

Pero la especialidad jugaba en favor, asimismo, de las autoridades de las islas. Sin ir más lejos, la propia Real orden de 23 de abril de 1837, que comunicaba que los dominios de Ultramar habrían de regirse en adelante por leyes especiales, incorporaba unas “prevenciones para el buen gobierno y tranquilidad del país”¹⁷, entre las que se encontraba una que estipulaba que, mientras no se elaboraran dichas leyes, las autoridades superiores de las islas podían proponer o dictar, cada una en el territorio o provincia de su mando, las medidas que les parecieran convenientes¹⁸. Junto a ello se daba el hecho de que de ellas dependía la circulación de las disposiciones que el Gobierno central enviaba con el expreso objeto de que tuviesen ejecución y cumplimiento en las colonias. En efecto, como explicaba José M^a Zamora y Coronado en la *Biblioteca* de referencia que había precedido a la obra de Sedano y Cruzat, las leyes y reales órdenes se comunicaban a los gobernadores civiles de Ultramar y ellos las publicaban y circulaban, avisándolo al supremo Gobierno¹⁹. Pero

16 Según la percepción más extendida, como la representada por Torrente, *Bosquejo económico-político*, op. cit., p. 271. En 1865 se plantearía la elección de comisionados para que informaran acerca de los proyectos de leyes para Ultramar que hubieran de pasar a las Cortes; aquellas decisiones se preveía que fueran adoptadas por ley, pero sin ser el resultado de una representación política ultramarina en la cámara, algo que es criticado en *Las reformas en las provincias españolas de Ultramar. Estudio político*, Madrid, Imprenta de La Reforma, 1866.

17 En J. Rodríguez Sampedro, *Diccionario de la legislación ultramarina concordada y anotada*, Madrid, 1965, tomo I, pp. 1-2.

18 Previsión 3^a del Decreto. En el sentido de esta interpretación, Blanco Herrero, *Política de España*, op. cit., p. 358.

19 José M^a Zamora y Coronado, *Biblioteca de legislación ultramarina en forma de diccionario alfabético*, tomo V, Madrid, Imprenta de J. Martín Alegría, 1846, s.v. “Publicación de leyes y provisiones”.

este mecanismo de circulación de las normas acababa situando a la autoridad gubernativa de las islas por encima de la del Gobierno peninsular, puesto que al parecer “los jefes superiores se habían acostumbrado a no dar curso a la avalancha de reales órdenes y reales decretos de la Península, porque no atendían a sus circunstancias particulares²⁰; pero también ignoraban las que afectaban a esos territorios”²¹.

El concepto de “especialidad”, pues, tenía mucha más entidad y dimensiones que la de atender la legislación a ciertas peculiaridades insulares o exotismos filipinos o caribeños. Se trataba de un extremo con un valor constituyente y constitucional. La especialidad excluía a las islas de la Constitución formal que regía en la Península, porque evidenciaba el mantenimiento de una constelación de constituciones naturales ya existentes que describían la idiosincrasia natural del territorio, de sus gentes y de su orden político y social, que era algo tan natural como su geografía. La Constitución formal no abarcaba toda una especialidad que, convenientemente, constituía el sustento material de aquellos territorios²².

Así pues, la naturaleza, también política, se convertía en un primer momento en constituyente; pero, a su vez, tenía una inmensa trascendencia constitucional ulterior, porque cualquier modificación de cualquier índole debía respetar y, por tanto, no conmocionar, las bases de aquel orden que – desde el discurso de la especialidad – la naturaleza había estipulado y que las leyes no hacían más que reflejar. La interesada conciencia a una y otra orilla del océano de la existencia de tal patrimonio constitucional percibía

20 A pesar de que, en opinión de De Bona (*Cuba, Santo Domingo, Puerto Rico, cit.*, p. 65), ni el Capitán General ni el resto de autoridades peninsulares, podían conocer fácilmente la constitución social, las necesidades y las costumbres de los pueblos cuya gobernación se les encomendaba, unido al hecho de que no perduraban tanto en el mando como para tener tiempo de estudiarlas y comprenderlas. El riesgo era el de sujetar su conducta no a las – desconocidas – pautas marcadas por las costumbres del contexto, sino “a las reglas que les dictaran sus costumbres militares”.

21 Miguel Rodríguez Ferrer, *Artículo IV. Continúan las condiciones que han de guardar las colonias con sus metrópolis para su mejor correspondencia y su más durable unión*, en «Revista de España y sus Provincias de Ultramar», t. I, 1851, pp. 215-226, pp. 218-219.

22 M^a Julia Solla Sastre, *Cuando las provincias de allende los mares sean llamadas por la Constitución* (acerca del estatus constitucional de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, 1837-1898), en «Journal of constitutional history/Giornale di storia costituzionale», 25 / I, 2013, pp. 61-78.

las nuevas disposiciones como instrumentos incapaces de dismantelar dicho bagaje permanente de cuyo sostenimiento dependía, como si de su orografía se tratara, la existencia misma de las islas en tanto parte del Estado colonial.

El particular régimen jurídico de las posesiones de Ultramar, pues, las mantenía alejadas de cualquier reforma adoptada para la Península. La especialidad actuaba como un malecón que bloqueaba toda corriente de legislación entre la Península y las islas que ni siquiera el Caledonia podía sortear. En aras de la especialidad, el Gobierno metropolitano no expandía su Derecho a sus posesiones ultramarinas; en aras de la misma especialidad, no se asumía como aplicable en las colonias el Derecho emanado de la metrópoli. El resultado era la conservación del Derecho tradicional en las islas, que reflejando la supuesta idiosincrasia de un orden natural, soportaba un equilibrio político y social que seguía encontrando en las Leyes de Indias su máxima expresión²³. Así pues, en 1850, cuando el nuevo gobernador pisó la isla,

“las leyes de Indias, inaplicables a Cuba en casi su totalidad, pues apenas la mencionan; las Ordenanzas municipales de 1554; la Sínodo diocesana de 1660; el alcabatorio de Piniillos y el bando de policía del general Valdés en 1842 eran los únicos códigos que regían en el gobierno y en la administración de la Isla de Cuba, sus únicos tesoros administrativos, eclesiásticos y económicos; y todo el régimen político, un centón de casos locales de ahora dos siglos, un arancel de alcabalas y un tomo de preceptos de policía de la Habana”²⁴.

Todo este bagaje normativo del que daba cuenta Sedano y Cruzat – y que arrastraba consigo instituciones, autoridades, categorías y comprensiones – no parecía el más conveniente para instaurar un nuevo concepto del gobierno y de la administración del territorio que parecía llegar en el propio equipaje del gobernador; un gobernador enviado por un Estado que en 1845 había elaborado una nueva Constitución, una división provincial, un Consejo en cada provincia con competencias administrativas al mando del cual estaba un gobernador civil, un Consejo Real al que podían recurrirse las decisiones de la administración provincial. Pero ninguna de estas medidas se había trasladado a las islas, por más que en teoría de *provincias*, si bien transoceánicas, se tratara²⁵.

23 Lorente, *La suerte de la Recopilación*, cit.

24 Sedano y Cruzat, *Cuba desde 1850*, op. cit., p. 8.

25 Javier Alvarado Planas, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar. La supervivencia del Antiguo Régimen en la España del XIX*, Madrid, CEPC, 2001, pp. 81-88.

Cualquier norma recién llegada en el vapor con nuevas medidas sólo podía cobrar sentido y operatividad imbricándose en aquel sólido entramado legal, que lo era constitucional, en el que se traducían normativamente la especialidad. Pero sostener todo ese legado llevaba consigo, a su vez, la necesidad de mantener a las autoridades que estaban en posición de leerlo, de manejarlo y de trasplantar en él los nuevos estratos de legislación que iban llegando desde la Península. Hacían falta, pues, hombres. Pero también hacían falta aparatos, lo más especializados posibles, para interpretar aquel orden existente, para desentrañar cuanto de particular albergaba en su seno, para materializarlo en decisiones y para ir formulando en términos jurídicos el contenido de su supuesta especialidad.

De este modo, si bien el argumento de la *especialidad* parecía bloquear toda posibilidad de comunicación, el hecho es que el orden jurídico circulaba, y la transferencia de ese universo jurídico de categorías se abría paso por dos vías que circunvalaban aquel cortocircuito: por un lado, por una red de hombres revestidos de cualidades insertos en determinadas instituciones y, por otro, por algunas instituciones apoyadas en las calidades de los hombres que las componían. Pues bien, de eso pretendo hablar en las páginas que siguen: de las vías a través de las cuales se estableció una comunicación aparentemente perdida y se hizo posible la circulación del Derecho en un mundo en el que el orden jurídico se mantenía por prácticas y saberes; en un mundo en el que el orden jurídico cambiaba a través de los saberes y de las prácticas.

2. “...*La conciencia del gobierno, formada por la observancia de los hechos sociales y por la provechosa enseñanza de la historia, juzga oportuno el planteamiento de determinadas reformas que han de contribuir eficazmente a la ordenada y fecunda gestión de los negocios públicos...*”²⁶

Desde 1838, tras sucederse en 1837 la expulsión de los tres representantes ultramarinos en Cortes y la declaración de que las islas serían gobernadas por medio de una legislación especial, comenzó la formación de comisiones para

²⁶ Reales decretos de 4 de julio de 1861, en *Consejo de Administración de la Isla de Cuba, su organización, atribuciones y modo de proceder en los negocios contencioso-administrativos y en las competencias de jurisdicción o atribuciones entre autoridades judiciales y administrativas*, Habana, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, 1861, p. 4.

la materialización de dichas “leyes especiales”. Al parecer ya en 1838 se reunía en la Habana una comisión para informar de las leyes a la primera de las Juntas consultivas de Ultramar²⁷. Pero no sería hasta 1840 cuando, a propósito de la creación de la “Junta revisora de las Leyes de Indias”, comenzaría a plantearse, junto con la recuperación de la “especialidad normativa indiana” una reestructuración institucional completa del gobierno colonial. Los planes de aquella Junta revisora eran tan ambiciosos como extemporáneos: al proyecto de constituir un Ministerio Universal de Indias, le acompañó la malograda pretensión de transformar la capitanía general de Cuba nada menos que en virreinato²⁸.

En todo caso, con independencia de la envergadura o imposibilidad de los proyectos, el hecho fue que en esas fechas se reabrió el debate sobre la manera de dotar de un cuerpo institucional a aquella “especialidad” insular.

2.1. Del recuerdo de la grandeza del Consejo de Indias a la pequeña realidad de la Dirección General de Ultramar: en busca de un “órgano colegiado con quien consultar”

En el contexto de este debate, dos propuestas se alzaban con peso: la activa – y antigua – reivindicación, impulsada por la opinión pública, de que se creara un Ministerio especializado en los asuntos ultramarinos, pero también la idea de que se (re)creara el Consejo de Indias.

El anhelo de restaurar el antiguo Consejo se fundaba en la necesidad de concentrar en un único órgano centralizado, uniforme y especializado todos los asuntos relacionados con “la vigilancia, la conservación y el fomento” de las posesiones ultramarinas. “La cuestión política y [la administración de justicia] – decía en 1845 Ignacio de Ramón Carbonell – reclaman como de imperiosa urgencia la creación de un cuerpo conservador en su esencia encargado exclusivamente del cuidado y buen gobierno de nuestras provincias ultramarinas, medio seguro de la conservación y felicidad que siempre estriba en la buena administración de justicia”. Este “cuerpo conservador con ésta u otra denominación”, cuya creación era de “absoluta necesidad” según Carbonell,

²⁷ Acerca de la constitución de las distintas comisiones consultivas, véase Isabel Martínez Navas, *El gobierno de las Islas de Ultramar. Consejos, juntas y comisiones consultivas en el siglo XIX*, Madrid, Universidad de La Rioja/Dykinson, 2007.

²⁸ *Apud* Javier Alvarado Planas, *La Administración Colonial española en el siglo XIX*, Madrid, CEPC, 2013, pp. 147-170.

debía tratarse de un verdadero “consejo colonial”, de un órgano colegiado que reuniera en su seno las atribuciones de justicia y de gobierno que desde 1834 estaban divididas entre la sala de Ultramar del Consejo Real y el Tribunal Supremo. Ahí radicaba, en efecto, la principal reivindicación colectiva de los colonos: en la creación de un cuerpo que concentrara y uniformara el tratamiento de todos los asuntos concernientes al gobierno de las colonias:

“Conviene mucho que este consejo supremo de Indias como consejo consultivo y como tribunal de justicia lo sea en todo lo concerniente a Ultramar así en la parte civil como en la judicial y en la administrativa, reasumiendo en él las atribuciones que deben estar unidas y hoy se hallan dispersas y agregadas a diversas corporaciones que tienen un objeto especial o acaso inconexo; y respecto de algunas no tiene el gobierno con quién consultarlas, teniendo que valerse de informes privados de personas que por muy respetables que sean no tienen comúnmente los datos necesarios, suponiéndolas libres de parcialidad”²⁹.

En efecto, si el modo habitual de adopción de medidas generales de gobierno era a través de la consulta, mucho más para Ultramar, donde la conjunción de los factores de la distancia y de la peculiaridad hacía imprescindible consultar, puesto que el mayor conocimiento de esa distante especialidad garantizaba el mayor acierto de las medidas gubernativas³⁰. Precisamente esa dinámica de consulta tan marcada a lo largo del siglo XIX y tan patente en todo lo relacionado con Ultramar³¹, constituía un canal de circulación en la formación de las normas, en tanto en cuanto la opinión de los expertos estaba en la base de las disposiciones que después habrían de adoptarse para el gobierno de las colonias.

La reivindicación de un órgano consultivo (lo que no tenía que ver con una función meramente “consultiva”, sino que implicaba congregarse las facultades de gobierno y de justicia) daba cuenta de determinados elementos que se tenían en mente para la gestión institucional de la especialidad ultramarina: ésta tenía que ser “gobernada” por una corporación, esto es, por un órgano colegiado integrado, a su vez, por miembros ilustrados en dichas cuestiones.

29 Ignacio De Ramón Carbonell, *Observaciones sobre la administración de justicia en la Isla de Cuba. Artículo I*, en «Revista de España, de Indias y del Extranjero», tomo I, 1845, Madrid, pp. 439-472, p. 449.

30 En ese sentido, M^a Julia Solla Sastre, *Reconsiderando el valor de los fondos de Ultramar del Consejo de Estado español para una historia del Derecho indiano (1845-1898)*, en «Revista de Indias», vol. LXXIV, núm. 260, 2014, pp. 309-326.

31 El ya mencionado estudio de Martínez Navas (*El gobierno de las islas, op. cit.*) habla por sí solo.

Ciertamente, si el éxito de las medidas adoptadas que estaban en la base de las decisiones normativas dependía del criterio de los hombres que las proponían, no podían dejar de ser determinantes las “luces” que se atribuyeran a aquellos que formaban parte de las comisiones, resultado de un diestro, sólido y autorizado conocimiento de la “especialidad” de las islas.

“Esta institución – sentenciaba Miguel Rodríguez Ferrer³² – no podría llenar sus fines altísimos si su personal no era compuesto de personas de allí, de otras notables en esta corte por su posición o servicios y por otras que hubieran estado oficialmente en semejantes dominios. De este modo, unas y otras traerían al acervo común de su ilustración, las dotes de la independencia y el caudal inapreciable de su práctica y conocimiento. De lo contrario, son innumerables las faltas que cometen por desconocer estas prendas hombres que no han estado allí o que no tienen noticia de la administración tradicional que a estos pueblos rige, y así es que se expiden órdenes que están ya unas veces en contra de sus intereses particulares hijos de su organización y su especial riqueza, ya otras en contra de sus hábitos y de sus inclinaciones propias”.

Pues bien, ninguna de las propuestas anteriores se adoptó, pero la idea de que era necesario un órgano colegiado y especializado que centralizara los asuntos ultramarinos para el gobierno de las colonias persistía. En 1851, el año de la segunda salida del Caledonia, que había partido de Cádiz rumbo a las Canarias para llegar a la Habana desde Puerto Rico, se articuló un órgano que en términos generales, a pesar de las críticas recibidas con motivo de su falta de completitud, tuvo una buena acogida: la Dirección General de Ultramar, que venía a suprimir la Junta revisora de las leyes de Indias, así como la sección de Ultramar del Consejo Real. La Dirección dependía del presidente del Consejo de Ministros y el objetivo de esa estructura era que se despacharan por parte de la presidencia todos los negocios concernientes a las posesiones ultramarinas³³; si bien ese “todos” comprendía los asuntos de “justicia”, “gobernación” y “fomento”, pero excluía otros absolutamente esenciales en unas islas que además se regían militarmente: guerra y marina. Poco tiempo después, sin embargo, por Real decreto de 26 de enero de 1853, con la intención de “concentrar en la Presidencia todas las atribuciones que sin menoscabar la unidad del servicio pudieran segregarse de las demás

32 Rodríguez Ferrer, *Artículo IV*, cit., p. 225.

33 Art. 1º del Real decreto de 30 de septiembre de 1851, en Félix Erenchun, *Anales de la isla de Cuba. Diccionario administrativo, estadístico y legislativo. Año de 1855*, Habana, Imprenta La Antilla, 1861, s. v. “Ultramar” (parte legislativa).

secretarías”³⁴, se incorporaba el negociado de Hacienda a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Parecería, así, que finalmente se concentraban en unas únicas manos las atribuciones concernientes al mismo territorio. Sin embargo, algunos de sus detractores, como Félix Erenchun, veían que aquella centralización únicamente se manifestaba en “ser un centro único y exclusivo de la correspondencia con las autoridades de aquellas posesiones, aun en los asuntos que por su especialidad se reservaban a otros ministerios”³⁵; declaración que venía avalada por las previsiones del decreto de constitución del órgano, que disponía que las autoridades ultramarinas pudieran promover por conducto de sus gobernadores capitanes generales las medidas y disposiciones generales que creyesen convenir al interés público y a la mejora de la administración.

La Dirección consistía, en efecto, mucho antes en un conducto de comunicación que en una unidad promotora o siquiera ejecutora de medidas de gobierno³⁶. En definitiva, la nueva Dirección constituía una “corporación ilustrada” compuesta por hombres experimentados, que reproducía el criterio que establecía que, “sin larga experiencia adquirida en el servicio ultramarino, sin estudios especiales practicados en el terreno mismo de las provincias de cuyo gobierno tratamos, mal se podrá adquirir el tino, el acierto, la madurez que esos graves negocios demandan, en mayor escala cuanto mayor sea la altura en que son ventilados”³⁷.

Con independencia de las críticas que apelaban a su insuficiencia, en la Dirección General quiso verse materializada una declaración de intenciones que reunía muchos de los extremos que se reivindicaban para el órgano de gobierno de Ultramar. Se la consideró formalmente, aun sin serlo, un trasunto del Ministerio que la opinión pública reclamaba y que sólo llegaría en 1863. Pero

34 Exposición de motivos del Real decreto, *cit.*

35 Erenchun, *Anales, op. cit.*, s. v. “*Ultramar*”, p. 2533.

36 “La presidencia del Consejo fue [...] el canal por donde precisamente habían de marchar las aguas que fertilizan los campos que cultiva España en Asia y América, pero no la fuente única de que manan: es el único conductor de correo, es si quiere, la oficina central en que se arreglan los paquetes; pero no es quien únicamente escriba las cartas: es el guarda-almacén de todos los efectos, pero no es quien los elabora: tiene, es verdad, el *veto* para no dejar pasar las órdenes que contradigan sus planes; pero no tiene la facultad de sustituirlas por otras que crean más beneficiosas” (*id.*).

37 *Id.*

sobre todo la mayoría de los autores alabó la centralización, la exclusividad y la especialización que representaba el nuevo órgano de gobierno³⁸.

2.2. *La implantación de los Consejos de Administración de Ultramar “para las multiplicadas exigencias de una administración complicada”*

La Dirección General de Ultramar no vino a cubrir las expectativas creadas, por lo que especialmente la prensa periódica como *El Herald*, *La Nación* o *El Clamor público* siguió reivindicando un alto órgano consultivo especializado, un “Consejo colonial” que revistiera un carácter corporativo, lo que se vinculaba con la reiterada ilustración de los miembros que la componían; pero esta vez el órgano no debía estar constituido en Madrid, sino en La Habana. No se planteaba en principio esta reivindicación como un ejercicio de autonomía: antes bien, se proponía que el órgano estuviera presidido por el gobernador general de la isla, lo que en teoría no sólo serviría para reconocer y mantener el estatus de colonia, sino que incluso lo fortalecería³⁹. Una de las misiones principales de dicho Consejo era que sus actas, una vez aprobadas por el gobernador general, fueran remitidas al presidente del Consejo de ministros con el objeto de que éste las sometiera a las Cortes en cada legislatura,

“para que de ellas y sólo de ellas emanasen las leyes especiales que habrían de regir en lo sucesivo en nuestras colonias, según lo previene la Constitución vigente de la Monarquía española, siguiendo en todo los trámites que para la confección de las leyes que rigen en la Península, previa la discusión y aprobación del Congreso y Senado y la sanción de la Corona, para que tuvieran fuerza y validez”⁴⁰.

Se pretendía que las “leyes especiales”, pues, emanaran de un órgano plenamente imbricado en el contexto en el que se daba aquella especialidad que había de ser traducida en actos administrativos. La pretensión, sin embargo, de un órgano consultivo local, por más que estuviera presidido por la máxima autoridad de la isla, fue muy rápidamente leída en clave de amenaza al Gobierno central. Autores como Mariano Torrente vieron en él un órgano que podía comprometer la autoridad del gobernador. En efecto, lo peligroso de la propuesta era el propio carácter de corporación, frente a la opción de fortalecer las autoridades individuales, porque un consejo podía

38 Así, p. e., Rodríguez Ferrer, *Artículo IV, cit.*, p. 215.

39 *Apud* Torrente, *Bosquejo económico-político, op. cit.*, pp. 262 y ss.

40 *Ibid.*, p. 271.

“dejarse llevar del espíritu de cuerpo, tomar con demasiado calor la defensa de su presunto decoro, considerar como un deber indeclinable de conciencia no ceder en puntos en que tal vez juzgasen ofuscadamente que se comprometía su opinión y podrían finalmente interpretar algunos puntos de gobierno, de un modo que no estuviera en consonancia con las ideas de la primera autoridad; y de aquí nuevos y peligrosos conflictos”⁴¹.

Y el riesgo que existía era que un cuerpo así constituido, y además en La Habana, adoptara rasgos de “congreso”, desempeñando una suerte de función de cámara de representación que ya se le quiso atribuir al Consejo de Ultramar en el marco de un gobierno representativo⁴². En consecuencia, se trataba de evitar que el Consejo tuviera ninguna suerte de iniciativa política ni legislativa que pudiera alterar las leyes de Indias, a través de una argumentación que consistía en vaciarlo de posible contenido: el terreno eclesiástico le debería estar vetado por constituir un fuero especial, mientras que en materia de justicia, no podía ningún consejo alterar la estructura teóricamente paralela de la organización de los tribunales insulares en relación con los de la Península. En lo tocante al ámbito económico y administrativo, pues, que serían los únicos ámbitos remanentes, la propuesta de un nuevo consejo era redundante, puesto que ya existía la Junta de fomento en esas materias, ejerciendo un derecho de petición y de representación ante el Gobierno⁴³, que era lo máximo que podría concedérsele a un consejo colonial sin atentar contra la unicidad del congreso nacional metropolitano.

Lo hasta aquí expuesto habría quedado reducido a una mera discusión escolástica, de no haber sido porque en 1861, justo el año en el que el Caledonia, ya rebautizado como Conde de Regla, era dado de baja, se establecieron para Ultramar y en Ultramar los importantísimos Consejos de Administración. Muy poco tiempo antes, el 17 de agosto de 1860, se había formado en el nuevo Consejo de Estado una “sección de Ultramar”. Pero casi un año después, por Decreto de 4 de julio de 1861, se crearon los Consejos de Administración para Cuba, Puerto Rico y Filipinas⁴⁴, a cuya formación se dedican los siguientes apartados.

41 *Ibid.*, p. 267.

42 Rodríguez Ferrer, *Artículo IV*, *cit.*, pp. 216 y ss.

43 *Ibid.*, p. 279.

44 *Vid. Consejo de Administración de la isla de Cuba*, *cit.*

2.2.1. “Separando la administración de justicia de la extraña acción de las autoridades político-militares”

El Consejo de Administración era corporación presidida por el gobernador superior civil de cada una de las provincias, con sede las capitales respectivas, compuesta por el arzobispo metropolitano, el obispo, el comandante general del apostadero, el regente de la Real Audiencia y el fiscal de la misma, el intendente general del ejército y hacienda y el presidente del tribunal de cuentas como miembros natos. Junto con otros consejeros de nombramiento real, aquellos miembros, constituidos en tres secciones (“de lo contencioso”, “de hacienda”, “de gobierno”) tenían como función “ilustrar al gobernador sobre los asuntos que se le sometieran” y “prestar la autoridad moral de las luces, del prestigio y de la posición de sus individuos a las medidas y resoluciones del Gobierno”⁴⁵. Pero el objetivo concreto era servir de instrumento para “plantear determinadas reformas que contribuyeran eficazmente a la ordenada y fecunda gestión de los negocios públicos”, y eso se traducía en la creación de un órgano que estuviera en posición de “determinar los asuntos contencioso-administrativos”, ya que había

“llegado el momento de realizar, sin menoscabo de la unidad en el gobierno superior de cada isla, una asimilación en el orden administrativo tan completa como sus condiciones particulares lo consintieran, deslindando el carácter diverso de las funciones públicas, todavía confundidas y amalgamadas en ellas”⁴⁶.

Interesa aquí justamente ese ejercicio de asimilación con la Península; e interesa a nuestros efectos porque muestra una vía de reproducción de las políticas peninsulares que sorteaba la incomunicación impuesta por la fractura del marco constitucional implantando, en un espacio distinto al originario, una institución que articulara el ejercicio del poder público de un modo semejante al de la Península. En efecto, se intentó en la metrópoli que los Consejos provinciales, presididos por los jefes políticos de las provincias, y su cúspide, el Consejo de Estado, formularan a través de su actuación los asuntos administrativos, para atraerlos – a ellos y a los agentes considerados de la Administración – hacia una nueva vía procesal que los extrajera del control de la jurisdicción común. En el mismo sentido, se pretendió trasladar aquel ins-

⁴⁵ Exposición del Consejo de Ministros a S. M. del 4 de julio de 1861, Real decreto de 4 de julio de 1861, “fijando la organización y atribuciones de las Audiencias de Ultramar”, en *Colección Legislativa* (en adelante, *CL*), t. 86, pp. 15-22.

⁴⁶ *Id.*

trumento de individualización y “disgregación” de los asuntos contenciosos y administrativos al escenario colonial.

A mediados de siglo, la preocupación no era, pues, la de asimilar un contexto constitucional, sino expandir una gestión administrativa de los asuntos de gobierno, lo cual dejaba traslucir la debilísima vinculación entre la Constitución formal y la Administración pública, o por mejor decir, una idea de constitución del espacio político a través de la actuación de la Administración, y no de la ampliación del reconocimiento de la norma suprema y de un orden constitucional. Eran esas prácticas institucionales, y no el escenario constitucional de que se había dotado la metrópoli, ni los ausentes mecanismos normativos de centralización, las que tenían capacidad de reproducir y homogeneizar con su actuación el verdadero orden que se trataba de instaurar al margen de toda formalidad constitucional: el orden de la Administración. Circulaba, pues, una comprensión compartida del ejercicio del poder que los modelos de instituciones y sus instrumentos de funcionamiento se encargaban de reproducir.

La Administración emergía en un mundo en el que predominaba un gobierno de matriz jurisdiccional que necesitaba nuevas construcciones más operativas y ejecutivas para adoptar determinadas decisiones de gestión. A mediados del siglo XIX ambos escenarios, metropolitano y colonial, con una militarización más o menos acentuada, compartían dicho armazón cultural, en el que se insertaba aquella comprensión de unas instituciones que trataban de mantener, sin violentarlo, el equilibrio del orden tradicional, que en las islas estaba marcado por su idiosincrasia natural y se llamaba “especialidad”. Los aparatos administrativos aparecían, en este universo, como las cuñas que se insertaban para ir abriendo brechas en esa comprensión que seguía insistiendo en que las decisiones de gobierno habían de ser consultadas con la Audiencia, que los actos de la Administración debían de ser controlados por la justicia ordinaria y que los administradores debían responder por sus actos ante esa misma jurisdicción común.

1861 no era la primera vez que se trataban de “separar” las supuestas funciones judiciales y administrativas reunidas en una única autoridad, ya fuera el Gobernador o la Real Audiencia. Los gobernadores eran capitanes generales de las islas y, además, presidentes de sus Reales Audiencias, por lo que se trataba de una autoridad militar que albergaba, a su vez, atribuciones de administración de justicia. Así, por ejemplo, el Gobernador Capitán General de la isla de Cuba era, a su vez, presidente de la Real Audiencia de la Habana, que por ello

era pretorial; y una Audiencia como la de La Habana, que había sido creada por Real decreto de 16 de junio de 1838, tenía un gran poder en el gobierno del territorio, que se había visto incrementado con la supresión, en octubre de 1853, de la Audiencia de Puerto Príncipe y el traspaso de toda su jurisdicción.

La Real cédula de 29 de enero de 1851 ya había pretendido separar las facultades en materia de justicia de aquellas vinculadas a la “acción política y militar” de los gobernadores⁴⁷. A mediados de siglo, pues, comenzaron los intentos de racionalización de las competencias, que se habían traducido en separación de atribuciones que la misma autoridad reunía. Sin embargo, esta primera medida resultaría infructuosa, fundamentalmente por los argumentos que emitió en su contra el gobernador de Cuba, José Gutiérrez de la Concha, a quien ya conocemos. En su opinión, no era factible desposeer a los gobernadores de unas facultades judiciales que llevaban aparejadas tanto un gran prestigio como unos cuantiosos emolumentos, si no existían unas atribuciones administrativas que pudieran compensar dicha pérdida⁴⁸.

No resultaron suficientes para colmar ese prestigio contra el que se atentaba, sin embargo, las medidas adoptadas poco después por los Reales decretos de 17 de agosto de 1854, que encomendaban al gobernador superior determinadas atribuciones ejecutivas de juntas especiales y creaban una especie de centros gubernativos con el objeto de que el gobernador pudiera ejercer aquellas funciones⁴⁹. De hecho, poco tiempo después, la importantísima Real Cédula de 30 de enero de 1855⁵⁰, “monumento apreciable del Derecho patrio” de Ultramar⁵¹, que tenía como objetivo reorganizar la administración

47 Sedano y Cruzat, *Cuba desde 1850*, *op. cit.*, p. 88.

48 *Id.*

49 Real decreto de 17 de agosto de 1854, “atribuyendo al Gobernador Capitán General la administración activa de las Juntas de Fomento, Sanidad, Beneficencia e Inspección de Estudios, quedando dichas Juntas con el carácter de cuerpos consultivos del mismo”, en Joaquín Rodríguez San Pedro, *Legislación ultramarina concordada y anotada*, tomo I, Madrid, Imprenta de los señores Viota, Cubas y Vicente, 1865, s. v. “Autoridades gubernativas”, p. 101; al respecto, Sedano y Cruzat, *Cuba de 1850*, *op. cit.*, pp. 72-75, p. 88.

50 *Real cédula de 30 de enero de 1855 sobre organización y competencia de los juzgados y tribunales de la isla de Cuba: con los reglamentos para los juicios verbales, de conciliación, de menor cuantía, juzgados de bienes de difuntos y ministerio fiscal, reimpresa por disposición del Real Acuerdo de esta Audiencia pretorial con las variaciones que S.M. se ha dignado dictar acerca de la misma, en reales órdenes de 18 de junio y 30 de noviembre de 1858*, Cuba, Imprenta y Capitanía general y Real Audiencia por S.M., 1860.

51 “Real Cédula de 30 de enero de 1855”, en *Colección de circulares expedidas por la*

de justicia en aquellos dominios, parecía justamente consolidar las facultades que la Audiencia, en relación con el gobernador y con las decisiones y actos administrativos, había ejercido hasta el momento.

En efecto, la Cédula de 1855 pretendía, en aras de aquella reorganización, “separar la administración de justicia de la extraña acción de las autoridades político-militares”⁵². Así, se conservaba a las Audiencias como órganos de justicia. Entre sus funciones judiciales se encontraba la de conocer por vía contenciosa, tras haber agotado la gubernativa, de los agravios que se hubieran cometido contra particulares por actos administrativos. A estos efectos, si ya Solórzano Pereira había aseverado que “de todas las causas que los virreyes y gobernadores proveyeren a título de gobierno, está ordenado que si alguna parte se sintiere agraviada pueda apelar y recurrir a las Audiencias Reales de las Indias”⁵³, una norma de 1624 recogida en la Recopilación de Indias establecía que “en las materias de gobierno que se reducen a justicia entre partes, de lo que los presidentes proveyeren, si las partes apelaren, han de admitir las apelaciones a sus Audiencias”⁵⁴.

Real Audiencia Pretorial de La Habana y demás disposiciones relativas a los funcionarios del orden judicial de la Isla de Cuba, t. IV, Habana, Imprenta del Gobierno y capitania General, 1876.

52 Sedano y Cruzat, *Cuba desde 1850*, op. cit., p. 88.

53 “De todas las cosas que los Virreyes y Gobernadores proveyeren a título de gobierno, está ordenado que si alguna parte se sintiere agraviada puede apelar y recurrir a las Audiencias Reales de las Indias, así como en España se apela y recurre al Consejo de Justicia de lo que se provee en el de la Cámara. Y allí son oídos judicialmente los interesados y se confirman, revocan y moderan los autos y decretos de los Virreyes y Gobernadores, a quienes estrechamente está mandado que por ningún modo impidan o estorben este recurso”, Juan De Solórzano Pereyra, *Política indiana*, tomo II, Madrid, Gabriel Ramírez, 1739, libro V, cap. II, n^o 29.

54 “Todas las materias de gracia, y provisiones de oficios y encomiendas, donde las hubiere, y facultad introducida de proveerlas, tocan á los Presidentes Gobernadores, como en los Vireyes está dispuesto, y no ha de haber recurso á las Audiencias en que presidieren; pero en las materias de gobierno, que se reducen á justicia entre partes de lo que los Presidentes proveyeren, si las partes apelaren, han de admitir las apelaciones á sus Audiencias” (*Recopilacion de Leyes de los Reynos de las Indias, mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II, Nuestro Señor. Va dividida en tres Tomos, con el Indice general, y al principio de cada Tomo el Indice especial de los Títulos que contiene. Tomo Primero. Quarta Impresion. Hecha de orden del Real y Supremo Consejo de las Indias. Madrid MDCCLXXXI. Por la Viuda de D. Joaquín Ibarra, Impresora de dicho Real y Supremo Consejo* (ed. facs. Madrid, CEPC/BOE, 1998, 2, 15, 34). “Declaración

Asimismo, seguían las Audiencias constituyéndose en órganos consultivos del gobernador como “Reales Acuerdos”. Ciertamente, los oidores de las Audiencias se habían reunido a lo largo del tiempo con el virrey y más tarde con los gobernadores para tratar asuntos de gobierno, pero no en calidad de jueces, sino de asesores experimentados y, por tanto, no constituyendo Audiencia como tal sino Real Acuerdo. La práctica había ido regularizando y consolidando dicha función de asesoramiento, por más que no fuera en principio una atribución inherente a las Reales Audiencias.

Pero la idea era la de desanudar las atribuciones que estaban entrelazadas alrededor de la figura del gobernador, para ir configurando una estructura de gobierno fortalecida y desvinculada de los órganos de justicia. Así, a los gobernadores político-militares y a los tenientes gobernadores p.e. de Cuba se les desposeía del ejercicio de la jurisdicción ordinaria, para establecer como órganos jurisdiccionales en su lugar a los alcaldes mayores y a los jueces de partido. Su relación con los gobernadores consistía, al igual que la de las Audiencias, en desempeñar funciones consultivas en sus actuaciones administrativas y de gobierno.

La Real cédula de 1855 trataba de diseñar, pues, como se había hecho en la Península una década atrás, dos ámbitos separados, caracterizados por procedimientos distintos, de articulación del poder: un espacio judicial y otro administrativo. La intención era aún más manifiesta considerando los dos Reglamentos de la misma fecha que acompañaron a la Real cédula y que se vinculaban con procedimientos que habrían de seguirse por la Audiencia: uno para dirimir competencias de jurisdicción entre el redefinido aparato judicial y el administrativo de nuevo cuño, y otro estableciendo el procedimiento en los negocios contencioso-administrativos. Los reglamentos pasaron a finales de 1856 a consulta del Consejo de Estado, que resolvió a principios de 1857 su aplicación provisional⁵⁵.

mos y mandamos, que sintiéndose algunas personas agraviadas de cualesquier autos, ó determinaciones, que proveyeren ú ordenaren los Virreyes, ó Presidentes por via de gobierno, puedan apelar á nuestras Audiencias, donde se les haga justicia, conforme á Leyes y Ordenanzas; y los Vireyes y Presidentes no les impidan la apelacion, ni se puedan hallar, ni hallen presentes á la vista y determinacion de estas causas, y se abstengan de ellas” (*ibid.*, 2, 15, 35). “Porque en algunas ocasiones han sucedido diferencias entre los Vireyes, ó Presidentes, y los Oidores de nuestras Reales Audiencias de las Indias, sobre que los Vireyes, ó Presidentes exceden de lo que por nuestras facultades les concedemos, e impiden la administracion y ejecucion de la justicia [...]” (*ibid.*, 2, 15, 36).

⁵⁵ Archivo del Consejo de Estado (en adelante, ACE), Ultramar, Leyes y Reglamentos, legajo 33.

Ya anunció Tomás y Valiente que no se supo qué sucedió con aquellos proyectos de reglamento, que “se referían al deslinde entre Administración y Jurisdicción y al aspecto procedimental del control de aquélla por ésta”⁵⁶. La explicación que aventuró para justificar el cese de los trabajos fue que todas estas medidas se adoptaron durante el Bienio progresista que tuvo lugar en la Península entre los años 1854 y 1856 y que respondía a una tendencia de control judicial de la Administración que fue frustrada en 1857 con la restauración del moderantismo de la Constitución de 1845. En 1854 se había suprimido el Consejo Real y, con él, la sección de Ultramar que el Real decreto de 17 de mayo de ese mismo año había restablecido. El 27 de septiembre de 1854 se creaba, pues, una nueva Junta consultiva para los asuntos de Ultramar⁵⁷, que estaría en vigor hasta el 11 de noviembre de 1856, cuando un Real decreto puso fin a su funcionamiento como consecuencia del restablecimiento del Consejo Real⁵⁸.

En todo caso, el reconocimiento que hacía la Real Cédula de 1855 de las “facultades para conocer en los negocios de la Administración conforme a las antiguas leyes de Indias” perduró más allá de la desaparición del Bienio. Como mínimo hasta 1859, las resoluciones que adoptara el gobernador, en caso de estimar que vulneraban derechos de los particulares, podían recurrirse ante la Audiencia por vía contenciosa. Así al menos lo estipulaba, ratificándolo, el Real decreto de 25 de febrero de aquel año⁵⁹.

2.2.2. “Creando la independencia de la administración civil”

Sin embargo, en 1860 todo empezó a inclinarse hacia el extremo contrario. El 20 de octubre de ese año pasaron al desde entonces Consejo de Estado dos proyectos de decreto para que aquél emitiera su dictamen: el primero de ellos proponía cambiar el carácter de las Reales Audiencias ultramarinas; el segundo, que ya conocemos, constituir en Ultramar los Consejos de Administración. Ambos decretos estaban intrínsecamente vinculados entre sí. En efecto, el primero de los Decretos preveía que la actuación de las Audiencias se redujera al ejercicio de la jurisdicción ordinaria civil y criminal, esto es, que

56 Francisco Tomás y Valiente, *Estudio histórico*, en *Inventario de los Fondos de Ultramar (1835-1903)*, dirigido por Jorge Talea López-Cepero, Madrid, Consejo de Estado, 1994, pp. 11-91.

57 *Gaceta de Madrid*, n° 644, del sábado 7 de octubre de 1854.

58 *Gaceta de Madrid*, n° 1410, del jueves 13 de noviembre de 1856.

59 *Gaceta de Madrid*, n° 58, del domingo 27 de febrero de 1859.

dejaran de intervenir constituidas en Reales Acuerdos como órganos consultivos del gobernador, así como que cesaran de conocer por la vía contenciosa de los recursos contra los actos administrativos⁶⁰. Paralelamente, por Real decreto de idéntica fecha que el anterior, se creaba otra corporación que absorbía todas estas facultades de que se había desposeído a las Audiencias y que no eran sino los Consejos de Administración⁶¹.

El Consejo de Estado examinó ambos proyectos, recuperando asimismo su parecer de 1857 acerca de aquellos reglamentos sobre competencias de jurisdicción y asuntos contenciosos de la administración, que vincularía en esos momentos no a las Audiencias, sino a los nuevos Consejos de Administración⁶². En su dictamen, el Consejo de Estado no se mostró contrario a la creación de dichos órganos, pero sí manifestó ciertos reparos acerca de la calidad del órgano: unos consejos de nueva creación no podrían reemplazar la autoridad y el prestigio de los Reales Acuerdos, que habían dirigido durante siglos la gobernación y la política de inmensos territorios.

La categoría del cuerpo – extremo que ocupaba todo su dictamen – no era una expresión del romanticismo de los consejeros de Estado por los antiguos Acuerdos, sino una manifestación de la importancia real de la dignidad tanto de la institución como de los miembros que lo componían: el peso de un órgano consultivo, en su función constitucional de conocer el orden social y político para adoptar las decisiones adecuadas, recaía en la calidad y el prestigio de sus integrantes.

A pesar de la preocupación por el nombramiento de los consejeros de administración, esa misma fecha de 4 de julio de 1861 se aprobaron cuatro reales decretos: el que fijaba la organización y atribuciones de las Audiencias de Ultramar; el que determinaba la organización y atribuciones de los Consejos de las provincias de Ultramar, ya mencionado; el que reglamentaba los procedimientos para los negocios contenciosos de la administración de

60 Real decreto de 4 de julio de 1861, del Ministerio de Guerra y Ultramar, “fijando la organización y atribuciones de las Audiencias de Ultramar”, en *CL*, t. 86, pp. 15-22.

61 Real decreto de 4 de julio de 1861, del Ministerio de Guerra y Ultramar, “determinando la organización y atribuciones de los Consejos de las provincias de Ultramar”, en *CL*, t. 86, pp. 22-32.

62 ACE, Ultramar, Leyes y reglamentos, legajo 33, expediente 1. Según puede leerse en este expediente, se habían incorporado para la instrucción del mismo los informes de los Capitanes generales de las islas y de las Audiencias de Ultramar – si bien el de la Audiencia de Manila no llegaría a tiempo antes de la emisión del dictamen –; sin embargo, no se encuentra dicha documentación en el expediente.

las provincias de Ultramar y el reglamento para dirimir las competencias de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades judiciales y administrativas de las provincias de Ultramar⁶³.

El 4 de julio de 1861, pues, desaparecía del Título de las Audiencias y Chancillerías Reales, del de los Presidentes y Oidores, del de los Fiscales, de la Recopilación de Indias y de la Real Cédula de 30 de enero de 1855 todo lo relativo a las facultades que se atribuían a las Audiencias en los negocios del gobierno y administración del país, y estas facultades, que formaban todo un sistema se trasladaban a un Consejo, dejando circunscritas las de las Audiencias al ejercicio de la jurisdicción civil y criminal ordinaria, esto es – se decía –, “a juzgar y a hacer ejecutar lo juzgado”⁶⁴.

Las Audiencias dejaban, además, de estar regentadas por el gobernador civil y “recuperaban” la presidencia del órgano. Esta aparente separación parecía tratarse de una medida que depuraba las impropiedades de las instituciones que la tradición y la práctica habían ido añadiendo a la verdadera naturaleza de la institución, contaminándola y enturbiándola. Sin embargo, aquella separación de atribuciones que parecía estar en la base de la separación de poderes, en realidad encubría un momento fundacional. En ese sentido, “lo judicial” no era algo que hubiera que ser depurado para recuperar su esencia, recubierta de competencias adicionales, sino que se estaba definiendo y delimitando – esto es, acotando –, justamente en aras de la creación de la verdadera invención del siglo: “lo administrativo”.

Entre “lo administrativo” se encontraban todas las competencias del Consejo. El pleno del Consejo debía informar, entre otros asuntos, sobre los presupuestos provinciales y municipales, sobre temas del Real Patronato, sobre la reforma de las disposiciones de cualquier ramo de la administración o reforma o mejora de cualquier servicio público y sobre todas las demás cuestiones que hasta la fecha se consultaba al Real Acuerdo. Pero además tenían grandes competencias en relación a los municipios, como informar sobre la creación, traslado o supresión de ayuntamientos, sobre las excepciones para rechazar ocupar cargos concejiles, sobre la inclusión u omisión en las listas

63 Las disposiciones se pueden encontrar editadas para las Antillas en 1861: *Consejo de Administración de la Isla de Cuba*, cit. o en *Organización, atribuciones y procedimientos de los Consejos de Administración de Ultramar: con lo pertinente al Reglamento interior del Consejo de Estado*, Manila, Establecimiento tipográfico de Ramírez y Girandier, 1882.

64 Real decreto de 4 de julio de 1861, cit.

de elecciones municipales o sobre la concesión o denegación a los pueblos o establecimientos públicos del permiso para enajenar o cambiar sus bienes y para contraer empréstitos.

Las atribuciones del Consejo, por tanto, afectaban al ejercicio de derechos. Pero a los derechos afectaba, muy especialmente, la sección de lo contencioso, que no sólo fue la que más interesó en el Real decreto, sino también la más interesante a nuestros efectos porque fue precisamente en ella donde residió el verdadero motor de la transformación, en la medida en que por medio de su actuación, no “separaba” las “confundidas y amalgamadas” funciones judiciales y administrativas, sino que iba construyendo, a través de un ejercicio de precalificación, la categoría misma de “lo administrativo”.

La sección pasó a conocer de todos los asuntos de Gracia y Justicia que hasta la fecha habían sido consultados al Real Acuerdo de la Audiencia. Pero específicamente entre sus competencias se encontraban, por ejemplo, informar sobre conceder o negar autorización a los pueblos o establecimientos públicos para litigar, sobre los conflictos de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades judiciales y administrativas y las que se suscitaban entre las autoridades y agentes de la administración, sobre conceder o denegar la autorización para procesar a los empleados y corporaciones dependientes de la administración por hechos relativos al ejercicio de sus funciones o, finalmente, sobre la procedencia o improcedencia de la vía contenciosa en las demandas contra las resoluciones del gobernador superior civil o de los jefes de la administración⁶⁵.

El Real decreto, en efecto, preveía una abrupta inversión del orden de las cosas que en materia de control de las actuaciones de las autoridades marcaba el final de una comprensión de la responsabilidad que había durado tanto como la tradición del *ius commune* en suelo hispánico: a partir de la creación de los Consejos de Administración, los agravios sufridos por los particulares en sus derechos por alguna resolución del gobernador superior civil o de las autoridades superiores administrativas que causara estado sería conocida por la vía contenciosa establecida en el propio Consejo para los asuntos de la administración⁶⁶. Porque la sección de lo contencioso se convertía en tribunal para enjuiciar, además de cualquier asunto relativo a los bienes del Estado, cualquier otro asunto concerniente a la administración y calificado como contencioso. En el ejercicio de la jurisdicción, el Consejo de Administración

65 Art. 25, *id.*

66 Art. 26, *id.*

constituía, al igual que los Consejos provinciales en la Península, la instancia inferior del Consejo de Estado.

Ya De la Concha había denunciado contundentemente en 1851 lo entorpecedor para el desenvolvimiento de las funciones de gobierno del Capitán General un sistema que preveía que las providencias gubernativas pudieran ser apeladas ante una Audiencia facultada para revocarlas:

“[...] Si no se crea la independencia de la administración civil, reformando en esta parte la caduca legislación de Indias; si no se libra de las enojosas y estrechas trabas a que se halla sujeta; si no se la despoja de la consulta de las Audiencias y Alcaldías mayores; si no se le deja obrar desembarazada y por inspiraciones propias; si, finalmente, no se le da un nuevo ser, una vida propia, una acción suya, únicamente suya, las Audiencias vendrán a ser independientes en su orden, y el Gobernador General, sujeto y dependiente de ellas, en un todo. Las Audiencias crecerán en sus pretensiones, y ellas serán los únicos gobernadores de la Isla. Triste y menguada posición, por cierto, la del Gobernador General”⁶⁷.

Aquella administración civil “independiente y desembarazada” que De la Concha reclamaba parecía lograrse ahora, diez años más tarde, con la implantación del Consejo de Administración ultramarino. Que la puesta en funcionamiento del órgano implicaba una quiebra en el orden tradicional de adopción de decisiones de gobierno lo ponía de manifiesto la clase de críticas que su instauración generó, centradas en el desmoronamiento del pilar básico de la comprensión de un mundo en el que aún la jurisdicción era la base de la legitimidad de la autoridad: la protección por parte de los tribunales ordinarios de los derechos de los ciudadanos frente a los excesos de los actos administrativos o de las actuaciones de los administradores. Y es que, efectivamente, desde 1861 las providencias gubernativas del gobernador en materia de administración no podían ser recurridas ante la Audiencia constituida en Acuerdo⁶⁸.

La indefensión era grande, en la medida en que los Acuerdos eran independientes del gobernador, pero los Consejos no podían serlo: las Audiencias de Ultramar habían dejado de “constituir un dique que contenía las arbitra-

67 *Comunicación del General Concha manifestando, en una, la necesidad de robustecer la autoridad del Capitán General y darle amplias facultades, y en otra, resumiendo sus proyectos y pensamientos de gobierno, apud Sedano y Cruzat, Cuba desde 1850, op. cit., pp. 117-118.*

68 En ese sentido, *vid.* A. Quintero, *El gobierno español en sus colonias y en las repúblicas americanas*, Nueva York, Imprenta del Sr. Hallet, 1865, pp. 24-28.

riedades de los capitanes generales”⁶⁹. En ese sentido, las omnímodas facultades del Capitán General y la inhabilitación de las Audiencias para controlar sus actuaciones atentaban directamente contra la *constitución* del orden tradicional⁷⁰:

“En nuestras Leyes de Indias, al investir a los virreyes y capitanes generales con el mismo poder que hoy tienen, [...] les impusieron a la vez fuertes y eficaces correctivos: [...] autorizaron a las Audiencias para dirigirles requerimientos cuando abusaran de su posición, y para conocer libremente en grado de apelación de sus providencias en todos los negocios de gobierno y administración sin restricción alguna. El capitán general no podía adoptar resoluciones en materias graves y arduas sin oír indispensablemente al Real Acuerdo. Los particulares agraviados tenían el derecho de apelación directamente y sin haber de obtener salvoconducto del capitán general; si entorpecía éste o dificultaba el recurso cometía un delito justiciable en la residencia [...]. Tales eran en el particular las leyes fundamentales de nuestra política ultramarina, que daban a los pueblos garantías más positivas, más reales en la práctica, que muchas de las tan bien escritas constituciones modernas”⁷¹.

El gran cambio, por tanto, se producía en el escenario de la responsabilidad. No eran tanto las facultades del gobernador las que habían cambiado cuanto, radicalmente, el modo de exigirle responsabilidad por unas actuaciones y decisiones que podían afectar a los derechos de los particulares. Absorbida la jurisdicción concerniente a los asuntos administrativos por los Consejos de Administración, se configuraban estos como tribunales para los negocios contenciosos y, en términos generales, el Consejo en su conjunto funcionaba con tintes jurisdiccionales. Como se desprendía de sus competencias no sólo del pleno sino muy particularmente de la de la sección de lo contencioso. Todas sus atribuciones afectaban directamente al ejercicio de derechos, al impedir al particular acceder libre y directamente a la vía jurisdiccional ordinaria sin disponer de autorización o sin haber sido conocido previamente el asunto por el propio Consejo en materias que él mismo calificaba como administrativas.

Porque en efecto, “lo administrativo” se convertía ahora también en Ultra-

69 *Ibid.*, p. 24.

70 Así, p.e., en “*Folleto anónimo*”, apud *Cuestiones ultramarinas*, en «Revista hispanoamericana política, económica, científica, literaria y artística», vol. 5, entrega 9, año III, n. 46, 12 de diciembre de 1866, pp. 273-278.

71 José Manuel Aguirre Miramón, *Reformas jurídico-administrativas en la isla de Santo Domingo*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», t. XXIV, 1864, pp. 172-176, cita en pp. 173-174.

mar en una materia cautiva de la propia Administración, que era la que calificaba un asunto como tal, dirimía competencias de jurisdicción con la justicia ordinaria sobre la base de dicha calificación y conocía de las autorizaciones para procesar a los empleados de la administración, que quedaban aforados en el ámbito administrativo en cuanto su actuación fuera calificada por la Administración como “administrativa”. La configuración de los Consejos de Administración, pues, bloqueaba la posibilidad de los particulares de llevar directamente ante los tribunales ordinarios una actuación de un administrador que hubiera vulnerado derechos: la jurisdicción ordinaria había quedado relegada a algo residual, que sólo conocía cuando así lo estipularan las autoridades administrativas.

2.2.3. “Acomodando el impulso del centro a las condiciones de la localidad”

Los Consejos de Administración se implantaron en 1862 para Cuba y Puerto Rico, pero no para Santo Domingo, y sólo en 1863, por Real orden de 19 de junio, para Filipinas. En ese mismo año de 1863 se aprobaba un Reglamento para el régimen de gobierno interior del de Cuba⁷², el primero de los Consejos formados y el más importante. Y también en esa fecha se había creado el Ministerio de Ultramar⁷³, llevando aparejada su aparición un replanteamiento del papel de los Consejos de Administración ultramarinos. Así, en 1864 la institución se quiso someter a serias transformaciones por parte del Gobierno. Las reformas hacían referencia al incremento de consejeros no retribuidos y la limitación de la duración de su cargo, al nombramiento de vicepresidentes de las secciones entre los consejeros de real nombramiento, o la supresión del voto de los consejeros natos. Sin embargo, como sabemos, no eran éstas modificaciones menores, puesto que la importancia de la composición del órgano y de las características de sus miembros era tal que antes que la definición en sí de la institución en su conjunto lo que de veras condicionaba era la definición de los cargos de los consejeros. De hecho, consultado el Consejo de Estado, consideró éste que el conjunto de la reforma, en relación con los Consejos de Administración,

“los separa de la administración activa y decide la preponderancia de un carácter representativo sobre el consultivo que hoy tienen, los coloca como centro del que debe partir

⁷² *Consejo de Administración de la isla de Cuba, cit.*

⁷³ Rodríguez San Pedro, *Legislación ultramarina, op. cit.*, pp. 18-26.

el impulso para el régimen, organización y reformas de aquellas provincias y por consiguiente altera profunda y esencialmente no sólo la institución creada para sustituir a los Reales Acuerdos por los Decretos del 61, sino las bases y principios administrativos y aun políticos del sistema de gobernación de Ultramar⁷⁴.

Porque en efecto, el temor ante dicho cambio de naturaleza era que provocaran la desvinculación del régimen de gobierno de las provincias de Ultramar, convirtiéndose en un órgano que en cierto modo viniera a suplantar, en las colonias, la cámara metropolitana de representación. Esto no sólo se veía posible por la potenciación del papel de los consejeros de real nombramiento en detrimento de los natos, sino por una facultad que quería asignársele al Consejo de Administración y que consistía en que los consejeros pudieran dirigir exposiciones al Gobierno, proponiéndole reformas en los ramos del servicio administrativo y económico. A juicio del Consejo de Estado, el peligro de desvinculación con las directrices de la Administración central era insalvable porque en la composición del Consejo de Administración preponderarían las ideas e intereses locales. Con sus propias palabras:

“Los consejos no se usaron como centros que pudieran dirigir la organización de aquellas provincias, ni señalar la marcha de su gobierno, sino como medio de ilustración para que las ideas y el impulso que del centro había de seguir partiendo se acomodara a las condiciones de localidad; pues bien, las facultades que se les concede cambian de un golpe su carácter colocando la iniciativa moral y el impulso de la opinión en los consejeros y reduciendo al Gobierno central a aparecer en aquellos dominios en las peticiones otorgadas como el instrumento dócil de aquel primer y poderoso impulso y en las que hubieran de negarse, sin el obstáculo legalmente invencible de aspiración que formuladas por la más alta representación de la isla por más ilegítimas que fueran sería difícil no se miraran siempre en la opinión como indebidamente denegadas⁷⁵.”

Es decir, para el Consejo de Estado, la única circulación posible era aquella que se producía de la metrópoli (como centro decisorio del que emanaban las medidas de gobierno) hacia las colonias (que habían de adaptar, a través de un órgano como el Consejo de Administración, aquellas medidas a la especialidad insular). Con independencia de que la incipiente emergencia, en estos momentos, de la función consultiva como función autónoma no permitiera aún aclarar de dónde debía surgir la iniciativa para consultar, el Consejo de Estado no estaba leyendo la posibilidad de que La Habana se dirigiera a

74 ACE, Ultramar, Leyes y Reglamentos, legajo 33.

75 *Id.*

Madrid como el ejercicio de una mera consulta; antes bien, estaba considerando al Consejo de Administración como un interlocutor que, en el seno de un nuevo Estado supuestamente unitario, se perfilaba como el portavoz de la especialidad colonial que tan sólo solicitaba el reconocimiento del Gobierno metropolitano respecto a la adopción de sus medidas.

El Consejo de Administración, un órgano inicialmente transpuesto en las islas, no sólo había adquirido, en su trasplante y raigambre, particularidades y caracteres propios, sino que amenazaba con alzarse como el intérprete del orden de especialidad de aquel espacio de la monarquía. La interpretación del Consejo de Estado, censurando esa inversión de la circulación, que ahora se pretendía de las islas a la Península, era una clara muestra de cómo una institución como el Consejo de Administración sorteaba, a través de su actuación, la comunicación centro-periferia, al haber ido adquiriendo unos caracteres propios a través de la definición y la concreción en términos institucionales de dicha “especialidad” colonial que se pretendía fuera reconocida, entrando así a formar parte del espacio constitucional de la metrópoli.

El 17 de agosto de 1864 se suspendió la resolución del expediente consultivo por parte del ministerio hasta que se acordaran los principios que habrían de servir de base a la organización política y administrativa de las provincias de Ultramar, sin acabar de impedir que el Consejo de Administración fuera consolidando un espacio en el que materializar las decisiones en que se iba traduciendo la especialidad. Ese espacio se fue rellenando de “lo administrativo” fundamentalmente por la vía del bloqueo del control por parte de la jurisdicción ordinaria de las autoridades calificadas como administrativas y de los asuntos asociados con ellas y, por ende, convertidos en negocios de la Administración. No por casualidad los más significativos avatares que sufrirían los Consejos de Administración a partir de esa fecha seguirían afectando directamente al control y a la exigencia de responsabilidad de las autoridades administrativas.

El ejemplo más claro fue, a mi entender, el de las transformaciones que sufrió la sección de lo contencioso de los Consejos de Administración en materia de autorización para procesar: cuando en 1868 se estaba abrogando en la Península dicha autorización, se estaba en cambio regulando detalladamente para los administradores en Ultramar⁷⁶. La Revolución Gloriosa en la

⁷⁶ Real decreto del Ministerio de Ultramar, de 12 de septiembre de 1868, “estableciendo la previa autorización para procesar a los empleados públicos y a los individuos de las corporaciones de la administración civil y económica de las islas de Cuba y Puerto Rico”,

Península, que coincidió con el inicio de la guerra de tintes independentistas en Cuba, trajo consigo la eliminación de la jurisdicción contencioso-administrativa ejercida por la sección de lo contencioso de los Consejos de Administración. La medida se sumaba a unas medidas judicialistas del Gobierno provisional, que trataban de extraer la jurisdicción contencioso-administrativa de los Consejos provinciales – y por ende su trasunto ultramarino – así como del Consejo de Estado y trasladarla respectivamente a las Audiencias y al Tribunal Supremo. Esto sucedía el 13 de octubre de 1868 en la Península⁷⁷; por su parte, el Decreto de 2 de junio de 1870 suprimió las secciones de lo contencioso de los Consejos de Administración de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, ocasionando serios problemas que imposibilitaban la observancia de todas las competencias atribuidas a los Consejos⁷⁸, desestabilizando por completo su sentido y su actividad hasta que no volvieran a reorganizarse.

En 31 de diciembre de 1886 se reconstituiría un Consejo de Ultramar⁷⁹, pero ya en la Península, con lo que en 1870, con el desmantelamiento de aquel motor del cambio, la sección de lo contencioso, se ponía fin a aquella *peligrosa* institución que Lalinde había calificado de “conquista de la

y Real decreto de la misma fecha “aprobando el adjunto reglamento para la ejecución del decreto de esta fecha, que establece la previa autorización para procesar a los empleados y a los individuos de las corporaciones de la administración civil y económica de las islas de Cuba y Puerto Rico” (*CL*, t. 100, 2º semestre de 1868, Madrid, 1869, pp. 237-241).

77 Decreto de 13 de octubre de 1868, “suprimiendo la jurisdicción contencioso-administrativa y los Consejos provinciales”, en José María Pantoja, *Repertorio de la jurisprudencia administrativa española, o compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas en las sentencias, decisiones de competencia y de autorización para procesar que se han dictado a consulta del Consejo Real, del Tribunal Supremo contencioso-administrativo y del Consejo de Estado desde la instalación del primero en 1846 hasta la supresión de la jurisdicción contencioso-administrativa en 1868*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, a cargo de Julián Morales, 1869, p. 1510.

78 Por ejemplo, en materia de competencias de jurisdicción. Un ejemplo es la competencia de 12 de enero de 1870, “declarando mal formada y que no ha debido suscitarse la competencia entre el Gobernador superior civil de la isla de Cuba y el Alcalde mayor del distrito de Matanzas, con motivo de la demanda de calumnia entablada por D. Manuel de Zayas, Administrador de la Aduana de Matanzas, contra D. Marcial Fernández del Buelle, celador del ramo, por haberle este inculpado connivencia en la introducción fraudulenta de géneros” (*CL*, t. 103, primer semestre de 1870, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, decisión nº 3, pp. 7-10).

79 *Gaceta de Madrid*, nº 17, del lunes 17 de enero de 1887.

descentralización”⁸⁰. Justamente a partir de esa fecha cobraron fuerza, en el terreno de la justicia, la circulación de otros protagonistas del orden colonial: los jueces. A ellos, aún paradigma de administradores, y a la movilidad de las cualidades, conocimientos y prácticas adheridas a sus personas, presta atención el siguiente apartado.

3. “Una de las más arduas y trascendentales cuestiones que el Gobierno debe resolver en Ultramar es la relativa al personal de la Administración que se envía a aquellas provincias, y que debe estar revestido de cualidades especialísimas, por lo mismo que también son especialísimas las circunstancias por que atraviesan las provincias donde se le destina...”⁸¹

El gobierno de los territorios de Ultramar estaba en manos de las autoridades que operaban con el orden existente desde la experiencia en las particularidades de toda índole de los territorios en los que eran administradores y desde la conciencia de la especialidad de aquellos espacios administrados. Efectivamente, en un contexto estructurado por una constitución natural, cuyo epicentro estaba muy alejado de una comprensión de la ley en sentido general y abstracto y para el que no se había logrado plantear una nueva legislación ultramarina⁸², el contrafuerte del sistema se localizaba no en la protección de un orden jerárquico de legalidad, sino en la capacidad interpretativa de los operadores jurídicos de todo un orden jurídico que les precedía: el verdadero protagonista era el jurista quien, con sus particulares destrezas y saberes, debía desentrañar las verdades intrínsecas para el gobierno y la justicia que los textos jurídicos encerraban⁸³.

Pero, a su vez, la actuación paradigmática era la del juez, en la medida en que para adoptar una decisión legítima debía ésta reflejar el entramado que se encerraba en aquellas normas heredadas y, por tanto, preexistentes. En

80 Jesús Lalinde Abadía, *La administración española en el siglo XIX Puertorriqueño*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-americanos de Sevilla-CSIC/Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1980, pp. 147-149.

81 En *El personal de la Administración de justicia en Ultramar*, en *La Iberia*, 14-15 diciembre de 1874 (Archivo General de Indias=AGI, Ultramar, 881B).

82 Alvarado Planas, *Constitucionalismo y codificación*, op. cit.

83 Para esto, y para todo lo que sigue, Marta Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

muy poco difería el sentido de unas (judiciales) u otras (gubernativas) resoluciones, en la medida en que la legitimidad de ambas derivaba de su capacidad de traslucir la razón intrínseca y permanente de aquel orden jurídico tradicional. Es cierto que a las alturas de mediados de siglo, con un gobierno colonial bajo el alto mando de una autoridad militar que presidía tanto la Capitanía General como la Audiencia, no podía seguir manteniéndose sino con dificultad una explicación del ejercicio del poder que se resolviera sin más dimensiones en un sintético “gobierno de la justicia”⁸⁴. Sin embargo, determinadas comprensiones acerca del modo de legitimar – y expresar – el poder y su ejercicio perduraban en el imaginario y en las prácticas de las autoridades⁸⁵.

En definitiva, si había un factor no desdeñable para administrar Ultramar era justamente el cariz de quienes debían administrarla. Juristas observadores como A. Oliván recomendaban ya en 1835 al Consejo Real de España e Indias

“el nombramiento de Gobernadores, Magistrados y demás empleados que a su capacidad y buena moral reúnan la actividad y tacto necesario para llevar a efecto lo que se mande, dirigir los pueblos al bien y entrenar los vicios con prudencia y discreción, cuidar de que la administración de justicia sea recta e imparcial para todos (porque sólo así podrán hacerse apreciar y respetar a un tiempo) y cortar los abusos con carácter y constancia, en cuyo caso podrán ofrecer a S.M. satisfactoriamente el fruto de sus desvelos y aquellos moradores bendecirán la mano protectora que les dispensa tan grandes beneficios”⁸⁶.

3.1. “¿Qué acierto hemos de suponer de los funcionarios de las provincias de Ultramar cuando desconocen las necesidades, las costumbres, las inclinaciones y el carácter de sus moradores?”

3.1.1. “Aquellos moradores bendecirán la mano protectora que les dispensa tan grandes beneficios...”

El compromiso de la metrópoli con el buen gobierno ultramarino no se manifestaba, pues, a por medio de una legislación especial aún por construir,

84 Carlos Garriga Acosta, *Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)*, en «Revista de Historia del Derecho», nº 34, 2006, pp. 67-160.

85 No es poco significativo en ese sentido ese dato que ya conocemos de que el Capitán General, la máxima autoridad de las islas, en los primeros intentos de separar órganos para crear atribuciones, rechazara desvincularse de sus funciones de justicia no sólo por la pérdida de emolumentos que ello representaba, sino sobre todo el prestigio que con ello dotaba a su autoridad y que no parecía poder obtenerse por otra vía que no fuera la de estar revestido de jurisdicción (Sedano y Cruzat, *Cuba desde 1850, op. cit.*, p. 88).

86 AGI, Ultramar, 52, p. 29.

sino de unos agentes de nombramiento real que debían adoptar las decisiones en los distintos ramos del aparato de la administración colonial. Dicho en otros términos, la imagen que el Gobierno transmitía a las colonias era la que revelaban los empleados públicos, quienes a través de sus personas y de sus actuaciones acababan representando una metonimia de la política del gobierno metropolitano. No era, entonces, de extrañar que D. José Gutiérrez de la Concha, en su *Memoria*⁸⁷, diagnosticara como el más grave de los males el de la “falta de moderación” y la “codicia” de los empleados judiciales, al entender que la percepción que la sociedad tenía acerca de cómo se le administraba justicia lo era, al mismo tiempo, acerca de cómo la administraba su Gobierno.

“En cuanto a la moralidad tanto en el desempeño de su cargo como en su vida privada – se diría en 1845⁸⁸ –, es en todas partes la circunstancia que más debe sobresalir en el hombre público. Desgraciadamente nunca se ha atendido a que se reuniesen estas cualidades tan esenciales en el personal de los empleados, que habiendo sido amovibles puntualmente concluido el término que la ley debió prefijar, se hubiera asegurado cuanto era posible el buen gobierno de aquellos pueblos, mayormente si los empleados de ciertas categorías hubiesen estado sujetos a una residencia bien combinada sobre su comportamiento y el de sus subordinados, que sin ser gravosa ni vejatoria pusiese de manifiesto sus excesos o su apatía o bien les sirviese de justo título para el premio que les estuviese reservado”.

Declaraciones de esta índole poblaban las páginas de cualquier análisis acerca de la administración de las islas a lo largo de toda la segunda mitad de siglo, en un discurso que vinculaba estrechamente las cualidades de los empleados públicos y su estricto control con “el buen gobierno de aquellos pueblos”. Estos elementos se insertaban en un esquema en el que la acertada elección de los empleados que reunieran determinadas cualidades – muy especialmente – en las altas instancias, así como el control de los mismos, eran los momentos en los que se revelaba la política del Gobierno para Ultramar. Así pues, la rectitud exigida a los empleados, inspirados en la exquisita moralidad de los altos magistrados, constituían la encarnación de las intenciones de una metrópoli que no podía amar a unos súbditos cuyo gobierno se pretendía depositar en manos de administradores cuidadosamente elegidos y severamente controlados⁸⁹.

87 *Apud* Sedano y Cruzat, *Cuba desde 1850, op. cit.*, p. 18.

88 De Ramón Carbonell, *Observaciones sobre la administración, cit.*, cita en pp. 457-458.

89 La responsabilidad efectiva de los altos funcionarios seguía siendo una reivindicación

Cualidades y responsabilidad eran las dos caras de una misma moneda que depositaba el peso del empleado virtuoso (y, por ende, de la imagen del buen gobierno que transmitía) en el proceso de selección. Se hacía, pues, imprescindible “el acierto en la elección de empleados que están tan distantes de la vigilancia del supremo Gobierno y ejercen una influencia muy poderosa en el país con crédito o descrédito del Gobierno”, ya que en ocasiones

“...basta el desacierto en la elección de un solo empleado para desacreditar un ministro [...], al paso que la conducta y los manejos de los empleados está al alcance de todas las clases de la sociedad, que más o menos observa a los funcionarios públicos cuyo comportamiento, por lo general, se hace sentir más de las últimas clases del pueblo, excitando su odio contra el Gobierno, a quien achaca sus males”⁹⁰.

3.1.2. “Basta el desacierto en la elección de un solo empleado para excitar el odio del pueblo contra el Gobierno, a quien se achaca sus males”

En la base de todo este insistente discurso del empleado revestido de cualidades, y aunque no siempre explicitado, residía una de las piedras de toque de todo el sistema: en manos de quién estaba su nombramiento. Mientras que existían órganos consultivos especializados en la Península, era a ellos a los que se les pedía la propuesta de candidatos entre los que posteriormente elegiría el Gobierno⁹¹. Pero crecía la reivindicación de que fuera un órgano dedicado en exclusiva a los asuntos ultramarinos, como lo había sido el Consejo de Indias, el que se ocupara de aquella determinante selección, atendiendo a la “moralidad, a los méritos y a las circunstancias” de los candidatos⁹². Sólo así se podía enviar a los mejores a una “administración complicada” como la ultramarina⁹³.

El argumento que sustentaba con más peso la reivindicación del nombramiento de empleados por parte de órganos especializados era justamente el

ción a las alturas de 1865, formando parte integrante, por ejemplo, del programa del “partido peninsular” (*apud Las reformas en las provincias españolas de Ultramar. Estudio político*, Madrid, Imprenta de La Reforma, 1866, p. 27).

90 De Ramón Carbonell, *Observaciones sobre la administración*, cit., pp. 451 y 454-455.

91 Vicente Blázquez Queipo, *Breves observaciones sobre las principales cuestiones que hoy se agitan respecto de las provincias ultramarinas*, en «Revista de España», t. XXXV (noviembre-diciembre de 1873), Madrid, pp. 75-92; De Ramón Carbonell, *Observaciones sobre la administración*, cit., p. 464.

92 Rodríguez Ferrer, *Artículo IV*, cit. (cita en pp. 218-219).

93 Exposición de motivos del Real decreto de 4 de julio de 1861, cit.

de la especialidad. Efectivamente, la confianza de los colonos en un Gobierno preocupado por la buena administración de las colonias se depositaba en un elemento que ningún autor dejaba de reiterar: la necesidad de experiencia de los empleados en los asuntos ultramarinos, algo que no acaecía con frecuencia, puesto que estos mismos autores coincidían en el diagnóstico de los males: “Los cargos más delicados y espinosos se han confiado a manos inexpertas; los altos puestos de la Administración, los mandos de gobierno y la dignidad de la toga en Ultramar han sido no pocas veces el principio de la carrera pública”⁹⁴.

Sólo un órgano especializado, esto es, compuesto por miembros plenamente conocedores de las circunstancias de aquellos lejanos territorios de la monarquía⁹⁵, podía y debía elegir a aquellos sujetos idóneos para las posesiones ultramarinas⁹⁶, satisfaciendo, así, aquella demanda de un personal que supiera actuar en un mundo de particularidades como el de las colonias:

“Si la mayor parte de los funcionarios a quienes se confiere la importante misión de preparar o resolver los graves negocios que de las provincias ultramarinas son diariamente consultados, no tienen idea cabal – ni quizá incompleta – de los países cuyo fomento, prosperidad y buen gobierno les están encargados, ¿qué resultados podrán esperarse de un sistema tan contrario a cuanto dicta la sana razón? [...] ¿Qué acierto hemos de suponer ni en las resoluciones que de abajo se demandan diariamente, ni en el impulso que de lo alto debe descender para iniciar las reformas administrativas o económicas de aquellos lejanos países, cuando los que han de proponer aquellas o iniciar estas, desconocen las necesidades, las costumbres, las inclinaciones y el carácter de sus moradores?”⁹⁷

3.2. *En pos del “cuerpo compacto en lo heterogéneo”: una magistratura para las colonias de Ultramar*

La misma percepción se tenía en la metrópoli acerca de la centralidad del papel los empleados, como vía de mantenimiento del acceso y de implantación de las medidas de gobierno. En esa línea, un instrumento fuerte para introducir las transformaciones en asuntos gubernativos, en el sentido de reforzar las autoridades administrativas y de desvincular de los órganos judiciales la adopción de medidas y los procedimientos de gestión y decisión, consistía

94 De Ramón Carbonell, *Observaciones sobre la administración*, cit., pp. 458 y 464.

95 Rodríguez Ferrer, *Artículo IV*, cit., p. 219.

96 Erenchun, *Anales*, op. cit., s. v. “Asuntos de Ultramar”.

97 *Ibid.*, s.v. “Ultramar”.

en transformar las lógicas de los empleados que acabarían formando parte de un entramado que, a su vez, ellos mismos construían y mantenían.

Con el movimiento de saberes jurídicos y de juristas se arrastraba, asimismo, una comprensión, una lectura y una mirada del Derecho que era la que había que alterar para cambiar el modo de hacer justicia y, con él, la idea y los planes metropolitanos sobre aquellos territorios que se revelaban a través de la actuación de las altas instancias insulares. Abordemos algunos de los procesos que escenificaron la comunicación jurídica e institucional en el territorio de la España colonial.

3.2.1. Comunicación de la formación jurídica

Intervenir en la formación de los abogados fue, a mediados de siglo, un caso muy ilustrativo de la importancia que revestía operar sobre los propios juristas para cambiar los modos de actuación del poder⁹⁸. Recordemos que en el año de 1845 se estaba realizando en la Península un esfuerzo visible por articular en el seno de los cuerpos encargados de determinadas funciones de gobierno del Estado nuevos aparatos administrativos que funcionaran jerárquicamente con parámetros de eficiencia alejados de unas claves de gobierno jurisdiccional y, por tanto, conflictual.

A estas medidas *administrativizantes* en la Península que ya conocemos se unieron otras estrategias, como la de modificar los planes de estudio de Derecho⁹⁹, introduciendo en ellos con carácter obligatorio materias de contenido administrativo¹⁰⁰ y no sólo reduciendo el espacio de las prácticas judiciales en las Academias de Jurisprudencia, sino además quitándoles su carácter obli-

98 Si bien hay investigaciones en curso, como la de Ricardo Pelegrín Taboada, que trata de mostrar, junto a los intentos metropolitanos por modular el ideario político de los abogados cubanos en su etapa universitaria, la incapacidad real para controlar todos los espacios de politización de estos abogados, (*Official and unofficial legal education in Cuban 19th century*, trabajo presentado en *International Graduate School for Legal Research*, organizado por el Max Planck Institute for European Legal History, el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho y el Instituto Brasileiro do História do Direito, Frankfurt am Main, 10 a 14 de febrero de 2014), si bien esto no hace más que confirmar la centralidad de la formación de la mentalidad de los juristas para generar nuevas comprensiones acerca del gobierno del territorio y de su administración.

99 El Plan general de estudios, entre los que se encontraban los de jurisprudencia, de 17 de septiembre de 1845, en *CL*, t. 35, pp. 212-213. El reglamento para su ejecución era de 22 de octubre de 1845.

100 Al respecto, Alfredo Gallego Anabitarte, *Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del Derecho público español*, en «Revista de Administración Pública», n.ºs 100-102, 1983, pp. 705-804.

gatorio¹⁰¹. Estos planes de estudio y, con ellos, la formación de los abogados y potencialmente futuros jueces y administradores pasaron a considerarse competencia de la Instrucción pública, que a su vez se encomendó en las Islas al Gobernador Capitán General¹⁰².

Por supuesto que detrás de todas estas medidas se encerraba un conflicto entre autoridades que, a su vez, lo era entre lógicas de poder: mientras que antes eran las Reales Audiencias las encargadas de formar y recibir a los abogados, ahora todas esas competencias y las decisiones fundamentales sobre la valoración de la capacitación del abogado habían pasado a manos de una autoridad tan militar como administrativa¹⁰³. De hecho, de poco valieron las reclamaciones de la Audiencia pretorial de La Habana reivindicando su papel en el proceso de formación (local, casuístico y práctico) de los abogados frente a una maquinaria que trataba de implantar una nueva comprensión del jurista y de su cualificación¹⁰⁴.

Circulaban, por tanto – en esta dirección: de España a América –, alteraciones en los planes de estudios para cambiar determinada comprensión del Derecho, porque lo que importaba era formar a los abogados en las nuevas concepciones propiciadas por las nuevas materias jurídicas y extenderlas por todos los territorios ultramarinos de la mano de los juristas allí formados. Pero esta comprensión de los juristas como soportes de un saber y como artífices de un Derecho no sólo se revelaba con la transferencia de programas de estudios que modularan su formación y sus prácticas, sino, como veremos, con la circulación misma sus propias personas.

3.2.2. Comunicación de normas de organización judicial

En 1868 había tenido lugar el derrocamiento de la reina Isabel II, como resultado de las crisis internas y de la inoperancia de unos Gobiernos *moderantistas* que lo venían siendo oficialmente desde 1844, incapaces de solucionar los problemas del país. El fin momentáneo de la monarquía europea coinci-

101 Para esto y para todo lo que sigue, el expediente correspondiente es el relativo al “Establecimiento de la Academia de jurisprudencia en La Habana”, que se encuentra en el Archivo Histórico Nacional (=AHN), Ultramar, leg. 19, exp. 8.

102 Creada por el Plan general de instrucción pública para las Islas de Cuba y Puerto Rico, aprobado por Real orden de 24 de agosto de 1842 y sancionado el 27 de octubre de 1844.

103 Auto de la Audiencia pretorial de la Habana e Informe de los fiscales de la Audiencia pretorial (AHN, Ultramar, leg. 19, exp. 8).

104 *Id.*

dió, en América, con el estallido de un movimiento de tintes independentistas en Cuba que provocaría una guerra civil, la llamada “de los Diez años” (1868-1878). En el marco de esa revolución española “Gloriosa”, en una España sin monarca, se abrió un nuevo debate constituyente (que desembocaría en la Constitución de 1869) y que nos interesa en la medida en que ofrecía la posibilidad de plantearse qué nuevo Estado se pretendía. Esta intención se hizo notar al intentar trasladar, aunque con gran timidez y poco éxito, algunos artículos del texto constitucional a Puerto Rico (no, en cambio, para Cuba, donde se estaba viviendo una situación bélica)¹⁰⁵. En el seno de este nuevo marco constitucional, los cambios de índole política, jurídica e institucional que se acababan de producir requerían unos nuevos jueces, también en las colonias, capaces de implantar un nuevo orden del que ella misma debía ser un resultado.

Las transformaciones en la magistratura habían comenzado en la Península. En 1870 se había dado para los jueces y magistrados dependientes del Ministerio de Gracia y Justicia una Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ)¹⁰⁶. Con base en la Constitución de 1869, esta norma era la primera en la historia que regulaba, con rango de ley, la justicia como uno de los poderes del Estado constitucional. La ley orgánica contenía dos aspectos fundamentales: la organización de tribunales y el estatuto de la magistratura.

En relación con este último extremo, por muchas limitaciones que tuviera dicho régimen¹⁰⁷, el objetivo de la ley era el de desvincular a la magistratura de sus ataduras políticas y del control gubernativo y declararla inamovible en sus cargos, esto es, protegida de la libre disposición por parte del Gobierno,

105 Ley de 6 de agosto de 1873, de las Cortes constituyentes de la República, “declarando vigente en la provincia de Puerto Rico el título I de la Constitución de 1 de junio de 1869” (*Gaceta de Madrid*, nº 220, del viernes 8 de agosto de 1873). Acerca de este proceso, Carmen Serván Reyes, *Transposición Constitucional en Ultramar o el Proyecto de Constitución de 1870 para Puerto Rico*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 1999, pp. 639-652.

106 *Ley orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 y Ley adicional orgánica a la misma de 14 de octubre de 1882, ampliada con notas, referencias y disposiciones aclaratorias publicadas con autorización previa por la redacción de El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados municipales*, Madrid, Administración de la Villa, 1882.

107 M^a Julia Solla Sastre, *Finales como principios: desmitificando la Ley orgánica de Tribunales de 1870*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», vol. 77, 2007, pp. 427-466.

en la medida en que los jueces desde la LOPJ sólo podrían ser separados de su carrera por las causas recogidas en la propia Ley de tribunales. A la inamovilidad le acompañaban otras medidas de desvinculación política, como por ejemplo que el ingreso en la carrera debiera producirse por una oposición en la que, en principio, debía desempeñar un papel relevante el saber jurídico.

Esta Ley de 15 de septiembre de 1870 vino acompañada de otras reformas, como las de los códigos penal y procesal penal. Esto no era tan significativo en la Península, donde salvo el civil ya existían los demás códigos, como en Ultramar, para donde se empezó a proyectar un Derecho codificado y se adaptaron leyes como el Código penal, procedimiento penal o casación civil¹⁰⁸. Todos estos intentos interesan en sí mismos porque revelan cierto propósito de reformular el Derecho, “modernizarlo” y exportarlo, tras haber sido adecuado a las condiciones del contexto en el que iba a ser aplicado, lo que habría de implicar la concepción de un nuevo juez que lo aplicara y la reconsideración, por tanto, de su papel constitucional.

Efectivamente, el mismo año de 1870 se dictó un Decreto orgánico para Ultramar de 25 de octubre que pretendía acabar con la circulación de jueces y magistrados entre España y las islas¹⁰⁹, al tratar de reproducir en cierto modo en Ultramar el mismo régimen de los jueces peninsulares: los jueces ultramarinos también serían reclutados mediante oposiciones celebradas en las islas y, una vez que accedieran a la carrera por esa vía, serían declarados inamovibles y, por tanto, alejados de la disposición política del Gobierno. Y no sólo eso, sino que, aun con algunas no desdeñables diferencias, jueces a ambos lados del Atlántico compartirían el mismo estatuto jurídico de teórica independencia e inamovilidad en la carrera, algo que no parecía ser muy disonante en un contexto en el que se pretendía que primara la centralidad de la voluntad soberana contenida en las normas que el juez habría de aplicar, antes que la primacía de la persona del juez y de afección política para garantizar la recta administración de justicia.

Desde esa perspectiva, con un estatuto jurídico similar y con el intento de un orden normativo reformado en tanto que aparentemente codificado, parecía

108 Al respecto, Alvarado Planas, *Constitucionalismo y codificación*, *op. cit.*, pp. 227-286.

109 Decreto de 25 de octubre de 1870, del Ministerio de Ultramar, “reorganizando los Tribunales de las provincias de Ultramar; estableciendo la division judicial de las mismas, y fijando reglas para el nombramiento, traslacion, ascenso y separacion de los funcionarios del órden judicial y Ministerio fiscal” (*CL*, t. 105, pp. 449-463).

que los jueces de uno y otro lado del océano podían llegar a asimilarse. Se cumplía, así, una de las principales reivindicaciones de Félix de Bona, quien abogaba por que la intervención de España en las colonias se limitara a garantizar la justicia¹¹⁰ y acabar, para ello, con las diferencias entre la justicia metropolitana y la colonial¹¹¹, sin poder alegar a la especialidad justamente en ese ámbito:

“La diferencia de clima, de razas y de costumbres, autorizan y aún exigen ciertas variaciones en la legislación que se refiere a la organización y atribuciones del poder; pero los principios generales del Derecho común, es decir, de la justicia, deben ser iguales siempre, en todas las zonas y bajo la influencia de todos los climas”¹¹².

Sin embargo, había un presupuesto de distinción patente que revelaba la distinción en aquellos otros climas: los espacios políticos en los que dichos jueces operaban eran muy distintos. Entre una Ley y un Decreto para regular la administración de justicia existía mucha más distancia que la mera nomenclatura: mientras que la Ley orgánica regulaba un poder constitucional, el judicial de la Península, el Decreto orgánico iba destinado a la magistratura de un espacio colonial bélico y excluido de la Constitución revolucionaria de 1869, que a pesar de los – muy tenues – intentos, nunca consiguió trasplantarse al otro lado del océano. El Decreto, innovador pese a todo, dentro de un marco revolucionario, fue ignorado por muchos motivos (derechos adquiridos de los cuerpos de judicatura, imposibilidad de observancia de las incompatibilidades para los ejercicios de los cargos...), pero lo significativo fue que pocos años después se recuperó.

En efecto, en 1873 con la proclamación de la Primera República se declaró “de nuevo en vigor”¹¹³. El Gobierno republicano trataba de recuperar aquella norma en el seno de un planteamiento de federación que proclamó, en el artículo 1º del proyecto de Constitución de aquella fecha que tanto Cuba como Puerto Rico eran estados de la República federal y que si progresaba, Filipinas sería igualmente elevada a dicho rango. Cuadraba en ese contexto una norma que reconociera aquel estatuto liberal de la magistratura que, si había sido inservible hasta la fecha en las colonias era porque sencillamente

110 De Bona, *Cuba, Santo Domingo y Puerto Rico, cit.*, p. 42.

111 *Ibid.*, p. 63.

112 *Ibid.*, p. 64.

113 Decreto de 27 de agosto de 1873, del Ministerio de Ultramar, “declarando en vigor las disposiciones del de 25 de octubre de 1870 sobre organización del Poder Judicial en Ultramar” (*CL*, t. 111, pp. 256-258).

se habían desconocido las condiciones establecidas para el ingreso y el ascenso en la carrera judicial. La propuesta del presidente de la República era, pues, desarrollar reglas para articular el ingreso con la mayor celeridad. En efecto, muy poco tiempo después vería la luz el Reglamento de desarrollo del Decreto¹¹⁴, que tenía una finalidad muy concreta: regular con detalle el ascenso en la carrera pero, muy especialmente, el ingreso en ella a través del sistema de oposición como paso previo a la declaración de inamovilidad de la magistratura ultramarina¹¹⁵.

3.2.3. Comunicación de jueces

El Ministerio de Ultramar consultó en 1873 al Consejo de Estado su opinión en relación con el Reglamento de desarrollo del Decreto orgánico de 1870¹¹⁶. La norma suponía un contenido revolucionario, “sin precedente alguno en Ultramar”, diría el Consejo de Estado, en la medida en que preveía que las oposiciones a judicatura se celebraran no sólo en la España peninsular, sino también en La Habana y en San Juan de Puerto Rico (si bien no en Filipinas, que siempre tuvo un régimen especial dentro del marco del ya particular “Derecho ultramarino”), lo que implicaba que a la carrera judicial podrían acceder no sólo peninsulares, sino los insulares, que habían sido formados en la Universidad de La Habana.

Este sistema de convocatoria de oposiciones en los territorios ultramarinos resultaba un verdadero escándalo por la sencilla razón de que permitiría que entraran naturales a la administración de justicia (“que la justicia se deposite en manos de naturales”, decía literalmente el Consejo)¹¹⁷, contradiciendo, así, una tendencia histórica exorbitada por los borbones que se inclinaba por que todos los cargos públicos fueran desempeñados por peninsulares¹¹⁸.

114 Orden de 24 de octubre de 1873, del Gobierno de la República, “aprobando el reglamento para la ejecución del decreto de 25 de octubre de 1870 sobre organización judicial en las provincias de Ultramar” (CL, t. 111, pp. 655-679).

115 Art. 10, *id.*

116 ACE, Ultramar, leg. 35, exp. 3. El dictamen lo reproduce Francisco Tomás y Valiente en su estudio histórico a *Consejo de Estado, op. cit.*, pp. 62-66.

117 A estos efectos, M^a Julia Solla Sastre, *Los ‘perjuicios irreparables’ de una justicia en manos de naturales (acerca de la organización judicial para Ultramar, 1870-1875)*, en «Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid», n^o 30, I/2015, pp. 359-378.

118 En relación con esta última afirmación del Consejo, *vid.* Mark A. Burkholder y D. S. Chandler en su obra ya clásica *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América, 1687-1808*, México, FCE, 1984.

Según el Consejo de Estado, los “naturales” estaban inhabilitados para administrar justicia fundamentalmente por varias razones que el Consejo consideraba irrefutables.

En primer lugar, por el escaso número de naturales que reunieran la aptitud necesaria para presentarse a la oposición y lograr, así, los fines del Decreto de octubre. La razón eran las escasas condiciones de formación jurídica de los naturales, “atrasados en su instrucción” en comparación con los peninsulares. El “atraso” provenía de la falta de práctica, en la medida en que los juristas criollos no habían tenido elementos y negocios en los que ejercitarse, ya que todos los cargos de justicia, según el Consejo, habían venido siendo desempeñados por peninsulares.

Este recelo estaba ligado con el segundo. La presencia de los naturales de aquellas provincias en los cargos de justicia impediría la homogeneización con la Península de los usos, estilos y prácticas judiciales, que sólo podría asegurarse a través del ejercicio de los cargos por los peninsulares, que extenderían allí los de los tribunales de la Península, preparando, así, “la unidad de la legislación”.

En tercer – y en mi opinión, en más importante – lugar, por el miedo atroz a la independencia de las funciones del poder judicial en el que no sólo concurrían poderosas facultades, sino que posteriormente podía ser proclamado como un “verdadero poder” independiente, que no sólo adoptaba decisiones de carácter irrevocable, sino que podría incluso llegar a acumular un control supremo sobre el resto de las autoridades¹¹⁹.

Estos argumentos revelan que la centralidad de la persona del juez y, por tanto, de su práctica y sus saberes jurídicos, seguían siendo fundamentales para el control, también judicial, del territorio. Desde esa perspectiva, el “pánico” a la inamovilidad revelaba el hecho de que aún la rectitud de la administración de justicia seguía dependiendo del juez idóneo. Idóneo para el aparato judicial decimonónico era el juez que reuniese condiciones de aptitud, moralidad y adhesión al Gobierno¹²⁰; los “naturales de aquellas provincias”, especialmente en Cuba, donde se estaba librando una guerra civil contra la metrópoli, no parecían reunir aquellos requisitos necesarios, en este caso de patriotismo, para ser declarados inamovibles.

En efecto, los jueces suponían, en palabras del Consejo, una “influencia legítima y necesaria en las colonias”, una “vía de dependencia y sumisión a

119 ACE, Ultramar, Leyes y Reglamentos, leg. 33.

120 Lorente (coord.), *De justicia de jueces*, op. cit.

España” y un “instrumento para la aplicación y la observancia de las disposiciones del Gobierno central”¹²¹. Parecía que se seguía confiando mucho más en el juez como instrumento de los fines del Derecho que en el Derecho mismo. Por ello, al ser tan fundamental, era la persona del juez la que arrastraba el Derecho de la Península y sus categorías, su modo de comprenderlo y de aplicarlo, creyendo que se mantendría, así, la justicia del territorio colonial controlado en manos de estos jueces.

En 1874 se abandonó la propuesta del sistema de oposición y se dictaron nuevas reglas para el ingreso y ascenso en la carrera judicial de Ultramar, menos restrictivas y más atentas a “la ilustración, la dignidad y las condiciones especiales” para la administración de justicia en las colonias, que consistían en el “amor a la madre patria, la defensa de sus intereses y los immaculados servicios a los tribunales en países perturbados”¹²². Como no podía ser de otra manera, el Decreto de 25 de octubre de 1870 se derogó en 1875 por la nueva monarquía de la Restauración, cuando se consideró inaplicable por su ambiciosa búsqueda de “mayores garantías de independencia a la administración de justicia en las provincias de Ultramar”¹²³.

En consecuencia, mientras que no se publicara una Ley de tribunales ultramarina, el Gobierno podría nombrar y separar libremente a los funcionarios del orden judicial con solo atender a las reglas que preveía aquella disposición en teoría “transitoria” y que, desde luego, alejaba toda remota posibilidad de ingreso de los naturales en la carrera judicial. La Constitución de 1876, si bien recuperaba la representación en Cortes de los diputados antillanos, volvía a retomar en su artículo 89 las leyes especiales para el gobierno de las posesiones ultramarinas. De nuevo, la única circulación posible de jueces era, pues, de la Península a aquellas provincias.

3.2.4. Comunicación de carreras judiciales

Ese único sentido en el movimiento de jueces (de España a Ultramar) tam-

121 ACE, Ultramar, Leyes y Reglamentos, leg. 35, exp. 3.

122 Decreto de 7 de mayo de 1874, del Ministerio de Ultramar, “dictando reglas para la provisión de las vacantes que ocurran en los órdenes judicial y fiscal de Ultramar” (*CL*, t. 112, pp. 705-707).

123 Real decreto de 12 de abril de 1875, del Ministerio de Ultramar, “derogando el decreto orgánico de 25 de octubre de 1870, que establecía la inamovilidad de los funcionarios del orden judicial en Ultramar, organizando la administración de justicia de dichas provincias y dictando reglas para la provisión de cargos de los órdenes judicial y fiscal” (*CL*, t. 114, pp. 516-524).

bién lo revelaba otra interesante operación que empezó a realizarse a mediados de siglo pero que se imposibilitó a partir de la LOPJ: la permuta de cargos judiciales entre Ultramar y la Península¹²⁴. La permuta tenía sentido en un mundo en el que la magistratura del fuero común no era una en todo el territorio español, sino que pertenecía a cuerpos de funcionarios distintos en función de si eran jueces dependientes del Ministerio de Ultramar (a partir de 1863) o del Ministerio de Gracia y Justicia.

Desde esa perspectiva, la permuta representaba un traslado y posterior incorporación a un cuerpo distinto, lo que la revestía de sentido como figura de movilidad entre cuerpos judiciales. Sin embargo, a partir de 1870 fue justamente el elemento de las oposiciones como vía de acceso a la carrera el que provocó el cortocircuito en todo posible intercambio de puestos entre Ultramar y Europa: los jueces ultramarinos no podían incorporarse a cargos peninsulares porque en teoría tras 1870 los jueces del Ministerio de Gracia y Justicia sólo podían ingresar a la carrera por oposición. Al acceder a la judicatura en Ultramar por nombramiento como promotores de juzgados de entrada pero no tras haber opositado, no había correspondencia posible entre carreras. La inobservancia del Decreto orgánico de 25 de octubre de 1870, que en teoría habría solucionado dicho problema, provocó que la oposición siguiera sirviendo para vetar el pase a la Península. Sin embargo, se hizo necesario articular ciertas reglas de comunicación entre carreras judiciales. Esa era la problemática que se quiso resolver en 1878.

En una etapa en la que ya parecía haberse abandonado la política de asimilación, se trató, en cambio, de asimilar la carrera judicial entre España y sus colonias para poder permitir la comunicación entre carreras judiciales a través de la movilidad de jueces. Justo cuando la guerra había ya terminado oficialmente, en 1878, se dictó un Real decreto que tenía como objetivo unificar las carreras civiles del Estado español en todo su territorio¹²⁵. Sin embar-

124 Para esto y para lo que sigue, M^a Julia Solla Sastre, *Una norma, dos magistraturas, tres escenarios: la Ley de 19 de agosto de 1885 de unificación de la carrera judicial de la Península y Ultramar*, en *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los Derechos patrios de América. Actas del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Santiago de Chile, desde el 29 de septiembre al 2 de octubre de 2008*, Alejandro Guzmán Brito (editor académico), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2010, tomo I, pp. 405-423.

125 Real decreto de 20 de setiembre de 1878, de la Presidencia del Consejo de Ministros, “disponiendo que el personal de los Tribunales ordinarios, el de las Universidades, Institutos, Escuelas especiales, Normales y de instrucción primaria, constituyan en cada

go, respecto a la judicatura, partía de la diferencia que existía entre categorías y cargos a uno y otro lado del Atlántico y tan sólo anunciaba la intención de comenzar las actuaciones de desarrollo del Decreto para establecer una correspondencia entre carreras.

En 1881 se mandaba a los gobernadores generales de Cuba y de Puerto Rico promulgar la Constitución de 1876 vigente en la Península¹²⁶. Un año después tendría lugar una profunda revisión de la Ley de tribunales de 1870, que tenía como objetivo establecer reglas claras sobre la progresión en la carrera judicial y sobre el régimen de derechos adquiridos por los jueces y magistrados. La reforma dio lugar a una nueva Ley, adicional a la orgánica del poder judicial¹²⁷, que además de revelar las insuficiencias e incapacidades de la LOPJ respecto a la reorganización del personal, evidenciaba justamente eso: la importancia del personal judicial como pieza clave de la administración de justicia y, por tanto, del peso de los derechos adquiridos del personal, que eran los que, aun dificultando la transferencia entre carreras, en última instancia servían para articular el aparato judicial.

En ese sentido la Ley adicional de 1882 regulaba con sumo detalle la estructura de la carrera judicial en la Península y la progresión en ella; pero si bien establecía los presupuestos para estructurar definitivamente la carrera y los cargos correspondientes seguía sin resolver, en cambio, la cuestión de la comunicación entre las carreras judiciales metropolitana y ultramarina. De hecho, a pesar de que estaban establecidos los presupuestos para el intercambio entre carreras, no podía saberse si existía unidad o no. En los años ochenta se fortaleció un discurso que mantenía que la unidad nacional conllevaba una unidad de Derecho. En ese contexto, para posibilitar la movilidad de la judicatura, fue muy relevante la Ley de 19 de agosto de 1885, que finalmente trataría de unificar las carreras judiciales de la Península y Ultramar¹²⁸. En términos muy generales esta ley partía del presupuesto de que las dos carreras judiciales (la de los jueces peninsulares del fuero común y la de los jueces de Ultramar) eran distintas y cada una de ellas constaba de un escalafón independiente.

clase una misma carrera y sirva indistintamente en la Península y en Ultramar” (CL, t. 121, pp. 466-470).

126 Decreto de 7 de abril de 1881, del Ministerio de Ultramar (*Gaceta de Madrid*, n° 99, del sábado 9 de abril de 1881, p. 81).

127 *Ley orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, cit.*

128 Ley de 19 de agosto de 1885, de la Presidencia del Consejo de Ministros, “unificando las carreras judicial y fiscal de la Península y Ultramar” (CL, t. 135, pp. 454-458).

“Unificar” las carreras significaba, pues, fijar pautas de correspondencia entre los cargos judiciales para integrar ambos escalafones. Efectivamente, lo que hacía la Ley de 1885 era establecer una simetría entre la estructura de ambas carreras, armonizar las condiciones de ingreso y ascenso en ellas y establecer las reglas para formar un escalafón general sobre la base del de los jueces de la Península, al que se le iban incorporando los jueces de Ultramar que quisieran integrarse en él.

Esta Ley fue tan relevante que con ella parece que quedó resuelto en lo sucesivo el tema de la comunicación entre ambas carreras, pero lo significativo era con qué instrumentos se trató de “unificar”. Si bien unificar el Derecho implicaba alcanzar regímenes jurídicos uniformes, sin embargo eso no llevaba aparejado “unificar” al personal judicial construyendo, por ejemplo, un estatuto general del juez como empleado público en todo el territorio, sino que se hacía aglutinando e integrando escalafones de magistraturas que no eran homogéneas, porque pertenecían a espacios que constitucionalmente tampoco lo eran. Lo que subyacía era una verdadera lógica corporativa: era integrando cuerpos de jueces existentes, y no centralizando, como se construía un aparato judicial administrativo sobre el que hacer recaer discursivamente un posible Derecho unificado del Estado.

Procesos como todos estos hasta aquí apuntados escenificarían la articulación jurídica e institucional del movimiento de los jueces en el territorio de la España colonial desde 1870 hasta 1885 y en adelante. Pero ponían de relieve sobre todo otro aspecto: la centralidad de la propia figura del juez, en torno al cual giraban las medidas de organización judicial. La clave de la administración colonial era, en definitiva, la capacidad de los empleados para dotar de una unidad a la heterogénea especialidad ultramarina:

“Lo que conviene a estos países [...] son autoridades rectas y celosas que, sabiendo interpretar acertadamente las necesidades públicas, dicten medidas adecuadas, proponiendo al supremo Gobierno las que consideren superiores a la esfera de su acción; funcionarios honrados, de talento e instrucción, que con su comportamiento sepan granjearse el respeto y aprecio de aquellos pueblos, y que con su prudente y sabia política logren formar un cuerpo compacto de todos los elementos heterogéneos que en ellos predominan”¹²⁹.

129 Torrente, *Bosquejo económico-político*, op. cit., p. 283.

4. “...*Se puede y debe dar a las provincias de Ultramar las leyes que exigen el buen gobierno de aquellos pueblos, y asimismo modificar y aun derogar las que en el día existen, si lo creyese oportuno, con el tacto y la circunspección con que en asuntos tan trascendentales se ha procedido siempre en los tiempos que nos han precedido...*”¹³⁰

Las leyes especiales que habían de traducir la especialidad en normas para el buen gobierno de aquellos pueblos nunca llegaron. Pero no por ello la especialidad había dejado de cultivarse: por medio de unas instituciones especiales imbricadas en el espacio gobernado por una realidad particular que, a su vez, materializaban a través de sus decisiones; y por medio de un personal especializado, conocedor y experimentado en la idiosincrasia del contexto local. *Verdad es que nos falta la base esencial de nuestro gobierno ultramarino, y que cada día se deja sentir más el vacío que nos ha dejado la revolución, pues ya no existe el Consejo de las Indias, y es nula la autoridad de los Reales Acuerdos*¹³¹. Las instituciones tradicionales que servían para aquel gobierno de la especialidad, y con ellas el criterio especializado de los hombres que las integraban, se habían ido desmantelando a partir de los años treinta, cuando los ámbitos constitucionales entre la Península y las islas se disgregaron.

*Pero sin embargo todavía los restos dispersos de aquel venerable depósito de datos históricos y tradicionales, sus archivos diseminados acá y allá, su simulacro representado en la sala de justicia en el Tribunal Supremo, todavía suministran gran peso de autoridad a las decisiones del gobierno: tal es la fuerza moral que instintivamente se mezcla con el recuerdo de su procedencia*¹³². La especialidad que había de mantenerse no emanaba de las leyes especiales, sino que constituía un patrimonio que las precedía, que no se podía modificar y sólo podía, en cambio, dejarse traslucir en la administración colonial. Se acudía al pasado para estructurar un presente que el Gobierno metropolitano no era capaz de colmar con instrumentos de centralización, porque el presupuesto de dicha centralización era un idioma homogéneo entre el centro y las periferias, y el mantenimiento de la especialidad, en cambio, interrumpía cualquier suerte de comunicación directa con la metrópoli,

¹³⁰ De Ramón Carbonell, *Observaciones sobre la administración de justicia en la isla de Cuba. Artículo IV*, en «Revista de España», tomo III, 1845, pp. 214-230, p. 227.

¹³¹ *Id.*

¹³² *Id.*

ya que cualquier medida de gobierno debía ser traducida – en el origen y en el destino, por vía de los sujetos y órganos especializados – al lenguaje de la especialidad.

Ciertamente, si algo ponía de relieve este itinerario era la debilidad de los instrumentos para centralizar¹³³. Ya uno de los considerados artífices de la Administración española, Manuel Colmeiro, planteaba tanto la necesidad de construir una centralización administrativa en el marco de un gobierno representativo¹³⁴, cuanto la contradicción de, para ello, tener que recuperar de la historia, de *aquel venerable depósito de datos históricos y tradicionales*, aquellas instituciones que, cimentadas en el pasado, sirvieran para construir vigorosamente la Administración coetánea¹³⁵. Esta obligación de los legisladores de “consultar a los tiempos antiguos” abría la puerta a que la especialidad institucional histórica entrara en el presente, se proyectara hacia el futuro y se convirtiera, por tanto, en constituyente.

El mantenimiento de esa especialidad de calado constitucional implicaba que cualquier construcción metropolitana sólo pudiera ser implantada tras haberse adaptado al contexto de la localidad. Las leyes e instituciones pasadas constituían un patrimonio que no se podía modificar y que colmaba un espacio que no estaba ocupado por el constitucionalismo formal de la Península, con lo que inevitablemente eran las personas y los cuerpos especializados los que podían traducir las medidas administrativas y de gobierno de la metrópoli a un contexto de una especialidad que cobraba la forma de una Constitución natural. Félix Erenchun lo explicaba en 1861 de esta manera:

“Deben aplicarse a Ultramar todas las leyes generales cuya inconveniencia no se demuestre, después que salgan airosas del ensayo que sufran en la Península. Así los directores de la administración ultramarina, sin desatender los proyectos elevados por las autoridades locales, deben estar en continua observación sobre los efectos que producen las disposiciones legislativas en las provincias peninsulares, a fin de trasplantar a Ultramar todas las instituciones reconocidas como beneficiosas a medida que se vayan arraigando en la metrópoli, siempre que su planteamiento no haya de causar notable perturbación en

133 En ese sentido, Lorente, *La suerte de la Recopilación*, cit.

134 Manuel Colmeiro, *Examen del Real decreto de 1 de junio de 1850, declarando a los ministros gefes superiores en sus respectivos departamentos*, en «REPU», tomo I, vol. 1, 1850, pp. 101-109.

135 Manuel Colmeiro, *De la centralización en España. Artículo II*, en «Revista de Españas y sus posesiones de Ultramar», tomo I, vol. 1, 1851, pp. 388-399, p. 399.

la máquina colonial, siempre que no choquen de frente con los hábitos, con las inclinaciones, con el modo de ser y de subsistir de los habitantes de las provincias ultramarinas, con su agricultura y su comercio especiales, con las relaciones establecidas entre las distintas razas y condiciones de su población, con los lazos, en fin, de respetuosa consideración que por fortuna unen al pueblo y a las autoridades de antiguo origen en las Indias españolas”¹³⁶.

Ahí radicaba la clave de estas estructuras: cualquier estándar normativo con pretensiones de generalidad que pudiera emanar de la metrópoli necesitaba agentes e instituciones locales que tradujeran aquellos parámetros a espacios y realidades concretas y distintas de aquellas en las que se habían generado. En este sentido, un concepto como el de “localización”, que A. Agüero propone para estudiar históricamente los fenómenos jurídicos locales¹³⁷, tiene la capacidad de articular también la relación entre el orden general previsto desde la metrópoli para todo su territorio y la práctica local que se manifestaba en las colonias¹³⁸. Porque efectivamente, siguiendo el planteamiento de este autor, en ese proceso de adaptación de un supuesto orden general a un ámbito local colmado de factores contextuales, afloraba el valor normativo de los elementos particulares en el proceso de interpretación de la voluntad de la metrópoli al designio de las colonias¹³⁹; un valor normativo, el de la especialidad, que emergía con enorme potencia en un espacio colonial que la metrópoli no tenía ni voluntad ni capacidad para gobernar con un imposible Derecho general.

* * *

En 1857 el antiguo Caledonia fue dado de baja en la Armada y se ordenó que fuera subastado el 3 de septiembre, pero en 1859, la guerra con Marruecos le obligó a incorporarse al servicio de transporte de tropas y pertrechos para aquella campaña. El destino, pues, del que fuera el majestuoso Caledonia, con

136 Erenchun, *Anales*, *op. cit.*, parágrafos 24-25, p. 2535.

137 Alejandro Agüero, *Derecho local y localización del Derecho en la tradición jurídica hispana. Reflexiones a partir del caso de Córdoba del Tucumán*, en Víctor Tau Anzoátegui, Alejandro Agüero (coords.), *El derecho local en la periferia de la Monarquía hispana. Río de la Plata, Tucumán y Cuyo, siglos XVI-XVIII*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2013, pp. 91-120, pp. 118-119.

138 *Ibid.*, p. 119.

139 *Id.*

su porte de 1200 toneladas, su fuerza de 440 caballos y sus 70,10 metros de eslora, fue la campaña de África, vaticinando, así, hacia dónde se iban a dirigir las nuevas ambiciones territoriales de una España que saldría gravemente herida de su experiencia colonial transoceánica. Con la aventura africana que estaría por llegar comenzaría el verdadero colonialismo, aquel en el que ya no había que fingir en relación con los territorios colonizados ninguna clase de especialidad histórica con trascendencia constitucional, porque simplemente la Constitución se frenaba en las fronteras africanas, donde comenzaba un escenario de excepción. A finales de siglo, España, como aquellas otras naciones europeas consideradas modernas, dirigiría su mirada hacia África, mientras que cada vez más lejos de su vista, el gobierno de aquellas islas antillanas y filipinas se iba desmantelando en el dique seco de Ultramar.

La Esperanza, viernes 18 de febrero de 1853¹⁴⁰. El sábado 5, a las tres y media de la tarde, llegó el vapor de la Habana Conde de Regla, que anteriormente era llamado Caledonia. Ha traído veintisiete días de viaje, habiendo sufrido muchos temporales en la altura de las Azores. Nada de extraordinario para en aquella parte de la América; el lunes de madrugada dicho vapor, después de tomar carbón, algunos pasajeros y objetos de comercio, levantó ancla y se dirigió al puerto de Cádiz.

*Algeciras, despacho de 12 de febrero de 1860*¹⁴¹.

140 N. 2554.

141 *La discusión*, n.

Barómetro alto, viento NO, claro y despejado, con poca mar. El Conde de Regla, con raciones y municiones para la Marina, ha llegado a este puerto a prima tarde; también ha traído municiones y galletas para la administración militar. Se descargará y hará la distribución oportuna.

La España, sábado 25 de febrero de 1860¹⁴². El despacho del general en jefe recibido ayer tarde no deja ya lugar a la duda de que han sido infructuosas todas las negociaciones para poner término a la guerra.

Con el vapor Conde de Regla han llegado a la rada de Tetuán, desde donde se han dirigido al cuartel general, los señores García Rizo, ayudante de campo del conde de Lucena, que condujo a Madrid los trofeos de la acción del 4; Ramírez, gobernador del cuartel general, ya curado de sus dolencias, y Trabado, secretario del gobierno de la provincia de Sevilla, que pasa a África a las órdenes del general en jefe.

1267, del miércoles 15 de febrero de 1860.

142 N. 4557.

El Clamor Público, viernes 25 de mayo de 1860¹⁴³. Se espera dentro de algunos días la fragata Bailén y el vapor Conde de Regla, que van a desarmar de orden del Gobierno.

143 N. 4871.

La Discusión, lunes 30 de abril de 1860¹⁴⁰. Anoche entraron en Cádiz los vapores Velasco y Conde de Regla y el mercante Barcino, con los regimientos de Córdoba y Castilla y el primer batallón de León.

La Iberia, viernes 29 de junio de 1860¹⁴¹. Ya tenemos en el puerto los buques de

140 Suplemento al n. 1385.

141 N. 1821.

guerra que se esperaban: el navío Reina doña Isabel II, las fragatas Bailén y Blanca y los vapores Conde de Regla, Ferrol y San Quintín. La Bailén va a entrar en dique para recorrer sus costados y fondos y practicarle otras reparaciones; la Blanca entrará también en dique para reponer parte de su máquina; al Conde de Regla se le declaró en primera situación, con el fin de extraer sus máquinas y reconocer su estado; y al San Quintín

se le van a colocar nuevas calderas.

La España, viernes 20 de octubre de 1865¹⁴². Durante la segunda quincena de setiembre último se han ejecutado en el departamento del Ferrol los trabajos siguientes: Vapor Conde de Regla.- Continuó el desmonte de su máquina y se siguió despernando herrajes, desaforrando plomo y desguazando.

142 N. 5915.

Pablo Zapatero Miguel

Acción y reacción en la lucha contra la impunidad:
el caso del Genocidio Maya

1. *Fuera de casa*

La lucha contra la impunidad se mueve a lo ancho y largo del mundo, dependiendo de lo que activistas, juristas, víctimas y hacen con el derecho, dentro de sus procedimientos, aquí, allá o al otro lado del mundo. El derecho es una experiencia compartida en continuo movimiento, y por ello la lucha contra la impunidad se mueve, continuamente, en múltiples frentes. Con esta óptica, estas páginas analizan los movimientos y acciones legales de unos y otros actores ante un caso paradigmático de la lucha global contra la impunidad: las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos producidas durante la dictadura de Ríos Montt en Guatemala; unos hechos que han sido y son objeto de procedimientos judiciales tanto en Guatemala como en España.

En este sentido, los procesos de justicia transicional, la verdad, la justicia y la reconciliación pueden llegar en todas las secuencias posibles¹. Las causas judiciales abiertas en el extranjero abren espacios para intensificar la lucha contra la impunidad en sociedades post-conflicto². En este sentido, la litigación transnacional en materia de jurisdicción universal cumple una función de “palanca” sobre los procesos de justicia transicional estancados o cerrados en falso³.

Las Diligencias Previas 331/99 abiertas en la Audiencia Nacional de Espa-

1 Ver John Braithwaite, Ray Nickson, *Timing Truth, Reconciliation, and Justice after war*, «Ohio State Journal on Dispute Settlement», 27, 2012, p. 447. Asimismo, véase Laurel E. Fletcher, Harvey M. Weinstein & Jamie Rowen, *Context, timing and the dynamics of transitional justice: a historical perspective*, «Human Rights Quarterly», 31, 2009, p. 163.

2 Ver Carsten Stahn, *The geometry of transitional justice: choices of institutional design*, «Leiden Journal of International Law», 18, 2005, pp. 425 y ss.

3 Sobre los procesos de justicia transicional véase, en particular, Jon Elster, *Closing the books: transitional justice in historical perspective*, 2004 y Ruti G. Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, «Harvard Human Rights Journal», 16, 2003.

ña por el denominado “genocidio maya” durante la Dictadura guatemalteca del periodo 1978 a 1984 son un ejemplo paradigmático⁴. Desde un inicio, la instrucción de esta causa en España ha ejercido de “palanca” en Guatemala para alentar a las víctimas y activistas guatemaltecos a continuar luchando para sentar en el banquillo de los acusados a los autores intelectuales del asesinato selectivo de miles de personas de la etnia maya⁵.

En ese periodo, Guatemala fue objeto de uno de los más devastadores conflictos armados de la historia de América Latina, pasando a ser una casilla más del macabro tablero global de la guerra fría: durante esta época, los movimientos sociales mayas, y por extensión las propias comunidades indígenas, fueron objetivo de la acción armada de cuerpos militares y paramilitares.

Las acciones militares y paramilitares se inician a finales de la década de los años 70, con el surgimiento de los primeros grupos guerrilleros de extracción maya. En esta etapa, la violencia contra la población indígena alcanza formas y dimensiones que permiten subsumirla en el tipo penal de genocidio, dado el encarnizamiento de la violencia indiscriminada sobre las comunidades indígenas.

La junta militar liderada por Efraín Ríos Montt activó un plan de operaciones militares sistemáticas sobre áreas periféricas (*sweep operations*) para impedir la denominada “teoría de la ola”: es decir, que el comunismo alcanzara el poder en Guatemala; del sur al norte, empezando por Nicaragua, pasando por Salvador y llegando a Guatemala.

Tras descabezar las organizaciones populares en el centro del país, el alto mando militar consolidó el control del territorio aplicando este plan con la asistencia de las denominadas “patrullas de autodefensa civil”, en las que miles de guatemaltecos participaron como paramilitares⁶.

La implantación de estos métodos de contrainsurgencia, con la asistencia técnica de EEUU (p.e: trasplantando las denominadas “aldeas estratégicas” de Vietnam), hizo posible que el alto mando militar controlara, en un corto periodo de tiempo, gran parte del territorio del país, a excepción de las denominadas comunidades de población y resistencia (CPR), que mantuvieron

4 Para una explicación (incluyendo referencias bibliográficas comentadas) véase Samuel Totten *Genocide in Guatemala*, Genocide of Indigenous Peoples, Transactions Publishers, 2011, pp. 271-299.

5 Naomi Roht-Arriaza, *Guatemala Genocide Case*, «American Journal of International Law», 100, 2006.

6 Véase Alice Jay, *Persecution by Proxy: the civil patrols in Guatemala*, Robert F. Kennedy Foundation, 1993.

un control discontinuo en ciertas áreas hasta la firma de los acuerdos de paz entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca el 29 de diciembre de 1996.

La estrategia empleada por la junta militar arrastró a Guatemala a una de las más dantescas etapas de la historia moderna de América Central, dejando tras de sí cientos de miles de muertos y un país colapsado y fracturado por las secuelas del conflicto. El 80% de las víctimas de las acciones armadas bajo este plan del alto mando militar eran indígenas de etnia maya.

En España, desde 1999, el Juzgado Central de Instrucción número 1 de la Audiencia Nacional, ocupado por el juez Santiago Pedraz, instruye una causa de jurisdicción universal sobre los delitos cometidos durante este conflicto. La causa trae origen en una querrela ante la Audiencia Nacional de la líder indigenista Rigoberta Menchú, contra altos representantes políticos y militares guatemaltecos, incluido Efraín Ríos Montt; quien fuera Jefe del Estado entre el 23 de marzo de 1982 y el 8 de agosto de 1983 y, diputado del Congreso de la República de Guatemala, hasta fechas recientes.

El sumario aborda delitos de especial gravedad entre los que destaca la supuesta comisión de un genocidio contra el pueblo maya. Al tiempo, en pieza separada, se incorpora los asesinatos de 37 personas en el asalto a la Embajada de España del 31 de enero de 1980 por parte de cuerpos de seguridad del Estado.

Admitida a trámite el 27 de marzo de 2000, esta causa ha provocado profundas tensiones entre la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo español y el Tribunal Constitucional del Reino de España así como un auténtico “choque de trasatlánticos” entre las máximas instancias judiciales de los dos Estados soberanos involucrados: el Tribunal Constitucional del Reino de España y la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala.

En este sentido, la instrucción de la causa por la Audiencia Nacional ha encontrado serias dificultades desde sus inicios tanto en España como en Guatemala. Así, tras la apertura de diligencias previas, el propio fiscal de la Audiencia Nacional, Pedro Rubira, negó la competencia jurisdiccional y propuso el archivo de la demanda. Sin embargo, el que fuera titular del Juzgado Central de Instrucción número 1 entonces, Guillermo Ruiz de Polanco, ratificó la jurisdicción en abril de 2000.

En respuesta, el fiscal recurrió en apelación ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, por su parte, ordenó el archivo argumentando que el caso carecía de «la premisa fáctica de inactividad de la justicia

guatemalteca», al contrario de lo que había sucedido en los casos de Chile y Argentina.

Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal Supremo, que condicionó el enjuiciamiento a que los presuntos responsables se encontraran en territorio nacional. La sentencia, adoptada por 8 votos contra 7, determinó que el ejercicio de la jurisdicción universal conforme al derecho internacional requería la existencia de un vínculo con el foro⁷. Al tiempo, no obstante, estimó que los tribunales españoles eran competentes para juzgar el asalto a la embajada y el asesinato de españoles.

De esta forma, el Tribunal Supremo cuestionaba la posibilidad de ejercer «un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado Soberano». El alto tribunal hizo énfasis asimismo en el vínculo de conexión y determinó que la práctica convencional de España (incluido el Convenio sobre Genocidio de 1948) no permite hacer una interpretación ilimitada de la competencia de los tribunales españoles para ejercer la jurisdicción universal.

La decisión del Tribunal Supremo (25 de febrero de 2003) fue, sin embargo, objeto de un recurso de amparo que cambia las tornas del procedimiento. La decisión constitucional que resulta de este amparo conforma un principio de jurisdicción universal *absoluto* (26 de septiembre de 2005)⁸:

El artículo 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la LOPJ instaura un *principio de jurisdicción universal absoluto*, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional aborda el vínculo de conexión su-

7 Sentencia de la Sala de lo Penal n. 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

8 José Elías Esteve Moltó, *El reconocimiento del principio de la jurisdicción universal en la sentencia de 26 de septiembre de 2005 del Tribunal Constitucional, (caso Guatemala)*, 21 Anuario de derecho internacional, 2005, pp. 493-518.

brayando que la presencia del acusado en territorio español es, en cualquier caso, un “requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena” (inexistencia de los juicios *in absentia* en la legislación española). Así, transforma la extradición en una “pieza fundamental” para sancionar crímenes que afectan a la comunidad internacional.

Sin embargo, el máximo interprete constitucional añade algo importante: «no [se] puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución». En suma, esta solución judicial impedía vaciar de contenido el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

Será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Tratando de reducir el impacto de esta jurisprudencia, el gobierno español impulsaría una reforma del precepto unos años después, el 19 de mayo de 2009, para restringir el uso de la jurisdicción universal⁹. En cualquiera de los casos, en aquel momento, la sentencia constitucional española (26 de septiembre de 2005) permitió continuar con la instrucción por parte de la Audiencia Nacional al confirmar la legalidad de las actuaciones¹⁰.

En Guatemala, por su parte, la cooperación con la instrucción en España ha sido muy limitada. Como era de prever, las comisiones rogatorias para la toma de declaración a testigos e imputados por parte de la Audiencia Nacional se libraron sin éxito. De hecho, las dilaciones y obstrucciones en su trami-

9 Véase Antoni Pigrau Solé, *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio*, Barcelona, 2009, p. 122 así como Antonio Remiro Brotons, *Crímenes internacionales, jueces estatales*, «Política Exterior», 134, 2010.

10 Véase Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005 sobre competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos en Guatemala, 26 de septiembre de 2005.

tación por las autoridades guatemaltecas llevaron al Juez Santiago Pedraz y el Fiscal Jesús Alonso a desplazarse en comisión judicial para obtener dichas declaraciones, en colaboración con un juez de enlace guatemalteco, en junio de 2006.

Sin embargo, durante la estancia de esta comisión judicial en Guatemala, la presentación de varios recursos de amparo ante la Corte Constitucional guatemalteca por los imputados suspendió la toma de declaraciones *in loco*¹¹.

Así las cosas, de vuelta del infructuoso desplazamiento, el juez español optó por continuar la investigación en España, dada la efectiva “actitud obstruccionista” de los imputados. Para ello, dictó orden de detención internacional contra ellos (auto de 7 de julio de 2006). Posteriormente, asimismo, presentó solicitudes de extradición en virtud del tratado de extradición de 1895 entre el Reino de España y la República de Guatemala (auto de 22 de noviembre de 2006).

Posteriormente, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala negó la jurisdicción española el 12 de diciembre de 2007 en respuesta a un nuevo recurso de amparo presentado por los militares Angel Aníbal Arredondo y Pedro García Guevara. A partir de ese momento, Guatemala cerró las puertas a cualquier acto de cooperación judicial internacional con España en relación con este caso. En su sentencia, la Corte Constitucional hizo un reconocimiento expreso del principio *aut dedere aut judicare*, y remitió al Ministerio Público guatemalteco, dado que éste ostenta la competencia para impulsar el procedimiento penal en Guatemala desde los años 90.

Así las cosas, la decisión constitucional guatemalteca colocó a la Audiencia Nacional en una difícil situación: ejercer la jurisdicción universal *in absentia* y sin cooperación judicial internacional. Ante esta situación, el juez instructor opta por dejar sin efecto las comisiones en un auto de especial dureza (9 de enero de 2008): para el juez, la decisión constitucional guatemalteca “desliza” (sic) que el Estado de Guatemala «acepta y asume la violación de sus obligaciones internacionales y de su propia ley nacional» al incumplir su obligación (consuetudinaria a la par que convencional) de juzgar o extraditar (*erga omnes aut dedere aut judicare*).

Al tiempo, el juez recuerda que la decisión del alto tribunal «nada dice ni insinúa» sobre la plena y efectiva ejecución de esta obligación y, por consi-

11 Naomi Roht-Arriaza, *Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala*, «Chicago Journal of International Law» 9, 1, 2008, p. 93.

guiente, incurre en «flagrante violación de sus obligaciones como Estado». Por otro lado, subraya la “clara actitud dilatoria” de las autoridades guatemaltecas (retrasos en la tramitación, cuestiones de firma, apostilla y, muy particular, los recursos de imputados). Asimismo, constata que la Corte de Constitucionalidad viene a considerar lo acontecido contra el pueblo maya como un “delito político” (auto de 16 de enero de 2006).

Por último, el juez español recuerda que la propia Ley de reconciliación nacional de la República de Guatemala no excluye el enjuiciamiento de delitos de jurisdicción universal: «la extinción de la responsabilidad penal a que se refiere esta ley, no será aplicable a los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, así como aquellos delitos que sean imprescriptibles o que no admitan la extinción de la responsabilidad penal, de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala»¹².

Así pues, para el Juzgado Central de Instrucción número 1 de la Audiencia Nacional, queda «suficientemente establecido» que las autoridades públicas de Guatemala han incumplido sus obligaciones legales al respecto. En conclusión, atribuye al Estado de Guatemala la violación de la obligación de prevenir y sancionar a los autores de este delito. Por ello, «España puede y *debe* perseguir universalmente tal delito».

A partir de este momento, la instrucción de la causa se verá lastrada por la falta de cooperación de las autoridades guatemaltecas. Así las cosas, el juez decide tomar las declaraciones de testigos en la propia sede de la Audiencia Nacional, con la ayuda de un grupo de abogados y activistas transnacionales, activos en esta causa.

2. *Acción lateral*

De esta forma, dos grupos de testigos desplazados a Madrid, con financiación del Estado español, declararon en la Audiencia Nacional en febrero y mayo de 2008. El primero de estos grupos participó bajo el régimen de protección de testigos. Los testigos fueron seleccionados con la colaboración de una organización local de mujeres mayas cuyos miembros asimismo han actuado como interpretes en la Audiencia Nacional. El coste de la iniciativa, autorizado por la gerencia del Ministerio de Justicia, fue de 36000 euros y 15000 euros respectivamente.

¹² Véase Decreto nº 145-1996, Ley de reconciliación nacional, 27 de diciembre de 1996.

Asimismo, el juez autoriza la comparecencia de un grupo de peritos y expertos extranjeros entre los que destacan Benito Morales (Fundación Rigoberta Menchú), Naomi Roht-Arriaza (Hasting College of Law/Center for Justice and Accountability) y Beatriz Manz (Universidad de Berkeley).

En suma, el juez busca nuevas fórmulas para alimentar la causa ante la falta de cooperación judicial guatemalteca. De hecho, con anterioridad a la toma de declaraciones, solicita la colaboración del propio Secretario General de Naciones Unidas, para acceder a datos sobre potenciales testigos incluidos en los materiales de la Comisión para Esclarecimiento Histórico guatemalteca (1993), presidida por Christian Tomuschat¹³.

Posteriormente, en 2008, el juez emitió un auto que dejaba sin efecto «todas y cada una de las comisiones rogatorias libradas a Guatemala (pendientes de cumplimentar desde hace tiempo)» y *en su lugar* decidía *acudir a otras fuentes de investigación*; sin duda, un auto único en términos de derecho comparado.

En este auto, a resultas de la falta de colaboración de las autoridades guatemaltecas, el juez «estima oportuno solicitar vía medios de comunicación guatemaltecos (prensa, radio, televisión y digitales) y de países limítrofes (México, Belice, Honduras, Nicaragua, El Salvador y Estados Unidos), la publicación de una *nota* [...] para que las víctimas, perjudicados, testigos, investigadores, etc., suministren al juzgado información sobre los hechos investigados». Esta es la transcripción literal de este peculiar auto:

El Juzgado Central de Instrucción número Uno de la Audiencia Nacional de España, a la vista de la negativa de las autoridades guatemaltecas a colaborar en la investigación, solicita a todas aquellas personas que sean víctimas, perjudicados, testigos, o cualquiera otras que puedan suministrar *información relevante sobre el genocidio y demás delitos cometidos contra el pueblo Maya en Guatemala* la pongan en conocimiento de este Juzgado a través de los canales oportunos y adecuados para ello en dichos países de conformidad con lo establecido en el derecho español a tal efecto. Dicha información *será oportunamente remitida a este Juzgado* para incorporarla a la causa.

Así pues, el auto emplea el *gabinete de prensa* de un órgano jurisdiccional para realizar notificaciones generales. Por consiguiente, atribuye al gabinete de prensa una peculiar función, como vehículo de comunicación/intermediación con personas residentes en terceros Estados. En suma, el auto emplea

13 Christian Tomuschat, *Clarification Commission in Guatemala*, «Human Rights Quarterly» 23, 2, 2001, pp. 233-258.

Notas de prensa (solicitud a los medios de comunicación) para ejercer su función jurisdiccional.

Por su parte, el gabinete de prensa trasladó el auto a 450 medios de comunicación empleando la *agenda de comunicación* de la Secretaría de Estado de la Comunicación (Ministerio de la Presidencia) y los contactos de prensa internacional previamente acreditados en la Audiencia Nacional durante el juicio del 11-M¹⁴.

Este auto ha sido criticado por algunos sectores de la profesión. Sin duda, desafía el pensamiento jurídico convencional. Ahora bien, es evidente que la negativa del Estado guatemalteco planteaba un dilema jurisdiccional: (Opción A) archivar el caso u (Opción B) identificar alternativas.

Ejercitar el *pensamiento lateral* en el campo procesal no parece del todo irrazonable cuando se persigue la lucha contra la impunidad. En este sentido, la creatividad legal también está presente en los colectivos transnacionales de abogados y activistas que participan en este caso.

Así, las actuaciones en la Audiencia Nacional han continuado gracias a la participación de grupos de activistas que, empleando el lenguaje de los derechos humanos y la jurisdicción universal, han colaborado en la instrucción del procedimiento. El caso Guatemala es, en este sentido, un claro ejemplo del poder de las redes transnacionales de activistas en la lucha contra la impunidad¹⁵.

En este procedimiento ante la Audiencia Nacional han colaborado de manera regular diversos equipos de profesionales y abogados de interés público a ambas orillas del atlántico, tanto en España, como en Guatemala y Estados Unidos. Además de abogados, activistas y víctimas guatemaltecas, la red incorpora abogados españoles, abogados en La Haya y San Francisco así como estudiantes de educación legal clínica de las facultades de derecho de Hastings y Harvard, entre otros colectivos¹⁶.

Las estructuras y redes de colaboración son múltiples. De hecho, a partir de este caso, la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE) estableció una alianza con el Center for Justice and Accountability (CJA) de San

14 Conversaciones con la directora de la oficina, Maite Cunchillos.

15 Sobre estas redes véase Margaret E. Keck & Kathryn Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, «Cornell University Press», 1998.

16 Para una valoración de dos de las más destacadas activistas en este proceso véase Naomi Roht-Arriaza, Almudena Bernabeu, *Many Roads to Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-conflict Guatemala*, in *The Role of Courts in Transitional Justice : Voices from Latin America and Spain*, Routledge, 2012, pp.184-209.

Francisco, centro especializado en litigación de interés público, y que colabora con la Fundación Rigoberta Menchú desde 2006.

Sin duda, estas redes transnacionales se caracterizan por una predisposición a la experimentación, una huida del formalismo así como por la colaboración horizontal: botones de muestra son entre otros, por ejemplo, la toma de contacto informal del Juez Pedraz con la Asociación para la Justicia y la Reconciliación durante su estancia en Guatemala, así como la presencia en la Audiencia Nacional de profesores asociados a ONGs estadounidenses o la colaboración entre las organizaciones arriba citadas¹⁷.

A menudo, son pequeñas cosas las que marcan la diferencia¹⁸. La importancia del “factor humano” por tanto, es evidente. Así por ejemplo, la estancia de prácticas en el CJA de la abogada Almudena Bernabé, una socia de la AP-DHE (2005/6) ha contribuido de forma decisiva a reforzar estas redes: de hecho, esta letrada española sigue trabajando en este y otros casos desde San Francisco en la actualidad.

Las actuaciones de unos y otros en el marco de este azaroso procedimiento ante la Audiencia Nacional han recibido la cobertura regular de la prensa guatemalteca desde el inicio del procedimiento, influyendo en la agenda pública de este país, durante un periodo en que los procedimientos penales por aquellos hechos brillaban por su ausencia.

En este sentido, el procedimiento en España ha alentado la lucha contra la impunidad en Guatemala. Empleando palabras de Roht-Arriaza, la combinación de la causa en España y la presión social en Guatemala, cambió la “ecuación nacional”, contribuyendo a que el problema siguiera en el centro de la conciencia nacional.

Así, la instrucción de un procedimiento sobre jurisdicción universal en España ha legitimado los esfuerzos realizados por una parte de la sociedad guatemalteca para llevar al banquillo a los responsables intelectuales de las masacres de comunidades indígenas mayas.

El procedimiento en la Audiencia Nacional ha tenido un efecto simbólico y legitimador en Guatemala¹⁹. En este sentido, la causa alimentada por estas

17 Para una perspectiva general desde la abogacía de interés público véase Manuel Olle Sese, *Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal*, «Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciari», 25, 2006, pp. 5-20.

18 Malcom Gladwell, *The Tipping point: How little things can make a big difference*, Back Bay Books, 2002.

19 Naomi Roht-Arriaza, *Making the State Do Justice*, pp. 92, 97 y 101.

redes transnacionales de activistas en España ha contribuido a mantener la llama de la lucha contra la impunidad desde su admisión a trámite en 1999 hasta el reciente procesamiento de Efraín Ríos Montt²⁰.

Juristas con una participación destaca en el caso desde sus orígenes, como Almudena Bernabeu y Naomi Roht-Arriaza, asocian los actuales avances judiciales en Guatemala con el procedimiento abierto en España: «although there is no simple cause and effect relationship between the Spanish case and the new domestic efforts, the two will continue to support and enrich each other as the fight against impunity moves to a new stage»²¹.

Del mismo modo que el arresto de Pinochet en Londres (para extraditarlo a Madrid) estimuló los esfuerzos para juzgarle en Chile²², este procedimiento ante la Audiencia Nacional ha servido de estímulo para que avance los procedimientos judiciales en Guatemala. En palabras de Lutz y Sikkink, este tipo de procedimientos de alta visibilidad promueven “cascadas de justicia”²³.

Obviamente, la evolución de las actuaciones no pasó desapercibida para aquellos ciudadanos guatemaltecos que trataban de seguir deshaciendo la madeja de la impunidad desde su propio país. Roht-Arriaza captura con meridiana claridad las virtudes del ejercicio de jurisdicción universal empleando la siguiente expresión: *abrir espacios*²⁴. Claramente, el ejercicio de la jurisdicción universal puede abrir “brechas” en la carcasa social y legal de la impunidad en sociedades post-conflicto. De esta forma, hoy en día, se consigue en ocasiones poner el derecho interno en movimiento.

3. *Vuelta a casa*

En suma, el procedimiento judicial activo en España desde 1999 ha mantenido encendida la llama de la lucha contra la impunidad hasta fechas recientes, a la espera de la posibilidad de juzgar los hechos de forma efectiva en

20 Véase secciones 3 y 4.

21 Roht-Arriaza, Bernabeu, *Many Roads to Justice* cit., p. 209.

22 Naomi Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect. Y Collins, Cath. Human Rights Trials in Chile During and After the 'Pinochet Years*, «International Journal of Transnational Justice» 4, 1, 2010, pp. 67-86.

23 Lutz Sikkink, *The Justice Cascade: the evolution and impact of foreign human rights in Latin America*, «Chicago Journal of International law» 2, 1, 2001, pp.1-34.

24 Naomi Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of human rights*, Pennsylvania Studies in Human Rights, 2006, capítulos 7 y 8 en especial.

Guatemala. Sentar en el banquillo a los responsables intelectuales de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos es, sin duda, el medio por el que una sociedad puede recuperarse de las heridas de un conflicto armado interno y construir, a partir de ahí, un futuro en común.

En este sentido, víctimas y activistas alimentan procesos judiciales estratégicos, la judicatura los administra, la academia participa en los procesos (aportando peritajes pero también “doctrina” y legitimación) y la prensa relata la evolución de los acontecimientos (quién es quién, y qué hace cada cual).

El caso de Guatemala es un claro botón de muestra a este respecto. Así, 27 años después de que Efraín Ríos Montt abandonara la Jefatura del Estado, éste ha visto envuelto en un complejo escenario judicial penal durante el que, de hecho, ha ingresado en prisión por unos días en 2013.

La fuerza moral y simbólica de este hecho marca un punto de inflexión a la hora de consolidar el proceso de justicia transicional en Guatemala. Más de una década después de la apertura de las Diligencias Previas 331/99 en la Audiencia Nacional, al calor del caso Pinochet, algo está pasando en Guatemala.

Los cuadros de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos en conflictos internos armados tienen como máximos responsables a las cadenas de mando (cadena de mando política y militar: mando supremo/mandos superiores). Juzgándoles se apuntala la justicia transicional.

El juicio contra Ríos Montt iniciado en 2013 en Guatemala es, por tanto, un punto de inflexión. De hecho, hasta el procesamiento del ex Jefe del Estado, se había producido un goteo de juicios contra autores materiales de delitos de sangre (a la sazón en su gran mayoría indígenas), pero no se habían abordado responsabilidades penales en la parte alta de la cadena de mando (autores intelectuales). En este sentido, las condenas en firme a miembros del estamento militar han sido muy escasas, y excepcionales en sí mismas, dado el reconocimiento social de las víctimas.

Así, el Tribunal Primero de Alta Peligrosidad A de Mayor Riesgo condenó al coronel retirado Byron Lima Estrada, a su hijo el capitán Byron Lima Oli-va y al suboficial del Ejército Obdulio Villanueva por el asesinato del obispo Gerardi (sentencia de 2000). Asimismo, la Corte Suprema de Justicia confirmó en casación (sentencia de 2004) la condena impuesta por un Tribunal de Sentencia al sargento Noel de Jesús Beteta (sentencia de 1993) y al coronel Valencia Osorio por la autoría material e intelectual, respectivamente, del asesinato de la antropóloga Myrna Mack.

El resto de las condenas son de paramilitares o militares indígenas muy aleja-

dos de los puestos de mando. Así, el Tribunal de Sentencia de Salama condenó a cinco paramilitares miembros de las patrullas de autodefensa civil (PAC) por la masacre de 107 niños y 70 mujeres en la aldea de Río Negro, en Baja Verapaz²⁵. Finalmente, tras 15 años de dilaciones, 5 patrulleros de etnia maya procedentes de la cercana villa de Xococ (Macario Alvarado Toj, Pablo Ruiz Alvarado, Francisco Alvarado Laju, Tomas Dino Alvarado y Lucas Laju Alvarado) fueron condenados a 30 años de cárcel (sentencia de 28 de mayo de 2008).

Del mismo modo, el Tribunal Primero A de Alta Peligrosidad y Mayor Riesgo (presidido por Jazmín Barrios) condenó a 4 militares (Daniel Martínez, Manuel Pop, Reyes Collin y Carlos Carías) por la matanza de 201 personas en la comunidad de Dos Erres, Petén (sentencia de 2 agosto de 2011). Con posterioridad, el Tribunal Primero B de Alta Peligrosidad y Mayor Riesgo B (presidido por Irma Valdéz) condena asimismo al militar Pedro Pimentel por este mismo caso (12 de marzo 2012).

Por otro lado, el Tribunal Primero A de Alto Riesgo ha condenado a otros 5 paramilitares de las PAC (Eusebio Grace, Julián y Mario Acog, Santos Rosales y Lucas Tecú) por el asesinato de 256 indígenas en Plan de Sánchez, Rabinal, Baja Verapaz (sentencia de 21 de marzo 2012). Asimismo, es de destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estado involucrada en el enjuiciamiento internacional de determinados hechos²⁶.

En suma, el goteo selectivo de juicios penales en Guatemala muestra una dificultad estructural para juzgar a personas no indígenas en la parte alta del estamento político y militar. Ante este estado de cosas, es evidente que hay muchas fichas todavía por mover en el “tablero” de la lucha contra la impunidad en Guatemala.

4. *Avance y pausa*

Las acciones se producen en múltiples frentes, y obviamente tienen sentidos divergentes. Por un lado, una parte importante de la clase política, militar

25 Véase la actividad de NISGUA que ha acompañado el caso de Río Negro desde su reactivación en diciembre de 2007.

26 Sobre la contribución de la Corte Interamericana de derechos humanos en Guatemala véase, en particular, Davis Jeffrey, Edward H. Warner, *Reaching beyond the State: Judicial Independence, the Inter-American Court of Human Rights and Accountability in Guatemala*, «International Law: Contemporary Issues and Future Developments», 2011, pp.195-215.

y empresarial implicada en violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos moviliza recursos para ralentizar o impedir los procedimientos penales; por el otro, las víctimas y familiares así como otros ciudadanos guatemaltecos (incluidos representantes públicos, parlamentarios, jueces y funcionarios) alimentan estos procedimientos y presionan por múltiples vías para que avancen. El posible desenlace no es de modo alguno evidente.

Desde que el impulsor del primer informe para la Recuperación de la Memoria Histórica de 1998 (*Guatemala: Nunca Más*), Monseñor Juan Gerardi, fue asesinado dos días después de su presentación oficial (26 de abril de 1998) ha llovido mucho²⁷.

Como es sabido, el informe *Guatemala: Memoria del silencio* presentado en 1999 por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH)²⁸, en virtud del Acuerdo de Oslo el 23 de junio de 1994, tomó el testigo de aquel notable esfuerzo de recuperación de la memoria²⁹.

Este segundo informe, además de describir detalladamente los hechos, identificaba los ataques a grupos específicos indígenas como genocidio³⁰. A partir de ahí, realizaba recomendaciones a los poderes públicos: (1) adoptar medidas para preservar la memoria de las víctimas, (2) reparar a las víctimas, (3) localizar las fosas comunes y realizar exhumaciones, (4) realizar una reforma estructural del ejército y del sistema de justicia, (5) establecer programas y medidas de discriminación positiva a favor de la población indígena y (6) fomentar la cultura de los derechos humanos en Guatemala.

Sin embargo, el gobierno guatemalteco desautorizó su contenido, negando que fuera una descripción oficial y veraz de los hechos³¹. Obviamente, negar

27 Véase en particular Francisco Goldman, *The art of Political Murder: who killed the Bishop?*, «Grove Press», 2007.

28 Victoria Sanford, *Why Truth still matters: Historical Clarification, Impunity, and Justice in Contemporary Guatemala*, in *the Wake of War: Democratization and Internal Armed Conflict in Latin America*, «Woodrow Wilson Center Press», 2012, pp. 351-372.

29 Véase Greg Grandin, *Politics by Other Means: Guatemala's Quiet Genocide*, in *Quiet Genocide: Guatemala 1981-1983*, Transaction Publishers, 2009.

30 Para un estudio sobre ambas comisiones de la verdad (CEH y REMHI) véase Anita Isaacs, *Truth and the Challenge of Reconciliation in Guatemala*, Reconciliation(s): in *Transitional Justice in Postconflict Societies*, «McGill-Queen's University Press», 2009, pp.116-146.

31 Véase *Posición inicial del Gobierno de la República ante el Informe y las recomendaciones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico*, Siglo Veintiuno, 16 de marzo de 1999.

la menor (esclarecimiento de la verdad y preservación de la memoria de las víctimas y sus familiares) implica negar la mayor (enjuiciamiento de los responsables intelectuales); y ambos son elementos terapéuticos esenciales para cualquier reconciliación nacional.

A resultas, ese mismo año (1999), la administración Clinton decidió desclasificar miles de documentos oficiales sobre este periodo de la historia de Guatemala³². Al tiempo, el Presidente Clinton viajó a Guatemala y presentó disculpas oficialmente en nombre de Estados Unidos por su diseño del golpe de estado de 1954³³, así como por su involucración en la represión de las décadas de posteriores, incluido el periodo de la Junta Militar de Ríos Montt³⁴.

Ahora bien, en las elecciones del año siguiente (2000), Efraín Ríos Montt es elegido diputado en 2000 y se convierte en Presidente del congreso, obteniendo así la inmunidad. Desde esta posición, maniobra para designar jueces, e impedir el avance de procedimientos judiciales contra los responsables intelectuales de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos del periodo en que fue Jefe de la Junta Militar, dificultando asimismo la desclasificación de documentos oficiales incriminatorios.

Así las cosas, Ríos Montt registra su candidatura a las elecciones presidenciales guatemaltecas el 1 Agosto 2003, menos de 24 horas después de que la Corte Constitucional le autorizara a presentarse revocando dos decisiones constitucionales anteriores (1990 y 1995).

En estas elecciones de 9 de noviembre de 2003, que dan en segunda vuelta la presidencia a Oscar Berger (frente a Alvaro Colom), Ríos Montt obtuvo el tercer puesto con un 20% votos. El día 25 de ese mismo mes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condena a Guatemala por el asesinato de Myrna Mack, y al mismo tiempo sanciona el dantesco retablo de la impunidad en Guatemala, describiendo sus perfiles básicos: «bajo la tolerancia del Estado, se recurría a todo tipo de recursos, entre los que se encontraban los hostigamientos, las amenazas y asesinatos de aquellos que colaboraban con

32 Ver Nick Cullather, *Secret history: the CIA's Classified Account of Its Operations in Guatemala: 1952-1954*, «Stanford University Press», 1999.

33 Ver Mark Gibney, Daniel Warner, *What does it mean to say I'm sorry? President Clinton's Apology to Guatemala and Its significance for international and domestic law*, «Denver Journal of international law and policy» 28, 2, 2000, p. 223.

34 Ver Tom Barry, *Guatemala: the Politics of Counterinsurgency*, Inter-Hemispheric Education Resource Center, 1986.

la justicia». El objetivo de esta operación, era «el ocultamiento de los hechos y la impunidad de los responsables»³⁵.

Sin duda, Ríos Montt deja de ser intocable a partir de esos dos grandes acontecimientos acaecidos en noviembre de 2003: un procedimiento electoral nacional y una sentencia judicial internacional. De forma interesante, cinco meses después de los resultados electorales y la sentencia por el asesinato de Myrna Mack, la presidenta de la Corte de apelaciones de Guatemala (la Jueza Yolanda Pérez) decretó el arresto domiciliario del dictador por el presunto homicidio culposo de un periodista perseguido por sus partidarios (27 de marzo de 2003).

Con posterioridad, la CIDH también condenará a Guatemala por la masacre del Plan Sánchez (sentencia de 29 abril de 2004)³⁶, por la masacre de Dos Erres (9 de noviembre de 2009)³⁷ así como por las cinco masacres de Río Negro (sentencia de 4 de septiembre de 2012)³⁸. Es de destacar que en la sentencia de reparación por el caso Plan Sánchez, el voto particular concurrente del entonces Presidente de la CIDH, Cansado Trindade (actual miembro del TIJ) emplea la calificación de “crimen de Estado”³⁹.

En medio de esta batería de sentencias de la CIDH, la propia Corte Constitucional confirmó el 5 de marzo de 2008 la decisión de un tribunal de apelación de desclasificar 4 planes militares ejecutados a principios de los años 80, rechazando por unanimidad la apelación presentada por Ríos Montt.

Así las cosas, a principios de esta década, las fuerzas enfrentadas en pro y en contra de la impunidad convertirán la selección de los jueces de la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones en una batalla dentro del aparato del Estado.

En 2010, el Congreso aprueba una reforma del sistema de selección del máximo órgano jurisdiccional, en principio con objeto de hacerla más transparente. Así, una comisión parlamentaria especial se encargó de preparar una lista de 26 candidatos para seleccionar a los 13 jueces de la Corte Suprema; de aquellos 26 candidatos, 8 fueron denunciados públicamente como personas no aptas para integrar la máxima instancia jurisdiccional del Estado: el Con-

35 *Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, párrafo 216.

36 *Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala*, 29 de abril de 2004.

37 *Masacre de Dos Erres vs. Guatemala*, CIDH, 9 de noviembre de 2009.

38 *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, CIDH, 4 de septiembre de 2012.

39 *Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala*, Sentencia de Reparación, 19 noviembre 2004.

greso, sin embargo, eligió a 6 de ellos. Así, tras múltiples presiones internacionales, este último revisó su decisión el 7 de octubre de 2010, excluyendo a 3 de los 6 candidatos, y confirmando a los otros 3. En suma, un ejemplo más de equilibrios marginales.

Ahora bien, interesantemente, en diciembre de ese mismo año, una reconocida activista de derechos humanos es nombrada Fiscal General, para sorpresa de muchos. El nombramiento de Claudia Paz y Paz es determinante para inclinar los acontecimientos hacia el enjuiciamiento de los responsables intelectuales de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos durante la Junta Militar de Ríos Montt.

A partir de ahí, cambia el escenario: de hecho, es la Fiscal General quien consigue condenar a los primeros militares en algunas de las masacres. Pero un año después, se produce un nuevo giro cuando es elegido Presidente del gobierno Otto Pérez Molina en 2011, un general que durante el periodo de la Junta Militar de Ríos Montt tenía a su cargo tropas en la región maya de Ixyl.

Pérez Molina niega la existencia del genocidio maya pero no se alinea públicamente con Ríos Montt, para no poner en peligro su propia presidencia. Así las cosas, la situación de Ríos Montt se complica seriamente en enero de 2012 cuando expira su mandato como diputado y, por tanto, su inmunidad.

Así, el 28 enero de 2012, se abre un procedimiento por genocidio y crímenes contra la humanidad contra Ríos Montt y el jefe del servicio de inteligencia, el general José Mauricio Rodríguez Sánchez. Las evidencias entregadas por la oficina de la Fiscal General (incluyendo los testimonios de 140 personas) hacen posible iniciar el juicio. El juicio ante el Tribunal Primero A de Mayor Riesgo, un tribunal compuesto por tres jueces se inicia el 19 marzo 2013.

Una década de esfuerzos ha creado un clima interno que hace posible tal acontecimiento. Con ello, asimismo, se “juzga” un periodo (de marzo de 1982 a agosto de 1983) de los 36 años de historia del conflicto armado en Guatemala. De hecho, de forma significativa, el propio embajador estadounidense Chacón está presente entre el público, enviando mensajes de twitter en apoyo del procedimiento.

Sin embargo, un mes después, la juez Carol Patricia Flores dicta un auto (18 abril 2013) que reclama la competencia sobre el caso, declarando inválida toda la fase probatoria por falta de competencia jurisdicción. Así las cosas, al día siguiente (19 de abril de 2013), la Presidenta de la Sala A del Tribunal Primero de Mayor Riesgo y Extinción de Dominio cita a las partes, suspende el

procedimiento de toma de evidencias y solicita a la Corte Constitucional una decisión sobre la legalidad de la anulación, que es apelada asimismo por los abogados de las víctimas y la propia Fiscalía General.

En esa fecha, el Tribunal había escuchado ya al Ministerio Fiscal, la mayoría de la intervención de la defensa, incluidos una serie de peritajes de alto nivel, con extensa participación de expertos internacionales (incluyendo antropólogos forenses, sicólogos y sociólogos), y un mes de intervenciones de testigos. La ambigua decisión resultante de la Corte Constitucional, sin embargo, permitió a la Sala interpretar que la toma de evidencias debía continuar. Así las cosas, la Sala termina esta fase del procedimiento y, posteriormente, declara a Efraín Ríos Montt culpable de genocidio y crímenes contra la humanidad. Finalmente, la Sala condena a Efraín Ríos Montt a 80 años de prisión y absuelve a Rodríguez Sánchez el 10 de mayo de 2013. Asimismo, ordena al Ministerio Fiscal continuar investigando a otros presuntos autores de estos delitos. Así las cosas, Efraín Ríos Montt es enviado a prisión, donde pasará tres únicas noches.

El texto de la sentencia se hace público el 17 de mayo a las 13 horas. Sin embargo, una semana después, en la noche del 20 mayo 2013, la Corte Constitucional anula el fallo (en una decisión 3-2 con el Presidente Mauro Chacón en contra) y retrotrae las actuaciones al 19 de abril; día en que se produce la intervención de Carol Patricia Flores reclamando la competencia sobre el caso.

La propia Presidenta de la Sala A del Tribunal Primero de Mayor Riesgo y Extinción de Dominio recuerda que la anulación se produce después de tres días de una dura campaña de la patronal CACIF contra la sentencia; en sus palabras, «una cosa está relacionada con la otra»⁴⁰. Así pues, la Sala A se inhibe del caso el lunes 26 de mayo de 2013 y la Sala de Apelaciones Corte Suprema de Justicia se ve obligada a nombrar un nuevo tribunal. Así, se nombra a una nueva terna en la Sala B del Tribunal Primero. La Sala B tenía previsto reanudar el juicio en vista oral en abril de 2014.

En el interim, los abogados de Efraín Ríos Montt recurrieron en amparo para que se le aplicara la amnistía y la Corte Constitucional de Guatemala ha dictaminado (5 votos contra 2) que «se le debe aplicar el Decreto 8-86, que contiene la amnistía a todos los miembros de las fuerzas armadas y a los guerrilleros, sin ninguna excepción, por delitos que se hubieran cometido durante el conflicto armado interno»⁴¹.

40 Ver *Entrevista a Yasmin Rios*, «Periódico La Jornada», 31 de julio 2013.

41 Ver Sentencia de la Corte Constitucional de Guatemala, 22 de octubre de 2013.

De esta forma, la Corte Constitucional podría estar abriendo las puertas a que se le aplique la amnistía. Ahora bien, de ser así, esto sería muy discutible dado que los delitos por los que se encausa a Efraín Ríos Montt no prescriben desde 1950; fecha en que Guatemala ratificó la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948.

Para muchos, el hecho de que Ríos Montt recibiera una sentencia condenatoria el 10 de mayo de 2013, pasando 72 horas en la cárcel, es un punto de inflexión para Guatemala. El poder simbólico que tiene para un país que su sistema judicial siente en un banquillo (judicial) y una celda (de prisión) a un dictador, si bien temporalmente, no puede ser menospreciado.

Obviamente, procesar penalmente a Ríos Montt en Guatemala representa un problema serio para la élite militar, política y económica que le apoyó y que teme verse inmersa en una cascada de procedimientos penales, si se produjera una condena en firme del dictador. Esto es lo que explica que los procedimientos judiciales hayan sido dificultados desde dentro del Estado y cuestionados por influyentes sectores sociales.

Los riesgos para muchos son evidentes. Así por ejemplo valga como botón de muestra que, durante los testimonios tomados durante el procedimiento contra Ríos Montt, un antiguo soldado del cuerpo de ingenieros, ha identificado al actual presidente de Guatemala Pérez Molina, como uno de los oficiales responsables de ordenar masacres contra población civil en Ixyl.

La connivencia de una parte del empresariado con la Junta Militar de Ríos Montt ve por tanto más sombras que luces en su procesamiento. De hecho, esta es la razón por la que la patronal CACIF hizo serias presiones «para enmendar las anomalía del procedimiento», criticando la sentencia de la Sala A abiertamente por dar una imagen de Guatemala cercana al “nazismo” (sic).

En este sentido, el futuro tiene sus luces y sombras⁴². De hecho, en agosto de 2013, la propia Comisión Interamericana ha dictado medidas cautelares para proteger a los tres magistrados de la Sala A que dictaron la sentencia condenatoria contra Ríos Montt (Yasmín Barrios, Pablo Xitumul de Paz y Patricia Bustamante García).

Sin duda, se están produciendo algunos avances históricos en la lucha contra la impunidad. De hecho, es la primera vez en la historia en que un antiguo jefe de Estado es procesado por genocidio en su propio país. No sobra recor-

42 Ver, en particular, Edelberto Torres-Rivas, *The Limits of Peace and Democracy in Guatemala*, in *In the Wake of War: Democratization and Internal Armed Conflict in Latin America*, «Woodrow Wilson Center Press», 2012, pp.107-137.

dar que la Presidenta de la Sala, Jasmín Barrios⁴³, fue también magistrada en los Tribunales que enjuiciaron tanto el asesinato de la antropóloga Myrna Mack como el del Obispo Gerardi.

Tres décadas de esfuerzos colectivos impulsando acciones legales dentro y fuera de Guatemala han producido algunos “brotes verdes”. Ahora bien, Ríos Montt ha recibido un nuevo amparo de la Corte Constitucional de Guatemala. El vaso, por tanto, sigue medio lleno, o medio vacío...

5. Acción y reacción

Mientras tanto, en España, está por determinar qué efectos tienen estos cambiantes acontecimientos sobre el procedimiento de jurisdicción universal abierto en la Audiencia Nacional ¿Qué debe hacer la Audiencia Nacional en lo que respecta a Ríos Montt? La cuestión es importante porque la ausencia de estándares internacionales en el ejercicio de la jurisdicción universal genera notables zonas de penumbra.

En este punto, asimismo, hay que preguntarse si el juez debe seguir actuando respecto a otros miembros cualificados de la Junta militar, incluidos los comandantes; al fin y al cabo, hay pruebas suficientes en el sumario abierto en la Audiencia Nacional para investigar los presuntos delitos del segundo escalón de la cadena de mando⁴⁴.

En suma, el dilema para cualquier tribunal que se enfrente a cualquier caso de jurisdicción universal es evidente: *determinar cuándo y conforme a que criterios un juez extranjero constata una falta de voluntad/capacidad para juzgar en otro Estado*. Decidir al respecto es difícil, dada la ausencia de estándares internacionales a este respecto⁴⁵.

La oportunidad para ofrecer un *modelo de solución razonada* es clara, dado que la Audiencia Nacional ya esbozó uno particularmente razonable tras la admisión a trámite de la querrela de Rigoberta Menchú en 1999.

Entonces, el titular del Juzgado Central de Instrucción evaluó la *voluntad/capacidad de juzgar/sancionar* los hechos en Guatemala. Los “hechos procesales” que le llevaron a ejercer la jurisdicción eran los siguientes:

43 Ver *Entrevista a Yasmín Ríos*, «Periódico La Jornada», 31 de julio 2013.

44 Véase informes periciales de Victoria Sanford incorporados al sumario.

45 Véase, p.e, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Program in Law and Public Affairs, 2001.

1. *resolución de la Corte de Constitucionalidad, dictada por un órgano de máxima autoridad en Guatemala,*
2. el hecho conocido de que *en delitos de menor entidad la impunidad en Guatemala es de las más altas que existen en el mundo y*
3. *[e]l hecho de la avanzada edad de los imputados (más de 80 años).*

Para la Audiencia Nacional, estos tres hechos confirmaban «*la voluntad del Estado guatemalteco de no investigar los delitos referidos y llevar a los tribunales a sus responsables, dando una clara cobertura a la impunidad*». Técnicamente, por tanto, el titular del Juzgado Central de Instrucción decidió ejercer la jurisdicción empleando criterios muy razonables:

1. *bloqueo por altas instancias judiciales (Corte Constitucional,...),*
2. *sistema judicial fallido (inacción penal generalizada, quiebra técnica del aparato judicial,...) y*
3. *riesgo procesal (edad de presuntos autores intelectuales,...).*

En esencia, la Audiencia Nacional vinculó el ejercicio de la jurisdicción universal al cumplimiento de, al menos, alguna de las dos primeras situaciones (*bloqueo de alta instancia judicial y/o sistema judicial fallido*); y dentro de este esquema de solución, parece transformar la tercera situación (*riesgo procesal*) en un criterio complementario, para imprimir urgencia al proceso.

Hoy en día, a falta de criterios multilaterales consensuados para el ejercicio de la jurisdicción, la jurisprudencia doméstica seguirá esbozando soluciones razonadas, y ofreciendo buenas prácticas judiciales. El caso Ríos Montt es una oportunidad única para que un auto ahonde a este respecto.

Ahora bien, la nueva “*reforma express*” de la jurisdicción aprobada por el Congreso Español, que recientemente ha entrado en vigor⁴⁶, podría dificultar la continuación del procedimiento en relación con el delito de Genocidio, dado que no hay conexión española. De hecho, el juez ha consultado recientemente a las partes en el caso Guatemala, al tiempo que solicitará una cuestión de constitucionalidad al respecto.

A la espera de la sentencia del alto tribunal español, es razonable ade-

⁴⁶ Véase Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, 14 de marzo de 2014.

lantar, en cualquiera de los casos, que el Juez Pedraz podrá al menos seguir instruyendo el procedimiento por los hechos acaecidos el 31 de enero de 1980 en la embajada de España en Guatemala (dado que no han sido investigados ni sancionados), de conformidad con la anterior sentencia del Tribunal Constitucional español respecto a este caso.

En este sentido, Guatemala no ha investigado y sancionado a autores materiales e intelectuales del asalto a la embajada española; un hecho notoriamente asociado a la persecución del pueblo maya en el marco del conflicto. De hecho, el sumario ante la Audiencia Nacional tiene una pieza separada a este sobre estos hechos desde sus orígenes, por esta misma razón.

Como es sabido, un grupo de indígenas del Quiché entró de forma pacífica en dependencias diplomáticas españolas, en una acción política desesperada, para atraer la atención del gobierno de España sobre la violencia militar contra sus comunidades. Estas personas irrumpieron en la embajada a la desesperada, solicitando así la ayuda del Estado español.

Las autoridades guatemaltecas, sin embargo, ignorando todos las gestiones diplomáticas del entonces embajador Máximo Cajal y López, dieron orden de asaltar la embajada, disparando de forma indiscriminada contra sus ocupantes y prendiendo fuego con posterioridad al edificio: «los datos recogidos por las autoridades judiciales españolas a través del Ministerio de Asuntos Exteriores [español] indican que las autoridades militares-públicas del momento *orquestaron la operación*» (Diligencias Previas 331/99).

37 de las 40 personas que se encontraban dentro de las dependencias diplomáticas españolas (34 guatemaltecos y 3 españoles) fueron asesinadas. Posteriormente, la cadena de febriles acontecimientos de la transición española silenció estos hechos.

El ex embajador español en Guatemala, Máximo Cajal, identifica públicamente como responsables directos de la masacre al general Romeo Lucas García, presidente de la República; Donald Álvarez, ministro de Gobernación; Rafael Castillo Valdez, ministro de Relaciones Exteriores; Germán Chupina, director de la Policía⁴⁷. Hasta la fecha, los responsables intelectuales no han sido llevados a juicio.

España rompió relaciones diplomáticas con Guatemala hasta 1984. Ahora bien, a partir de ahí, no se adoptó medida alguna para incentivar que Guatemala esclareciera y sancionara los hechos. Sin duda, la única reparación razonable para el Estado español es que se sancione de modo efectivo a los

47 Véase Maximo Cajal, *La masacre en la Embajada*, «El País», 29 de enero de 2005.

responsables intelectuales de dicha acción. El asalto de una embajada por cuerpos de seguridad de un Estado no es una acción llevada a cabo sin autorización de las máximas instancias políticas y militares de un país. Por tanto, esta pieza separada del sumario debería continuar instruyéndose, solicitando la implicación del gobierno español en el esclarecimiento y la sanción de los hechos acaecidos en dependencias oficiales del Estado español.

En cualquiera de los casos, los hechos esbozados en estas páginas muestran cómo unos y otros actores siguen y seguirán acudiendo al derecho, de una forma u otra y desde múltiples foros, tanto para evitar la impunidad en unos casos como para asegurarla en otros. El caso del enjuiciamiento penal de Efraín Ríos Montt es, en este sentido, un ejemplo paradigmático. Hoy en día, una gran variedad de actores combaten entre sí legalmente, en múltiples foros, para inclinar la balanza de la justicia en uno u otro sentido; acciones y reacciones legales de múltiples actores que actúan en paralelo en múltiples jurisdicciones, foros y niveles respecto a unos hechos; en definitiva, derecho en movimiento.

Maria Chiara Vitucci

Some considerations on the two-way circulation of legal concepts
and experiences between colonies and motherland

1. *First direction of movement: from motherland to colonies*

At the end of 2013 a decision of the Supreme Court of India confirmed the continuing application of section 377 of the Indian Penal Code, dating back to 1860¹. This decision reversed the order by which the Division Bench of the Delhi High Court had challenged the constitutional validity of section 377, insofar it criminalised consensual sexual acts of adults in private, declaring that it was in breach of Articles 21, 14 and 15 of the Constitution².

We will not focus here on the legal arguments of the two decisions³. We will rather develop some considerations on the continuing validity of a provision based on a conception of sexual morality specific to the Victorian age. The language itself of section 377 is archaic, thereby reflecting the era when it was enacted⁴. Moreover, as we can read in the decision, the criminalisation of offences “against the order of nature” was only introduced in India by the British Empire⁵. One of the first acts for the punishment of buggery was enacted by the Parliament of England in 1533⁶. The *Buggery Act* of 1533 prescribed

1 Supreme Court of India, *Suresh Kumar Koushal and another v. Naz Foundation and others*, 11 December 2013.

2 High Court of Delhi, *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others*, 2 July 2009.

3 For one of the first commentaries to the Supreme Court decision, see Angelo Schillaci, *Indietro (non) si torna. La Corte suprema indiana, il reato di sodomia ed il verso della comparazione*, in <www.diritticomparati.it>, January 27, 2014.

4 «Unnatural offences: Whoever voluntarily has canal intercourse against the order of nature with any man, woman or animal, shall be punished with imprisonment for life, or with imprisonment of either description for a term which may extend to ten years, and shall also be liable to fine».

5 Supreme Court of India, quoted at fn. 1, para. 19.7.

6 *Ivi*, para. 36 ff.

capital punishment for commission of the offence. In England and Wales it was only with the enactment of the *Offences against the Person Act* of 1961 that buggery was no longer a capital offence but was punished with imprisonment from 10 years to life. In 1828 the offence of sodomy was introduced in India through the *Act for Improving the Administration of Criminal Justice in the East Indies*. It received some minor changes and the Indian Penal Code as it exists today was passed by the Legislative Council and Governor General on 6 October 1860⁷.

It should be noted that the Indian Penal Code received application throughout the whole area of the East Indies, not only in what is nowadays India, but also in Pakistan, Bangladesh, Malaysia, Singapore, Indonesia, Maldives etc. Just to give a few examples, section 377 is still in force in Singapore⁸, in Pakistan⁹, Malaysia¹⁰ and Bangladesh¹¹.

Something similar happened in the West Indies, where section 377 was used as the model for sodomy laws in many other British colonies. This is why same-sex acts between adult males are still criminalised in Antigua and Barbuda, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, and Trinidad and Tobago¹².

So far we have identified the exportation of a single article of the Victorian penal code from Britain to the colonies. We may anticipate that, starting from the end of the old millennium (1998), an opposite movement will take place.

2. *Opposite movement of decriminalisation of homosexual acts*

Homosexual acts were decriminalised in England and Wales in 1967, in Scotland in 1980 and in Northern Ireland in 1982. As we have already stated, even after its abrogation in Great Britain, section 377 is still in force in various countries. A movement similar to the dissemination of section 377 throughout the British Empire, but in the opposite direction, is now taking

7 Ivi, para. 38.

8 See section 377 of the Penal Code: <<http://statutes.agc.gov.sg>>.

9 <<http://www.pakistani.org/pakistan/legislation/1860/actXLVof1860.html#f152>>.

10 See section 377 a to d: <<http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%2012/Act%20574.pdf>>.

11 <http://bdlaws.minlaw.gov.bd/print_sections_all.php?id=11>.

12 <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2013.pdf>.

place with respect to several supreme courts decisions. As a matter of fact, in various countries (some of which once belonging to the British Empire) the decriminalisation was due to the impulse of the supreme courts of that State and of other States¹³. For instance, the Constitutional Court of South Africa – when deciding of the constitutional (in)validity of the common law offence of sodomy¹⁴ – quoted in support of her own arguments several decisions of the Supreme Court of Canada¹⁵ as well as the case law of the European Court of Human Rights (to show a common trend toward decriminalisation).

The High Court of Fiji¹⁶ quashed section 175 (a) and (c) and section 177 of the Penal Code to the extent that they criminalised acts constituting private consensual sexual conduct between adult males. That decision quoted the case law of the United States, Canadian and South Africa Supreme Courts.

Probably, the decision that used the most the authority of foreign and international precedents is the one rendered by the High Court of Delhi in 2009¹⁷. Here one can find a lot of quotations of decisions by the US Supreme Court, the Hong Kong High Court, the Canadian and Nepalese Supreme Courts as well as the Constitutional Court of South Africa, the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee. The use of precedents from all over the world was finally sanctioned by the decision of the Indian Supreme Court that reversed the High Court judgment. The fact that the 2009 decision had extensively relied upon the judgment of other jurisdiction was strongly criticised. In the 2013 decision of the Indian Supreme Court we read: «we feel that they [such decisions] cannot be applied blindfolded for deciding the constitutionality of the law enacted by the Indian legislature»¹⁸. We can comment this sentence first by recalling that section 377 was only introduced in the Indian Penal Code as a consequence of the British colonisation¹⁹. It is awkward and somehow paradoxical that it is now defended as a

13 Maria Chiara Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Jovene, Napoli, 2012, p. 41 ff.

14 Constitutional Court of South Africa, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice and others*, 9 October 1998.

15 Supreme Court of Canada, *Egan v. Canada*, 25 May 1995; Supreme Court of Canada, *Vriend v. Alberta*, 2 April 1998.

16 High Court of Fiji, *Mc Coskar v. The State*, 26 August 2005.

17 Quoted at fn. 2.

18 Supreme Court of India, quoted at fn. 1, para. 52.

19 For analogous considerations on the similar Singaporean case, see: Stewart Chang,

national act. Then, it cannot be overlooked that the High Court of Delhi had only used international practice to show a trend toward decriminalisation. The legal argument the Court had relied on was in fact based on the Indian Constitution, and more precisely on the right to dignity, privacy and equality.

We might be tempted to maintain that a new concept of human dignity (read together with privacy and equality) is now circulating around the world, due to the spreading of decriminalising decisions. It is nevertheless safer to limit ourselves to the observation of the increasing quotation of foreign and international decisions in supreme courts judgments decriminalising homosexual acts between consenting people. In fact, dignity is a notoriously elusive concept that can take on opposite meanings. On the one hand, supreme courts resort to it to affirm the emergence of a right to sexual orientation²⁰. On the other hand, some States have affirmed that an enlarged notion of family that includes same-sex partnerships is contrary to natural law, morality and human dignity²¹.

So far we have considered on equal footing the quotation on foreign and international precedents. In a different vein, one could argue that the two phenomena correspond to different movements, respectively a horizontal and a vertical one. According to the latter interpretation, the recourse to international law – through the reference to decisions of judicial or quasi-judicial international bodies – would mean the intervention of a different (and superior) legal order to decide a question. Even though this suggestion is promising, it does not correspond to the actual state of international practice. A closer look at the decisions quoting national and international precedents shows that they only use the precedents to show a common trend in our case toward decriminalisation. To this aim, the relevance of foreign precedents does not differ from the one attributed to international cases.

The Postcolonial Problem for Global Gay Rights, «Boston University International Law Journal» 2014, p. 309 ff., p. 323.

²⁰ Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, cit., p. 208 ff.

²¹ See the debate that followed the adoption of the first version of Secretary-General bulletin on *Family Status for Purposes of the United Nations Entitlements* (UN Doc. ST/SGB/2004/4 of 20 January 2004), UN Doc. A/C.5/58/SR. 32, 35, 38 and 39 respectively of 15 and 30 March 2004 and 9 May and 28 June 2005. The philosophical basis for this conception of family can be found in Robert P. George, Gerard V. Bradley, *Marriage and the Liberal Imagination*, «Georgetown Law Journal», 1995, p. 301 ff.

3. *Second direction of movement: from colonies to motherland*

The relationship between colonies and their motherland is much more complicated than what could result from the plain reading of the first paragraph of this essay. Another study of this volume deals with the exportation of legal concepts from Spain to colonies, due to the circulation of judges from motherland to «Ultramar»²². We will try to highlight here a different movement of legal concepts and practices, this one flowing from colonies toward motherland. Pietro Costa uses the expression «effetto di retroazione» (feedback effect) to describe this second phenomenon²³. In any case we will show the close and two-way link between motherland and colony²⁴.

We are used to dating back to the beginning of the XIX century the first signs of the contemporary model of the society described by Foucault in his *Surveiller et punir*²⁵. It is noteworthy that the first experiments of both detailed control and punishment were elaborated in the colonies.

For what concerns control, every society needs reliable methods to check the identity of its members. One of the purposes of such control is to know if a certain person has already committed a crime or is a habitual criminal. The registers maintained by the police, containing the names of the criminals, can only prove that someone called X or Z has been already convicted for a certain crime. But how can one be sure of the identity of the criminal himself? The lily (fleur-de-lis) on Milady's shoulder convinced D'Artagnan that she was the poisoner, while Edmond Dantés – bearing no visible signs of his previous identity – could pretend to be someone else²⁶.

In a paper of 1888, sir Francis Galton proposed to use fingerprints to

22 María Julia Solla Sastre, *El gobierno de la especialidad. Personas y cuerpos en movimiento entre España y Ultramar (1850-1885)*.

23 Pietro Costa, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, «Quaderni Fiorentini», 33/34, 2004/2005, p. 169 ff., p. 171.

24 Gianluca Bascherini, *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Jovene, Napoli, 2012, p. 5. The author speaks of «stretta e biunivoca connessione tra madrepatria e colonia».

25 Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Editions Gallimard, Paris, 1975.

26 Carlo Ginzburg, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in Aldo Gargani et al. (a cura di), *Crisi della ragione. Nuovi modelli nel rapporto tra sapere e attività umane*, Torino, Einaudi, 1979, p. 25 ff.

collect and classify data²⁷. The method of identifying criminals by their fingerprints had been introduced in the 1860s by sir William James Herschel in India. Herschel, working as a British officer for the Indian Civil Service in the Bengal region, had noticed the use of fingerprints by natives. The use of impressing the fingertip dirty with ink or pitch on letters and documents was widespread in China and especially in the Bengal region, and it had probably a divinatory origin²⁸. Herschel thought that it could be a perfect tool of identification for illiterates and not only for them. The officer from the Empire then used the traditional knowledge of the Bengalese people against them: the common Bengalese – once totally indistinguishable from the others – thanks to his fingerprints acquired a precise identity and could therefore be easily controlled²⁹. From Bengal, this method was first exported to the motherland and then all over the world.

There is still another example of exportation of practices and institutions from the colonies to the motherland. It is in the colony that they first experimented the camp, the exclusion space that anticipates the *Ausnahmezustand* (state of exception), described by Agamben as the space where everything is possible because the exception becomes the rule. At the very basis of the colonial system there are exclusion and demarcation lines. It is not sure whether the first concentration camp was created by Spaniards in Cuba in 1896 to put down the insurrection in the colony, or in South Africa between 1898 and 1902 to shelter the families of the Boer fighters after the destruction of their farms³⁰. What is definitely sure is that the first «campo cintato» (fenced camp) to enclose groups of people hostile to the administration of the colony took place in the colonial context³¹. *Kombishtato*, recurrent word in the urban language of Asmara, deriving from the Italian expression «campo cintato», epitomises the segregationist policies applied by the Italian colonialism³². In any case, the Italian colony Eritrea anticipated the motherland in

27 Ivi, p. 26.

28 Ivi, p. 27.

29 Ivi, p. 27: «I funzionari imperiali si erano appropriati del sapere indiziario dei Bengalesi e l'avevano ritorto contro di loro».

30 Giorgio Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995, p. 185.

31 Alessandro Triulzi, *La colonia come spazio di esclusione*, «Quaderni Fiorentini», 33/34, 2004/2005, p. 359 ff., p. 366.

32 Francesca Locatelli, *Beyond the Campo Cintato: Prostitutes, Migrants and «Criminals» in Colonial Asmara (Eritrea), 1890-1941*, in Francesca Locatelli, Paul Nu-

the codification of the exclusion and exception place later established through the Italian racial laws (*leggi razziali*)³³. First, with Royal Decree n. 1510 of 10 December 1914, half-breed (*meticcio*) could not occupy apical positions in public administration. Later, with Royal Decree-Law n. 1019 of 1 June 1936, half-breed could not be considered any more as citizen (as it was possible previously, according to art. 17 of Law n. 999 of 6 July 1933). Subsequently, an anti miscegenation Law was introduced and last, Law n. 822 of 13 May 1940 established that the half-breed is a native (thereby a colonial subject) and not an Italian³⁴.

The same process can be observed in the relationship between France and her colonies. The French legal literature on colonial studies has shown the important role of French colonies as a laboratory of public law institutions³⁵. An example could be offered by the process of *décentralisation* of the French administration experimented in the colonial territories³⁶. Then, we can recall the Law of 3 April 1955 regarding proclamation of a state of emergency³⁷ that was applied for the first time in the context of the “*guerre d’Algérie*”, and later was used several times both in Algeria and in the motherland³⁸. Finally, the Law of 3 October 1940 on the status of Jewish³⁹ is modelled on the so-called *Code de l’indigénat* (Indigenoussness Code)⁴⁰, of colonial origin.

gent (eds) *African Cities. Competing Claims on Urban Space*, Leiden, Brill, 2009, p. 219.

33 Triulzi, *La colonia come spazio di esclusione*, cit., p. 378.

34 Gianluca Gabrielli, *Un aspetto della politica razzista nell’impero: “il problema dei meticci”*, «Passato e presente», 1997, p. 71 ff.

35 Roland Drago, *L’administration coloniale laboratoire de la réforme administrative*, in *Mélanges en hommage à André Breton et Ferdinand Derrida*, Dalloz, Paris, 1991, p. 83 ff.

36 Jean-Louis Autin, *La ripresa del processo di décentralisation in Francia*, «Quaderni regionali», 2004, p. 1071 ff., p. 1081.

37 Loi n. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence.

38 To our knowledge, the last application of the law in France took place during the 2005 *émeutes* (riots) in the French *banlieues* (started in Clichy-sous-Bois and then spread throughout France).

39 Loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs.

40 The so-called “Code de l’indigénat” was a set of laws creating, in practice, an inferior legal status for natives of French colonies. The “Code” was applied from the second half of the XIX century to the aftermath of the Second World War.

4. *Conclusion: to be continued*

Without any pretension of being exhaustive, we have shown a few examples of circulation of legal concepts and practices.

We have started with the application of section 377 of the Indian Penal Code, recently upheld by the Indian Supreme Court. This section, which criminalises sexual acts between consenting people, derives directly from the Victorian age and morality and is one of the many examples of exportation of legal concepts from the motherland to the colonies.

We have then focused our attention on an opposite movement, which has started only recently. We refer to the trend toward decriminalisation of the same acts contained in section 377 of the Indian Penal Code. This trend is caused by the “exportation” of the very content of some seminal decisions adopted by the Supreme Courts of Canada, South Africa and other national and international jurisdictions and quasi-jurisdictions. Even though these judgments are often based on the notion of human dignity, it is sounder to state that there is a movement of decisions rather than of human dignity. Moreover, practice confirms that so far we only face a horizontal rather than a vertical movement. In other words, supreme courts decisions do not consider international legal order as a superior order that can decide over national questions, such as whether or not homosexuality should be regarded as an offence. This is why we have categorised the circulation of decisions as a horizontal movement.

Subsequently, we have identified another movement of legal concepts and practices, this one flowing from the colonies to the motherland. This movement has been the object of studies by historians, especially in postcolonial and subaltern studies⁴¹. These studies have shed a new light on the intertwined relations between the motherland and the colonies⁴². By contrast, contemporary international law doctrine has paid little attention to this phenom-

41 Ranajit Guha, *History at the Limit of World-History*, New York, Columbia University Press, 2002; Miguel Mellino, *La critica postcoloniale. Decolonizzazione, postcolonialismo e cosmopolitismo nei postcolonial studies*, Roma, Meltemi, 2005; G. Giuliani, *Beyond Curiosity. James Mill e la nascita del governo coloniale britannico in India*, Roma, Aracne, 2008.

42 Edward W. Said, *Orientalism*, New York, Pantheon Book, 1978; Eric J. Hobsbawm, Terence Ranger (eds), *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

enon⁴³. This short piece of writing is only to highlight a lacuna, waiting to be filled.

Actually, the legal doctrine has focused its attention on the circulation of legal concepts, but in other fields, such as the international environmental law. The international law doctrine has shown the rise of the circulation rate in the age of globalisation as well as the different models used to export and import legal concepts⁴⁴.

Before concluding, it is appropriate to spend a few words on the use of the comparative argument by the European Court of Human Rights. On sensitive issues, such as when conflicting moral values are at stake, the margin of appreciation left to the States in the interpretation of the European Convention is particularly wide. To somehow limit the use of the margin of appreciation doctrine, the Court applies the «consensus» approach: the more common ground there is among the various legal orders, the narrower is the margin left to States. This means that a uniform and widespread practice on a certain issue obliges the State to interpret a treaty obligation according to the meaning made clear by said practice. Otherwise, the State's margin of appreciation will remain significant. We may cast some doubts on the use of the consensus approach, especially when minority rights are at stake⁴⁵, but this appears the only kind of vertical movement existent up to now.

We are tempted to conclude this short essay by quoting the Greek philosopher, Heraclitus: *panta rei*. We may even try to correct the quotation, by adding that the direction of the flux is not always the same.

43 Luigi Nuzzo, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, being a legal history scholar, does not represent an exception.

44 See Lorenzo Gradoni, H el ene Ruiz Fabri (dir.), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Soci et e de legislation compar ee, Paris, 2009.

45 See Eyal Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, «New York University Journal of International Law and Practice», 1998-1999, p. 843 ff., p. 848.

Arno Dal Ri Jr.

El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: de la “gran naturalización”
de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado nuevo
(1889-1945)

1. *Introducción*

Es posible afirmar la existencia de cierto consenso entre las principales líneas historiográficas que se dedican al análisis de la inmigración en Brasil entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX que el auge del fenómeno se da entre los años 1875 y 1910. La gran mayoría de los individuos presentes en las corrientes que componían estos flujos inmigratorios eran de nacionalidad japonesa o de los recién unificados estados alemán e italiano¹.

Los motivos que culminaron en la efectiva realización de tales inmigraciones son varios y dependen también de condiciones internas entonces vividas en el interior de los países de procedencia. Además de la fuerte política de atracción de flujos migratorios realizada por el Imperio Brasileño, que con motivos y a través de modalidades diferentes tuvo continuidad en el periodo republicano, las crisis económicas, sanitarias y de abastecimiento vividas en los territorios alemanes e italianos durante y después de la unificación política de estos dos Estados fueron factores determinantes en el envío de inmigrantes a Brasil².

1 Entre los individuos de lengua italiana se encontraban, principalmente, vénéto, friulanos, lombardos, nacionales del Reino de Italia, así como trentinos, estos últimos, detentores de la condición de súbditos del Imperio Austro-Húngaro.

2 Los inmigrantes, a su vez, buscaban sobre todo un pedazo de tierra en el cual desarrollar sus cultivos agrícolas, lejos de las guerras y de las inestabilidades vividas en Europa en las últimas décadas del siglo XIX. Buscaban un lugar seguro para dar continuidad a su descendencia, lejos del hambre, de las guerras y de las enfermedades que en aquellos días atormentaban a sus países de origen. En el caso del norte de Italia, el deseo de escapar de las crisis derivadas de la unificación política de la península italiana y encontrar más allá del océano la “*terra della cuccagna*”, gradualmente se torna una fiebre constante que hace

La gran onda de flujos migratorios se inicia, efectivamente, en 1850, con el desembarque de las primeras familias alemanas en los Estados de Rio Grande do Sul y de Santa Catarina³, alcanzando números sorprendentemente elevados en los últimos años del siglo XIX. En este período, contando con una población de poco más de 12 millones de habitantes, cerca de 2 millones configuraban como inmigrantes. Extranjeros no solo de nacionalidad italiana, alemana o japonesa, sino también, flujos consistentes de españoles, franceses, belgas, polacos, rusos, letos y portugueses⁴. Muchos fijados en las grandes ciudades, como San Pablo, pero buena parte dirigiéndose a las “*colônias*”⁵.

Conmemorados por los fundadores del Estado republicano brasileño de 1889, y antes todavía por las instituciones imperiales, como portadores de una contribución mas “racial” que cultural, y por eso “agraciados” con la con-

que varias comunas del interior sean en pocas décadas vaciadas, reduciendo la población nativa a caídas vertiginosas que en algunos casos llegan hasta los 80% de la cifra de habitantes en el momento anterior al inicio del fenómeno migratorio. Aquella será llamada la “*febbre della cuccagna*” no es alimentada solamente por las crisis italianas y europeas, sino también, de las varias políticas, estimulando a los campesinos locales a cambiar de vida (y de país). Vea sobre el asunto, las obras de Emilio Franzina, *Merica! Merica! Emigrazione e colonizzazione nelle lettere dei contadini veneti e friulani in America Latina 1876-1902*, Verona, Cierre, 1994; Ciro Mioranza, *Imigração italiana no nordeste do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, Movimento, 1975; Luis A. De Boni, *A presença italiana no Brasil*, Porto Alegre, EST, 1987; Olivio Manfroí, *A colonização italiana no Rio Grande do Sul: implicações econômicas, políticas e culturais*, Porto Alegre, Grafosul, 1975.

3 En periodos anteriores es posible constatar la presencia de flujos de inmigrantes organizados por la corona portuguesa o por el Imperio a Brasil, pero todos de menor relevo e intensidad. Un caso emblemático de este fenómeno es aquel de los nacionales suizos que inmigraron para las ciudades de las sierras de Rio Janeiro, como Nova Friburgo, Petrópolis e Teresópolis, a partir de 1819.

4 En 1910 el número de extranjeros inmigrantes presentes en la población brasileña crece para cerca de 4 millones. Vea, al respecto, Herbert S. Klein, *Migração internacional na história das Américas*, in Boris Fausto (Org.), *Fazer a América*, São Paulo, Editora da USP, pp. 25 ss.

5 Es de este modo que, al lado de pequeñas y antiguas ciudades cuyos nombres tradicionalmente homenajeaban santos de devoción lusitana o eran buscados entre aquellos del vocabulario indígena, surgen otras nuevísimas como, Nova Trento, Nova Beluno, Nova Bassano e Nova Pádua, así como Joinville, Nova Hamburgo, Blumenau, Pomerode, Friburgo, Luserna, Dreizen Linden, Nova Odessa. Ciudades enteras que en el medio de las florestas brasileñas todavía hoy, a través de sus costumbres, de su cultura, de las lenguas y dialectos que mantienen en la vida cotidiana, hacen recordar la patria de origen de los viejos inmigrantes que allí se instalaron.

cesión tácita de la nacionalidad brasileña – siendo así forzados a una naturalización que materialmente desconsideraba la voluntad de los mismos –, estos individuos se vieron, con el inicio del Estado Nuevo, a partir de 1937, en otra condición. De nuevos ciudadanos, claramente conmemorados por los gobiernos de la primera república, pasaron, por lo tanto – como será presentado a lo largo de este ensayo –, a recibir el tratamiento jurídico reservado a los extranjeros súbditos de países hostiles, encuadrados como “huéspedes indeseados” del Estado Nuevo del dictador Getúlio Dornelles Vargas.

2. “Emblanquecer” una nación

La política imperial arquitectada para incentivar la inmigración y “nacionalizar” a los ciudadanos extranjeros que entraban en territorio brasileño con la finalidad de fijar raíces en el mismo tenía objetivos bien precisos a ser alcanzados, siendo particularmente intensa en lo que concierne al universo legislativo⁶. Uno de los protagonistas de esta acción fue, justamente, Pedro II⁷, emperador de Brasil, que veía en los flujos migratorios provenientes de Europa la oportunidad para aumentar y dar “cualidad” a la población brasileña. Mientras los políticos deseaban, principalmente, aumentar la población de los tres estados del sur – Rio Grande do Sul, Santa Catarina y Paraná – aumentando la resistencia a una posible invasión argentina – tal como ocurriera en las áreas limítrofes con el Paraguay, cuando este último se encontraba en guerra con Brasil⁸ – y

6 Veá, al respecto, Luiza Horn Iotti, *A política imigratória brasileira e sua legislação – 1822-1914. Anais do XX Encontro Regional de História: História e Liberdade*, ANPUH/SP – UNESP-Franca. 06 a 10 de setembro de 2010 (Cd-Rom); Maria Theresa Petrone, *Política imigratória e interesses econômicos (1824-1930)*, in Gianfausto Rosoli (a cura di), *Emigrazioni europee e popolo brasiliano. Atti del Congresso euro-brasiliano sulle migrazione*, Roma, Centro Studi Emigrazione, 1987, pp. 257 ss.

7 Pedro de Alcântara João Carlos Leopoldo Salvador Bibiano Francisco Xavier de Paula Leocádio Miguel Gabriel Rafael Gonzaga de Orleans e Bragança (1825 – 1891) fue el segundo y último monarca del Imperio de Brasil. Fue el hijo más joven del Emperador Pedro I de Brasil y de la archiduquesa austríaca Leopoldina Habsburg. Debido a la Abdicación del padre, Pedro se torna emperador con apenas cinco años de edad. Heredando un Imperio al límite de la desintegración, en los 58 años de su reinado consiguió mantener a Brasil unido, haciendo que éste se distinguiera de sus vecinos hispano-americanos debido a la estabilidad política y al crecimiento económico.

8 Sobre la guerra del Paraguay, en particular, vea las obras Francisco Doratioto, *Fran-*

substituir la mano de obra esclava en los “cafezais” del estado de San Pablo, el soberano estaba interesado en “emblanquecer” y hacer que los súbditos brasileños se tornaran mas católicos. Hacer que inmigrasen para Brasil el máximo posible de nacionales de países europeos, todos blancos, para contraponerlos a la gran mayoría de la población hecha de negros, mulatos e indios. Este era el objetivo de la corona brasileña⁹.

Esta preocupación en “calificar” la composición racial del pueblo brasileño habría pasado por un crecimiento significativo principalmente en los debates públicos y en la prensa en las últimas décadas del siglo XIX debido a la crisis final a la cual estaba sometido el régimen esclavista¹⁰. Desde el punto de vista ligado de modo estricto a la cuestión racial, surgieron inicialmente en los debates del momento propuestas tendientes a «[...] trazer chineses (descobriu-se, recentemente, que o próprio imperador D. Pedro II pensava assim) ou colonos africanos, agora na condição de trabalhadores livres. O racismo esteve na base da rejeição destas propostas, que foram descartadas»¹¹.

cisco. *Maldita Guerra*, São Paulo, Companhia das Letras, 2002; Joaci Pereira Furtado, *A Guerra do Paraguai (1864-1870)*, São Paulo, Saraiva, 2000; Lilia Moritz Schwarcz, *As Barbas do Imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos*, 2ª ed, São Paulo, Companhia das Letras, 2002; Ricardo Salles, *Guerra do Paraguai: Memórias & Imagens*, Rio de Janeiro, Biblioteca Nacional, 2003; Ronal León Nuñez, *Guerra do Paraguai. Revolução e Genocídio*, São Paulo, Sundermann, 2011.

9 «[...] do passado com o futuro, do atraso com o progresso e do negro com o branco, como trabalhadores. O primeiro representaria a animalidade, o atraso, o passado, enquanto o branco (europeu) era o símbolo do trabalho ordenado, pacífico e progressista. Desta forma, para se modernizar e desenvolver o Brasil só havia um caminho: colocar no lugar do negro o trabalhador imigrante, descartar o país dessa carga passiva, exótica, fetichista e perigosa por uma população cristã, europeia e morigerada». In: Clóvis Moura, *Sociologia do negro brasileiro*. São Paulo, Ática, 1988, p. 121.

10 José Carlos Rui, *O sonho racista de um povo branco*, «Jornal dos Economistas», Rio de Janeiro, mayo de 2005, pp. 18 ss. Todavía en las palabras del autor, «houve propostas de todo o tipo – desde os abolicionistas radicais que, em minoria, defendiam o fim imediato da escravidão sem compensações para os senhores, até aqueles que defendiam uma extinção tão gradual e lenta que arrastaria aquele sistema iníquo até a década de 1930. Outros queriam um período de transição em que os escravos seriam transformados em servos da gleba, juridicamente livres, mas impedidos de sair das fazendas onde viviam» (Rui, *O sonho racista de um povo branco*, cit., p. 18). Sobre los fenómenos sociales y políticos que culminaron en la abolición de la esclavitud en Brasil, vea Hebe Mattos, *Abolição da escravidão [verbete]*, in Ronaldo Vainfas (org.), *Dicionário do Brasil Imperial*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2002.

11 Rui, *O sonho racista de um povo branco*, cit., p. 18. Todavía según el mismo autor,

Fue en el ámbito de estos debates que acabaron por prevalecer los defensores de la inmigración europea, principalmente de aquellas italianas y alemanas. En las palabras de José Carlos Rui, los italianos, en particular eran conocidos

[...] trabalhadores vindos de uma sociedade hierárquica e autoritária, e que entrara em crise profunda depois da unificação da Itália; portanto, eram trabalhadores acostumados a uma cultura autoritária semelhante à brasileira e que, esperavam os promotores da imigração, se adaptariam facilmente às condições de trabalho das fazendas do café, ainda duramente marcadas pelas relações escravistas. Além disso, eram europeus e brancos, correspondendo ao sonho de branqueamento da elite brasileira¹².

En un exámen de los censos demográficos realizados sobre la población residente entre 1872¹³ y en 1890, es posible constatar que en su gran mayoría

el diputado Meneses e Sousa, en un informe de 1875, habría rechazado la llegada de chinos diciendo que Brasil precisaba de «sangre nueva» y no de «jugo envejecido y envenenado». Los chinos, habría escrito Meneses e Sousa, constituirían una raza «bastardeada» y que haría «degenerar la nuestra». Joaquim Nabuco también habría rechazado la llegada de chinos cuando, en 1883, registró por escrito su temor de que podrían corromper «todavía más nuestra raza» y que Brasil podría ser «mongolizado como fue africanizado». Vea también, Lená Medeiros de Menezes, *A imigração européia como passaporte para o progresso e a civilização no Brasil do século XIX*, Paper apresentado no XIV Congresso Internacional da AHILA, em Castellón de la Plana (Espanha), setembro de 2005.

12 Rui, *O sonho racista de um povo branco*, cit., p. 18. Sobre los debates en Italia en lo que concierne a la inmigración, Giovanni Cazzetta, *Diritto individuale e «diritto della patria». Mito della nazione e emigrazione a fine Ottocento. Anais do Congresso Pensamento Jurídico e Dimensão Internacional: Experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX*. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011 (CD-rom), en particular sobre la inmigración en América del Sur, Giovanni Cazzetta, *Predestinazione geografica e colonie degli europei. Il contributo di Attilio Brunialti*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33/34, 2004/2005, pp. 115 ss. e 162 ss.

13 Los datos presentados por el Censo General del Imperio de Brasil de 1872 se encuentran publicados en internet en el sitio del Núcleo de História Econômica e Demografia da Universidade Federal de Minas Gerais (<<http://www.nphed.cedeplar.ufmg.br/pop72/index.html>>). El análisis poblacional fue realizado en la época a través del envío de formularios revisando el análisis de datos demográficos de alrededor de 1.440 parroquias brasileñas. En estos eran solicitadas informaciones como sexo, raza, estado civil, religión, alfabetización, condición jurídica del individuo (esclavo o libre), nacionalidad y profesión. Tales formularios eran entregados en las casas de familia por miembros de comisiones dedicadas a los censos de las parroquias responsables por coordinar los trabajos.

los objetivos de Pedro II fueron alcanzados¹⁴. Según los datos ofrecidos por el censo de 1872, la población brasileña sería en la época formada por 3.818.403 individuos “blancos”; 3.833.015 individuos mestizos; 3.970.509 individuos “negros”¹⁵. Ya los datos reportados por el censo de 1890 traen variaciones significativas en relación a lo anterior, todas satisfaciendo los intereses del monarca, o sea, el número de individuos “blancos” en la población casi se duplica, yendo para la suma de 6.302.198; el número de individuos considerados “mestizos” sube tímidamente para 4.638.495; y el número de individuos “negros” cae para 2.097.426.

Todavía, según el censo de 1872, el número de individuos extranjeros en Brasil era de 382.132. De éstos, 125.876 son portugueses, 40.056 alemanes y 8.222 italianos, entre otras varias nacionalidades citadas.

El desarrollo de tales políticas en gran parte tiene continuidad a partir de la proclamación de la república de los *Estados Unidos do Brazil*, el 15 de noviembre de 1889, pero, esta vez, como será visto, a través, de un prisma diferente. Pasa a ser una de las principales preocupaciones del nuevo gobierno asumir la conducción de los negocios del Estado y reforzar entre los extranjeros – recién inmigrados o hacía pocos años en el territorio brasileño – un sentimiento de pertenencia a la nueva realidad, a la nueva patria. A los ojos de los neogobernantes parecía tornarse necesario dar inicio a una acción que absorbiera en particular a los viejos extranjeros como ciudadanos brasileños¹⁶, ya que se tornaba casi imposible administrar en el territorio un número tan

14 Recenseamento Geral da República dos Estados Unidos do Brazil.

15 Incluso entre los individuos “negros”, aquellos nacidos en África totalizaban 176.057, de lo cual 138.358 eran todavía esclavos y 37.699 ya emancipados.

16 Brasil adoptó el sistema *jus solis* en el artículo 6 de la Constitución imperial de 1824 y lo reconfirmó en el artículo 69 de la Constitución republicana de 1891: «Art 69 - São cidadãos brasileiros: 1º) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não, residindo este a serviço de sua nação; 2º) os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicílio na República; 3º) os filhos de pai brasileiro, que estiver em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se; 4º) os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem; 5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade; 6º) os estrangeiros por outro modo naturalizados».

grande de individuos extraños a la esfera jurídica nacional¹⁷. Aquí debe ser resaltado, en este ámbito, todavía, para evitar mayores equívocos, que debido al hecho de que el ordenamiento brasileño se vale preponderantemente del *jus solis* como sistema para la transmisión de la ciudadanía, los hijos de los inmigrantes que nacían en Brasil por nacimiento se tornaban ciudadanos brasileños.

3. *La incorporación forzada de extranjeros blancos a través de la «Gran Naturalización»*

La estrategia tendiente a conceder la condición jurídica de nacional brasileño a los inmigrantes tenía el objetivo de tornarlos a través de este pretendido mecanismo de absorción –, ciudadanos de una nueva república, inaugurando un nuevo modo de gobernar y de relacionarse con ciudadanos. La creación de un vínculo jurídico íntimo de cada extranjero inmigrado con la patria brasileña que, a su vez, generara los presupuestos para la transmisión de un sentimiento de brasilidad, pasaba a contar en las pautas de los debates

17 Incluso así, como bien demuestra el texto del Decreto n.º 528, emanado el 28 de junio de 1890, sin abandonar los trazos de la política racial del imperio, la república recién proclamada mantuvo firme las restricciones a la entrada de extranjeros asiáticos y africanos en el territorio brasileño: «O generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, chefe do governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, constituído pelo Exército e Armada, em nome da Nação: Considerando a conveniência de regularizar o Serviço de Imigração na República, de modo que os imigrantes tenham segura garantia da efetividade dos auxílios que lhes forem prometidos para o seu estabelecimento; Considerando que a adoção de medidas adequadas e tendentes a demonstrar o empenho e as intenções do governo, relativamente à imigração, depende o desenvolvimento da corrente imigratória e a segura aplicação dos subsídios destinados àquele serviço, ao qual se acha intimamente ligado o progresso na nação; Considerando que a proteção dada aos imigrantes e as medidas que asseguram a sua pronta e conveniente alocação concorrem eficazmente para interessá-los na prosperidade dos estabelecimentos em que forem localizados; Considerando que faz-se conveniente a concessão de favores que animem a iniciativa particular e auxiliem o desenvolvimento das propriedades agrícolas, facilitando-lhes a aquisição de braço, de modo, porém, que seja atendida a conveniente colocação dos imigrantes; decreta: Art. 1.º - É inteiramente livre a entrada, nos portos da República, dos indivíduos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos a ação criminal de seu país, excetuados os indígenas da Ásia ou da África, que somente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admitidos de acordo com as condições que forem então estipuladas».

ocurridos en el palacio de Itamaraty, primera sede del gobierno republicano. Estando radicados en el territorio brasileño, los extranjeros residentes de modo permanente, según esta línea de opinión, deberían pasar a cultivar un sentimiento de brasilidad. Y al nuevo gobierno republicano cabría implementar las estrategias para que los mismos se tornaran ciudadanos de una nueva patria, rompiendo las ligaciones y gradualmente fragilizando los lazos con la tierra de origen.

En este contexto, varios fueron los momentos y las estrategias utilizadas por el legislador para intentar hacer que los inmigrantes rápidamente se tornaran nacionales brasileños. La más significativa entre estas estrategias se materializó poco después de la proclamación de la república, y pasó a ser conocida como la «gran naturalización».

Emanado el 15 de diciembre de 1889 por el Gobierno republicano provisorio, el decreto n. 58-A, trae *Providencia sobre a naturalização dos estrangeiros residentes na Republica*, previniendo que todos los extranjeros residentes en Brasil el 15 de noviembre de 1889 que no declararan dentro de 6 meses, la voluntad de conservar la nacionalidad de origen, se tornarían ciudadanos brasileños¹⁸. Se trata de una medida que, ya en los años anteriores, sobre el imperio, tuvo en el Vizconde Taunay su mayor defensor. El mismo afirmaba, en su opúsculo *A Nacionalização, a Grande Nacionalização e Naturalização Tácita*, que la adopción de tal mecanismo para proceder a la naturalización de los inmigrantes sería «[...] uma das medidas mais largas, generosas e sobretudo convenientes nas condições actuaes do Brazil»¹⁹.

No existen fuentes que comprueben la relación o la influencia en la propuesta del gobierno brasileño, pero es altamente sugestivo el hecho de que en el periodo del segundo imperio brasileño, Venezuela haya iniciado un proceso de asimilación de los inmigrantes extranjeros que también se fundaba en la naturalización tácita. En otros términos, el artículo 7 de la ley venezolana n.º 969, del 18 de mayo de 1855, «que protege la inmigración de extranjeros», preveía que los inmigrantes desembarcados en el territorio de aquel Estado

18 Para una mayor profundidad sobre la política exterior del neogobierno republicano, vea Amado Luiz Cervo et Clodoaldo Bueno, *História da Política Exterior do Brasil*, Brasília, Editora da UnB, 2002, pp. 151 ss.

19 Alfredo Maria Adriano d'Escragno (Visconde de) Taunay, *A Nacionalização, a Grande Nacionalização e Naturalização Tácita*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1886, p. 13. Vea también, Beatriz Maria Lazzari, *Imigração e ideologia: Reação do parlamento brasileiro à política de colonização e imigração (1850-1875)*, Porto Alegre, Editora da Universidade de Caxias do Sul, 1980.

inmediatamente recibirían una «Carta de naturalidad»²⁰. En la ocasión, los gobiernos italiano²¹ y francés²² reaccionaron cuestionando la validez de una norma que impone la nacionalidad del país que acoge al inmigrante sin que hubiera una manifestación explícita del extranjero en este sentido.

El decreto brasileño n.º 58-A, ya en el preámbulo, a su vez, deja evidente la importancia de tal estrategia para la nueva realidad política brasileña, presentando la norma que prevé la nacionalización tácita y en masa de los inmigrantes como parte de los esfuerzos que condujeron a Brasil al «progreso» y a la «civilización»:

O Governo Provisorio dos Estados Unidos do Brazil, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, considerando que o inolvidavel acontecimento do dia 15 de novembro de 1889, assignalando o glorioso advento da Republica Brasileira, firmou os principios de igualdade e fraternidade que prendem os povos educados no regimen da liberdade e augmentam a somma dos esforços necessarios ás conquistas do progresso e civilizaçaõ da humanidade.

20 Posteriormente una resolución emanada en 1865 por el gobierno venezolano especificó que la norma en cuestión no preveía solamente una simple “oferta” de la nacionalidad, sino una plena atribución de la misma. Veá, a propósito, Carlo Bisocchi, *Acquisto e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*, Milano, Hoepli, 1907, p. 320.

21 En lo que respecta a la reacción del gobierno italiano, cuyo país en la época era una de las principales fuentes de inmigrantes para Venezuela, informa al respecto, Filippo Panzera que «Di fronte a tale presa di posizione del governo venezuelano, il ministro degli esteri italiano La Marmora, il 7 agosto 1865, inviava specifiche istruzioni al console italiano a Caracas de la Ville, affermando che la pretesa del Venezuela – per cui “i coloni, per quel solo fatto di comparire in tale qualità sul territorio della repubblica, diventano suoi sudditi” – non si poteva “in verun modo ammettere giacché non si conferisce cittadinanza al forestiero che non la vuole ed esplicitamente non la chiede, ed una massima contraria offenderebbe i principi consacrati dagli usi di tutti i popoli civili”». (Antonio Filippo Panzera, *Limiti internazionali in materia di cittadinanza*, Napoli, Jovene, 1984, p. 226).

22 En el caso francés, la reacción vino posteriormente, de modo indirecto, en la forma de un aviso a los inmigrantes franceses publicado en el *Journal officiel* de 18-20 de marzo de 1875, en que informaba a los interesados que, debido a la envergadura de la legislación vigente en Venezuela en materia de nacionalidad, éstos no podrían pedir la intervención de los consulados franceses para obtener del gobierno venezolano los pasaportes, en la hipótesis en que quisieran retornar para Francia. Veá, Bisocchi, *Acquisto e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*, cit., p. 324; Panzera, *Limiti internazionali in materia di cittadinanza*, cit., p. 227.

«Progreso» y «civilización», de la forma como vienen siendo utilizadas, son expresiones corrientes en el lenguaje no sólo de los constitucionalistas brasileños del siglo XIX, sino sobre todo de los internacionalistas y diplomáticos que a partir de la década del 60 del mismo siglo no miden esfuerzos en la tentativa de hacer que Brasil efectivamente pasara a recibir de la Comunidad internacional el efectivo reconocimiento de país «civilizado»²³, pudiendo así, postular la participación y tener mayor influencia en los congresos realizados en el seno de esta última²⁴. Entre las estrategias del gobierno brasileño en este sentido se encuentra, especialmente, el cada vez más frecuente recurso al arbitraje para dirimir sus litigios internacionales²⁵, práctica entonces vista como prueba de sincero compromiso con los valores de la Comunidad Internacional de países civilizados. Ya en plena República, en el ápice de esta búsqueda por reconocimiento, Brasil pasó también a firmar tratados previendo cláusulas de sumisión de eventuales conflictos al arbitraje²⁶, así como a ofrecerse como árbitro en litigios entre otros Estados.

23 Sobre la condición y el papel de los países “civilizados” en la Comunidad internacional entre las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX, vea, principalmente Gerritt W. Gong, *The Standard of «Civilization» in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984. Veja-se, también, Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; Stefano Mannoni, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo*, Milano, Giuffrè, 1999.

24 De modo frecuente, ya en el período, los Estados del «nuevo mundo» eran apuntados en los manuales de derecho internacional como miembros de la Comunidad internacional de países “civilizados”, pero eso sin que hubiera una efectiva consecuencia práctica para Brasil, como comprueba la ausencia de este último en buena parte de las grandes conferencias internacionales del siglo XIX, en particular en la Conferencia de Paz acontecida en la Haya en 1899. Entre los manuales citando los países del nuevo mundo, en primer lugar el norteamericano Henry Wheaton, *Elements of International Law*, Philadelphia, Lea and Blanchard, 1846, p. 45, Alphonse Rivier, *Principes de Droit des Gens*, Paris, Rousseau, 1896, vol. I, pp. 11 ss. El jurista alemán Ludwig Klüber hace mención expresa a Brasil, en Johann Ludwig Klüber, *Droit des Gens moderne de l'Europe*, Paris, Guillaumin, 1861, p. 2, nota (d).

25 Arbitrajes Brasil vs. Gran-Bretaña, caso «Fort» (1863); Estados Unidos vs. Brasil, caso «Canada» (1870); Suécia y Noruega vs. Brasil, caso «Queen» (1872); Argentina vs. Brasil, caso «Márgenes de los ríos Uruguay e Iguazú», (1895); Brasil vs. Francia, «Fronteras de la Guyana Francesa» (1900); Brasil vs. Gran-Bretaña, caso «Fronteras da Guyana Británica» (1904).

26 Vea los tratados firmados por el gobierno brasileño con Chile (1899), con Estados Unidos (1909), Peru (1909), Francia (1909), Cuba (1909), China (1909), México (1909), Venezuela (1909), Costa Rica (1909), China (1909), Ecuador (1909), Gran-Bretaña (1909), España (1909), Noruega (1909), Haití (1910) e Imperio Austro-Húngaro (1910) e Suiza (1924).

Es posible constatar la inserción de la «gran naturalización» en este esfuerzo brasileño por el efectivo ingreso en la Comunidad internacional de los países civilizados ya en abril de 1877, cuando, en su discurso en el parlamento imperial el Vizconde de Taunay afirmaba que

A idéia da grande naturalisação é hoje considerada pelos maiores pensadores do mundo não já medida política de elevadas conseqüências moraes e materiaes, mas dever de reciprocidade entre as nações. O eminente Rouher a define a fôrma mais perfeita da hospitalidade moderna, e quando a Inglaterra, tão ciosa das prerogativas de seus filhos, a abraça em toda a sua integridade, acha-se o Brazil inhibido até de pensar nessa generosa e fecunda medida²⁷.

La «gran naturalización» sería, por lo tanto, también una nueva prueba significativa de sincero compromiso con los valores de la Comunidad Internacional, aproximando a Brasil de los padrones que caracterizan a los países “civilizados”.

Los términos presentes en el preámbulo del decreto n.º 58-A parecen, por lo tanto, intentar presentar el diploma legal, sea a la perspectiva de la cultura jurídica pública interna, sea a los parámetros doctrinarios que moldean los contornos de la ciencia del derecho internacional de la segunda mitad del siglo XIX, como portador de medidas que conciben con la idea de que el Estado brasileño estaría con esto realizando un acto a favor del progreso y de su consolidación como potencia.

Los primeros artículos del decreto preveían:

Art. 1º São considerados cidadãos brasileiros todos os estrangeiros que ja residiam no Brazil no dia 15 de novembro de 1889, salvo declaração em contrario feita perante a respectiva municipalidade, no prazo de seis mezes da publicação deste decreto.

Art. 2º Todos os estrangeiros que tiverem residencia no paiz durante dous annos, desde a data do presente decreto, serão considerados brasileiros, salvo os que se excluirem desse direito mediante a declaração de que trata o art. 1º.

Art. 3º Os estrangeiros naturalizados por este decreto gozarão de todos os direitos civis e politicos dos cidadãos natos, podendo desempenhar todos os cargos publicos, excepto o de Chefe do Estado.

El contenido del dispositivo fue posteriormente reproducido en el texto del artículo 69, inciso IV, de la Constitución de la República de los Estados

²⁷ Taunay, *A Nacionalização, a Grande Nacionalização e Naturalização Tácita*, cit., p. 76.

Unidos de Brasil, promulgada en 1891, prorrogando el plazo para la declaración hasta el 21 de agosto del mismo año²⁸. Fue, no obstante, una inserción en el cuerpo constitucional que vio opositores ya durante la realización de los trabajos constituyentes, como sucede en el caso de la representación enviada al parlamento por Miguel Lemos y Raimundo Teixeira Mendes, ambos hombres públicos e intelectuales influyentes en el circuito republicano, firmemente contrarios a la concesión gratuita de la nacionalidad sin que hubiera manifestación clara e inequívoca del acto volitivo por parte del extranjero:

[...] nenhum desses factos nos autorisa a considerar concidadãos nossos os estrangeiros que conosco convivem, sem ao menos exigir que assim o declarem. Acresce que não podemos ter plena confiança na dedicação por nossa Patria, por parte de pessoas que, para essa dedicação, julgaram imprescindível renegar a cidade de seus pais e entrar no goso de regalias, que mesmo aos cidadãos brasileiros só excepcionalmente podem tocar, como sejam os cargos publicos quaesquer²⁹.

La «gran naturalización» no tenía otro objetivo más que aquel de nacionalizar de forma inmediata y definitiva al inmenso patrimonio humano extranjero que a lo largo de algunas décadas se había establecido en las ciudades y en las florestas brasileñas, haciéndolos ciudadanos pertenecientes a un nuevo ordenamiento jurídico estatal, e iniciando un proceso tácito de desvinculación de los ordenamientos jurídicos estatales a los cuales inicialmente pertenecían.

Conforme el artículo 1 del Decreto, el instituto a ser eventualmente utilizado por el extranjero para evitar la naturalización tácita propuesta en los términos de la norma era la “opción”. Se trata, de hecho, de un uso bastante poco común de tal instituto en la praxis del derecho internacional de la época y también posterior, una vez que el mismo era concebido y aplicado principalmente en situaciones que envolvían poblaciones de territorios anexados³⁰, en

28 «Art. 69 - São cidadãos brasileiros: [...] 4º) os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem; [...]».

29 Miguel Lemos et Raimundo Teixeira Mendes, *Representação enviada ao Congresso Nacional propondo modificações no projecto de Constituição apresentado pelo Governo e contendo como anexo o apusculo «Razões contra a lei de grande naturalização»*, Rio de Janeiro, Apostolado Positivista no Brasil, 1890, p. 11.

30 A propósito, afirma Carlo Bisocchi, en 1907: «Divenuta pratica costante degli Stati quella di far seguire ad ogni modificazione territoriale una corrispondente modificazione anche nella nazionalità della popolazione del territorio annesso, i principî solennemente proclamati in questi ultimi tempi presso quasi tutti i popoli civili, in materia di diritti in-

que los extranjeros se manifestaban al respecto de la adquisición de la nueva nacionalidad. En la “opción”, según escribían en la época Funck-Brentano y Albert Sorel,

l'État cédant remplit un devoir envers ses anciens sujets, l'État cessionnaire remplit un devoir envers ses sujets nouveaux, en stipulant dans le traité pour les habitants du territoire cédé, le droit d'opter entre la nationalité qu'ils possédaient avant le traité et celle que le traité leur attribue³¹.

La aplicación clásica de este instituto estaba prevista, por ejemplo, en el tratado de anexión de Savoia y del condado de Nice por Francia, firmado el 24 de marzo de 1860³² y, también, con otro términos, en el tratado franco-

dividuali, hanno reso palese però ben presto una certa contraddizione di tale sistema con siffatti diritti. Si è compreso cioè, che, se è giusto che ogni annessione abbia a produrre ipso facto una mutazione di sovranità, non è però altrettanto giusto che questa circostanza abbia a produrre ipso facto anche una mutazione di nazionalità nella popolazione. I bisogni di singoli Stati devono essere conciliati coi diritti dei singoli individui e, siccome il conservare, o mutare cittadinanza è riconosciuto quasi dappertutto, in via generale, come un diritto personale, così è logico che nello stesso caso d'una naturalizzazione collettiva l'elemento della volontà abbia ad occupare quel posto che gli aspetta in tutta questa materia». (Bisocchi, *Acquisto e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale*, cit., p. 346).

31 Théophile Funck-Brentano et Albert Sorel, *Precis du droit des gens*, Paris, E. Plon, 1877, pp. 503 ss. Continúa el autor: «Les conditions dans lesquelles ce droit peut être exercé sont plus ou moins libérales, selon que l'État cessionnaire est plus ou moins convaincu de la facilité avec laquelle s'opérera l'assimilation des habitants du territoire cédé avec les habitants de leur nouvelle patrie [...] Le traité de cession de territoire détermine les conditions dans lesquelles l'option peut être faite; il fixe le temps où le droit d'option peut être faite; il règle la situation des personnes originaires du territoire cédé qui ne s'y trouvent pas à l'époque de la cession; il règle également les droits des mineurs; il stipule en general des franchises dounaières pour les meubles et les effets des habitants qui veulent transporter leur domicile en dehors du territoire, et pour ceux des personnes originaires du territoire qui l'ont quitté et qui désirent y parvenir».

32 El artículo 6 de tal documento disponía: «Les sujets sardes, originaires de la Savoie et de l'arrondissement de Nice, ou domiciliés actuellement dans ces provinces, qui entendront conserver la nationalité sarde, jouiront, pendant l'espace d'un an à partir de l'échange des ratifications, et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en Italie, et de s'y fixer, auquel cas la qualité de citoyen sarde leur sera maintenue». Veá, al respecto, André Weiss, *Manuel de Droit International Privé*, Paris, Sirey, 1914, pp. 174 ss.; Henry Bonfils, *Manuel de Droit International Public*, Paris, Rousseau, 1905, pp. 232 ss.

alemán, que preveía la anexión de Alsacia y de Lorena por Alemania, firmado en Frankfurt-am-Main el 10 de mayo de 1871³³, así como por el tratado de Saint-Germain-en-Laye, del 10 de septiembre de 1919, una de las causas de la fragmentación del Imperio Austro-Húngaro después de la Primera Guerra Mundial, que impuso la anexión por Italia de los territorios de Südtirol, de Welschtirol y de parte de Venezia-Giulia y de Dalmacia, antes a aquél perteneciente³⁴.

En el caso brasileño, no obstante, la regla fue flagrantemente invertida, ya que preveía la manifestación al respecto del mantenimiento de la nacionali-

33 Artículo 2: « Les sujets français, originaires des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ce territoire, qui entendront conserver la nationalité française, jouiront, jusqu'au 1er octobre 1872, et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en France et de s'y fixer, sans que ce droit puisse être altéré par les lois sur le service militaire, auquel cas la qualité de citoyen français leur sera maintenue. Ils seront libres de conserver leurs immeubles situés sur le territoire réuni à l'Allemagne. Aucun habitant des territoires cédés ne pourra être poursuivi, inquiété ou recherché, dans sa personne ou dans ses biens, à raison de ses actes politiques ou militaires pendant la guerre». Vea Weiss, *Manuel de Droit International Privé*, cit., pp. 174 ss; L. Arnould, *De l'option des alsaciens-lorrains pour la nationalité française*, Paris, Berger-Levrault, 1879, pp. 7 ss.

34 «Section VI – Clauses relating to nationality. Article 70 – Every person possessing rights of citizenship (pertinencia) in territory which formed part of the territories of the former Austro-Hungarian Monarchy shall obtain ipso facto to the exclusion of Austrian nationality the nationality of the State exercising sovereignty over such territory. Article 71 – Notwithstanding the provisions of Article 70, Italian nationality shall not, in the case of territory transferred to Italy, be acquired ipso facto: (1) by persons possessing rights of citizenship in such territory who were not born there; (2) by persons who acquired their rights of citizenship in such territory after 24 May 1915, or who acquired them only by reason of their official position. Article 72 – The persons referred to in Article 71, as well as those who: (a) formerly possessed rights of citizenship in the territories transferred to Italy, or whose father, or mother if the father is unknown, possessed rights of citizenship in such territories, or (b) have served in the Italian Army during the present war, and their descendants, may claim Italian nationality subject to the conditions prescribed in Article 78 for the right of option. [...]». Sobre el instituto de la opción a la nacionalidad dispuesto en el Tratado Saint-Germain-en-Laye, vea Charles Harold Herford, *The Case of German South Tyrol Against Italy*, London, G. Allen & Unwin, 1927; Antonio Luigi Farina, *Le opzioni nell'Alto Adige. Commento al Decreto Legislativo 2-2-1948, n.º 23, sulla revisione delle opzioni degli Alto Atesini*, Roma, Istituto d'Assistenza Legale agli optanti, 1950; Manlio Udina, *Sull'acquisto della cittadinanza italiana di pieno diritto in base al Trattato di pace di St. Germain*, «Rivista di diritto internazionale», XXIV, 1932, pp. 102 ss.

dad de origen, con la consecuente pérdida de esta última ante el silencio por parte del extranjero.

Desde el punto de vista del derecho adjetivo, el cuarto artículo del decreto reglamentaba el procedimiento previsto en el artículo primero. A este fin, trataba del registro del acto volitivo a ser expresamente manifestado por el inmigrante con el objetivo de mantener la ciudadanía de origen, continuando, de este modo, en la condición jurídica de extranjero y declinando de la concesión hecha por el gobierno neorepublicano³⁵:

Art. 4º A declaração a que se referem os arts.1º e 2º, será tomada perante o secretario da municipalidade ou corporação que provisoriamente a substitua, em livro especialmente destinado a tal fim, e assignada pelo declarante e pelo mesmo secretario ou representante da alludida corporação.

Siguiendo en dirección opuesta a la consolidada tradición normativa en materia de derecho internacional, como fue visto, el decreto no disponía sobre la manifestación del acto volitivo por parte del inmigrante con la finalidad de adquisición de la nacionalidad brasileña, pero imponía al mismo la necesidad de manifestarse expresamente en el sentido de continuar manteniendo el vínculo con la esfera jurídica de origen. Aquellos que no la hicieran en el plazo prescrito por ley restaba solamente la hipótesis de la nacionalización tácita con la consecuente pérdida también tácita de la ciudadanía original, una vez que el Estado brasileño imponía la exclusividad en lo que concierne al mantenimiento de la nacionalidad brasileña. En este sentido, no el decreto, pero sí la parte final del inciso IV del artículo 69 de la Constitución de 1891 es bien claro, cuando afirma ser necesaria la declaración para demostrar la voluntad «[...] de conservar a nacionalidade de origen».

Inclusive delante de la clara restricción dispuesta en el texto constitucional, no se tienen noticias de ulteriores medidas legislativas, judiciales o administrativas tendientes a dar concreción a tal pérdida de nacionalidad. En otras palabras, las instituciones brasileñas no otorgaron a los consulados ni a las embajadas de los países de proveniencia listas, ni nombres de los hasta entonces extranjeros, que tendrían por «renuncia tácita» roto el vínculo de pertenencia con los antiguos ordenamientos jurídicos estatales. Del mismo modo, los neociudadanos brasileños no fueron obligados a

35 El Decreto n.º 396 de 15 de mayo de 1890 facilitó la realización de la declaración, tornando posible hacerla no solamente en las reparticiones municipales, sino también, en las delegacías de policía.

comunicar a las mismas reparticiones consulares y diplomáticas la nueva condición jurídica por ellos asumida y la consecuente pérdida de nacionalidad de origen.

En este mismo sentido, las autoridades brasileñas neorepublicanas tampoco se preocuparon en adecuar los antiguos mecanismos imperiales de registro al nuevo contexto³⁶. El suministro de certificados de naturalización a los extranjeros objeto de la «gran naturalización» fue, en consecuencia, inexistente. Se trata de un hecho importante, ya que incide directamente en eventuales procedimientos comprobatorios de la nueva condición jurídica del inmigrante en ámbito administrativo y judicial, como sucederá posteriormente, a partir de la década de 1920. No poseyendo un registro general de ciudadanos naturalizados, ni ofreciendo certificados que comprobaran tal condición jurídica, las autoridades brasileñas exigían como documentos comprobatorios la presentación del pasaporte extranjero y registros del ingreso al país antes del 15 de noviembre de 1889. A estos documentos se sumaban otros, de registro civil o religioso, tales como certificados que comprobasen casamiento civil o matrimonio en Brasil, nacimiento o bautismo de hijos en Brasil, así como la adquisición de propiedad en territorio brasileño después de la fecha de la proclamación de la república.

36 En el período del Imperio las «cartas de naturalización» eran emanadas por el gobierno a través de la previsión contenida en el inciso V del artículo 6º de la Constitución del Imperio de Brasil, de 1824 y en el artículo 1º de la Ley del 23 de octubre de 1832, que disponía: «O Governo fica autorizado a conceder carta de naturalisação, sendo requerida, a todo o estrangeiro, que provar: § 1º Ser maior de vinte e um annos. § 2º Que se acha no gozo dos direitos civis, como cidadão do paiz, á que pertence, salvo se os houver perdido por motivos absolutamente politicos. § 3º Que tem declarado na Camara do municipio de sua residencia seus principios religiosos, sua patria, e que pretende fixar seu domicilio no Brazil. § 4º Que tem residido do Brazil por espaço de quatro annos consecutivos, depois de feita a declaração mencionada no paragrapho antecedente; exceptos se, domiciliados por mais de quatro annos no Imperio ao tempo da promulgação deste Lei, requererem dentro de um anno carta de naturalizaçãõ. § 5º Que ou é possuidor de bens de raiz no Brazil, ou nelle tem parte em fundos de algum estabelecimento industrial, ou exerce alguma profissão util, ou em fim vive honestamente do seu trabalho». Según noticia el Vizconde de Taunay, fueron muy pocas las cartas emanadas entre 1822 y 1883, o sea, «[...] pedindo eu ao Ministério do Império, por meio de votação da Câmara dos Srs. deputados, informação sobre o numero dessas cartas registradas, a resposta official assignalou o eloqüente e insignificantissimo algarismo de 5,381, desde os tempos da nossa independência até aquella data, isto é, era 61 annos!» (Taunay, *A Nacionalização, a Grande Nacionalização e Naturalização Tácita*, cit., p. 39).

La casi total inercia y el descaso de las instituciones brasileñas con relación a la efectiva implementación de las medidas previstas en el dispositivo constitucional del caso conduce a pensar que los efectos buscados por el gobierno brasileño en un primer momento estuvieron mucho más en el campo de lo simbólico que en el jurídico propiamente dicho.

Inclusive así, alardeada por la prensa local, la noticia llegó a las puertas de consulados y embajadas, y, por consiguiente, a los gobiernos extranjeros interesados, haciendo que la adopción de tales medidas fuesen objeto de protesta entre algunas de las principales potencias de la época, principalmente entre aquellas que figuraban como patria de origen de los inmigrantes recién nacionalizados.

Siendo el mayor proveedor de inmigrantes a Brasil, el Reino de Italia fue el Estado que se manifestó de modo más incisivo contrario a la «gran naturalización». Conforme el jurista italiano Antonio Panzera, en febrero de 1890 el gobierno italiano propuso a los demás Estados que habían levantado protestas contra Brasil un proyecto de nota colectiva en el cual afirmaba que el decreto brasileño era «[...] contraire aux principes généralement acceptés de droit international»³⁷ y sin fundamento jurídico del momento en que «[...] vise à établir, en la fondant sur le silence du citoyen étranger, une présomption gratuite, c'est-à-dire la présomption de la volonté de ce dernier de choisir la nationalité brésilienne»³⁸. El mismo esbozo de nota colectiva se concluía con la afirmación de que «[...] le Potenze firmatarie, protestando contro l'adozione del decreto, auspicavano un riesame della materia»³⁹ y, en el caso en que Brasil hubiera persistido en su posición, las mismas potencias habrían considerado el decreto 58-A como «[...] nul et non avenu»⁴⁰, conformando la conducta de éstas a los «[...] principes du droit international et aux intérêts de ses ressortissants»⁴¹.

La nota colectiva de protesta propuesta por el gobierno italiano fue también firmada por los gobiernos español, portugués y austro-húngaro, habiendo sido entregado al gobierno brasileño el 22 de mayo de 1890. Ésta, no obstante, fue rechazada por el gobierno neorepublicano. Como efecto de este rechazo, el gobierno italiano emanó el 1 de octubre del mismo año un

37 Panzera, *Limiti internazionali in materia di cittadinanza*, cit., p. 229.

38 *Ibidem*.

39 *Ibidem*.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*.

memorandum enviado a las representaciones diplomáticas de Brasil y de los demás Estados que habían levantado protestas, afirmando que la «[...] faculté qu'a le Brésil, en tant qu'état souverain de regler les questions ayant trait à la naturalisation des étrangers, n'exclut pas évidemment le droit et le devoir, qu'a le gouvernement italien de provoquer des mesures conformes à l'équité et aux intérêts de ses ressortissants»⁴² y, justo después, en el texto del mismo memorando, se reiteraba que «[...] le décret brésilien [...] n'offre pas la nationalité brésilienne aux étrangers, il la leur impose, puisque après deux ans il les considere déjà comme ayant acquis la nationalité brésilienne, ou bien les oblige a y renoncer formellement»⁴³.

A su tiempo, también el gobierno de los Estados Unidos tomó medidas acerca del decreto, pero lo hizo separadamente. En este sentido, el 19 de febrero de 1890, el embajador de los Estados Unidos en Brasil recibía directamente del Secretario de Estado norteamericano un informativo en que declaraba que

[...] that by the Brazilian Decree the principle of voluntary action had been wholly discarded. The mere residence of an individual in a foreign country could not be regarded as conclusive evidence of his desire and intention to become one of its citizen. The Decree sought to effect by operation of Law what could be accomplished only by the positive act to of the individual⁴⁴.

Contra las protestas levantadas, el gobierno brasileño continuó respondiendo que, no habiendo impuesto su nacionalidad a los extranjeros residente en el territorio de la República, no tenía como haber ofendido ninguno de sus derechos. En este sentido, fueron las explicaciones formalmente ofrecidas por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores, Quintino Bocaiuva, a la representación francesa, en que este último afirmaba:

[...] que o Decreto de 14 de dezembro fora concebido num largo espirito de hospitalidade; que o fim do governo provisório fôra abrir a familia brasileira a todos aquelles que quizessem nella entrar; que estava longe do pensamento desse decreto qualquer espirito de constrangimento ás pessoas, e que a naturalização não subtrahia o naturalizado ás obrigações anteriormente contrahidas por elle em seu paiz de origem⁴⁵.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

44 Paul Weiss, *Nationality and Statelessness in International Law*, Alphen aan den Rijn, Sijthof & Noordhof, 1979, p. 105.

45 Ministério das Relações Exteriores, *Relatório Extraordinário*, Rio de Janeiro, 1893, p. 78.

Posteriormente el Ministerio de Relaciones Exteriores trató de enviar a las delegaciones brasileñas en el exterior, a través de circular, la defensa formulada por Quintino Bocaiuva en respuesta a las críticas francesas, así como envió un *Contra-Memorandum*⁴⁶ en el cual era reportado:

1.º que todos os paizes civilizados têm-se considerados competentes para regular a naturalização e, que, portanto, o Brasil, nação soberana, estava no seu direito regulando também esta materia;

2.º que nas legislações de Portugal, da Itália, da Inglaterra e da França encontravam-se casos, em que o silêncio do interessado determinava a sua nacionalidade, consequentemente não havia razão para estranhar que effeito semelhante dêsse ao silencio o decreto do governo provisório.

Usando de um direito, sem offender direito dos outros Estados ou de cidadãos estrangeiros, não podia o Brasil attender á exigência, que faziam as legações estranhas, de revogar ou modificar o dec. n. 59-A de 1889, sem quebra de sua soberania e dignidade⁴⁷.

El hecho de que el gobierno brasileño no haya cedido a las protestas internacionales no resolvió el impase, que se mantuvo todavía por algunas décadas, contribuyendo para desacreditar al país en la arena internacional⁴⁸. Tal fenómeno presentó efectos negativos sobre las estrategias utilizadas por el gobierno brasileño en el final del siglo XIX para acceder a una posición de mayor credibilidad entre los Estados dichos “civilizados”, a través principalmente de la participación en arbitrajes internacionales, sea como árbitro, sea como parte. La ausencia de Brasil entre los convidados a la Primera Conferencia Internacional de Paz acontecida en la ciudad de La Haya, en 1899⁴⁹ parece, por ejemplo, ser sintomática de este contexto.

46 El *Contra-memorandum* fue enviado conjuntamente con la nota del 2 de agosto de 1890.

47 Ministério das Relações Exteriores. *Relatório Extraordinário*, cit., pp. 10-11.

48 En las palabras de Antonio Panzera: «Ma, se è vero che il governo brasiliano ha mantenuto fermo il proprio punto di vista in ordine alla legittimità della concessione della cittadinanza brasiliana – in difetto di espresso rifiuto – in base alla semplice residenza su suolo brasiliano ad una determinata “data critica” (quella della proclamazione della Repubblica) e – successivamente – in base ad una residenza biennale, è pur vero che all'estero – anche dopo l'acquietaso del contenzioso diplomatico susseguente all'adozione della nuova normativa – detto modo d'acquisto della cittadinanza ha continuato a suscitare perplessità e riserve. Ciò anche in Stati, come la Francia, che si erano mostrati abbastanza cauti all'indomani dell'adozione del decreto del 15 dicembre 1889» (Panzera, *Limiti internazionali in materia di cittadinanza*, cit., p. 231).

49 Sobre las conferencias de la Haya de 1899 y 1907, vea François Bugnion, *El dere-*

Posteriormente, en 1908, el Decreto n.º 6.948/08, que reglamenta la naturalización y la presencia de extranjeros permanentes en Brasil, todavía traerá en su primer artículo la fórmula de la «gran naturalización»⁵⁰. Ésta, no obstante, viene acompañada de un nuevo dispositivo, presente en el artículo 12 de la misma norma, que prevé:

Ao estrangeiro, no caso do § 4º do art. 1º, que não tiver sido alistado eleitor federal, nem nomeado para cargo publico federal ou estadual, até 12 de dezembro de 1907, será expedido titulo declaratorio de cidadão brasileiro; é porém, indispensavel que prove, previamente, a continuidade do domicilio no lugar onde se achava a 15 de novembro de 1889 ou dos successivos domicilios que tenha tido desde a mesma data até 24 de agosto de 1891.

Se trata, en este contexto, de la primera tentativa directa de dar concreción a los términos de «gran naturalización» a través de la institución de mecanismos de control en el territorio de los individuos que habían sido por esta última beneficiados.

Mismo en Brasil, hubo en la época severos cuestionamientos. En el ámbito de la doctrina constitucionalista, Alfredo Varela, en su manual publicado en 1899 – apoyado en la oposición a la «gran naturalización» deflagrada por Miguel Lemos y Raimundo Teixeira Mendes durante los trabajos constituyentes que culminaron en la Carta de 1891–, no ahorra críticas a la iniciativa neorepublicana, que, en vez de construir una Patria, estaría creando «[...] uma vasta feitoria para exploração universal do solo brasileiro»⁵¹. Y a través de este fenómeno, para el doctrinador, la patria estaría «[...] morrendo às mãos dos chatins políticos, para dar passo a um triste aggregado de todas as nações: espécie de navio corsário, onde a sede do ganho juncta gente de toda

cho de Ginebra y el derecho de La Haya, «Revista Internacional de la Cruz Roja», 844, 2001, pp. 901 ss.; Joseph H. Choate, *The Two Hague Conferences*, Princeton, Princeton University Press, 1913; Carlos Eymar, *Primer centenario de la Conferencia de Paz de la Haya*, «Análisis», 4, 1999, en <www.gees.org/imprimir.php?id=262>; Scott Andrew Keefer, *Building the Palace of Peace: The Hague Conference of 1907 and Arms Control Before the World War*, «Journal of the History of International Law», 9, 2007, pp. 35 ss.

50 «Art. 1º São considerados cidadãos brasileiros: [...] § 4º Os estrangeiros que, achando-se no Brazil a 15 de novembro de 1889, não tiverem declarado, até 24 de agosto de 1891, o animo de conservar a nacionalidade de origem».

51 Alfredo Varela, *Direito Constitucional Brasileiro. Reforma das Instituições Nacionais*, Rio de Janeiro, Typographia, 1899, p. 269.

procedência»⁵². El legislador brasileño estaría, de este modo, demostrando su falta de deferencia por el título de ciudadanos que

é em toda parte o orgulho dos homens, e é recebido de extranhos como uma rara dádiva honrosa, de concessão excepcional. Entre nós, imitando-se praticas que fizeram dos Estados-unidos uma nacionalidade de gente collecticia e que afogaram os povoadores puritanos na enxurrada das levas immigratorias, malbaratou-se o que sò nosso devia ser, mostrando-se ao Mundo o desapeço em que tínhamos esse nobre titulo, na indiferença com que o offerecemos a quem o quiz receber.⁵³

En la misma línea, Varela insiste en ir más allá de la figura del simple extranjero agraciado por la norma, direccionando su crítica a la concesión hecha a la figura del colono: «Admittindo que o seja: o colono faz questão da cidadania? Quer logo ser considerado brasileiro? Não, que isso não é cousa de que se decida com a leviandade de que deram mostra lamentavel nossos legisladores»⁵⁴.

En Francia, en el inicio del siglo siguiente, el tema es traído nuevamente a la discusión a través de un *acórdão* emanado por el *Tribunal civil de la Seine*, el 13 de julio de 1915. Se trataba del caso *Mathieu et Nathan Ullmann vs Ministère public*, ciudadano alemán que se vio recibiendo la nacionalidad brasileña en los términos del decreto n.º 58-A/1889, basado en el hecho de residir en territorio brasileño en la fecha de la proclamación de la República. El órgano judicial francés no reconoció su nacionalidad brasileña del mismo modo afirmando que «[...] les dispositions légales brésiliennes dont s'agit sont des dispositions exorbitantes du droit commun international»⁵⁵ y que «[...] elles imposent, avec une simple faculté de répudiation dans un délai très court, une

52 *Ibidem*.

53 *Ivi*, p. 262.

54 *Ivi*, p. 272. Todavía para Varela, la concesión de ciudadanía debería ser limitada a los casos propuestos en la representación hecha por Miguel Lemos y Teixeira Mendes, o sea «Art: - São cidadãos brasileiros: I. Os filhos de pais ou mãis brasileiros em qualquer parte em que nasçam e os filhos de pais ou mãis estrangeiros nascidos no Brazil que optarem pela nacionalidade brasileira na época de sua emancipação, segundo as leis nacionaes dos respectivos progenitores. II. Os estrangeiros, quer residam ou não no Brazil, que prestarem serviços relevantes á Humanidade (I) ou especialmente á Republica brasileira, ficando entendido que não perderão por isso os fóros de sua nacionalidade. III. Os estrangeiros que tiverem residido continuamente no Brazil pelo menos tantos anno's quantos contarem de domicilio em seu paiz natal, e que assim o solicitarem» (*ivi*, pp. 278-289).

55 El texto integral del *acórdão* se encuentra en «Revue de droit international prive et de droit international pénal», 1915-1916, pp. 76 ss.

naturalisation hâtive et conduisent à des conflits de lois que fait naître la nationalité des nouveaux brésiliens demeurés sujets étrangers d'après leur propre législation» y que de este modo estarían justificados «[...] les protestations élevées par la plupart des États européens en raison tant des dispositions de leur lois particulières que des principes du droit international». El tribunal afirmaba todavía que «[...] nulle part sinon au Brésil, Mathieu Ulmann ne saurait être considéré comme devenu Brésilien en 1889 par le seul fait de la loi brésilienne et en opposition avec sa loi nationale» y que las autoridades brasileñas atribuyendo nacionalidad brasileña a Ulmann, «[...] peuvent, au Brésil, méconnaître les règles internationales qui régissent l'état des personnes étrangères, mais que leur manière de voir ne peut être suivie hors du territoire brésilien». Pero, como apunta Paul Weiss, también el *acórdão* del tribunal francés presentaba sus deficiencias al contemplar la materia, ya que

While the reasoning in this case seems correct, the finding that he was a not Brazilian national seems not to be in line with the basic principle that nationality is determined by municipal Law. In accordance with the reasoning it would have been more appropriate to say that the person was not to be considered as a Brazilian national⁵⁶.

Algunos juristas brasileños de destaque consideraron como fundamentada y legítima las respuestas dadas por el gobierno brasileño a las críticas llegadas del otro lado del Atlántico. Un importante ejemplo de tal fenómeno fue dado por el principal redactor del Código Civil brasileño de 1916, Clóvis Beviláqua. Considerado uno de los más importantes y valerosos juristas de la época, defendió la política adoptada por el gobierno brasileño, afirmando que la gran naturalización «[...] sendo apenas meio de facilitar a aquisição da nacionalidade brasileira, e tendo uma efficacia transitoria, respeitou a liberdade individual e as normas essenciais da naturalização»⁵⁷. Todavía en la tentativa de legitimar la actuación del gobierno brasileño, Bevilacqua afirmaba que «[...] realmente não havia razão para os protestos levantados, achando-se o decreto de 1889, como o art. 69, n. 4, da Constituição federal, dentro dos dois polos, em que gyra a materia da naturalização, a soberania nacional e a liberdade individual»⁵⁸. El jurista brasileño todavía hacía hincapié en resaltar

⁵⁶ Weiss, *Nationality and Statelessness in International Law*, cit., p. 106.

⁵⁷ Clóvis Bevilacqua, *Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939, p. 220. Vide, ainda, Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 3ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2009, vol. I, pp. 453 ss.

⁵⁸ Bevilacqua, *Direito Internacional Público*, cit., pp. 221-222.

el hecho, según él positivo, de que las normas que preveían la «gran naturalización» eran todas muñidas de eficacia transitoria, tornándolas un ágil mecanismo tendiente a facilitar la adquisición de la nacionalidad brasileña.

Posteriormente Hildebrando Accioly, en el primer volumen de su *Tratado de Direito Internacional Público*⁵⁹, cuya primera edición es de 1933, también defendió la posición brasileña al analizar la cuestión por el prisma de la «adquisición automática» de la nacionalidad:

Aquisição automática aplica-se, de maneira geral, a pessoas alieni juris: a mudança de nacionalidade é-lhes imposta em razão, precisamente, de seu estado de dependência. Pode resultar do reconhecimento, da legitimação ou da adoção. Relativamente às pessoas maiores e senhoras de seus direitos, a aquisição automática, de que aqui nos ocupamos, só se realiza excepcionalmente, juris imperii; seja por uma espécie de incorporação forçada ao conjunto dos nacionais de um Estado, seja como condição imposta em troca de um benefício concedido pelo Estado, ou por influência do domicílio⁶⁰.

En la secuencia, Accioly pasa a presentar la «gran naturalización» prevista por la Constitución de 1891 como ejemplo del primer caso, o sea, la incorporación forzada al conjunto de los nacionales de un Estado, en virtud de la cual

[...] se tornaram automaticamente brasileiros os estrangeiros que se encontravam no Brasil à data da proclamação da república (15 de novembro de 1889) e, dentro em seis meses após a entrada em vigor da dita Constituição, não manifestarem o desejo de conservar a nacionalidade anterior. Essa disposição constitucional reproduzia mais ou menos a do 1. artigo de um decreto do Governo provisório brasileiro (decreto 58-A), datado de 14 de dezembro de 1889⁶¹.

Otro jurista brasileño a posteriormente manifestarse favorable a la iniciativa fue Miguel Ferrante. Este indicó en la posibilidad de rechazo de la concesión de la nacionalidad brasileña por parte del extranjero uno de los factores «legitimables» de la norma:

Com efeito, cuidou o legislador de resguardar a liberdade individual, concedendo aos estrangeiros amplas oportunidades de recusar a nacionalidade que só era outorgada, não imposta, caso não se manifestassem, em contrario, dentro de seis meses⁶².

59 Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, cit.

60 Ivi, p. 452.

61 Ivi, p. 453.

62 Miguel Jeronymo Ferrante, *Nacionalidade. Brasileiros natos e naturalizados*, São Paulo, Saraiva, 1984.

Según el jurista, la no imposición de la nacionalidad en caso de rechazo por parte del extranjero excluía cualquier hipótesis de violación de los derechos de éstos últimos.

La Constitución brasileña emanada en 1934, a las puertas del Estado nuevo, recogió con pocas alteraciones los dispositivos en materia de nacionalidad previstos en aquella de 1891⁶³. En otros términos, el artículo 106 de la Carta constitucional de 1934 continuó reconociendo como brasileños a todos los extranjeros «[...] que já adquiriram a nacionalidade brasileira, em virtude do art. 69, n^{os} 4 e 5, da Constituição, de 24 de fevereiro de 1891».

El mismo fenómeno se dio con la Constitución de 1937, que inaugura el Estado Nuevo brasileño, y que en la letra «c» de su artículo 115 prevé que son brasileños «[...] os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos termos do art. 69, n^{os} 4 e 5, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891»⁶⁴.

La cuestión que se coloca en este ámbito, y que será objeto de análisis en el punto que sigue, es como y a través de cuales medios el universo jurídico que dio sustento a la dictadura impuesta por Getúlio Vargas, sin derogar los dispositivos presentes en la Constitución, consideró a estos últimos, tornó todavía más severo el régimen de tratamiento a los extranjeros, contemplando en éste a los individuos que ya habían sido sometidos a los procesos de naturalización tácita previstos en la línea 4 del artículo 69 de la Constitución de 1891.

En este sentido, la dictadura de Vargas estaría siguiendo la tendencia – ya perceptible en el ordenamiento brasileño a partir de la reforma de 1926 –, de tornar más riguroso el tratamiento de los extranjeros. Con tal fenómeno se va delineando en el horizonte normativo un «doble nivel de legalidad» que opone normas constitucionales y legislación infra-constitucional, alcanzando su ápice con el Estado Nuevo. En este sentido, la constitución de 1934, por ejemplo, ya había sido elaborada imbuida de un espíritu de «protección al trabajador nacional», conteniendo, por eso cuotas de inmigración. De un cierto modo, por lo tanto, es posible afirmar que elementos que posteriormente caracterizarán la figura del «inmigrante indeseado» comienzan a delinarse – en tensión con la imagen del «extranjero conmemorado» – ya durante la Primera República, especialmente debido a

63 Raul Pederneiras, *Direito Internacional Compendiado*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1936, p. 236.

64 Vea, a propósito, Clóvis Bevilacqua, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938, p. 214.

las primeras agitaciones operarias y a las políticas de control del espacio urbano⁶⁵.

4. *De ciudadanos conmemorados a huéspedes indeseados: inmigrantes y «súbditos del eje» ante las normas de seguridad nacional del Estado Nuevo*

La lógica que permeaba la doctrina de seguridad nacional impuesta por el Estado Nuevo⁶⁶ tuvo una extensión bastante significativa no solo al influenciar la elaboración y la aplicación de las normas que reglamentaban, de forma severa, la presencia y la actividad política de extranjeros en el territorio brasileño⁶⁷, sino también al desconsiderar por completo los términos de la «gran

65 Sobre el asunto, confiera Endrica Geraldo, *A «Lei de Cotas» de 1934. Controle de estrangeiros no Brasil*, «Cadernos AEL», 27, 2009, p. 175 ss.; Lena Medeiros de Menezes, *Expulsão de estrangeiros: (des)caminhos na Primeira República*, «Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro», 396, 1997, pp. 838 ss.; Rogério Luiz Giampietro Bonfã, «Com lei ou sem lei». *As expulsões de estrangeiros na primeira república*, «Cadernos AEL», 26, 2009, pp. 185 ss.; Jeffrey Lesser, *Legislação imigratória e dissimulação racista no Brasil (1920-1934)*, «Arché», 8, 1994, pp. 79 ss.; Maria Pia dos Santos Lima Guerra, *Anarquistas, trabalhadores e estrangeiros: A construção do constitucionalismo brasileiro na primeira república*, dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2012.

66 «Estado Nuevo» es el nombre del régimen político dictatorial brasileño fundado por Getúlio Vargas el 10 de noviembre de 1937, que duró hasta el 29 de octubre de 1945, siendo caracterizado por la centralización del poder, nacionalismo, anticomunismo y autoritarismo. Con relación al tema, vea Reynaldo Pompeu de Campos, *Repressão judicial no estado novo: esquerda e direita no banco dos réus*, Rio de Janeiro, Achiamé, 1982; Edgard Carone, *A terceira república (1937/1945)*, in Fernando Henrique Cardoso (coord.), *Corpo e alma do Brasil*, São Paulo & Rio de Janeiro, Difel, 1976; Edgard Carone, *O estado novo (1937/1945)*, in Cardoso, *Corpo e alma do Brasil*, cit.; Maria Celina D'Araújo, *O estado novo*, Rio de Janeiro, Zahar, 2000.

67 Desde el punto de vista eminentemente constitucional, antes del Estado nuevo, la materia era regida por el artículo 5, XIX, letra «g», de la Constitución de 1934, que atribuía competencia exclusiva a la Unión para legislar sobre «entrada e expulsão de estrangeiros» e determinava que a «entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias á garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porem, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite, de dois por cento sobre o total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos». Según Luiz Viana Filho, la opción hecha en el ámbito de la Constitución de 1934, «[...] dava as linhas mestras a serem seguidas pela legislação ordinária. Queria

naturalización». Es en el campo de la legislación ordinaria que se tornan evidentes los trazos a través de los cuáles se realiza la desaplicación de todos los dispositivos legales que a partir del 15 de diciembre de 1889 concedían a la determinada categoría de extranjeros – los residentes en el territorio brasileño en la fecha de la proclamación de la República – la condición de nacional brasileño.

Partiendo del presupuesto que los inmigrantes actuantes en las empresas, en los sindicatos y en las estructuras políticas brasileñas eran extranjeros y continuaban siendo extranjeros – inclusive si hubiesen sido “agraciados” por la naturalización tácita de 1889 –, el gobierno guiado por Getúlio Vargas⁶⁸ exasperó la tendencia que los veía como potencial peligro al Estado autoritario, apuntándolos como eventuales eslabones de ligación entre la oposición brasileña y, principalmente, los revolucionarios socialistas y comunistas europeos⁶⁹.

La cuestión de los extranjeros radicados en el territorio brasileño asume, por lo tanto, durante el Estado Nuevo, los delineamientos de «interés nacio-

com isso não só evitar discussões em torno do assunto como afirmar categoricamente o espírito que a norteava no sentido de salvaguardar o país de conflitos advindos da imprevidência com que até então se fazia a colonização do território nacional. Cada vez mais nos distanciávamos da orientação primitiva do nosso direito em face do estrangeiro» (Luiz Viana Filho, *Direito dos Estrangeiros no Brasil. Histórico e situação presente*, Tese para o concurso de professor catedrático da cadeira de Direito Internacional Privado, Salvador, 1938, p. 36). En lo que respecta específicamente a la Constitución de 1937, esta «[...] outorgada pelo sr. Getúlio Vargas em novembro de 1937 pouco se desviou da rota seguida pela Constituição de 1934 de referência aos direitos dos estrangeiros, sendo de notar que vários dispositivos foram mantidos sem qualquer alteração» (ivi, p. 110).

68 Getúlio Dornelles Vargas (1882-1954) fue el líder de la revolución acontecida en Brasil en 1930 poniendo fin a la primera fase republicana brasileña. Gobernó el país en dos períodos. El primero, de 15 años ininterrumpidos, de 1930 hasta 1945, se dividió en 3 fases: de 1930 a 1934, como jefe del “Gobierno Provisorio”; de 1934 hasta 1937 como presidente de la república, habiendo sido electo por el voto indirecto en 1934; y de 1937 a 1945, como dictador, en cuanto duro el Estado Nuevo implantado después del golpe de estado. En el segundo período, en que fue electo por voto directo, gobernó Brasil como presidente de la república, por 3 años y medio: del 31 de enero de 1951 hasta el 24 de agosto de 1954, cuando se suicidó.

69 Arno Dal Ri Júnior, *Immigrazione e nazionalità*, in *Atti del Convegno «Situazione e Destino della Doppia Cittadinanza»*, Treviso, Fondazione Cassamarca, 2001, pp. 58 ss.

nal». Petrolino Oliveira⁷⁰ en el texto de introducción de la obra *Estrangeiros no Brasil em face do Estado Novo*, publicada en 1938, parece demostrar tal fenómeno cuando afirma que:

Dentro dos princípios do nacionalismo, do fortalecimento da autoridade e do respeito à iniciativa individual, sobre que repousa como em solemne pedestal, o grande e solido edificio erigido a 10 de Novembro de 1937, o problema da assimilação do elemento estrangeiro ás cellulas vivas da Nação mereceu do Estado Novo cuidados e atenções só dispensados ás causas de interesse verdadeiramente nacional⁷¹.

Valiéndose de instrumentos retóricos tendientes a una evidente exaltación del estado autoritario, el autor afirmaba que la nueva legislación en materia de extranjeros tenía por finalidad «[...] melhor acolher e maior apoio emprestar ás correntes alienígenas que nos procuram, sem esquecer, nem sacrificar, os supremos interesses do Paiz»⁷². Proponiéndose tal finalidad concedía al extranjero la posibilidad de establecerse en Brasil, pero preveía también algunas posibilidades de intervención directa en la hipótesis de una eventual no adaptación del mismo al medio «[...] com as consequentes medidas repressivas e de segurança publica, desde que sahe de sua pátria até quando para Ella eventualmente volta, forçado pela expulsão»⁷³.

El extranjero acogido en tierras brasileñas debería tener, a cambio, que colocarse ante las normas nacionales con el espíritu de obediencia y sumisión:

[...] desse máximo de garantia, inscripto, como penhor de sinceridade, no pórtico do capitulo constitucional em que a todos assegura direitos e prerogativas imprescriptiveis, exige o Estado Novo de cada cidadão estrangeiro, que aqui se radica, respeito e obediência ás normas leaes em que traçados estão os seus deveres para com o povo e a terra que os acolhem⁷⁴.

Los contornos delineados por Petrolino Oliveira en su obra doctrinaria retrataron el proceso que, en la legislación, se materializó por medio del Decreto ley n.º 383, del 18 de abril de 1938, emanado ya en el primer año de gobierno autoritario de Getúlio Vargas. El primer artículo de tal norma disponía: «Os

⁷⁰ Petronillo S. Oliveira, *Estrangeiros no Brasil em face do Estado Novo*, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1938, p. 14.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

estrangeiros fixados no território nacional e os que nele se acham em caráter temporário não podem exercer qualquer atividade de natureza política nem imiscuir-se, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do país»⁷⁵.

El texto del artículo segundo tocaba directamente en el centro de la cuestión, especificando de modo detallado todas las actividades que pasaban a ser prohibidas debido a la posibilidad de que se tornaran subversivas, entre ellas:

Organizar, criar ou manter sociedades, fundações, companhias, clubes e quaisquer estabelecimentos de caráter político, ainda que tenham por fim exclusivo a propaganda ou difusão, entre os seus compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem. A mesma proibição estende-se ao funcionamento de sucursais e filiais, ou de delegados, prepostos, representantes e agentes de sociedades, fundações, companhias, clubes e quaisquer estabelecimentos dessa natureza que tenham no estrangeiro a sua sede principal ou a sua direção.

De la misma forma, conforme el inciso segundo, era prohibido «exercer ação individual junto a compatriotas no sentido de, mediante promessa de vantagens, ou ameaça de prejuízo ou constrangimento de qualquer natureza, obter adesões a idéias ou programas de partidos políticos do país de origem»⁷⁶.

Significativo, en este sentido, también fue el decreto-ley n.º 406/38, el cual creaba el servicio de registro de extranjeros⁷⁷. En este sentido, afirmaba

75 Ivi, pp. 27 ss.

76 Siguen en el mismo sentido los incisos tres y cuatro: «3. Hastear, ostentar ou usar bandeiras, flâmulas e estandartes, uniformes, distintivos, insígnias ou quaisquer símbolos de partido político estrangeiro. Essa proibição será estendida, a critério do ministro da Justiça e Negócios Interiores, a quaisquer sinais exteriores de filiação política, ainda que não constantes de disposições legais ou estatutárias; 4. Organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, e qualquer seja o número de participantes, com os fins a que se referem os incisos ns. 1 e 2; 5. Com o mesmo objetivo manter jornais, revistas ou outras publicações, estampar artigos e comentários na imprensa, conceder entrevistas; fazer conferências, discursos, alocações, diretamente ou por meio de telecomunicação, empregar qualquer outra forma de publicidade e difusão».

77 Son de particular interes, todavía, los artículos 27 y 29 de la citada norma: «Art. 27 – Os estrangeiros destinados ao território nacional não poderão desembarcar ou transpor as fronteiras senão depois de identificados pelo Departamento de Imigração, segundo as normas que o regulamento desta lei estabelecer, excetuados os restantes do art. 12. [...] Art. 29 – Nenhum estrangeiro poderá permanecer por mais de seis meses no território nacional, sem obter a carteira de identidade fornecida pelos serviços policiais de identificação. Parágrafo único – A carteira não poderá ser fornecida sem exibição dos passaportes

el informe presentado en 1939, por Ociola Martinelli, primero jefe de registro de extranjeros del Distrito Federal:

A necessidade de criação de um órgão oficial que centralizasse informações e documentos capazes de orientar a polícia sobre a situação de determinados estrangeiros ficou evidenciada com a prática decorrente da aplicação da lei das “cartas de chamada”. Partindo, então, do princípio de que todo estrangeiro deveria submeter à apreciação de quem se direito a sua situação no país, estebeleceu-se o registro. Balanceadas as possibilidades das diversas repartições de darem cumprimento à nova exigência, escolheu-se a Polícia⁷⁸.

Basado en esta norma, la policía política fue autorizada a controlar sistemáticamente todos los actos realizados por los extranjeros establecidos en territorio nacional. De este modo, pasaban a ser preparados largos informes en donde se intentaba describir todas las actividades políticas de los inmigrantes, desde encuentros «[...] entre duas o mais pessoas» hasta reuniones de asociaciones culturales y círculos de mutuo socorro, siendo que, estas últimas, podían tener sus sedes interceptadas en cualquier momento por el Ministerio de Justicia en caso de amparar cualquier tipo de evento considerado político. Es lo que prevé el artículo 8 del decreto-ley:

O Ministro da Justiça e Negócios Interiores poderá ordenar a interdição das sedes e de todos os locais em que se exerçam as atividades que ficam vedadas por esta lei, bem como, a qualquer momento, vetar a realização de reuniões, conferências, discursos e comentários, e o emprego de qualquer meio de propaganda ou difusão, desde que os considere infringentes das disposições desta lei. Pelo mesmo motivo, poderá suspender, temporária ou definitivamente, quaisquer jornais, revistas e outras publicações, e fechar as respectivas oficinas gráficas.

Fue también en este período que la policía política comenzó a violar las correspondencias llegadas del exterior y dirigidas a los ciudadanos extranjeros.

En lo que respecta a las penas para tales conductas, el décimo artículo

dos estrangeiros, visados pelas autoridades imigratórias. comprovando sua permanência legal no País, nos termos da legislação vigente na época de sua entrada. Da carteira constará a declaração de que o estrangeiro tem permanência legal no País. Na falta de passaportes, deverão os interessados exhibir certidões do Departamento de Imigração». Sobre o tema, vide, Fábio Koifman, *Imigrante Ideal. O Ministério da Justiça e a entrada dos estrangeiros no Brasil (1941-1945)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, pp. 170 ss.

⁷⁸ Publicado en la «Revista de Imigração e Colonização», 4, p. 481. Reportado también en Koifman, *Imigrante Ideal*, cit., p. 170.

del decreto indica dos posibilidades, a juicio del gobierno: la expulsión del territorio brasileño o la aplicación del artículo 6 del decreto-ley n.º 37/1937⁷⁹, o sea, «[...] Prisão de dois a quatro meses e, multa de cinco a dez “contos de réis”».

A partir de este momento comienzan a exasperarse en el escenario los elementos que, frágilmente identificados en el período de la primera república, conducen a la cuestión del «doble nivel de legalidad» propuesta por Mario Sbriccoli⁸⁰ aquella de los «paradigmas de excepción» elaborada por Massimo Meccarelli⁸¹.

En otras palabras, es posible notar una sistematización en nivel legislativo por parte del Estado Nuevo que comenzaba a organizar los regímenes jurídicos a través de parámetros de «legalidad» y de «excepción». En esta perspectiva, el Código Penal emanado en 1940 comenzó a prever normas que criminalizaban determinadas conductas típicas que podían tener como sujeto activo solamente al individuo de nacionalidad extranjera. Es el caso, por ejemplo, del «reingreso del extranjero expulsado», que servía para acusar

79 «Os que infringirem as prescrições desta lei incorrerão nas penas constantes do art. 6º do decreto-lei n.º 37, de 2 de dezembro de 1937, ou serão passíveis de expulsão, a juízo do governo».

80 El tema fue tratado por primera vez de modo detallado en el escrito Mario Sbriccoli, *Caratteristiche originali e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Luciano Violante (a cura di), *Storia d'Italia: legge, diritto, giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, la noción de *doppio livello di legalità*, que buscava traer un esquema funcional para explicar la coexistencia en prácticamente toda la historia de Italia unificada de ordenamientos penales paralelos, conforme la naturaleza de la infracción penal o la condición social del acusado. De este modo, fue constatado que la llave de comprensión estaba en un elemento fundamental del *penal* moderno: el principio de legalidad. En interior del «Código», fuese en el Código Sardo-Piemontês de 1859, emanado provisoriamente como código único de Italia, en los Códigos Zanardelli y Rocco, los institutos y fatisppecies penales funcionaban dispuestos perfectamente según los prolongamientos de la legalidad, como la anterioridad de la ley penal y la restricta legalidad. Todavía, sobre todo en lo que concierne al disenso político, la legalidad venía flexibilizada a través de disposiciones que derogaban las reglas tradicionales, como la aplicación de medidas preventivas (residencia forzada) o también a través de la creación de fatisppecies penales abiertas que ampliaban el espectro de incidencia de la norma penal. De este modo, estos casos de excepciones al sistema codificado daban espacio a la contención del disenso por parte del poder político vigente.

81 Veá, al respecto, Massimo Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale: una prospettiva storico-giuridica*, «Quaderni Storici», 131, 2009, pp. 493-521.

criminalmente al ciudadano extranjero indeseado que había sido objeto en Brasil de expulsión sin condena penal, no siendo posible su extradición⁸². Los delitos contra la Seguridad Nacional, por otro lado, desde 1935, pero sobre todo a través del Decreto Legislativo n.º 4.766/42 – que separó los crímenes políticos del crimen de guerra –, comienzan a dar mayor resalto a los problemas relativos a las nociones de «nacionalidad» y «traición a la patria». Se iniciaba, de este modo, el proceso que evidenciaba el hecho de que solamente pasaría a ser posible encuadrar en la figura delictiva del «traidor» individuos que necesariamente hacían parte de la patria. En definitiva, y de manera bastante significativa, son ampliamente radicalizadas en el panorama jurídico brasileño las posibilidades de aplicación de medidas que asumen contornos «extra-penales». Entre éstas, la más grave, o sea, la orden judicial de expulsión del territorio brasileño, pasando por otras de menor relevancia, como la cuestión de «residencia forzada» y la prohibición del uso de la lengua extranjera (y sus dialectos) en las vías de oficios públicos.

En este primer período del Estado Nuevo, que antecedió al involucramiento brasileño en el conflicto mundial, el gobierno de Vargas exacerbó la identificación anarquista, preferencialmente italiana, la figura del enemigo externo, portador de un mensaje subversivo que se infiltraba en los sindicatos y se escondía sobre el manto protector de la comunidad de cuño cultural y de *mutuo soccorso*. Juntamente con los comunistas, éstos, en su gran mayoría nacionales, los anarquistas italianos eran presentados al imaginario popular como bohemios exaltados, provocadores de paros y de tumultos, desafiantes del orden y del progreso nacional. Por esta razón eran perseguidos y punidos con rigor no solamente por la policía común, sino también, por aquella política.

En 1942, con la entrada de Brasil a la Segunda Guerra Mundial esta construcción simbólica pasa por una sensible potencialización. Los elementos que delineaban el perfil del enemigo externo abandonan en parte la imagen del anarquista y pasaron a referirse al conjunto de hombres y mujeres que, nacidos en Estados enemigos de Brasil y estando en este último establecidos, mantenían cualquier tipo de actividad política favorable a sus patrias de origen. Mismo si, anteriormente al conflicto, hubiesen formalmente adquirido la nacionalidad brasileña, renunciando, de este modo, a la nacionalidad de nacimiento.

82 «Art. 338 – Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso: Pena - reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena».

Las normas emanadas por el gobierno de Vargas en relación e estos inmigrantes italianos y, junto con ellos, a los inmigrantes alemanes y japoneses, todos considerados «súbditos» de los países que componían el eje, fueron muy duras. Una estrategia que intentaba imponer controles sistemáticos de las actividades no sólo en el ámbito político, sino también en el ámbito social, comercial y cultural. Restricciones a las libertades civiles y políticas que intentaban especialmente hacer con que el viejo inmigrante y sus descendientes rompieran definitivamente los vínculos con la patria de origen – enemiga de la Patria brasileña –, optando de modo definitivo por la «*terra della cuccagna*»⁸³.

Tal fenómeno alcanza su ápice con la emanación de los decretos-ley n.º 3.911, del 9 de diciembre de 1941, y el n.º 4.166, del 11 de marzo de 1942. Basados en la Ley de Seguridad Nacional, disponían el cierre de todas las escuelas italianas y alemanas⁸⁴, financiadas principalmente por los respectivos consulados y por congregaciones religiosas. Tal iniciativa poseía antecedentes ya en los artículos tercero y cuarto del decreto-ley n.º 383/38, que prohibían a las escuelas recibir subvenciones de gobiernos extranjeros:

Artigo 3 – É lícito aos estrangeiros associarem-se para fins culturais, beneficentes ou de assistência, filiarem-se a clubes e quaisquer outros estabelecimentos com o mesmo objeto, bem assim reunirem-se para comemorar suas datas nacionais ou acontecimentos de significação patriótica. § Primeiro – Não poderão tais entidades receber, a qualquer título, subvencões, contribuições ou auxílios de governos estrangeiros, ou de entidades ou pessoas domiciliadas no exterior [...]

Artigo 4 – As proibições contidas nos artigos anteriores alcançam as escolas e outros estabelecimentos educativos mantidos por estrangeiros ou brasileiros, e por sociedades de qualquer natureza, fim, nacionalidade e domicílio.

83 La expresión era frecuentemente utilizada por los inmigrante vénetos, trentinos, friulanos y lombardos que, abandonando el territorio italiano en la segunda mitad del siglo XIX, se referían a una especie de paraíso terrestre a ser buscado en las Américas, en contraposición a la profunda crisis económica y social que se agravaba en la península itálica.

84 Veá, al respecto, Cynthia Machado Campos, *As intervenções do Estado nas escolas estrangeiras de Santa Catarina na era Vargas*, in Ana Brancher (org.), *História de Santa Catarina: Estudos contemporâneos*, Florianópolis, Letras Contemporâneas, 2004, pp. 149 ss.; Luiz Felipe Falcão, *A guerra interna (integralismo, nazismo e nacionalização)*, in Brancher (Org.), *História de Santa Catarina: estudos contemporâneos*, cit., pp. 167 ss.; y, sobre las escuelas alemanas, Paul Aldinger, Hansa Liga Escolar, *Blumenau em Cadernos*, 8, 2000, pp. 13 ss. e o texto Harry Wiese, *A Escola Alemã de Hammonia*, disponible in <http://www.harrywiese.pro.br/binario/21/Artigo_A_Escola_Alema_de_Hammonia.pdf>.

Parágrafo único. Fica-lhes, contudo, ressalvado o direito ao uso de uniforme escolar e às reuniões para aulas e outros fins de ordem didática.

Así disponía el decreto-ley n.º 3.911, del 9 de diciembre de 1941:

Artigo 1 – Todas as operações em que intervenham pessoas naturais ou jurídicas de países não pertencentes ao continente Americano e que se acham em estado de guerra dependerão de licença prévia da Fiscalização Bancária do Banco do Brasil.

Artigo 2 – Fica o Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda autorizado a baixar as instruções necessárias ao cumprimento deste decreto-lei.

Artigo 3 – Este decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrario.

De la misma forma, ordenaban la inmediata abertura de la investigación policial contra sus directores y coordinadores didácticos. El decreto-ley n.º 4.166/42, en particular, confiscó un porcentaje de los depósitos de los «súbditos del eje» existentes en bancos brasileños, a título de compensación por las pérdidas sufridas por Brasil en la guerra, y en la liquidación extrajudicialmente de todas las empresas de cierto porte que fueran de propiedad de italianos, alemanes o japoneses. El mismo decreto-ley se tornó célebre por abrigar un verdadero atentado contra el principio de reserva legal, como bien recuerda Heleno Fragoso⁸⁵, autorizando el uso de la analogía:

A aplicação analógica compromete a segurança do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, que o princípio [da reserva legal] visa garantir, como conquista democrática liberal. Exemplo da violação desse aspecto do princípio da reserva legal encontramos no decreto-lei n.º 4.166 baixado pela ditadura de Vargas, em 11 de março de 1942 (sobre indenização de danos de guerra), que expressamente autorizava o recurso à analogia (art. 5, § 3º).

Normas posteriores prohibieron a los inmigrantes trabajar en grandes empresas brasileñas, aproximarse a áreas litorales y poseer radios con las cuales pudieran oír noticias de los países de origen⁸⁶. Del mismo modo, varios fueron los inmigrantes italianos, alemanes, japoneses, agricultores y operarios, llamados a las comisarías de policía para explicar el porqué de no haber pedido todavía la naturalización.

85 Heleno Fragoso, *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*, «Revista de Direito Penal», 1, 1971, p. 36.

86 Marlene de Fàveri, *Memórias de uma (outra) guerra. Cotidiano e medo durante a Segunda Guerra em Santa Catarina*, Florianópolis, Editora da UFSC, 2004, pp. 291 ss.

Muy significativa en este contexto fue, todavía, la prohibición a los inmigrantes de utilizar la lengua del país de origen (y sus dialectos) en vía pública. Esta última disposición obligaba a millones de viejos inmigrantes que nunca aprendieron el portugués a restringirse a las propias moradas por miedo de la violencia del régimen. Un absurdo muy bien ilustrado en la «portaria» de la Secretaria de Seguridad Pública del Estado de Santa Catarina, emanada en el inicio de 1942:

O Doutor Francisco Gottardi, Secretário dos Negócios de Segurança Pública, de ordem superior, faz público que:

1º- Os estrangeiros naturais dos países com os quais o Brasil rompeu relações diplomáticas e comerciais, isto é, o Japão, a Alemanha e a Itália, devem comunicar a sua residência às autoridades policiais, no prazo de quinze dias, a contar desta data;

2º- Ficam proibidos, a contar desta data, os hinos, cantos e saudações que lhes sejam peculiares, bem como o uso do idioma dos países acima citados;

3º- É vedado aos súditos dos países mencionados: a) mudar de residência sem comunicação prévia ao Serviço de Registro de Estrangeiros, na Capital, e às Delegacias de Polícia no interior do Estado; b) reunir-se, ainda que em casas particulares, a título de comemorações de caráter privado (aniversários, bailes, banquetes etc ...); c) viajar de uma para outra localidade sem licença da Polícia (Salvo-Conduto).

4.º- A Delegacia de Ordem Política e Social, faça cumprir o presente edital.
Secretaria de Segurança Pública, aos 28 de janeiro de 1942 – Florianópolis.

Como es posible constatar, las normas de seguridad nacional del Estado Nuevo aquí presentadas desconsideraron los términos de la «gran naturalización» de 1889. Recayendo sobre cualquier ciudadano que hubiese desembarcado en territorio brasileño siendo portador de nacionalidad extranjera, independientemente de haberlo hecho antes o después de la proclamación de la república, tácitamente desaplicaron los términos previstos en el decreto 58-A y en las constituciones de 1891, de 1943 y de 1937. Contribuía para este fenómeno el hecho de que los extranjeros objeto de la «gran naturalización» republicana en ningún momento recibieron de las autoridades brasileñas certificados o carné que comprobara la nueva condición jurídica. Para configurar tal condición del punto de vista administrativo o judicial, bastaba la presentación del pasaporte extranjero, de documento que comprobara el ingreso al país antes del 15 de noviembre de 1889 y de documentos que comprobaran la adquisición de propiedad en territorio brasileño. Aún siendo constitucionalmente tutelados, desde el punto de vista de la legislación ordinaria y en términos materiales la condición jurídica del extranjero volvía a incidir con

fuerza sobre todos aquellos que, habiendo sido “ciudadanos conmemorados” en 1889, se veían siendo fichados como «huéspedes indeseados». No hubo contestaciones en el ámbito interno, ni protestas internacionales. El duro régimen impuesto por la dictadura y el involucramiento de Brasil en la Segunda Guerra Mundial fueron decisivos para impedir cuestionamientos al tratamiento concedido por Brasil a los extranjeros presentes en su territorio, hubiesen sido ellos blanco o no de la «gran naturalización».

5. *Reaplicando la «gran naturalización»*

Con el fin de la dictadura de Vargas, en 1945, así como la reapertura de Brasil a las relaciones internacionales, es posible notar también la rehabilitación de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos naturalizados a través de las normas que constituían el fenómeno de la gran naturalización, o sea, el decreto n.º 58-A y el inciso 4 del artículo 69 da Constitución republicana de 1891.

De un modo general, es a través del voto del relator Ministro Afrânio Antônio da Costa en el Recurso Extraordinario n.º 19.360, emanado del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro el 16 de noviembre de 1951, que en el ámbito interno la temática fue pacificada. Con este se consolida la jurisprudencia que volvía a legitimar la naturalización realizada por la Constitución de 1891. El juzgamiento trataba de materia de derecho sucesorio en relación a ciudadano portugués presente en el territorio brasileño en el momento de la proclamación de la república, el 15 de noviembre de 1889, el cual había adquirido «[...] tacitamente a nacionalidade brasileira, na forma do art. 69, n. 4, da Constituição de 1891, porque não declarou, nos seis meses seguintes, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem». Todavía según el órgano judicial, la circunstancia de que el ciudadano en cuestión posteriormente se hubiera «[...] dito português não tem maior significado».

La plena aplicabilidad de los dispositivos que compusieron la «gran naturalización» es reiterada, cuando el relator afirma ser «[...] supérfluo relembrar as razões da inclusão da naturalização tácita, no texto constitucional de 1891 e a celeuma apurada no campo internacional que em pouco declinou ante a atitude firme do Governo brasileiro», siendo que había sido demostrado «[...] tratar-se pura e simplesmente de ato de soberania quanto a traçar regras para a aquisição e perda da nacionalidade».

En lo que concierne específicamente al motivo de la dicha «celeuma inter-

nacional», o sea, la naturalización tácita basada en la ausencia de acto volitivo a ser manifestado por el hasta entonces ciudadano extranjero en el periodo de seis meses después de la emanación del decreto n.º 58-A – y, posteriormente, de la emanación de la Constitución de 1891– el tribunal afirmaba que «[...] a exteriorização do ânimo de manter a nacionalidade de origem, para aplicação do preceito constitucional, exige afirmação extrema de dúvidas. Porque, na dúvida, vale o assentimento em se tornar o estrangeiro brasileiro».

El texto del juzgamiento, no obstante, acaba por hacer emerger uno de los elementos que, siendo blanco de severa antipatía por parte de un Estado que desde la proclamación de la República vivía una escalada de nacionalismo, con ápices en la dictadura de Vargas, hasta entonces poco había sido evidenciado. La doble nacionalidad como instituto abusivo, como peligro a la soberanía del Estado, a todo costo debería ser extirpado del territorio nacional. Por esta razón, «o Estado tinha a necessidade de apurar, dentro do prazo que estabeleceu, a verdadeira situação dos estrangeiros que se encontravam em território nacional», mientras que, por las mismas razones, «[...] tal declaração havia de ser solene, convincente; feita pelo interessado, evitando a continuação de abusos verificados desde o I Império pela condição de dupla nacionalidade ao sabor das conveniências».

Si, en el ámbito interno, existía un consenso general al respecto, el mismo no obstante no acontecía en el ámbito internacional. La prueba de esto es el hecho de que algunos meses después de la emanación del voto del Ministro Afrânio Antônio da Costa, en el Recurso Extraordinario n.º 19.630/51, el tema haya sido objeto de debate en la cuarta sesión de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 1952. En ésta, el miembro brasileño presente en los debates, Gilberto Amado, se vio forzado a defender los términos de la «gran naturalización» de 1890, entonces blanco de críticas por Manley Hudson. Según lo que consta en el *Summary records of the fourth session*, Amado había defendido que la disposición presente en la Constitución de 1891 «[...] had never been interpreted as implying imposition of nationality, as was suggested by Mr. Hudson». Todavía según Amado, la verdad había sido justamente lo opuesto, o sea «[...] what was known in Brazil as “grande naturalization” was designed to facilitate naturalization for the thousands of immigrants who arrived in Brazil», ya que todos, «[...] those who wished to retain their own nationality could do so under the provision he had cited».

Al legitimar su argumento, Amado traía las decisiones del Supremo Tribunal Federal en la materia, que habían «[...] had completely rejected the notion

that Article 69 entailed imposition of nationality». Del mismo modo, a través de tales decisiones los ministros del Supremo Tribunal habrían respetado «[...] the overgenerous scope of the provision», siendo que la «[...] naturalization under the terms of that article only took place when the interested party obtained naturalization papers according to the normal procedure», ya que, «obviously, an alien applying for those papers would only do so voluntarily, and there could thus be no question of enforced naturalization».

6. *Consideraciones finales*

El ingreso de Brasil en el sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el II postguerra hizo con que hubiera una alteración sustancial en la condición de este último en el seno de la Comunidad internacional. Superada la división entre países «civilizados» y «no civilizados» típica del periodo entre los siglos XIX y XX, superadas las cisiones provocadas por la aproximación al autoritarismo de los años 20 y 30, Brasil pasaba a ocupar un papel protagónico en el nuevo orden mundial. El Estado brasileño es, entonces, una gran potencia regional que abre la primera sesión de la Asamblea General de la ONU⁸⁷, que participa de las sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, que envía jueces a la Corte Internacional de Justicia⁸⁸ y que hace parte del Consejo de Seguridad. Imbuida del espíritu de multilateralismo que la nueva organización traía consigo, se esfuerza por demostrar apego a los valores que ésta emana.

La permanencia en el ordenamiento brasileño de las normas que imponían severas restricciones al tratamiento de los extranjeros perdía por completo su legitimidad. Derogadas estas últimas, retorna la aplicación de los términos de la «gran naturalización» que, violados por la legislación ordinaria, fueron mantenidos intocados en el complejo constitucional. Los inmigrantes agraciados en 1889, ahora ya pocos, vieron sus derechos reconocidos y consolidados en la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Era un retorno a

87 Abierta y presidida en 1947 por el diplomático brasileño Osvaldo Euclides de Sousa Aranha.

88 José Philadelpho de Barros e Azevedo, entre 1946 e 1951, y Levi Fernandes Carneiro, entre 1951 y 1955. Posteriormente seguidos por Sette Câmara, entre 1979 e 1988, José Francisco Rezek, entre 1996 y 2006, y Antonio Augusto Cançado Trindade, de 2009 hasta hoy.

una «normalidad legal» vista no solo como algo natural para el nuevo Brasil, sino también como algo que lo llevaría como país que posee un papel importante y definido en el escenario internacional.

A partir de 1946 el respeto a lo predispuesto en el Decreto n.º 58-A de 1889 pasaba a ser, por lo tanto, funcional a los intereses brasileños en la arena internacional a medida que consolidaba la nueva imagen del Estado de derecho. Era Brasil esforzándose para transmitir confianza y credibilidad a sus interlocutores a través de la imagen de un país que se preocupa en tutelar los derechos y garantías individuales de los extranjeros, inclusive aquellos advenidos de la «gran naturalización».

Flavia Stara

Women in motion: effetti e aspettative delle migrazioni al femminile

I diritti umani delle donne e delle bambine sono parte integrante, inalienabile ed indivisibile dei diritti umani universali. La partecipazione piena e paritaria delle donne alla vita politica, civile, economica, sociale e culturale a livello nazionale, regionale ed internazionale, e lo sradicamento di tutte le forme di discriminazione in base al sesso sono obiettivi prioritari della comunità internazionale.

[Dichiarazione della Conferenza ONU sui diritti umani, Vienna, 1993]

Secondo un'arcaica simbologia di mitica origine, era possibile rappresentare il movimento con il dio Hermes, e la stanzialità con la divinità femminile Hestia. Tale immaginosa memorialità intercetta un pensiero che ha riconosciuto per lungo tempo l'inquietudine della mobilità e dell'erraticità come specificità maschili. La situazione stanziale femminile, sottesa per secoli alla costituzione e organizzazione dell'esistenza individuale e collettiva, ha subito una progressiva – e inarrestabile – inversione di tendenza con il costituirsi della società globale: la donna del terzo millennio si è fatta protagonista di un nomadismo fisico, intellettuale e culturale sempre più accentuato. La globalizzazione dei mercati ha modificato la morfologia dei fenomeni migratori inducendo le donne a intraprendere percorsi di riconfigurazione delle condizioni originarie, materiali-corporee, progettuali; a cercare nuove connessioni e interazioni di inserimento lavorativo tra le diverse culture, a manifestare linguaggi e intelligenze che spingono a problematizzare e a re-inventare i processi di relazione. Alla trasformazione delle identità soggettive è seguita la diversa percezione della femminilità nei nuovi contesti sociali.

Da alcuni decenni il tema della femminilizzazione delle migrazioni è diventato oggetto di ricerche specifiche che confermano come le donne attualmente rappresentino in media più della metà (52%) dei flussi migratori in Europa. L'interesse politico e di ricerca per questo aspetto si è sviluppato da

quando è aumentata la quota di donne primo migranti in qualità di agenti economici principali e indipendenti, non legate a processi di ricongiungimento familiare a carico del capofamiglia. L'universo migrante femminile ha acquistato una maggiore visibilità orientando il dibattito pubblico e gli studi sui processi migratori in una prospettiva di genere¹.

I primi studi sulla migrazione femminile, sviluppatasi negli Stati Uniti nel secolo scorso, fornivano un'immagine di donna migrante come passiva, arretrata, subalterna, dipendente e sottomessa alla tradizione, ma per la quale proprio l'esperienza migratoria costituiva l'occasione cruciale di libertà. L'introduzione del concetto di genere ha permesso di individuare prospettive di ricerca trasversali sui fenomeni migratori, sul tema della discriminazione, sui punti di vista normativi, etici, religiosi propri dei sistemi di vita e di valori delle società interculturali. In Occidente, la donna straniera, troppo spesso stigmatizzata e strumentalizzata per giustificare aree di ombra e di esclusione sociale, è diventata un soggetto che lotta per l'emancipazione sociale, rivendicando l'abilità di un agire creativo sia nella tradizione che nel cambiamento. Nel contesto migratorio le donne si trovano a dover fronteggiare, spesso da sole, una serie di situazioni di incontro e conflitto con pregiudizi, istituzioni e leggi del Paese di accoglienza che le costringono a elaborare, più o meno volontariamente e consapevolmente, strategie di partecipazione, responsabilità e dialogo nella diversità degli ambienti vitali di riferimento.

All'interno delle riflessioni sulla complessa questione migratoria, la prospettiva di genere ha sicuramente consentito di evidenziare le difficoltà specifiche per individuare soluzioni che muovano verso un assetto sociale realmente solidale e paritario; tuttavia essa si espone al rischio di amplificare l'ordine della disuguaglianza di genere disancorandola dalla dimensione fattuale. Le donne migranti non possono diventare emblemi della contrapposizione tra gruppi, né protagoniste di casi vittimistici utilizzati mediaticamente per avallare semplificate nozioni come "lo scontro di civiltà", o per sostenere l'inquietante apparato securitario di politiche migratorie carenti. Un corollario di

¹ Cfr. IOM (International Organization of Migration), *World migration report 2010. The future of migration: building capacities for change*, France, Imprimerie Courand et Associés, 2010; Mercedes Lourdes Frias, *Migranti e native: la sfida di camminare insieme*, in *Donne, migrazione, diversità la sfida di oggi e di domani*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2002; Barbara Ehrenreich, Arlie Russell Hochschild, *Donne globali. Tate, colf e badanti*, Milano, Feltrinelli, 2002.

incongruenza segna, quasi inevitabilmente, questo approccio: i soggetti di cui si dibatte, le donne migranti, non appartengono al gruppo di riferimento di chi “problematizza” la loro situazione; si pretende di risolvere i loro conflitti con le categorie di chi parla, o più precisamente, con le categorie della società di maggioranza, ossia seguendo i principi della cultura liberale occidentale. La contraddizione maggiore nella post-modernità è che la comunicazione si fa vettore etico e paradigma politico utilizzando alfabeti privilegiati – propri delle società postindustriali capitaliste – non condivisi dalla maggior parte degli esseri umani sul pianeta².

Il superamento del pensiero gerarchico, della chiusura nel conformismo culturale, esige la decostruzione di modelli mentali autoritari e consuetudinari, causa e conseguenza insieme di una lunga pratica di rapporti asimmetrici e di esperienze aggressive. La prospettiva sociale da guadagnare è quella della formazione di un pensiero capace di evitare radicalismi unidimensionali, di sostenere la sfida di inquietudini e strutture quali la “flessibilità”, la “liquidità”, il “pluralismo”, la “complessità”. Un pensiero che si ponga come regolamentazione e compimento sia dei principi universalistici alla base dei diritti umani, sia dei principi di tutela della dignità umana nella singolarità delle sue differenti manifestazioni. In questo senso le problematicità di situazioni che riguardano milioni di persone devono essere connesse a criticità sociali internazionali, in una relazione di reciproca influenza in grado di orientare nuove prospettive a favore di una convivenza sociale paritetica, solidale, comunitaria, *ergo* democratica.

I ruoli principali delle donne migranti, nel panorama europeo, vanno dall'essere vestali deputate alla trasmissione di principi affettivi e valoriali condivisi, declinando una responsabile supplenza nei compiti di cura presso le famiglie dei paesi ospitanti, dal farsi imprenditrici dell'emancipazione personale e delle famiglie di appartenenza, al prendere una coscienza sciagurata del genere al quale si appartiene sacrificando la propria vita ad antiche schiavitù. Operaie, badanti o prostitute: le donne migranti si sostituiscono alle autoctone in ruoli sempre più ampiamente rifiutati, che coincidono con mansioni mal retribuite e socialmente screditate e non corrispondono ai supremi valori delle civiltà occidentali: il successo pubblico, la razionalità, l'au-

2 Frederic Jameson, *Postmodernismo y sociedad de consumo*, in Hal Foster (ed.), *La posmodernidad*, Barcelona Kairós, 1985, p. 167; Jose Luis Rodríguez García, *Crítica de la razón posmoderna*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, p. 75.

tonomia³. Tuttavia la migrante supera la distanza di sicurezza imposta dalle culture “non-bisognose” e si mette in relazione con esse attraverso articolati alfabeti antropologici ed emotivi, attraverso contesti di azione in cui è possibile intrecciare dialetticamente e problematicamente vicino e lontano, microstoria e macrostoria, particolarità e universalità.

Le cause che concorrono a determinare questi movimenti migratori sono da ricercarsi nei mutati meccanismi del mercato del lavoro e dei sistemi di produzione dei paesi di destinazione (terziarizzazione, de-industrializzazione, crescita dell'economia informale), congiunture che hanno contribuito ad un incremento della domanda di lavoro femminile nel settore del terziario, soprattutto quello dei servizi alle persone e alle famiglie. L'emigrazione femminile può essere così interpretata come quell'aspetto della globalizzazione che raramente viene preso in considerazione da studiosi, politici e media: la globalizzazione delle tradizionali mansioni femminili che produce la tendenziale redistribuzione geografica dei compiti affidati storicamente alle donne. La sociologa Saskia Sassen, analizzando questo processo, parla di «creazione di un'offerta globale di nuovi addetti all'assistenza e di femminilizzazione della sopravvivenza»⁴.

L'espansione di lavori professionali e manageriali ad alto reddito ha portato ad una crescita della domanda di servizi personali, di tipologie di lavoro finalizzate al sostegno sociale. Una domanda che è soddisfatta grazie ad

3 Molto complessi sono gli aspetti delle migrazioni femminili declinate secondo i paradigmi del degrado sociale. Le reti della tratta e del commercio sessuale rappresentano questioni ancora poco affrontate dalla ricerca internazionale, anche a causa della scarsità di informazioni di fonte ufficiale. Le dimensioni assunte da questi fenomeni rimangono virtualmente sconosciute, considerate le difficoltà nell'ottenerne le stime soprattutto a causa della dispersione territoriale della prostituzione, dell'elevata mobilità geografica delle donne e del loro status quasi sempre di clandestine. Alcune indicazioni sulle presenze e sulla distribuzione territoriale delle prostitute straniere si possono ottenere attraverso colloqui e discussioni con donne sfruttate e altri testimoni privilegiati coinvolti a diverso titolo. Cfr. AA.VV., *Sex Workers*, Roma, Editoriale Aesse, 2000; Maurizio Ambrosini, *Comprate e vendute*, Milano, Franco Angeli, 2003; Luisa Leonini (a cura di), *Sesso in acquisto. Una ricerca sui clienti della prostituzione*, Milano, Unicopli, 1999; Cristina Borderias, *Strategie di libertà. Storie e teorie del lavoro femminile*, Roma, Manifestolibri, 2000.

4 Saskia Sassen, *Globalization and its discontents. Essays on the New Mobility of People and Money*, New York, New Press, 1998; Ead., *Loosing Control. Sovereignty in An Age of Globalization*, New York, Columbia University Press, 1996.

una vasta disponibilità di manodopera a basso salario, per lo più fornita da lavoratori immigrati, sui quali si reggono «i circuiti di sopravvivenza» organizzati dai paesi che rischiano di essere schiacciati dal debito e dalla povertà. Secondo la Sassen, questa circostanza ha reintrodotta l'idea di una «classe di servitori» per le attuali famiglie ad alto reddito. L'immigrata, che serve la professionista bianca della classe media, ha sostituito la famigerata immagine della donna nera che serve la padrona bianca alla quale viene, così, consentito il perseguimento degli obiettivi di successo e di carriera, tipici degli universi valoriali capitalistici⁵. Le migranti vengono a colmare i vuoti di «cura» dei paesi ricchi, creando a loro volta analoghe situazioni di vuoto, suscettibili nel corso del tempo di deteriorare il tessuto sociale e culturale di paesi già logorati a livello economico. Quando l'emigrazione alleggerisce la pressione demografica del luogo di origine in misura adeguata a stimolare lo sviluppo economico, senza che la perdita di energie demografiche in età giovanili pregiudichi la struttura produttiva, l'effetto finale è positivo per la popolazione di origine. Per contro, se la struttura demografica del paese di origine è in fase di avanzata evoluzione verso l'invecchiamento, la perdita di forze lavoro appartenenti alle età più produttive può pregiudicare seriamente l'ulteriore espansione economica.

Le emigrate lasciano nei luoghi di origine i loro figli – fenomeno degli orfani bianchi – e i loro anziani, affidandoli a madri e sorelle, o ad altre donne con maggiori disagi e meno istruite di loro. Si vengono così a costituire altre «catene della cura» (*care chains*), e nuovi modelli di famiglia, i così detti *patchwork*, dove il nucleo familiare è de-strutturato tra paese di accoglienza e paese di origine con notevoli ripercussioni sul piano identitario, emozionale e relazionale. In questo quadro si colloca la figura emergente della «madre transnazionale», che mentre cura i figli di altre donne, assicura da lontano sostegno alle vicende e alle scelte dei propri familiari. Le donne migranti, a differenza delle loro datrici di lavoro, non possono vivere insieme alla propria famiglia l'esperienza di sostenerla economicamente: la necessità di partire impone la consapevole rinuncia al vissuto affettivo dell'essere-presenti.

I flussi migratori al femminile presentano un andamento fortemente dina-

5 Jacqueline Andall (ed.), *Gender and Ethnicity in Contemporary Europe*, Oxford, Berg Publishers, 2003; Ead., *Gender, Migration and Domestic Service. The Politics of Black Women in Italy*, Aldershot, Ashgate, 2000; Bridget Anderson, *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*, London-New York, Zed Books, 2000.

mico e un carattere multidimensionale poiché i gruppi etnici sono eterogenei ed ogni progetto migratorio ha la sua specificità e le proprie strategie d'inserimento. Accettare una società culturalmente complessa significa riconfigurare il concetto di identità in un universo che è divenuto "multiverso", e si è aperto ad una globalizzazione tecnologica, economica, culturale che occupa il posto un tempo assegnato alle ideologie. Dal complesso intreccio tra fattori soggettivi (socio-demografici, motivazionali, delle scelte e dei condizionamenti individuali e familiari), contestuali (economici, politici, culturali e del mercato del lavoro) e relazionali (*network* tra migranti e potenziali migranti e *network* istituzionali) emerge un soggetto storicamente nuovo, inedito *in re* e proiettato sul futuro.

I movimenti migratori femminili, se considerati da una prospettiva teorica curvata in senso macrosociologico, si possono specificare attraverso significativi parametri geo-politici. Dal lato dei paesi di provenienza – il lato dell'offerta – si collocano forti fattori di spinta (*push factors*), quali l'espansione del capitalismo che coinvolge ormai anche le aree geografiche meno sviluppate, la crescente aspirazione al mercato del lavoro, lo sfaldamento delle comunità originarie e il contemporaneo aumento della povertà. Dal lato dei paesi di destinazione – il lato della domanda – si distinguono quali fattori di attrazione (*pull factors*) il (presunto) benessere economico e il conseguente miglioramento della condizione femminile, l'incremento del livello di istruzione e l'accesso ad una più ampia sfera di diritti civili. A differenza delle migrazioni legate al processo di industrializzazione, a partire dall'Ottocento, ed in quelle coincidenti con lo sviluppo delle economie europee nel periodo postbellico, dove prevalevano i fattori di attrazione verso i sistemi più sviluppati, oggi sono i fattori di spinta ad alimentare l'entità dei flussi. Infatti, si emigra per sfuggire alle condizioni di sottosviluppo e disoccupazione diffuse in molti paesi, anche senza avere la certezza o, almeno, la prospettiva, di trovare tutela giuridica e lavoro nei luoghi di destinazione⁶.

Un ulteriore fattore che appare determinante per giustificare l'entità e la specificità di questi movimenti migratori è l'inadeguatezza dei sistemi di *welfare*, che addossano interamente, o quasi, alle famiglie – fondamentalemente alle donne – la responsabilità e la competenza di tutte le attività di cura. Queste carenze, comuni a molte società capitalistiche, come sottolinea la studiosa americana Joan Tronto, devono spingere a riconsiderare la pratica del prendersi cura, riconoscendola come parte essenziale della vita quotidiana:

6 Maurizio Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2005.

il concetto di cura accomuna infatti ambiti pubblici e privati, eliminando le differenze etniche e sociali. La giusta considerazione della “cura” (non solo in senso morale), sostiene Tronto, permette, quindi, di scardinare e riformulare i confini politico-economico-esistenziali, rivalutando mansioni denominate riduttivamente femminili, per arricchirle di una connotazione sostanziale che avvalora elementi chiave della vita e sottolinea l’importanza delle relazioni umane⁷. Da questo punto di vista anche le tipologie di donne apparentemente più estranee, diventano l’un l’altra “intranee”, si vincolano in nome di una struttura fondamentale del coesistere, si fanno partecipi di una medesima infrangibile intimità che si presenta come una concreta e immediata opportunità di ridefinizione di equilibri politici in nome di una cittadinanza più equa e autenticamente democratica. La democrazia si rinnova e si rilancia, oltre le aporie della contingenza, non solo costruendo regole e meta-regole condivise, quanto nutrendo un *humus* democratico della complessità sociale, funzionale alle urgenze del presente⁸. È muovendo in direzione di quello che John Rawls definisce un «esercizio della ragione pubblica», un accrescimento pubblico del senso di cittadinanza, che le democrazie liberali potrebbero accogliere meglio la diversità, attraverso scelte e pratiche politiche che non violino i diritti e le libertà di base dei singoli.

Le integrazioni dialettiche di cui si fanno portatrici le immigrate per il loro ruolo di anello forte giocato con le famiglie di origine – attraverso i fenomeni di associazionismo e di varie *communities* che in essi si generano – articolano l’idea di cittadinanza mostrandone asimmetrie e difficoltà. Occorre guardare alle immigrate anche come protagoniste attive di una nuova cittadinanza, progettata secondo valori di uguaglianza, di solidarietà, di equilibrio possibile per tutti. Rappresentanti della precarietà e dell’incertezza – cifre della nostra contingenza – le immigrate sono capaci di stare nella contraddizione con spirito di iniziativa, impegnandosi nella riformulazione di un’identità responsabile verso il passato – comandi, leggi, abitudini, tradizioni – e verso il futuro, inteso come costruzione di un sé che è privato, ma anche costitutivamente pubblico.

Al centro della riflessione, quindi, non possono esserci unicamente le dina-

7 Joan Tronto, *Confini morali. Un argomento politico per l’etica della cura*, Reggio Emilia, Diabasis, 2006; Richard Sennett, *Respect in a world of Inequality*, London, Penguin, 2003.

8 Cfr. Robert Alan Dahl, *La democrazia e i suoi critici*, Roma, Editori Riuniti, 1990.

niche economiche che spingono ad emigrare, ma anche il sistema di promesse che sostiene il pensiero di chi soffre, immagina e desidera il salto evolutivo nella propria vita. Prescindendo dai diversi modelli occupazionali, le migranti si trovano inevitabilmente ad essere sospese tra più culture, impegnate nello sforzo di acquisire nuovi strumenti normativi e riferimenti valoriali. La migrazione femminile, motivata alla base dall'esigenza di reddito, è sempre più spesso coniugata con intime fratture culturali. Sono migliaia le donne che esprimono in modo deciso il rifiuto di modelli autoritari imposti che impediscono loro di affrancarsi da quei contesti che le escludono moralmente, socialmente e politicamente. L'inserimento lavorativo in Europa costituisce la sfida alla fragilità genetico-culturale e il recupero di una forza cognitiva per conseguire quel diritto che riconosce alla donna autonomia e indipendenza. Dai paesi dell'Est Europa è, infatti, costante il *turn over* migratorio femminile, organizzato e gestito inizialmente sulla durata di permesso di soggiorno per motivi turistici. La presenza legale delle così dette *breadwinners*, sistematica e temporanea, non sempre prevede il ricongiungimento dei familiari: gli obiettivi del loro progetto migratorio sono ottenere risorse economiche per emanciparsi e per mantenere i figli nei diversi percorsi di crescita, per conquistare l'accesso personale a corsi di istruzione e di formazione professionale. Sono proprio le immigrate che possiedono un titolo di studio più elevato e che hanno un certo grado di autosufficienza, accordata dal proprio gruppo sociale, ad incoraggiare ulteriori spostamenti dai luoghi di origine.

La disposizione verso la durata del progetto migratorio è significativa per spiegare i comportamenti legati all'invio e alla destinazione delle rimesse economiche. I percorsi di rientro in patria sono infatti diversi fra uomini e donne e molti studi indicano che queste ultime manifestano una propensione a rimanere nel paese di destinazione – anche con soggiorni alternati – e sono disposte a ricollocarsi geograficamente sino a quando non hanno modificato le loro condizioni⁹. Le donne, pur avendo maggiori difficoltà occupazionali, che si traducono in una forte segregazione nel settore dei servizi alla persona a bassi salari, sembrano essere più preparate a interagire con il paese di arrivo. Due direzioni emergono chiaramente da questo proposito: la prima è che le donne migranti sono più orientate degli uomini a inviare rimesse ai diversi familiari distanti, mentre gli uomini mandano rimesse soprattutto alla

⁹ Lisa Pfeiffer, *Gender in economic research on international Migration and its Impacts: A critical review* in Andrew R. Morrison, Maurice Schiff, Mirja Sjöblom (eds.), *International migration of women*, 2, 2007.

famiglia ristretta, di solito alla moglie. La seconda è che le donne, comunque, tendono a sostenere soprattutto l'investimento in istruzione e salute dei propri familiari piuttosto che a facilitare le proprie opportunità di investimento – in particolare immobiliare – per favorire un futuro ritorno¹⁰. Molte indagini confermano come tra le motivazioni delle donne rientri prevalentemente un progetto di avanzamento socio-esistenziale della comunità di origine: quindi, l'esperienza migratoria risulterebbe rilevante anche rispetto agli effetti prodotti sull'intera economia dei Paesi di provenienza¹¹.

A tale riguardo, alcuni organismi internazionali che studiano programmi di lotta alla povertà (Grameen Fund/SIDE-Study, Innovation, Development, Experimentation) stanno analizzando le modalità migliori di utilizzo delle rimesse delle donne migranti per lo sviluppo economico dei paesi di origine e per far sì che esse possano avere un ruolo più importante nella riduzione della povertà. Le rimesse non rispondono solo al desiderio di aiutare i familiari rimasti in patria a superare le contingenze, costituiscono risorse cruciali per obiettivi a lungo termine del migrante, quali l'avvio di piccole attività imprenditoriali e l'affermazione futura dei figli. In tale direzione, una ricaduta sociale assai significativa risiede nella capacità delle migranti a incoraggiare attraverso piccoli prestiti le donne rimaste in patria, affinché si mettano in proprio per la produzione o la commercializzazione di beni e servizi a livello locale. Soddisfare i bisogni materiali di chi ha bisogno procurandogli un lavoro, si traduce in un programma di sviluppo – come sottolinea l'economista Muhammad Yunus – solo se riesce a liberare la creatività e l'energia di ogni persona¹². In questo senso, il contributo delle emigrate allo sviluppo

10 «Le rimesse inviate alle proprie famiglie dalle donne migranti – per mantenere e istruire i figli, per assicurare assistenza medica, per costruire case, per promuovere piccole imprese, comunque per elevare le possibilità di sviluppo socio-economico di chi è rimasto in patria – ammontano a centinaia di migliaia di dollari: le donne mandano a casa una parte maggiore, in proporzione rispetto agli uomini, dei loro guadagni e in modo regolare e costante. [...] Il 56% delle rimesse femminili viene usata per le necessità quotidiane, l'assistenza sanitaria o l'istruzione». Dati estrapolati dalle ricerche compiute dall'Istituto Internazionale delle NU per la ricerca e la formazione del progresso delle donne/Un-instraw.

11 Manuel Orozco, B. Lindsay Lowell, Johanna Schneider, *Gender Specific Determinants of Remittances: Differences in Structure and Motivation*, Washington, Multilateral Investment Fund of the Inter American Development Bank, 2006.

12 Le rimesse economiche se da un lato si confermano come uno strumento per ridurre le ristrettezze e per fare aumentare i consumi delle famiglie destinatarie, possono però creare dipendenza e non essere finalizzate ad attività produttive e di sviluppo locale.

della comunità di origine è ancora più significativo quando si configura come “rimessa sociale”, vale a dire come trasmissione di un capitale socio-culturale accumulato durante l’esperienza migratoria, frutto di un’emancipazione mentale e relazionale, dell’acquisizione di capacità linguistiche e professionali, espressione di un diritto alla trasformazione. Come auspicava Paulo Freire, il vero aiuto da dare all’uomo consiste nell’aiutarlo ad aiutare se stesso, nel farlo agente del suo stesso recupero, nel collocarlo in una posizione critica di fronte ai suoi problemi¹³.

Altrettanto rilevante, in questa prospettiva di sviluppo educativo e di migrazione dei saperi, è l’attitudine delle donne alla costituzione di reti/associazioni finalizzate al trasferimento di competenze e pratiche, all’attuazione di progetti di co-sviluppo con modalità e forme diversificate¹⁴. Solo per citare

Alcuni studi sugli effetti delle rimesse individuali, oltre ad investigarne il consumo, la redistribuzione, l’eventuale utilizzo sostenibile e produttivo, il ruolo di riduzione della povertà, hanno sottolineato effetti diversificati, dove l’invio del denaro può effettivamente alleviare la povertà, ma anche aumentare le disuguaglianze sociali, creando evidenti disparità. Per assicurare una profondità di analisi, risulta dunque essenziale condurre lo studio sui flussi ed effetti delle rimesse circoscrivendo l’analisi – attraverso un confronto – in ambiti territorialmente e socialmente limitati, quindi villaggi o quartieri, e all’interno di questi, tra gruppi familiari beneficiari e no di rimesse dall’estero, cercando quindi di individuare come i simboli materiali della ricchezza acquisita possano essere vettori di prestigio e ascesa sociale rispetto alla comunità e alle sue gerarchie. Cfr. Muhammad Yunus, *Vers un nouveau capitalism*, Paris, Lattes, 2008; Valentina Mazzucato, *Simultaneity and Networks in Transnational Migration: Lessons Learned from a Simultaneous Matched Sample Methodology*, in Josh DeWind, Jennifer Holdway (eds.), *Migration and Development Within and Across Borders*, Geneva, International Organisation for Migration, 2007.

13 Paulo Freire, *La pedagogia degli oppressi*, Torino, EGA, 2002.

14 Per progetti di co-sviluppo si intendono progetti di sviluppo promossi e sostenuti da migranti/associazioni di migrati nei loro paesi di origine. Il termine co-sviluppo riferito alle migrazioni internazionali nasce in Francia a metà degli anni ’80, ed ha avuto per almeno un decennio una connotazione negativa perché sinonimo di “ritorni” coatti. Alla fine degli anni ’90 il termine co-sviluppo ritorna in voga per significare progetti di sviluppo nei paesi di origine sostenuti dalle organizzazioni di migranti residenti in Francia. In ambiente francofono si utilizza il termine *co-développement*, mentre in ambiente anglosassone si predilige il binomio *migration and development*. Si rimanda ai seguenti testi: Hein de Haas, *Remittances, Migration and Development: Policy Options and Policy Illusions*, in Katja Hujo, Nicola Piper (eds.), *South-South Migration: Implications for Social Policy and Development*, Basingstoke and London, Palgrave Macmillan, 2010; Id., *Migration and development: Policy lessons from the Moroccan Experience*, in Jeronimo Cortina, Enrique Ochoa-Reza (eds.), *Managing Migration: Maximizing Development*

qualche esempio: in Germania, esistono gruppi auto-organizzati attivi per la lotta al traffico degli esseri umani e al razzismo; per il divieto dei matrimoni forzati nell'immigrazione turca; in Francia, alcune associazioni di migranti operano per migliorare l'integrazione nella società di accoglienza e la qualità della vita nelle società di origine; in Belgio, le donne congolesi hanno contribuito a incrementare la rappresentanza femminile nelle prime elezioni libere della Repubblica Democratica del Congo. L'associazionismo diventa una strategia politica per le donne immigrate che, partendo dal comune denominatore di genere, mettono insieme le diversità che le caratterizzano per confrontare molteplici e limitate conoscenze e collaborare in funzione di obiettivi individuali, familiari e di gruppo. Nei paesi ospitanti spesso sono presenti strutture territoriali locali che si raccolgono intorno a culture e convincimenti diversi, dando vita a una sfida alta per contrastare il senso di incertezza e spavento che accompagna l'allargamento del tessuto umano.

Le finalità delle rimesse economiche e sociali al femminile, più orientate al progetto che all'investimento immediato, possono concretizzarsi, nel corso del tempo, in risultati fondamentali in termini di uscita dalla povertà, di riduzione delle ineguaglianze, di "coscientizzazione" delle comunità di provenienza. L'emancipazione – annotava ancora Freire – è una conquista e non un'elargizione, e quindi una ricerca permanente. Solo mediante l'atto responsabile con cui il soggetto si decide per essa e si impegna a realizzarla, intraprende il cammino della propria liberazione. L'intero processo per svilupparsi richiede che l'individuo prenda coscienza della propria condizione di "oppresso", che la sottoponga ad analisi di critica e che riconosca la possibilità concreta del suo superamento. La cultura d'origine di un individuo non si presenta come un destino inamovibile, non rinvia ad un'identità «dell'essere inchiodato» (*être rivé*-Levinas), ma si pone come un situazione storica originaria: è apprezzando la cultura dell'altro, che si mette in gioco la propria identità, si sperimenta una forma di alterazione in cui l'individuo si trans-culturalizza.

L'esperienza delle donne migranti, oltre ogni retorica, rivela un itinerario di vita emblematico perché quello che esse rivendicano è l'uguaglianza, l'indipendenza economica, la libertà di scegliere e di costruire alternative per la propria vita. Queste donne, singolarmente e in gruppo, con la loro azione trasformatrice costruiscono la storia e si fanno esseri storico-sociali: voler es-

and Well-Being in Sending and Receiving Nations, New York, Columbia University Press, 2013.

sere di più, infatti, equivale a cercare di conseguire la piena umanizzazione, la completa realizzazione di sé come soggetto irripetibile e come persona, come comunità e come cittadini. Gli effetti positivi delle loro tracce migranti che si manifestano sui contesti di origine possono, infatti, avere implicazioni di tipo economico, socio-culturale, geografico-ambientale, demografico e politico-istituzionale e possono essere ricondotti a diversi livelli, ossia individuale/familiare (micro), comunitario-collettivo (meso) e regionale/nazionale (macro). Conseguentemente, l'impegno culturale per un'autentica interazione umana può evolvere se viene trasgredita la rigidità formale imposta dalle categorie del pensiero sociale/economico e ne vengono esplorati limiti, potenzialità e concomitanze. La fiducia nella libera responsabilità individuale potrebbe essere un modo per orientare in maniera meno paralizzante le misure di cautela relative alle immigrazioni: lo iato tra intenzione ed azione umana, tra programma e risultato, che mette in guardia in presenza di ragionevoli motivi di pericolo, si può tradurre in volontà di dialogo, che, nello specifico, può corrispondere ad una ricerca attiva per la sostenibilità della multiculturalità.

Essa trova il suo fondamento in un'etica discorsiva di corresponsabilità, nel principio che le conseguenze probabili delle nostre azioni devono essere accettabili per tutti i membri di una possibile comunità di comunicazione, cioè idealmente anche per i singoli membri di quella che John Rawls chiama una «società fuorilegge». Ma, è anche materia di un'etica della responsabilità in ordine alle conseguenze, dover operare una distinzione tra le condizioni ideali e non ideali di comunicazione e cooperazione nella nostra interazione politica: questa dovrebbe essere la base definitiva, per una nuova distinzione tra diversi tipi di popoli o società a livello di diritto internazionale.

Ferdinando Mazzarella

La «Escuela social del derecho» entre Europa y Brasil.
Encuentros y desencuentros ante las transformaciones de fin de siglo

1. *La percepción italiana de un contexto en transformación*

Las proyecciones europeas y latinoamericanas de la «Escuela social del derecho», que floreció en Italia en los últimos veinte años del siglo XIX, ofrecen un escenario rico en contaminaciones, derivaciones y sugerencias, correspondencias y coincidencias, pero también silencios e indiferencias¹. Cuando en 1881, en un contexto todavía dominado por la ortodoxia exegética, Vadalà-Papale (1854-1921), Cimbali (1855-1887), Gianturco (1857-1907) y Brini (1856-1941) ponían en tela de juicio los postulados de la tradición napoleó-

* Agradezco a Adela Mora y Manuel Martínez Neira su disponibilidad para traducir este texto al castellano. La investigación aquí desarrollada fue posible gracias a sendas ayudas FFR 2012 y CORI 2013 de la Universidad de Palermo.

1 Ya en Ferdinando Mazzarella, *Darwinismo, storicismo, socialità. La «nuova tendenza» di Giuseppe Vadalà-Papale*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 41, 2012, pp. 583-626, se propuso esta denominación de «Escuela social del derecho» (p. 591), en vez de la tradicional de «Socialismo jurídico», para neutralizar las implicaciones derivadas de una engañosa clasificación de carácter político-ideológico. Sobre ello, y más en general para una visión de conjunto del movimiento, Paolo Grossi, «*La scienza del diritto privato*». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 95-99. Véanse además, por citar solo obras de carácter general, Guido Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 229-236; Michele Cascavilla, *Il socialismo giuridico italiano. Sui fondamenti del riformismo sociale*, Urbino, QuattroVenti, 1987; Paolo Ungari, *In memoria del socialismo giuridico*, «Política del diritto», 1, 1970, parte I, *Le «scuole del diritto privato sociale»*, pp. 241-268, y parte II, *Crisi e tramonto del movimento*, pp. 387-403; los dos volúmenes de «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, 1974-75, *Il «Socialismo giuridico». Ipotesi e letture*; y por último, también para más referencias bibliográficas, Monica Stronati, *Il socialismo giuridico e il solidarismo*, en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, ottava appendice, *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 405-412.

nica², comenzaba, para la cultura jurídica europea, una nueva era, el alba de una «nueva tendencia», «positiva» y «social»³, de una «nueva fase del derecho civil»⁴. A pesar de la diversidad de los tonos y de los temas, en el corazón de estas primeras intervenciones estaban la redefinición en sentido pluralista del sistema de fuentes, la refundación del estatuto epistemológico del jurista y el replanteamiento en clave solidarista del derecho privado, como consecuencias directas de la inadecuación de un arreglo legislativo, axiológico y cultural superado por los cambios sociales, por el desarrollo económico y por el progreso de la ciencia⁵.

2 Giuseppe Brini, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano. Introduzione e programma*, «Archivio giuridico», 26, 1881, pp. 544-580; Enrico Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, Prolesione letta nella Regia Università di Roma il 25 gennaio 1881, Roma, Bocca, 1881, ahora en Id., *Studi di diritto civile*, Torino, Utet, 1900², pp. 1-29; Emanuele Gianturco, *Gli studii di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, 1881, en Id., *Opere giuridiche*, Roma, La Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 3-19; Giuseppe Vadalà-Papale, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881. La coincidencia temporal de las intervenciones de 1881 se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones por la historiografía: véanse por ejemplo Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 13-22, y Natalino Irti, *La cultura del diritto civile*, Torino, Utet, 1990, pp. 10-25.

3 Giuseppe Vadalà-Papale, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia*, «Rivista di Giurisprudenza di Trani», 8, 1883, ahora Trani, Giovinazzo, 1883.

4 Enrico Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, 1885, Torino, Utet, 1895.

5 Sobre los orígenes de la «doctrine du solidarisme», sin duda con ramificaciones pero atribuidos por lo general a Léon Burgeois, *Solidarité*, Paris, Colin et C^{ie}, 1896, véanse, para hacerse una idea, Philippe Rémy, *La genèse du solidarisme*, y Pierre Mazet, *Le courant solidariste*, ambos en *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Paris, Economica, 2004, respectivamente pp. 3-11 y 13-24. Véanse además Nicole et André-Jean Arnaud, *Une doctrine de l'état tranquillisante: le solidarisme juridique*, «Archives de philosophie du droit», 21, 1976, *Genèse et déclin de l'Etat*, pp. 131-151, Michel Borgetto, *La doctrine solidariste de Léon Bourgeois: une nouvelle définition des rapports entre le politique, le social et le droit*, en *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, sous la direction de Carlos-Miguel Herrera, Paris, Kimé, 2003, pp. 35-56, Jacques Donzelot, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984, especialmente pp. 73-120, y Mario G. Losano, *La questione sociale e il solidarismo francese: attualità d'una dottrina antica*, «Sociologia del diritto», 2008, 1, pp. 5-26. Es útil sin duda la lectura de Célestin Bouglé, *Le solidarisme*, Paris, Giard & Brière, 1907. Para una visión de conjunto Massimo Borlandi, *Solidarité*, en *Dictionnaire de la pensée sociologique*, publié sous la direction de Massimo

La «civilística neotérica»⁶ se insertaba entre Exégesis y Pandectística, reivindicando para Italia un cambio metodológico y pidiendo un alejamiento «de los extremos opuestos en los que se rompen la doctrina francesa y la alemana», con el fin de encontrar principios connaturales «a la índole de nuestro espíritu y de nuestras tradiciones nacionales»⁷. Recuperando un puesto de primer orden entre las fuentes, el jurista advertía la responsabilidad de su función social, se situaba junto al legislador como órgano de manifestación de lo jurídico, instrumento de interpretación del derecho y de adecuación de la ley. Con la consecuencia, en primer lugar, de sentirse legitimado para propugnar, mediante escritos, notas, decisiones y proyectos, una reforma de la legislación capaz de reflejar la evolución de las relaciones económico-sociales, de resolver «los problemas correspondientes a las exigencias científicas, económicas y sociales de la vida contemporánea»⁸.

Que no se estaba ante meras anticipaciones, premisas de un movimiento

Borlandi, Raymond Boudon, Mohamed Cherkaoui, Bernard Valade, Paris, PUF, 2005, pp. 656-657, Rodney Coates, *Solidarity*, en *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*, edited by George Ritzer, Malden (USA) Oxford (UK) Carlton (Australia), Blackwell, 2007, vol. IX, pp. 4612-4615, y Rainer Zoll, *Solidarietà*, en *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1998, vol. VIII, pp. 240-255.

6 Grossi, «*La scienza del diritto privato*», cit., pp. 15-16.

7 Cimbali, *Lo studio del diritto civile*, cit., pp. 17-18. Sobre las inquietudes, a finales del siglo XIX, de una parte de la cultura jurídica italiana, dividida entre fidelidad a la tradición, instancias de renovación y búsqueda de un método «nacional», véanse, con una finalidad orientativa, Alpa, *La cultura delle regole*, cit., pp. 150-239; Adriano Cavanaugh, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, en *Studi di storia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. III, pp. 719-753; Giovanni Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2011; Id., *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 40, 2011, *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, vol. II, pp. 781-812; Pasquale Femia, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento. Alcuni quadri e una cornice*, en Pietro Perlingieri e Antonella Tartaglia Polcini (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, ESI, 2013, pp. 33-103; Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 13-70; Id., *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002; Irti, *La cultura del diritto civile*, cit.; Id., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982; Francesco Macario e Michele Lobbuono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, Cedam, pp. 21-47.

8 Alfredo Tortori, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, «La scienza del diritto privato», 3, 1895, p. 569.

por definirse, sino ante los elementos constitutivos de una escuela en toda regla, sostenida por decenas de juristas, colmada de corrientes y orientaciones, con periódicos y revistas, pareció claro desde el principio, en primer lugar a aquellos que la clasificaron, quizás para “exorcizar” su valor “subversivo”, bajo la «engañoso» etiqueta de «socialismo jurídico»⁹. Los «neotéricos» lanzaron una piedra que agitó las aguas tranquilas del estanque legalista, produciendo una ola destinada a encontrar las tendencias análogas que estaban germinando en la crisis de fin de siglo a una y otra orilla del Atlántico. Un encuentro obligado a nivel de las sugerencias, de los contenidos y del método, pero no siempre consumado, declarado y formalizado; un diálogo tangible, paradójicamente, más en la larga distancia que en la corta, más con las jóvenes

9 «Engañosa» es el adjetivo sugerido por Grossi, “*La scienza del diritto privato*”, cit., p. 95, para calificar la fórmula propuesta por Achille Loria, *Socialismo giuridico*, «La scienza del diritto privato», 1, 1893, pp. 519-527, ahora en Id., *Verso la giustizia sociale (idee, battaglie ed apostoli)*, Milano, Sel, 1908, pp. 485-491. De «indiscutible ambigüedad» – también según Ungari, *In memoria del socialismo giuridico*, cit., parte I, p. 245 – la fórmula de Loria, como es sabido, provocó la inmediata reacción de Ercole Vidari (*Sul socialismo giuridico del Prof. Loria*, «La scienza del diritto privato», 1, 1893, pp. 577-582) y de Giuseppe D’Aguanno (*Ancora sul socialismo giuridico del Prof. Loria*, ivi, pp. 641-643). La inadecuada referencia al socialismo habría sido ampliamente manifestada ya por los primeros observadores, como Francesco Cosentini, *Il socialismo giuridico*, en *Studi storici e giuridici dedicati ed offerti a Federico Ciccaglione nella ricorrenza del XXV anniversario del suo insegnamento*, Catania, Giannotta, 1910, vol. II, pp. 157-280, Benvenuto Donati, *Il socialismo giuridico e la riforma del diritto*, Torino, Bocca, 1910, y Gioele Solari, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato (1906)*, edición póstuma realizada por Paolo Ungari, Milano, Giuffrè, 1980. La etiqueta, por otro lado, fue rechazada también por aquellos, como Sergio Panunzio, *Il socialismo giuridico. Esposizione critica*, Genova, Libreria Moderna, 1906, que partiendo de críticas de “izquierdas” estigmatizaron, en nombre del predominio de la «estructura» económica, la vía del reformismo jurídico. También la historiografía francesa, como ponen de manifiesto las reflexiones de André-Jean Arnaud-Nicole Arnaud, *Le socialisme juridique à la ‘Belle Époque’: visages d’une aberration*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, 1974-75, *Il “Socialismo giuridico”*, cit., vol. I, pp. 26-54, subraya la distinción entre el «socialismo jurídico», marcado por su carácter ideológico, y las tendencias sociales y sociológicas del solidarismo. Léase, para una introducción sobre los juristas “militantes” franceses, Frédéric Audren, *Pistes pour une histoire intellectuelle des juristes socialistes sous la III^e République*, «Cahiers Jaurès», 156, avril-juin 2000, *Socialismes des juristes*, pp. 5-12. Véase también, por último, Dario Di Cecca, «*Il socialismo dei giuristi*». *Per una ricerca sul socialismo giuridico francese*, «Historia et ius», 3, 2013, pp. 1-10.

es y lejanas escuelas de la América Latina que con las sólidas y cercanas de la Europa continental.

2. *Un horizonte común. “Heterodoxias” europeas a finales del siglo XIX*

La experiencia italiana entrelazaba los temas del positivismo científico y del historicismo, de la sociología y del darwinismo, del evolucionismo y del organicismo, abarcando muchas de las mismas ideas que iban a marcarla «libre investigación científica» y el «movimiento del derecho libre», consagrados como productos de la cultura francesa y alemana¹⁰. Sin embargo, a pesar de que las primeras reflexiones significativas de Eugen Ehrlich (1855-1912) se remontan a 1888¹¹, los llamados manifiestos del «Freirecht» a 1903 y a 1906, y los primeros trabajos metodológicos de Saleilles (1855-1912) y Géný (1861-1959) a 1890 y a 1899, las referencias a los juristas italianos – al margen de algunas citas esporádicas – fueron bastante marginales por no decir inexistentes¹².

Todavía en 1910, casi treinta años después del nacimiento de la escuela italiana, Hermann Kantorowicz (1877-1940), quizá el exponente más representativo de la «Freirechtsbewegung», tras haber reconstruido los orígenes del movimiento y recordado los nombres de los juristas «modernos» provenientes de Alemania y de Francia, creyó que podía desatender, por su escasa notoriedad, «die italienischen, belgischen, holländischen, russischen Namen»¹³.

10 Luigi Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 209-211.

11 Eugen Ehrlich, *Über Lücken im Rechte*, «Juristische Blätter», 17, 1888, pp. 447-630.

12 Algunas “tímidas” citas sobre todo en los franceses, por ejemplo en Édouard Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, tome I, *Les Conceptions étroites ou unilatérales*, Paris, Giard & Brière, 1903, p. 59, en François Geny, *Science et Technique en droit privé positif*, Première Partie, Paris, Sirey, 1914, p. 35, nota 2, y en Raymond Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, en *Le Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, 1904, Paris, Dalloz, 2004, pp. 111-114. Es distinta la consideración que de los juristas italianos tuvieron en España: véase Bartolomé Clavero, *Noticia del socialismo jurídico en España*, «Sistema. Revista de ciencias sociales», 28, 1979, pp. 91-106, y Carlos Petit, «Qualcosa che somiglia all'ammirazione» - *Ecoss de la Civilística italiana en España*, «Anuario de Derecho Civil», 57, 2004, pp. 1429-1478.

13 Hermann Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, en *Verhandlungen des*

Unos años antes, en 1903, entre los “compañeros” extranjeros Ehrlich solo incluyó a Gény¹⁴, mientras en 1906 el propio Kantorowicz concluyó que solo tras Stammler (1865-1938) y Ehrlich «erheben sich von allen Seiten, aus Theorie und Praxis, in Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, im öffentlichen und Privat-Recht, in Deutschland und Frankreich Stimmen, die, täglich an Zahl und Entschiedenheit zunehmend, der Jurisprudenz die Umkehr predigen»¹⁵.

La cuestión es que, examinando a fondo los nexos entre las tendencias italianas, francesas y alemanas, surgen tantos puntos de contacto que no parece que las primeras puedan considerarse como intuiciones aisladas y ocasionales, tal como se acostumbra a hacer, por ejemplo, con las ideas de Bülow (1837-1907)¹⁶ y de Jhering (1818-1892)¹⁷, ni que puedan considerarse los italianos como meros «precursores» de la «Freirechtsbewegung»¹⁸, tal como se

Ersten deutschen Soziologentages vom 19. bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main, Tübingen, Mohr, 1911, pp. 275 ss., ahora en Id., Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, herausgegeben von Thomas Würtenberger, Karlsruhe, Müller, 1962, p. 125. En p. 134, nota 27, el solo recordó, como exponentes de la «concepción sociológica del derecho», a Brini y a «die italienischen Anhänger der „soziologischen“ Strafrechtsschule, Ferri, Garofalo».

14 Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903, Leipzig, Hirschfeld, 1903, pp. IV-V.

15 Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter, 1906, ahora en Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, cit., p. 14.

16 Oskar Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, Berlin, BWV, 2003, pp. 1-43. El trabajo de 1885 de Bülow se considera como «un precursor» del movimiento del derecho libre por Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, Springer, 1960. Acerca de los motivos de su posible “mitificación” véase Thomas Henne, Carsten Kretschmann, *Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion: Oscar Bülow, Gesetz und Richteramt (1885)*, «Ius Commune», 26, 1999, pp. 211-237.

17 En particular Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1891⁴. De hecho, es precisamente por su atención al «tatsächliches Recht» por lo que Jhering es considerado a menudo como «el fundador de la jurisprudencia sociológica», como el precursor tanto del «movimiento del derecho libre» como de la «jurisprudencia de intereses» (Mario Losano, *Introduzione a Rudolf von Jhering, Lo scopo nel diritto*, cit., pp. XLI y LXIV-LXIX).

18 «Generación de los precursores» es la expresión de Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Torino, Einaudi, 1972, p. 229.

hace con Adickes (1846-1915)¹⁹ y Kohler (1849-1919)²⁰. Más allá de las citas y de los reconocimientos recíprocos, los componentes heterodoxos de la cultura jurídica europea confluían en un terreno común, compartían, quizá inconscientemente, el malestar ante cualquier forma de inmovilismo (según el desafío de Cimbali, «que se inquieten los *inmovilistas* de la ciencia, lanzando por doquier gritos de alarma y de terror»)²¹, la intolerancia ante el marco “absolutizado” de la fuente legislativa y la crítica contra un derecho marcado por el individualismo²².

Se está ante un contexto histórico, económico, político, social y científico,

19 Franz Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, Cassel & Goettingen, Wigand, 1872.

20 Josef Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, «Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», 13, 1886, pp. 1-61. Véase, sobre el papel de Kohler, Klaus Riebschläger, *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 27-32.

21 Enrico Cimbali, *Le obbligazioni civili complemento e funzione della vita sociale*, Prolusione leída el 25 gennaio 1887 nella R. Università di Messina, en Id., *Studi di diritto civile*, Torino, Ute, 1900², p. 318. Sobre Cimbali, además de Grossi, “*La scienza del diritto privato*”, cit., pp. 20-24 y 35-39, véase Cascavilla, *Il socialismo giuridico italiano*, cit., pp. 113-123, Adolfo Di Majo, *Enrico Cimbali e le idee del Socialismo giuridico*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, 1974-75, tomo I, pp. 384-429, y Stefano Solimano, *Cimbali Enrico*, en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, curato da Ennio Cortese, Italo Birocchi, Antonello Mattone e Marco Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. I, pp. 540-543.

22 «Una profunda inspiración común, más importante que los desacuerdos», basada en el «descubrimiento de la irrenunciable, indiscutible y necesaria libertad del jurista para encontrar el derecho», como escribe Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 209-216, que sin embargo limitó el discurso «al mundo jurídico alemán», con la sola excepción conocida de Géný. Un clima general de reacción al formalismo interpretativo, en busca de nuevas legitimaciones fundamentales del derecho bajo la influencia de las ciencias naturales, de las ciencias sociales y del positivismo científico, como aclara Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, trad. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. II, pp. 307-346. Vale la pena releer las reflexiones de Guido Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, pp. 897-952. Resulta útil para desenvolverse entre el formalismo interpretativo y las variantes del iusrealismo Mauro Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, en Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 1-21.

que impone a los juristas, al menos a los «juristes inquiets», una reflexión improrrogable, de la que surgen opciones metodológicas, propuestas de reforma y nuevas concepciones del Estado²³. Cimbali no es Ehrlich, Vadalà-Papale no es Gény, D'Aguanno (1862-1908) no es Kantorowicz y Simoncelli (1860-1917) no es Fuchs (1859-1929), pero todos perciben la complejidad de un universo – real, social, económico, histórico o ético – que escapa a la uniformidad simplista diseñada por el legislador, todos comparten las mismas premisas historicistas, todos piden la vuelta a un derecho que sea sustancia y la revitalización de la unión entre lo jurídico y lo social: la línea en la que se mueven es la de un derecho que trasciende su envoltura legislativa, para que la ley deje de ser fuente y se transforme en espejo de un derecho que vive su propia vida dentro de un panorama de fuentes marcado por la pluralidad y por su carácter jurisprudencial. Quizá no sea posible recuperar las huellas de un diálogo formal entre los protagonistas, pero existen sin duda una sensibilidad común, una coincidencia en el método y una fusión de ideas que obligan a valorar – antes que el impacto del derecho libre en Italia – la influencia que la neotérica italiana tuvo, si no directamente sobre el movimiento del derecho libre, sí al menos sobre el movimiento cultural de la Europa de finales del siglo XIX²⁴.

3. *La nueva perspectiva del jurista*

En la consideración del jurista “moderno”, en primer lugar, parece aflorar un distinto orden de prioridades, en cuyo seno los hechos económicos y socia-

23 Marie-Claire Belleau, *Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France*, «Les Cahiers de Droit», 40, 1999, pp. 507-544.

24 Parece en cambio estar arraigada la idea, expuesta por ejemplo por Karlheinz Muscheler, *Relativismus und Freirecht. Ein Versuch über Hermann Kantorowicz*, Heidelberg, Müller, 1984, p. 132 y nota 184, o por Norberto Bobbio, *Introduzione a Hermann Kantorowicz, La definizione del diritto*, Torino, Giappichelli, 1962, pp. 5-14, de que la cultura jurídica italiana solo recogió el pensamiento de los juristas franceses y alemanes; idea condensada por Renato Treves, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1987, pp. 84-90 y 103-132, según el cual los «movimientos de rebelión contra el formalismo» que más contribuyeron a imponer la concepción sociológica del derecho tuvieron su patria en Francia y en Alemania, y solo después fueron seguidos por los italianos (Ascarelli, Ascoli, Cesarini Sforza), mientras los del llamado «socialismo jurídico» fueron anticipaciones, todo lo más «un precedente de la actual sociología del derecho» (p. 86).

les vuelven a alcanzar un lugar preeminente²⁵. En el origen de las peticiones que fomentaron la búsqueda de orientaciones alternativas a las dominantes se encontraba la «falta de armonía» entre las «leyes» y las «exigencias de la sociedad moderna»²⁶, el abismo entre el sistema normativo de tradición napoleónica, ideado para una economía agraria, basado en la propiedad y confeccionado a la medida del individuo, y una realidad socioeconómica de carácter industrial, articulada en grupos de interés y clases sociales, con divisiones complejas – como señaló Gianturco – en identidades subjetivas diferenciadas y «desiguales»: «usureros» y «plebeyos», «propietarios» y «campesinos», «empresarios» y «trabajadores»²⁷. La revolución cultural del siglo

25 Para una perspectiva histórica que intenta repasar el comportamiento variable de la relación entre hecho y derecho véase Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, con las precisiones, si se desea, que se han sugerido en Ferdinando Mazzarella, *Fatto e diritto. Tradizione e progetto*. «Territori di confine», «Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo», 54, 2010-2011, pp. 181-199. Sobre las simplificaciones anheladas por el modelo liberal de Estado de derecho, permítaseme remitir, también para la bibliografía (en primer lugar los trabajos de Maurizio Fioravanti), a Ferdinando Mazzarella, *La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto*, «Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», 16, 2011, *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, pp. 57-79, e Id., *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 41, 2012, pp. 329-397.

26 Como se puede leer en las páginas introductorias del primer número de «La scienza del diritto privato» (1893) escritas por los dos directores Giuseppe D'Aguanno y Alfredo Tortori.

27 Emanuele Gianturco, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, 1891, ahora en Id., *Opere giuridiche*, cit., vol. II, pp. 262-269. Sobre la progresiva caída de los paradigmas individualistas idealizados en la codificación napoleónica sigue siendo valiosa la obra de André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975 (y del mismo véase *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di Francesco Di Donato, Napoli, Jovene, 1993). Para evaluar el cambio, son significativas las reflexiones, a principios del siglo, de Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912. Véanse además, con distintas perspectivas, Pio Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, en especial pp. 22-37; Jean Maillet, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2, 1973, pp. 111-145; Paolo Grossi, *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra Medioevo ed età moderna*, Napoli, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, 2003; Id., *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, en Id., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Mila-

XIX – que, a través del positivismo científico y de la sociología, del darwinismo social y del evolucionismo, del análisis económico y del socialismo, cambió el punto de observación de la idea al hecho, de los conceptos a la realidad, de la ley a la sociedad – desenmascaró «el error de nuestro Código al colocar al individuo como eje de todos los derechos» y al considerar «todas las relaciones de orden público y privado y todas las diferentes instituciones jurídicas [...] exclusivamente bajo el punto de vista de la utilidad que pueden proporcionar al individuo»²⁸.

Al quitarse los lentes deformantes del individualismo jurídico (la «abstracción» del «individuo aislado»²⁹) los “evolucionistas” italianos valoraban los cambios de una sociedad cuya fisonomía, en continua transformación como la de cualquier organismo vivo, salía alterada del proceso de industrialización, renovada por los «progresos de la industria y de los medios de comunicación», modernizada por la «introducción de la maquinaria» y de la «gran industria»³⁰. «Antes que personas físicas que actúan aisladamente y por sí mismas» – subrayaba Cimbali – «el sistema fisiológico del cuerpo social» presentaba «instituciones conformadas a modo de otros tantos órganos, cuyo tejido se compone de personas y de bienes, de individuos y del patrimonio unido a ellos y en ellos consolidado, como los miembros y los tejidos de los cuerpos orgánicos constan, sin excepción, de células y de materia intracelular»³¹.

no, Giuffrè, 2006, pp. 217-232. Sobre la figura de Emanuele Gianturco véase los trabajos recogidos en Aldo Mazzacane (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, Liguori, 1987. Remito además a Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 44-46, y también, para referencias bio-bibliográficas en profundidad, a Ferdinando Treggiari, *Emanuele Gianturco*, en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, cit., pp. 413-416, e Id., *Emanuele Gianturco: l'educazione di un giurista (Aspetti dell'insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento)*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1986, pp. 1235-1276.

28 Giuseppe D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali con applicazioni pratiche al Codice vigente*, Torino, Bocca, 1890, p. 19. Sobre estos temas, véase el análisis exhaustivo de Grossi, «*La scienza del diritto privato*», cit., pp.101-140.

29 Tortori, *Individualismo e socialismo*, cit., p. 592. Sobre Tortori, Grossi, «*La scienza del diritto privato*», cit., pp. 75-88, y por último Paolo Passaniti, *Tortori Alfredo*, en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. II, p. 1969.

30 Giuseppe D'Aguanno, *La riforma integrale della legislazione civile*, «*La scienza del diritto privato*», 1, 1893, p. 43.

31 Enrico Cimbali, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro*

El individuo conservaba un papel vital «en la composición de los tejidos y de los órganos sociales», pero ahora se desempeñaba en el seno de grupos y de organizaciones de «unidades socialmente activas» consistentes en «combinaciones personales y patrimoniales»³². «La tendencia a la asociación del capital y del trabajo, a compartir los frutos de la tierra entre el propietario y el agricultor, las manifiestas sociedades de capital e industria y las continuas asociaciones para el mayor desarrollo individual» legitimaban la profecía de una «civilización moderna» en la que «el individualismo desaparecerá para ceder su puesto a las *instituciones sociales*»³³. Sin conexión «con otros individuos» – resumía D’Aguanno – la «persona aislada» se mostraba «tanto más incapaz [...] cuanto más complejo es el organismo social»: solo organizándose en «múltiples asociaciones que ofrezcan fines industriales, científicos, literarios, comerciales, de beneficencia, de socorro mutuo» lograría el individuo «nueva fuerza para luchar en las batallas de la vida», mientras que «con los principios puros del individualismo, con el *selfgovernment* que parece informar nuestro código» se caería inevitablemente «bajo el dominio de la fuerza»³⁴.

En 1892, en una intervención sobre el tema de la socialización del derecho privado, Ehrlich parecía partir de las mismas premisas y confirmaba la distancia entre «Rechtsordnung» y «Geiste der Zeit», entre la «archaisierende Tendenz der Rechtsordnung» y la imparable evolución de todo lo que no tenía forma legislativa: «der Körperbau, die Intelligenz und das Gefühlsleben, die Religion, Sprache, Literatur, Sitten und Gebräuche»³⁵. La sociedad industrial presentaba una estructura muy distinta a la idealizada a principios de siglo y «die heutige Privatrechtsordnung» contrastaba claramente «mit der Produktionsweise und den sozialen Verhältn-

forza obbligatoria, «Archivio giuridico», 1 y 2, 1884, luego en Id., *Studi di diritto civile*, cit., p. 52.

³² Ivi, pp. 52-53.

³³ Giuseppe Vadalà-Papale, *Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Roma-Torino-Firenze, Loescher, 1883, p. 393.

³⁴ D’Aguanno, *La genesi e l’evoluzione del diritto civile*, cit., pp. 157-158. Sobre la figura, la vida y las obras de Giuseppe D’Aguanno, permítaseme remitir a Ferdinando Mazzarella, *D’Aguanno Giuseppe*, en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. I, pp. 627-628.

³⁵ Eugen Ehrlich, *Die soziale Frage im Privatrechte*, «Juristische Blätter», 21, 1892, pp. 97-135, ahora en Id., *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, herausgegeben von Manfred Rehbinder, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p. 24.

issen unserer Zeit»³⁶: hasta la *Grundlegung* de 1913 se venía repitiendo que «die Fortschritte der Technik und Ökonomik» habían aumentado el poder de la clase propietaria y obligado a los trabajadores a reunirse en asociaciones en un entorno lleno de fábricas, ferrocarriles y empresas³⁷, un tejido conectivo atravesado por «Käufe, Mieten, Pacht-, Dienst- und Lohnverträge»³⁸; un espacio social lleno no solo de familias, sino de «Aktien-gesellschaften, Transportunternehmungen, Genossenschaften, Banken, Börse, Terminhandel», en el que «anders als einst steht heute der Herr dem Diener, der Unternehmer dem Eigentümer, der Erzeuger dem Kunden gegenüber»³⁹.

Las «créations d'ordre économique», como constataba Saleilles entre 1899 y 1904, habían trastornado «les rapports juridiques entre le capital et le travail, entre ceux qui produisent et ceux qui consomment», generando nuevos derechos y necesidades, determinando, según un proceso causal que dependía en igual medida de «certaines découvertes sociologiques», la aparición de un orden social marcado cada vez más por lógicas de «solidaridad», en vez de espacios de «indépendance» gobernados por «individualités» aisladas⁴⁰. Con sus consolidaciones organizativas, la estructura supraindividual de la sociedad volvía a la persona «conditionnée et délimitée par l'intérêt collectif du groupe», demandando una red protectora encaminada «non plus à l'individu abstrait, considéré sous le rapport de son développement virtuel, mais aux êtres vivants et concrets dont se compose le groupe qui la constitue»⁴¹.

En este contexto – proseguía Saleilles – en lugar de plegarse al «monde nouveau», a las «transformations économiques et sociales», parecía que el de-

36 Ivi, p. 26.

37 *Ibidem*.

38 Eugen Ehrlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, Inaugurationsrede, gehalten am 2. Dez. 1906, Leipzig und Wien, 1907, ahora en Id., *Gesetz und lebendes Recht*, cit., p. 129.

39 *Ibidem*. Conceptos repetidos también en Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, unveränderter Neudruck München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1929, cap. XVII, p. 316.

40 Raymond Saleilles, *Préface* a François Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Maresq, 1899, pp. II-III. Véase, sobre estos rasgos específicos, Frédéric Tellier, *Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social*, «Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique», 20, 1999, pp. 147-177.

41 Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., pp. 110-111.

recho permanecía inmóvil, y la doctrina y la jurisprudencia se enroscaban en torno a la «volonté stricte du législateur de 1804»⁴². Mientras el modelo de los códigos permanecía aferrado «fermement au règne exclusif et suffisant de la loi (écrite)»⁴³, reproduciendo la imagen de una sociedad agraria sencilla e individualista – compartía en 1900 Géný – «tous les progrès de l'industrie et du commerce contemporains, les transformations d'ordre économique, les suggestions des besoins actuels» determinaban en el siglo XIX «tout un renouveau d'organisation sociale»⁴⁴, poniendo de manifiesto «l'immense complexité», «la mouvance incessante», «l'inépuisable richesse et la prestigieuse variété», «l'essence complexe et mouvante de la vie sociale»⁴⁵. Respecto a «cette fondamentale discordance entre le Droit positif et la vie soumise à son empire», era indispensable redefinir el sistema de fuentes⁴⁶, volver a formular el concepto de «droit positif», reflexionar sobre la propia noción de derecho, inaceptable ya «comme une discipline simplement autoritative», «un ensemble arbitraire, mis en oeuvre par un art de chicane»⁴⁷.

Así, algunos años después, Fuchs podía sugerir un viaje imaginario «durch Deutschland vor hundert Jahren» para comprobar cuán alejado estaba el contexto económico de principios del siglo XIX – con la lentitud del servicio de correos y de los medios de transporte, el «dorfähnlichen Charakter» de los asentamientos urbanos, el sistema cerrado de producción agraria, el «handwerksmäßigen Charakter der Großindustrie und des Handels» – del de principios del siglo XX, transformado y complicado por los progresos «der Technik und Industrie, des Verkehrswesens, der Eisenbahnen und Seeschiffahrt, der Telegraphie und Telephonie», por el incremento «der Eisen-, Stahl- und Steinkohleproduktion», por el desarrollo «des Großhandels und des Bankwesens», por el aumento «der literarischen und künstlerischen Produktion», y

42 Id., *Préface*, cit., p. III.

43 François Géný, *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle. Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Dijon. Le 8 novembre 1900*, Dijon, Venot, 1900, p. 15.

44 Ivi, p. 11.

45 Ivi, pp. 14, 21 y 27.

46 Ivi, p.10.

47 Ivi, p. 11. Se centró en detalle sobre la conexión entre «conciencia de la complejidad de la realidad» y exigencia de renovación epistemológica y metodológica Paolo Grossi, *Ripensare Géný*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991, ahora en Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 157-170.

por la «moderne Arbeiter- und Gewerkschaftsbewegung»⁴⁸. Habían cambiado «der wirtschaftliche und soziale Organismus der modernen Völker, ihr Handel, ihre Industrie, ihre Krediteinrichtungen, ihre Vergesellschaftungen im weitesten Sinn»⁴⁹. Junto a la economía, había cambiado la fisonomía social, que se había alejado del modelo basado en relaciones unilineales entre individuos para articularse en formaciones sociales complejas, asentándose en una «Neuordnung, die an Stelle lebendiger Beziehungen von Person zu Person innerhalb eines kleinen Kreises einander bekannter Menschen ein kunstvolles System von unpersönlichen Beziehungen setze und die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit in eine Summe von Vertragsabschlüssen auflöste»⁵⁰.

Lo que no parecía cambiar objetivamente – convenía también Fuchs – era el derecho, no solo en el ámbito de la disciplina legislativa, sino también y sobre todo en el ámbito de la metodología, de las categorías y de las técnicas. Mientras el mundo cambiaba, la economía progresaba, los transportes se aceleraban y los intercambios se intensificaban, la cultura jurídica permanecía aferrada a los viejos canales de producción jurídica, paralizada por lógicas y técnicas que se remontaban a la Edad Media. En lugar de abrirse a las necesidades cambiantes de la sociedad, en busca de procesos de evolución jurídica que la hiciesen «modern-naturwissenschaftlich und erfahrungsgemäß-induktiv», la ciencia jurídica seguía siendo «historisch-philologisch und konstruktiv-deduktiv», esclava aún de los párrafos, víctima aún de la antigua metodología del «mos Italicus: Praemitto, scindo, summo casumque figuro. Perlego, do causas, connoto, objicio»⁵¹.

4. Variedad de fórmulas, afinidad de sustancia: derecho histórico-social, derecho vivo, derecho libre, derecho natural

Estas premisas son las que favorecieron el desarrollo de una concepción dinámica del derecho, centrada, en homenaje a un principio histórico evolutivo, en los cánones de la concreción y del movimiento. La imagen del «de-

48 Ernst Fuchs, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, Berlin, Heymanns, 1908, ahora en Id., *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, Karlsruhe, Müller, 1965, p. 66.

49 Ivi, p. 65.

50 Ivi, p. 66.

51 Ivi, pp. 66-68.

recho vivo», ligada por un doble hilo a las figuras de Ehrlich y de Géný, no era sino la consecuencia de una diferente observación de la realidad, de la consideración de los hechos económicos y sociales como punto de partida de la indagación jurídica y de la aplicación al derecho de los nuevos conocimientos científicos⁵². No era sino la continuación autorizada, bajo estos rasgos, del itinerario reflexivo que iniciaron los “modernos” italianos, a los cuales pertenecía genéticamente, por formación científica y sensibilidad cultural, la idea de un derecho en movimiento, de una juridicidad en transformación.

«El derecho es la vida» – era una de las máximas repetidas por Cimbali – «y como en la vida, que es siempre un continuo devenir, los elementos que la constituyen cambian de manera incesante en número y calidad», asimismo tales cambios «deben reflejarse ... en el organismo del derecho», que «debe transformarse continuamente en virtud de una evolución continua»⁵³. Como «producto social», «fluido nervioso del organismo»⁵⁴, «fenómeno de la vida social»⁵⁵, manifestación del «espíritu humano», el derecho obedecía a las leyes del «movimiento continuo», del «progreso posterior e indefinido», avanzando su transformación en paralelo a la de la sociedad, cambiando y progresando según «las necesidades de la vida social», «en armonía con la historia y con el desarrollo de la civilización de los pueblos»⁵⁶. Así pues, a la

52 Se pueden apreciar los rasgos más destacados en la voz *Droit vivant*, en *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de André-Jean Arnaud, Paris, LGDJ, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 118-120.

53 Cimbali, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 22.

54 Giuseppe Vadalà-Papale, *La filosofia del diritto a base sociologica*, «Il Circolo giuridico», 16, 1885, I, p. 176. Sobre la imagen del «estado fluido» del derecho se remite a Ferdinando Mazzarella, *Un diritto «allo stato fluido»*. *Note storico-giuridiche su aequitas e ragionevolezza*, «Giornale di Storia costituzionale», 11, 1/2006, pp. 121-144, e Id., “*Stato fluido*” del diritto e ragionevolezza fra età moderna ed età contemporanea, en *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, *Atti del Convegno di Studi*, Roma “La Sapienza”, 2-4 ottobre 2006, Roma, Aracne, 2007, vol. II, pp. 359-377.

55 Giuseppe D’Aguanno, *Sull’efficacia pratica della scuola positiva di filosofia giuridica*, en «La Scuola Positiva», 1, 1891, 2, pp. 58-64.

56 Icilio Vanni, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, 1877, dissertazione letta nell’Università di Perugia nell’anno accademico 1875-76, ahora en Id., *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, a cura di Giovanni Marabelli, Bologna, Zanichelli, 1906, p. 24. Véase Giuliana D’Amelio, *Positivism, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, 1974-75, *Il “Socialismo giuridico”*, cit., vol. I, pp. 431-455, y por último Stefano Berni,

continua evolución de la sociedad, igual que la de la naturaleza, correspondía la continua adaptación del derecho, que vivía «en estado dinámico, en el pueblo, en la conciencia social», y que, en la medida en que era creado por la «conciencia jurídica social», debía reflejar las transformaciones de la realidad⁵⁷. El derecho era un «organismo vivo» por estudiar y por descubrir, mediante la sociología y la historia, la psicología y la ciencia, «cómo se desarrolla real y objetivamente, a través de la multiplicidad y la mutabilidad de cada relación, en la vida de los pueblos y de los individuos»; un «organismo vivo» que, al igual que cualquier otro organismo – natural, biológico, social – respiraba, progresaba y crecía⁵⁸.

Por medio de un arsenal científico renovado, abierto en igual medida a las ciencias sociales y a las naturales, era posible, dejando a un lado los idealismos y la abstracción «en beneficio de la observación y del análisis», elaborar un «nuevo concepto de derecho»: gracias a la indagación sociológica y a la investigación histórica, el fenómeno jurídico recuperaba su profundidad volumétrica y su fuerza dinámica, concretándose, como quería Salvioli (1857-1928), en un «proceso orgánico y natural que crece y se desarrolla como los idiomas, las religiones y las literaturas», «un organismo producido por una serie de hechos y de experimentos, ligado a la sociedad, a los hábitos, a las costumbres y a la constitución misma de las naciones, a la índole de los lugares»⁵⁹.

Se había llegado ya, claramente, a esa «conception vraiment vivante du Droit positif» que caracterizó el pensamiento de Géný⁶⁰. Las voces dispersas de los “evolucionistas” italianos, que consideraban el derecho «como una fuerza viva dentro del Cuerpo social»⁶¹, anunciaban las palabras con las que, en 1899, el entonces profesor de Dijon renovaba el deseo de que el derecho

L'evoluzionismo giuridico in Italia nel XIX secolo. Intorno ad una lettera inedita di Icilio Vanni su Salvatore Fragapane, «Studi Senesi», 124, 2012, pp. 124-141.

57 Giuseppe Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, «Antologia giuridica», 7, 1893, pp. 137-173 y 201-217, ahora Catania, Pansini, 1893, especialmente pp. 3-4.

58 Cimbali, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 19.

59 Giuseppe Salvioli, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, Pro-lusione al curso di storia del diritto nell'Università di Palermo, «Il Circolo giuridico», 16, 1884, p. 84. Permítaseme remitir, también para la bibliografía, a Mazzarella, *Giuseppe Salvioli*, en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, cit., pp. 417-421.

60 Géný, *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 14.

61 Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., p. 11.

se mantuviera como una «chose vivante», entendiendo, por «vivre», «se mouvoir et se transformer»: lo que implicaba, para el derecho en particular, una «parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale»⁶². De la unión entre lo legal y lo social, clave de bóveda de las nuevas tendencias, procedía la unión entre el derecho y la vida, aludido de manera sugestiva, más o menos explícitamente, por la imagen del «derecho vivo».

Pocos años después, en 1903, Ehrlich, que había hecho del «derecho vivo» su bandera, volvió, no por casualidad, a la dimensión histórico-social del fenómeno jurídico, al considerar el derecho el «Grundlage der gesellschaftlichen Organisation», «nicht ein starres Dogma, sondern eine lebendige Kraft»⁶³. Como Cimballi y Vadalà-Papale, D'Aguanno y Salvioli, también Ehrlich realizaba la conexión entre el ámbito de los hechos y el del derecho, señalando que la «“Tatsache” ist dem Juristen alles, was nicht oder noch nicht Recht und Rechtsverhältnis ist; aber diese Tatsachen sind bereits keimende und werdende Rechte und Rechtsverhältnisse»⁶⁴. Referirse a los hechos significaba referirse a la sociedad, a la historia, al derecho que inervaba las organizaciones sociales, ya que «die erste Tatsache des gesellschaftlichen Lebens ist die Menschengruppe», de modo que todo el derecho, del consuetudinario al jurisprudencial, del legislativo al doctrinal, constituía, «im Gierkeschen Sinne», ante todo, desde la raíz, un derecho “comunitario-social”⁶⁵.

62 François Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Maresq, 1899, núm. 185, p. 584.

63 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., pp. 9 y 27, luego de nuevo p. 34. Sobre estos rasgos, entre muchos otros, Alberto Febbrajo, *E. Ehrlich dal diritto libero al diritto vivente*, «Sociologia del diritto», 1982, pp. 137-159, y Gregorio Robles Morchón, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 29-48. Más generales, Manfred Rehbinder, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, Renato Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1980³, pp. 65-84, y Stefan Vogl, *Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich*, Baden-Baden, Nomos, 2003, y también, sobre el éxito de la sociología del derecho de Ehrlich en el mundo, desde los Estados Unidos a Japón, los ensayos recogidos en *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, edited by Marc Hertogh, Oxford and Portland Oregon, Hart, 2009.

64 Ehrlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., p. 105. Se ha tenido ocasión de detenerse en esta compenetración “ontológica” entre el plano del derecho y el plano de los hechos en Mazzarella, *Fatto e diritto*, cit.

65 Ehrlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., pp. 108 y 122. Ha insistido

Desde esta perspectiva, la metáfora del «derecho vivo» expresaba perfectamente, por su capacidad de evocar las conexiones con la vida, los rasgos de la nueva vía histórico-social emprendida por la cultura jurídica europea: el derecho era «etwas Lebendiges» – argüía Fuchs en 1908 – «also sich von selbst Bewegendes und sich Umbildendes»⁶⁶; debía seguir y reflejar la evolución social, «sich fortgesetzt und vollständig den fortschreitenden Bedürfnissen des sozialen Lebens anpassen»⁶⁷. Justamente como en el pasado, argüía Ehrlich, «das ganze lebende Recht auch unserer heutigen Gesellschaft läßt sich nicht in Paragraphen sperren, ebensowenig wie ein Strom in einen Teich gefaßt werden kann»⁶⁸. El «lebende Recht» era algo distinto del «Gesetz»⁶⁹; era «das noch nicht in Satzungen festgelegte Recht, das aber doch das Leben beherrscht», por lo que las fuentes para su conocimiento eran «vor allem die moderne Urkunde, aber auch die unmittelbare Beobachtung des Lebens, des Handels und Wandels, der Gewohnheiten und Gebräuche, dann aber aller Organisationen, sowohl der rechtlich anerkannten als auch der von dem Rechte ignorierten, ja sogar der rechtlich mißbilligten»⁷⁰.

Así pues, el movimiento del «Freies Recht», reconsiderado en este marco general, se mantenía en la misma línea que la «Escuela social del derecho», perdiendo su específica connotación subversiva. Como deja ya traslucir el manifiesto de Kantorowicz, el «derecho libre» surgía de los procesos de transformación social, constituía, como «nicht staatliches Recht», el nuevo «Natturrecht», pero en un sentido muy diferente del clásico: pues mientras los “iusnaturalistas modernos” habían pensado en máximas para ser esculpidas en la eternidad, los “modernos iusnaturalistas” teorizaban sobre una juridicidad en constante mudanza, conforme a los cambios de la compleja realidad socio-

mucho en esta complementaridad, en el concepto de derecho vivo, de la dimensión histórica y de la sociológica, Febbrajo, *E. Ehrlich dal diritto libero al diritto vivente*, cit.

66 Fuchs, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, cit., p. 73.

67 Ivi, p. 74.

68 Eugen Ehrlich, *Die Erforschung des lebenden Rechts*, «Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich», 35, 1911, pp. 129-147, ahora en Id., *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, ausgewählt und eingeleitet von Manfred Rehbinder, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, p. 14.

69 En este sentido, con diferencia de años, también Eugen Ehrlich, *Gesetz und lebendes Recht*, «Hōgaku Kyokai Zasshi», 40, 1922, 2, pp. 1-22, ahora en Id., *Gesetz und lebendes Recht*, cit., pp. 228-240.

70 Ehrlich, *Die Erforschung des lebenden Rechts*, cit., p. 19.

económica de los siglos XIX y XX⁷¹. La concepción de Kantorowicz estaba impregnada de historicismo, acogía «die verlassene Erbschaft aus den besseren Anfängen der historischen Schule», refutaba la «papierene Jurisprudenz», se apoyaba expresamente «auf dem Boden *geschichtlicher Auffassung* [...], die der Dogmatismus unwissentlich verleugnet», propugnaba la idea de que todo el derecho, incluso el «staatliches Recht», derivaba del «libre» progreso del fenómeno jurídico⁷².

Era el mismo planteamiento histórico-social ya adoptado por Stamm-ler, que hablaba de derecho natural, «aber ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt», es decir «diejenigen Rechtssatzungen, welche unter empirisch bedingten Verhältnissen das theoretisch richtige Recht enthalten»⁷³, y por Saleilles, que había formulado hipótesis, a lo largo de un recorrido reflexivo madurado entre 1890 y 1911, acerca de la existencia de «un droit naturel à contenu variable», no abstracto ni inmutable sino camaleónico, no revelado desde las alturas sino generado por los «faits sociaux» que «changent, évoluent et se transforment»⁷⁴, «un droit de la nature, qui, loin de reposer sur une conception philosophique, se relierait à de pures données sociologiques»⁷⁵.

En el contexto de los primeros años del siglo XX, impregnado de socialidad, comunitarismo y sociología, también el derecho natural acababa por

71 Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 16.

72 Ivi, pp. 29, 27, 18.

73 Rudolf Stamm-ler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig, Veit & Comp., 1896, p. 185.

74 Raymond Saleilles, *École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, «Revue trimestrielle de droit civil», 1, 1902, p. 99.

75 Id., *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 107. Nos parece que aún no han sido superadas las páginas sobre Saleilles de Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, «Rivista di diritto civile», 39, 1993, ahora en Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 193-261. Es ahora fundamental el amplio y profundo estudio de Marco Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010. Para una reciente semblanza biográfica, jalonada por las diversas fases del recorrido científico, Alfons Aragoneses, *Recht im Fin de siècle. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2007, pp. 11-19, e Id., *Un jurista del Modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, Universidad Carlos III, 2009, pp. 21-64. Para comprender la importancia del “catolicismo social” en el pensamiento del jurista borgognón, Patrice Rolland, *Un «cardinal vert»: Raymond Saleilles*, «Revue Française d'Histoire des Idées Politiques», 28, 2008, pp. 273-305.

enlazar con el «droit social, dérivant du fait de la société»⁷⁶. Procedía de los «rapports naturels issus de la vie sociale», «adéquat aux lois qui régissent la société elle-même»⁷⁷, «un droit incessamment variable et changeant», pues «la première de toutes les lois sociales est la loi d'évolution progressive»⁷⁸. Día tras día, fragmento a fragmento, el «derecho natural» se transformaba por la acción «des forces sociales incessamment changeantes, sous l'influence débordante des intérêts en conflit, et des classes toujours en lutte pour la satisfaction de leurs aspirations économiques»⁷⁹. No había lugar para un catálogo abstracto y definitivo, una «idée de justice» basada en «un principe de vérité absolue»⁸⁰, «ein unbedingtes Ideal für alle Zeiten und alle Völker», debiendo más bien inferirse «die Richtigkeit eines Rechtssatzes» de la conformidad de las relaciones empíricas con «dem allgemeingültigen Endziele des sozialen Lebens»⁸¹.

5. Teoría de las fuentes y naturaleza de la ley

La conexión entre fenómeno jurídico y dimensión histórico-social, en la que coincidían los evolucionistas y los iusliberistas, los neotéricos y los modernistas, representaba el punto de partida lógico y científico de una serie de cambios de relevancia constitucional y metodológica. La denuncia de la profunda fractura entre el ámbito legal y el ámbito real, origen y consecuencia de la renovación epistemológica, no se agotaba en la petición, compartida por muchos, de nuevos códigos capaces de «encarnar el desarrollo *real* e *histórico* del hombre en todas sus relaciones sociales» – conforme a la idea de un *corpus* que fuera no «una fórmula matemática, absoluta e inmutable» sino «el producto de la historia y de la civilización»⁸² – sino que implicaba la

76 Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 107.

77 Ivi. Las «lois de la nature» no siendo sino las «lois sociologiques» (Saleilles, *École historique et droit naturel*, cit., p. 81).

78 Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 108.

79 Id., *École historique*, cit., p. 94.

80 Ivi, p. 97.

81 Stammler, *Wirtschaft und Recht*, cit., pp. 184-185. Véase también Id., *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, Guttentag, 1902.

82 Vadalà-Papale, *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit., p. 26. El código – sostuvo ya Icilio Vanni, *I progressi della legislazione civile in Italia dopo la Rivoluzione*, Discorso letto nella libera Università di Perugia nel giugno del 1878, en Id., *Saggi di filosofia sociale*

búsqueda de canales jurídicos adecuados para reflejar las transformaciones cotidianas de la realidad. De ello se seguía una serie de consecuencias que, bajo distintas formas y especificidades, maduraron a lo largo del tiempo en todas las experiencias nacionales: la tendencia a un sistema plural de fuentes, reflejo de la complejidad de lo real; el rechazo del doble carácter de la ley como fuente exclusiva y como producto de una voluntad política indiscutible; la valoración del papel del intérprete, emancipado del yugo exegético y capaz, por su contaminación con lo social, tanto de vivificar el texto legislativo como de suplir su falta; la renovación, bajo el signo de las ciencias económicas, históricas y sociales, de la formación y del perfil cultural del jurista.

Ante la evidencia de un universo complejo, colmado de individualidades diferentes y cruzado por procesos evolutivos profundos y articulados, desaparecieron no solo todas las formas de monismo, sino también la tentación de otorgar a la fuente legislativa una posición de superioridad ideológica. Cuanto más fuerte era la creencia de que el origen del derecho arraigaba en lo concreto de las relaciones económicas y sociales, menos plausible era el predominio político (y más aún el monopolio) de una fuente del derecho caracterizada por la generalidad y por la abstracción, por el arbitrio y por la imperatividad⁸³; cuanto más evidentes eran las diferencias sociales y subjetivas, menos creíble resultaba la idea de un derecho más marcado por la «uniformidad» que por la «especialidad», de un derecho más «ley de igualdad» que de «proporción», pues habrá de ser precisamente conforme «con las diferentes condiciones de los ciudadanos»⁸⁴. Además de los códigos, la «Escuela social del derecho» elogiaba pues las «leyes civiles especiales»⁸⁵, las costumbres,

e giuridica, cit., pp. 161-162 – debía interpretar la «conciencia popular y dirigirla, captar las formas de la vida nacional, sus tendencias, sus necesidades, sus condiciones intelectuales, morales y económicas»; sometido como cualquier otro ser a la «importante ley de la evolución», el código no «inmovilizó nuestro derecho», ni tampoco «reprimió la incesante actividad del espíritu nacional», sino que «abrió paso a todos los progresos que las promesas de la ciencia, las sugerencias de la jurisprudencia y las necesidades sociales mostrarán; de modo que, en lugar de ser, como han pretendido otros legisladores, un dogma inmutable y cerrado, será el punto de partida y la fuente del futuro progreso».

83 Véase Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., sobre todo pp. 22-37, 91-98 y 135-164, y Paolo Grossi, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 35, 2006, pp. 83-114.

84 Bassano Gabba, *Trenta anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901, p. 16.

85 Camillo Cavagnari, *Leggi civili speciali*, «La scienza del diritto privato», 1, 1893,

la ciencia teórica y la jurisprudencia práctica. En lugar de una sola fuente con su «igualdad abstracta» y sus «reglas generales», una multiplicidad de fuentes capaces de reflejar «la increíble diversidad de la sustancia social»⁸⁶; en lugar de una fuente política procedente de la voluntad del legislador y destinada a la progresiva desconexión de los datos positivos, un conjunto de fuentes sociales adecuadas para expresar el derecho vivo «en estado dinámico en el pueblo, en la conciencia social»⁸⁷. El marco de las fuentes cambiaba en sentido dinámico, plural y jurisprudencial: «la costumbre, la legislación y la ciencia» volvían a ser «las tres formas en las que se origina y se desarrolla el derecho de un pueblo»⁸⁸.

Incluso aunque el legislador hubiese considerado todas las posibles facetas de la sociedad – se escuchaba desde Francia el eco de las palabras de Lambert (1866-1947) – surgían siempre nuevas necesidades y circunstancias imprevisibles, porque «à côté des besoins qui se sont déjà définis à la pleine et nette clarté de la conscience sociale, et auxquels le législateur peut donner facilement satisfaction, il est une infinité de besoins encore inaperçus ou mal précisés, encore inavoués ou incompris, restés inconscients ou semi-conscients», que «la loi d'aujourd'hui ne peut pas (les) prévoir; elle est condamnée à disparaître demain, si elle les empêche de se faire jour»⁸⁹. El único modo de

pp. 93-116, 229-235 y 275-283, y Carlo Ghigi, *Appunti ed osservazioni sul diritto civile extravagante*, «Giurisprudenza italiana», 42, 1890, IV, cols. 124-156.

86 Biagio Brugi, *Eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, «Rivista italiana di sociologia», 1908, pp. 49-55. Para un análisis que, ordenado a través de las distintas almas de Brugi (sociológica, historicista, positivista, evolucionista y legalista), reconstruye la evolución de la ciencia jurídica italiana desde finales del siglo XIX hasta la primera veintena del XX y sus enlaces con la cultura francesa, alemana y suiza, véase Massimo Maccarelli, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 30, 2001, pp. 361-476. Véanse además, repasando la amplia bibliografía, Grossi, «*La scienza del diritto privato*», cit., pp. 177-186; Giovanni Marino, *Positivismismo e Giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, ESI, 1986; Id., *Biagio Brugi e il «metodo storico» nella determinazione dei principi del diritto*, «Index», 16, 1988, pp. 299-325; Pasquale Beneduce, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900*, Napoli, Newprint, 1990, pp. 225-242.

87 Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 2-4.

88 Vanni, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, cit., p. 23.

89 Édouard Lambert, *Du contrat en faveur de tiers. Son fonctionnement, ses applications actuelles*, Paris, A. Giard & E. Brière, 1893, p. VI. Para situar la figura de Édouard

expresar este «mouvement continu et toujours intense de la vie», este «droit qui devient», este «droit qui se dégage chaque jour des multiples manifestations de la vie juridique», no era, desde luego, «mettre en mouvement la lourde et lente machine législative pour apporter à notre droit la plus légère modification», sino reconocer el papel supletorio y correctivo de la jurisprudencia, como demostraba el ejemplo del contrato a favor de terceros⁹⁰. Así pues, junto a la «législation» y a la «coutume», reconocidas pacíficamente como fuentes del derecho, se hallaba «la jurisprudence», que mediante un trabajo «non moins fécond que le travail accompli à Rome par le préteur», traducía «les besoins nouveaux qui s'affirment chaque jour en développant le droit civil, en y suppléant, et quelquefois, si elle ne peut faire autrement, en le corrigeant lorsqu'elle constate que la vie, dans sa lente mais irrésistible ascension, en a brisé pour jamais le cadre trop étroit»⁹¹.

Encuadrada en el nuevo organigrama, la ley experimentaba una metamorfosis profunda, pasando de acto de voluntad del Estado persona a «determinación positiva de la conciencia jurídica social»⁹². El derecho en estado bruto, al pasar a la «forma positiva» – pensaba Vadalà-Papale – se manifestaba «o bien sin la decisión consciente de la voluntad colectiva del pueblo, o bien en el seno de una decisión consciente. La primera forma se llama *costumbre*, la otra, *ley*»⁹³. Al igual que la costumbre, que prescindía de un acto de formali-

Lambert en el contexto cultural de la Francia de finales del siglo XIX y principios del XX, prestando especial atención a sus relaciones con Saleilles y Gény, véase Carlos Petit, *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la Belle Époque*, en Antonio Padoa Schioppa (a cura di), *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, pp. 53-98, e Id., *Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert*, en *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid-Miraflores, 11-14 de enero de 1994, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 121-137.

90 Lambert, *Du contrat en faveur de tiers*, cit., p. V.

91 Ivi, pp. VI-VII.

92 Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 5-6. Véase Mazzarella, *Darwinismo, storicismo, socialità*, cit., pp. 602-607.

93 Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 13-14. No difieren mucho las reflexiones anteriores, de declarada ascendencia savignyana, de Vanni, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, cit., pp. 16-19: «la ley no es sino el reconocimiento competente, la sanción del derecho nacido de la conciencia popular y expresado en las costumbres», y los «grandes legisladores [...] no hicieron más que describir hechos ya existentes, interpretar y reproducir la vida nacional que ya se había desarrollado».

zación consciente, la ley positiva expresaba el derecho del organismo social, del cuerpo vivo del pueblo, de la comunidad histórica; era «un reflejo de esa conciencia jurídica encarnada en el pueblo, por cuya exigencia se esfuerza en ordenar e integrar con un dinamismo perpetuo las formas de los fenómenos sociales del Derecho»⁹⁴. El legislador, explicó Saleilles, no tenía más «qu'un rôle de création apparente», pero bien mirado no era más «que l'interprète de coutumes préexistantes, se trouvant déjà au moins à l'état virtuel sous la surface plus ou moins mouvante des réalités de la vie»⁹⁵; su voluntad no era «créatrice, mais révélatrice de droit», siendo las únicas fuentes del derecho «celles qui viennent des lois positives du monde social», como la «solidarité», la «constatation expérimentale» y el «droit naturel»⁹⁶. «El contenido del derecho» – concluía Vadalà-Papale – no tenía pues origen en la autoridad del Estado; «la autoridad del Estado» solo lo había «formulado, sancionado y protegido»⁹⁷.

6. *La centralidad del intérprete y la elección del método*

Sobre este terreno, enriquecido por la multiplicación de las fuentes y fecundado por la recalificación de la ley en sentido histórico, germinaron con desarrollos y orientaciones distintas las nuevas doctrinas de la interpretación⁹⁸. Por un lado, la idea de que los preceptos formalizados por el legislador debían reflejar necesariamente la «conciencia jurídica social» autorizaba la adopción de un método capaz de adecuar y vivificar el texto en el contacto con la realidad; por otro, la idea de que no todo el derecho estaba contenido en la ley abría espacios “libres” para una interpretación directa del orden jurídico, respetando el progreso histórico pero sin el filtro de la obra del legislador.

«La ley de un Estado» – era la perspectiva de síntesis adoptada por Si-

94 Giuseppe Vadalà-Papale, *Il processo dinamico della legge e delle codificazioni nell'organamento sociale*, «Lo Spedalieri», 2, 1892, p. 363.

95 Saleilles, *École historique*, cit., p. 83.

96 Ivi, p. 91.

97 Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., p. 20.

98 Para una «clasificación sucinta» de las nuevas orientaciones en materia de interpretación, Massimo Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 40, 2011, *Giudici e giuristi*, cit., vol. II, pp. 722-745.

moncelli en 1889 – «no acoge todo el derecho», ya que «la mayor parte de él queda latente en el seno de la sociedad»⁹⁹; «concebido el derecho tal como hoy se concibe, no como una serie de disposiciones salidas de la mente del legislador, sino como la propia vida social vista desde su lado jurídico», su interpretación, lejos de ser «la revelación de la voluntad del legislador», consistía en el «estudio de la propia vida social», y por eso, «con la elasticidad permitida por el sentido literal de la manifestación legislativa, esta puede y debe ir modificándose para adaptarse a las condiciones sociales y al sentir general»¹⁰⁰.

Así pues, al redefinirse el sistema de fuentes, el intérprete salía reforzado y regenerado, pero también cargado y responsabilizado por un papel que presuponía, más que el dominio de artículos, párrafos y apartados, el estudio de la sociedad y de la economía, de la psicología y de la naturaleza. Si «la ley», explicaba Cimbali, constituía «una institución viva y un centro dinámico de fuerzas», no podían existir dudas acerca del «oficio y las funciones ejercitadas por el intérprete como instrumento necesario, en la medida en que se realice libre y naturalmente» su «acción»¹⁰¹. Gracias a la variable y polivalente combinación de sus elementos, la ley seguía «una evolución progresiva», que se revelaba «bajo la forma de una mayor especificidad e integración de las fuerzas concretas contenidas en sus disposiciones singulares»¹⁰². El «intérprete» era «el instrumento y el ministro» de la «vida» de la ley y «de su acción en continuo desarrollo»¹⁰³.

99 Vincenzo Simoncelli, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Discorso letto per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889-1890 nell'Università di Camerino il 17 novembre 1889, en Id., *Scritti giuridici*, raccolti ordinati e curati da Domenico Simoncelli, Roma, Società editrice del «Foro italiano», 1938, vol. I, p. 423. Por último, sobre la afortunada categoría «derecho latente», Femia, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento*, cit., especialmente pp. 72-86. Para profundizar en el pensamiento de Simoncelli, Paolo Grossi, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 - Polacco versus Simoncelli)*, «Rivista di diritto civile», 35, 1989, ahora en Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 33-68, y Ferdinando Treggiari, «*Questione del metodo*» e *interpretazione delle leggi in uno scritto di Vincenzo Simoncelli*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 44, 1990, pp. 119-138, y también, para la vida y obra, Massimo Nardoza, *Simoncelli Vincenzo*, en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. II, pp. 1867-1869.

100 Simoncelli, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., pp. 423-424.

101 Cimbali, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 26.

102 Ivi, p. 28.

103 *Ibidem*.

En la Italia de finales del siglo XIX, en un contexto caracterizado por las profundas transformaciones generadas por la cuestión social, por el «desarrollo industrial» y por la crisis del modelo liberal, resultaba para muchos improrrogable un replanteamiento metodológico para restituir al intérprete un papel activo, para «liberar las mentes del estudio pedante de fórmulas y palabras»¹⁰⁴. Por un lado, la doctrina debía emanciparse de los dogmas de la «Exégesis», recuperar el papel y la función («el sacerdocio») que tuvieron como pioneros los «jurisconsultos romanos»¹⁰⁵, «legisladores experimentales de los hechos individuales concretos», abandonar la «servil» esterilidad que, tras las primeras codificaciones, había causado una «anemia en el propio desarrollo legislativo» y convertirse finalmente en una ciencia, «que no sea el desnudo comentario de la voluntad» del legislador, sino la «síntesis de las investigaciones naturales en torno al fenómeno social-privado»¹⁰⁶. Por otro, la jurisprudencia práctica tenía la función, en el presupuesto de que la ley positiva no fuese «un área santa inalterable», de resolver el caso concreto considerando la evolución del contexto socio-económico, utilizando la analogía y aplicando los principios justos a los nuevos casos que se presentaran en la realidad¹⁰⁷: la «*tendencia positiva*» legitimaba al magistrado para seguir «las fluctuaciones de la vida», pidiéndole «ampliar el espíritu del texto, si este es insuficiente para regular los casos que deben decidirse bajo la acción de la presión social»¹⁰⁸.

A comienzos de siglo, el cambio metodológico estaba ya metabolizado, conseguido definitivamente para el patrimonio cultural de los «neotéricos», en cuyas reflexiones afloraba la explícita exigencia de una «nueva orientación del método de interpretación», válida tanto para «el estudioso» como para «el magistrado», idónea para responder «a la realidad de la vida y de las necesidades sociales»¹⁰⁹. Vista la incapacidad de la interpretación lógica y analógica, propensa al adorno teórico del dato textual pero poco sensible hacia el mundo real de los hechos sociales y de las leyes naturales, en 1903 Vadalà-Papale reivindicó para Italia un método autóctono que conjugase,

104 D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, cit., p. 15.

105 Cimbali, *Lo studio del diritto civile*, cit., pp. 3-5.

106 Vadalà-Papale, *La nuova tendenza*, cit., pp. 7-12.

107 Id., *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, en *Atti del V Congresso Nazionale Giuridico-Forense*, Palermo, 20-27 aprile 1903, Palermo, Barravecchia, 1904, p. 58.

108 Id., *La nuova tendenza*, cit., pp. 16-17. Sobre el papel de la jurisprudencia italiana en la segunda mitad del siglo XIX, Alpa, *La cultura delle regole*, cit., pp. 204-223.

109 Vadalà-Papale, *Dei metodi d'interpretazione giuridica*, cit., p. 58.

conforme a un «principio histórico evolutivo», el momento histórico del nacimiento de la ley con el proceso dinámico de la evolución social¹¹⁰. Las condiciones existentes en el momento del nacimiento de una ley no eran nunca iguales a las que el jurista y el magistrado tenían en el momento de la interpretación. El nuevo método «histórico-evolutivo» permitía incluir en la ley – diversamente de lo que al mismo tiempo sugería Géný en Francia – todas las «nuevas relaciones jurídicas nacidas de los nuevos fenómenos sociales» y replantear «todo este derecho invasor que se explica en la vida social mediante el orden de la codificación»¹¹¹.

Era la vía que en los mismos años señalaba Saleilles, cuando invitaba a los juristas a abandonar «la méthode syllogistique et dogmatique, qui tirait de la codification une vie toute factice et toute irr elle, arr et e dans son développement», y a adoptar «une méthode de vie organique, ou d’évolution historique», en cuya virtud poder considerar la «loi écrite» no «comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre scientifique et juridique qui lui serve en quelque sorte de passeport devant les tribunaux»¹¹²; «une méthode d’évolution et de progrès»¹¹³; una «méthode historique» (y sin embargo diferente a la de la « cole historique» de Savigny, «immobilisée dans sa recherche du passé et son respect de la coutume»¹¹⁴), una «méthode scientifique», mediante la cual “ponderar” la ley con los «faits» y con las «réalités», permitiendo «mettre le droit en conformit  avec la vie»¹¹⁵.

110 *Ibidem*.

111 *Ibidem*. Sobre el método propuesto en Italia por Vadalà-Papale y sobre las diferencias con el desarrollado en los mismos años en Francia por Gény, Pietro Costa, *L’interpretazione della legge: François Geny e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991, *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, pp. 403-405, y Mazzarella, *Darwinismo, storicismo, socialità*, cit., pp. 607-611.

112 Saleilles, *Préface*, cit., p. VII. Véase Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l’itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, cit., pp. 212-224. Para una exposición analítica de las críticas de Saleilles al «classicisme juridique», Belleau, *Les juristes inquiets*, cit.

113 Saleilles, *Méthode historique et codification*, en *Atti del congresso internazionale di scienze storiche (Roma, 1-9 aprile 1903)*, Roma, Tipografia della R. Accademia dei Lincei, 1904, vol. IX, p. 11.

114 *Ivi*, p. 12.

115 Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99. Sobre el carácter legic ntrico y antilegalista del planteamiento metodológico de Saleilles, Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 295-352.

En sintonía con el manifiesto programático de la *Revue trimestrielle de droit civil*, firmado en 1902 por Esmein (1848-1913), Saleilles situaba el motor evolutivo del sistema en el binomio jurisprudencia-doctrina¹¹⁶. En el supuesto de que el derecho emanase de los hechos económicos y sociales conforme a la observación «des lois sociales» y a la aplicación «des lois sociologiques», y que la ciencia jurídica fuese en consecuencia «une science de faits, une science du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses»¹¹⁷, el intérprete, en vez de someterse «à un text mort», debía «développer un texte incessamment vivant», «ramener au texte les germinations spontanées que lui offre la pratique des affaires» y «plier le texte aux nécessités nouvelles qui le sollicitent, d'en assouplir la formule, d'en dégager les principes inconnus et de fondre le tout dans une harmonie d'ensemble»¹¹⁸. Al margen de estériles subjetivismos, juez y jurista «conocerían» el derecho ateniéndose a la «objectivité résultant des réalités économiques et sociales»¹¹⁹, recurriendo, como sociólogos y economistas, a elementos «extérieurs» fijados «dans la réalité objective de lois existant en dehors de la pensée de celui qui les applique»¹²⁰.

Ni evolucionista puro ni iusliberista radical, Saleilles compartía con los italianos las premisas histórico-sociológicas, hacía suya la equiparación entre «matière sociale», «matière organique» y materia legislativa, proponía de nuevo la imagen de la ley como «organisme permanent, qui, comme tout organisme, progresse et se transforme»¹²¹, acentuando el papel asumido por el intérprete en la sociedad industrial, su legitimación para vivificar el de-

116 Adhémar Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, «Revue trimestrielle de droit civil», 1, 1902, pp. 5-19. Véase Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 338-352. Para precisar el horizonte plural en el que se mueve Esmein, entre método histórico y sociología, motivos evolucionistas y positivistas, Jean Louis Halpérin, *Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit*, «Revue historique de droit français et étranger», 75-3, 1997, pp. 415-433. Véase además, con especial referencia a su orientación política y constitucional, Julien Boudon, *Une doctrine juridique au service de la République? La figure d'Adhémar Esmein*, «Historia et ius», 2012, 2, pp. 1-9. Sobre la idea que entre el siglo XIX y XX va madurando en la cultura jurídica francesa «l'inéluctable mariage de la doctrine et du Palais», Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 199-249 y 327-338.

117 Saleilles, *Préface*, cit., p. XII.

118 Ivi, p. VIII.

119 Saleilles, *Méthode historique*, cit., pp. 19 y 21.

120 Id., *École historique*, cit., p. 102.

121 Id., *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris, Pichon, 1901, pp. 214-216.

recho legislativo aplicándolo, mediante la «adaptation évolutive du texte», conforme a las cambiantes necesidades derivadas de los hechos económicos y sociales¹²². No solo en Suiza con el nuevo *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (ZGB), sino también en Alemania con el controvertido *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) y en Francia con el viejo *Code civil*, el intérprete, convirtiéndose en «organe toujours vivant d'individualisation du droit, d'évolution et de progrès», podía y debía «adapter les solutions législatives à des conceptions sociales différentes», seguir las transformaciones de la sociedad «dans le cadre d'une législation souple et flexible», una legislación sensible «à toutes les complexités de la vie sociale d'un peuple qui n'entend pas s'immobiliser dans une formule hiératique»¹²³.

Si el «droit» no era la «loi abstraite» – observaba Saleilles – sino «la loi dans l'interprétation vivante que lui donne la jurisprudence»¹²⁴, si el «Recht» no era el «Absicht des Gesetzgebers» – parecía confirmar Ehrlich también en 1903 – sino la vida concreta de la ley, lo esencial no era «was ein Rechtssatz bedeutet, sondern wie er lebt, wie er wirkt, wie er sich in verschiedenen Verhältnissen bricht»¹²⁵. La identificación entre ley y derecho – explicaría luego Kantorowicz – se basaba en la falsa expectativa, «daß der Jurist jeden beliebigen Rechtsfall durch Subsumption unter das Gesetz entscheiden könne und eben deshalb auch allein aus ihm entscheiden müsse», en el absurdo supuesto de que la aplicación del «Gesetz» fuese «ein Automat»: «oben steckt man den Fall hinein, unten zieht man die Entscheidung heraus»¹²⁶.

7. Parámetros objetivos y rechazo del subjetivismo entre la libre investigación y el derecho libre

La llegada a un sistema de fuentes “de tracción jurisprudencial”, vivificado por un intérprete capaz de formular el derecho sin contar con la existencia de una disposición legislativa, estaba en ese momento al alcance de la mano como resultado de un proceso de emancipación de muchos años. A diferencia de los que apuntaban a la elasticidad y maleabilidad del texto legislativo,

122 Id., *Méthode historique*, cit., p. 14.

123 Id., *Le Code civil et la méthode historique*, cit., pp. 102-103.

124 Id., *Méthode historique*, cit., p. 17.

125 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

126 Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 120.

Gény restringía el campo de la ley al ámbito de lo “explícito” y replanteaba el sistema de fuentes, interviniendo en el tema de las lagunas, de los casos no previstos, con la hipótesis, formulada en 1899, de una «libre recherche scientifique» para recuperar el derecho radicado en las cosas, en los hechos, en la sociedad y en la naturaleza¹²⁷. Contra el «fétichisme de la loi écrite et codifiée», signo notable y distintivo «de la méthode traditionnelle»¹²⁸, el maestro de Nancy proponía una «méthode d’investigation sincère, qui, reconnaissant ouvertement les lacunes de la loi écrite, cherchera à y pourvoir au moyen de procédés scientifiques indépendants, scrutant, en toute franchise, la nature des choses objective, et cherchant notamment à produire l’équilibre des intérêts»¹²⁹.

Descartada cualquier forma de legolatría, denunciada la «insuffisance irremédiable de la loi», Gény invocaba la «activité individuelle de l’interprète» para dar respuesta a las necesidades de una sociedad en transformación, pero fijaba claramente, como base de la actividad jurisprudencial, «les exigences de la nature des choses et les conditions de la vie»¹³⁰. Aunque la concepción de la ley y el método de interpretación diferían de los propugnados por Vada-là-Papale y por Saleilles, la exigencia de fondo coincidía en mostrar lo jurídico mirando (de nuevo) los «rapports de la vie sociale», «les éléments de fait de

127 Gény, *Méthode*, cit., núms. 155-176, pp. 457-552. Resulta aclaratorio el esbozo planteado por Grossi, *Ripensare Gény*, cit., pp. 143-192. Véase además, atendiendo a una historiografía importante, Jaro Mayda, *François Gény and modern jurisprudence*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1978, y Aristide Tanzi, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990, pero sobre todo los ensayos reunidos en los siguientes volúmenes monográficos: *François Gény, Mythes et réalités. 1899-1999, Centenaire de Méthode d’interprétation et sources en droit privé*, Québec, Yvon Blais-Bruylant-Dalloz, 2000, éditée par Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden, Philippe Jestaz; *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991; *Le centenaire du doyen François Gény*, Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris, Dalloz, 1963; *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, Paris, Recueil Sirey, 1934, 3 vol.

128 Gény, *Méthode*, cit., núm. 35, p. 61.

129 Ivi, núm. 174, p. 545. Es fundamental, para la relación lógica entre «*pars destruens*» y «*pars costruens*» del discurso de Gény, la lectura de Costa, *L’interpretazione della legge*, cit., pp. 367-495.

130 Gény, *Méthode*, cit., núm. 84, p. 179. Véase Jean Dabin, *François Gény, le Sa-avant*, en *Le centenaire du doyen François Gény*, cit., en concreto pp. 16-25.

toute organisation juridique»¹³¹, los «faits humains»¹³², los «faits» y «la nature des choses»¹³³, lo que permitía fundamentar la «décision juridique» no sobre convicciones subjetivas, sino «sur des éléments de nature objective», y «de procurer l'adaptation des règles latentes du Droit à tous les faits de la vie sociale»¹³⁴. Una «libre recherche scientifique»: «libre, puisqu'elle se trouve ici soustraite à l'action propre d'une autorité positive»; «scientifique, en même temps, parce qu'elle ne peut rencontrer ses bases solides que dans les éléments objectifs, que la science peut seule lui révéler»¹³⁵.

Quince años después, gracias a una mirada restropectiva, Gény tenía ya claro, como explicaba en su segundo trabajo fundamental, que para salir de la sombra del legalismo las numerosas almas del “disenso” habían dado primacía a distintas soluciones, aunque conectadas y complementarias: «soit accepter de la loi écrite une notion plus objective et plus vivante, soit admettre, à côté d'elle, des sources moins formelles et plus plastiques, la coutume, la jurisprudence, soit même s'adresser plus haut encore et chercher à pénétrer l'essence propre de la vérité juridique, vérité insaisissable d'un coup et en son entier, fuyante et variable à raison des modalités infinies qui la conditionnent, mais à laquelle nous ramène inéluctablement une aspiration instinctive vers le but suprême du droit»¹³⁶.

131 Gény, *Méthode*, cit., núm. 159, p. 469.

132 Ivi, núm. 169, p. 519.

133 Ivi, núm. 158, pp. 466-467.

134 Ivi, núm. 156, pp. 460-461. Sobre las diferencias entre la propuesta metodológica de Gény, basada en el “debilitamiento” de la ley y en la “emancipación” de la interpretación, y la de Saleilles, fundada en la inclusión de los nuevos casos en el orden legislativo, véase Grossi, *Ripensare Gény*, cit., pp. 175-176, y Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 322-338. Recuérdese, como en más de una ocasión lo hace el propio Saleilles, por ejemplo en *Préface*, cit., p. XII, o en *École historique*, cit., p. 102, que los dos juristas franceses se movían en la misma línea, apuntaban con sus propios métodos a la consecución del mismo resultado, demolían – como lo reconstruye en una única exposición Belleau, *Les juristes inquiets*, cit. – los fundamentos del «clasicismo jurídico». Dos juristas afines y complementarios, como subrayó Eugène Gaudemet, *L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit*, en *Recueil d'études sur les sources du droit*, cit., vol. II, pp. 5-15.

135 Gény, *Méthode* cit., núm. 156, p. 460. Sobre el rechazo del subjetivismo a la “Magnaudo” y sobre la remisión a elementos objetivos de decisión, Grossi, *Ripensare Gény*, cit., pp. 173-181, y Tanzi, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, cit., 153-163.

136 François Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, Première Partie, Paris,

Prescindiendo de las diferencias – podía concluirse como resumen – la clave del nuevo siglo era el «*rejet franc et définitif de l'illusion que la loi écrite contiendrait tout le droit positif en vigueur*»¹³⁷. Pero para quien hubiese considerado la interpretación como el «propulseur» del proceso de formación del derecho¹³⁸, la cuestión, a los ojos de Géný, no podría ser ya cómo «adapter» la «loi écrite», sino cómo la «organisation juridique» podía «trouver quelque part la plénitude que requiert son but ultime, il faut donc, en dehors et audessus de la loi, chercher un principe ou un ensemble de principes, qui permette d'en suppléer les lacunes»¹³⁹. La ley – como también venían repitiendo los «neotéricos» italianos – contenía solo una parte del «droit positif», de esas «règles du droit» que respondían a la «notion du juste» y que consistían en un «équilibre à établir entre des intérêts en conflit»¹⁴⁰. El «droit positif» expresaba «l'ordre juridique se réalisant effectivement au sein de la vie sociale» y este derecho positivo fundado en la «réalité des choses» era descubierto y conocido a través de la «méthode du droit», a través de la «science» y de la «technique»¹⁴¹.

De esta manera, asestando un golpe decisivo al monismo legalista, Géný desmantelaba el viejo esquema de fuentes sin degenerar en antilegalismo, sin hacer suyas las derivas anarquistas “atribuidas” generalmente al derecho libre, aunque en realidad el mismo derecho libre jamás las hubiese reconocido. En 1906 – tras haber demolido «das Dogma von der Lückenlosigkeit des Gesetzes» mediante la simple constatación de que «nicht weniger Lücken als Worte da sind» – también Kantorowicz puntualizó explícitamente que el recurso a la discrecionalidad por parte del intérprete era solo residual y que «discrecionalidad» no equivalía a «arbitrio»¹⁴². El juez, «durch seinen Eid

Sirey, 1914, p. 27. Sobre las etapas de acercamiento a *Science et Technique*, Tanzi, *François Géný tra scienza del diritto e giurisprudenza*, cit., pp. 70-86.

137 Géný, *Science et Technique*, cit., p. 37.

138 Léon F. Julliot de La Morandière, *François Géný et la jurisprudence française*, en *Le centenaire du doyen François Géný*, cit., p. 74.

139 Géný, *Science et Technique*, cit., p. 39.

140 Ivi, p. 50.

141 Ivi, pp. 54-55. Véase Dabin, *François Géný*, cit., pp. 25-37.

142 Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 18. Sobre el debate que se desarrolló en la Alemania de principios del siglo XX en torno al problema de la plenitud de la ley, con particular referencia a la práctica seguida por los jueces para colmar, en concreto, las lagunas (incidentes ferroviarios, competencia desleal, cárteles, trusts) y a las orientaciones doctrinales empeñadas en sostener científicamente el reforzamiento del

verpflichtet», debía decidir, «wie nach klarem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist», pero cuando «das Gesetz ihm eine zweifellose Entscheidung nicht zu bieten scheint» o cuando pareciera probable que en el momento de la decisión el legislador no hubiera adoptado la solución indicada en la ley, debía «die Entscheidung treffen, die, seiner Überzeugung nach, die gegenwärtige Staatsgewalt, falls der einzelne Fall ihr vorgeschwebt hätte, getroffen haben würde»¹⁴³. Solo cuando fuese imposible imaginar la voluntad del legislador contemporáneo, «so soll er nach freiem Recht entscheiden» y, «endlich, in verzweifelt verwickelten oder nur quantitativ fraglichen Fällen, wie Schadenersatz für immateriellen Schaden, soll – und muß er – nach Willkür entscheiden»¹⁴⁴.

El encuentro entre ciencia jurídica y ciencias sociales – observaba Kantorowicz cuatro años después – se manifestaba sobre todo en el campo «des Judizierens *sine lege*»¹⁴⁵. En caso de haber lagunas, comprobada la falta de norma legal o consuetudinaria, la solución del caso concreto se alcanzaría en vía jurisprudencial, a través del «freies Recht», es decir, que se extraía de los principios de la conciencia jurídica social, «auf *soziologischen Wege*»¹⁴⁶. El juez, «genau wie der wirkliche Gesetzgeber», consideraría y ponderaría «das Verhältnis der ihm unterbreiteten Tatsachen zu den verschiedenen möglichen rechtlichen Regelungen»: también «die schöpferische Findung freien Rechtes bedarf also rechtssoziologischer Begründung»¹⁴⁷.

El punto de partida estaba como siempre en la distinción entre ley y derecho, en la evidencia, renovada por Ehrlich en el mismo periodo, de cuán poco «der Wust der Gesetze die ganze bunte Mannigfaltigkeit des Lebens umfassen kann»¹⁴⁸. Un caso que no hubiese estado previsto por la ley y que

papel del intérprete, véase Rainer Schröder, *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz*, «Rechtstheorie», 19, 1988, pp. 323-367.

143 Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

144 *Ibidem*.

145 Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 126. Resulta, este de las lagunas y de los vacíos normativos, el terreno preferido del movimiento del derecho libre, como confirmó tiempo después Ernst Fuchs, *Was will die Freirechtsschule?*, Rudolstadt, Greifen, 1929, ahora en Id., *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 26-28: véase Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 245-370.

146 Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 127.

147 Ivi, p. 128.

148 Ehrlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., p. 106. Sobre el progresivo

«sich unter keine bekannte Entscheidung oder Verallgemeinerung bringen lässt», habría caído «in den „rechtsleeren Raum“»: la decisión «muss frei gefunden werden. Das ist der Weg, der zur schöpferischen Jurisprudenz geführt hat»¹⁴⁹. Como habían sugerido Cimbali, Lambert y Vadalà-Papale, el proceso genético del derecho se remontaba, en el cambio de siglo, al modelo jurisprudencial de la antigua Roma, a los «responsa prudentium», al «prätorische Edikt», pero también «dem common law der Engländer und Amerikaner»¹⁵⁰; casos todos, como el del “derecho libre”, en los cuales el juez extraía una regla que no era personal, individual, «bursalis» (como llamaron los glosadores a un cierto tipo de «aequitas»), sino fundada en el derecho de la sociedad: «durch seine Mund spräche nicht seine persönliche Ansicht, sondern das Recht»¹⁵¹.

El «juristische Modernismus», recapitulaba Fuchs en 1910, se fundaba en la idea de que el derecho no podía derivar del análisis abstracto de los conceptos, del «Apriorismus» de la sistematización dogmática de las ideas, sino ante todo de la observación, mediante la psicología y la sociología, de una realidad en continuo cambio¹⁵². También cuando la perspectiva había sido dirigida a los intereses, como en Heck (1858-1943) y en Stampe (1856-1941), la dimensión social representaba el elemento central del orden jurídico: en caso de lagunas, consecuencia natural de la imperfección del sistema legislativo, el juez debía decidir no según construcciones conceptuales abstractas, sino a base de consideraciones sociales¹⁵³. El jurista debía responder a las expectativas

desarrollo de la teoría de Ehrlich en referencia a «Lückenfüllung», véase Vogl, *Soziale Gesetzgebungspolitik*, cit., pp. 241-260.

149 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 3.

150 Ivi, pp. 3 y 20.

151 Ivi, p. 28.

152 Fuchs, *Die soziologische Rechtslehre*, cit., col. 283.

153 En este sentido, Ernst Stampe, *Rechtsfindung durch Interessenwägung*, «Deutsche Juristen-Zeitung», 10, 1905, núm. 15, col. 717, pero véase también Id., *Rechtsfindung durch Konstruktion*, «Deutsche Juristen-Zeitung», 10, 1905, núm. 9, cols. 417-422. Resulta más radical la posición del mismo Stampe en *Gesetz und Richtermacht*, ivi, pp. 1017 ss., tanto como para obligar a distanciarse a Philipp Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, «Deutsche Juristen-Zeitung», 10, 1905, núm. 24, cols. 1140-1142, ahora en *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Texte zur Methodendebatte. 1900-1914*, herausgegeben und mit einem Anhang versehen von Andreas Gängel und Karl A. Mollnau, Freiburg-Berlin, Haufe, 1992, pp. 77-81. Véase Klaus Riebschläger, *Die Freirechtsbewegung*, cit., pp. 37-39. Sobre las diferencias entre «Freirechtsbewegung» y «Interessenjurisprudenz», Muscheler, *Relativismus und Freirecht*, cit., pp. 149-151.

concretas de la sociedad, descubrir «den Zusammenhang des Rechts mit den Lebensinteressen», armonizar los intereses enfrentados¹⁵⁴. Por consiguiente, la cruzada «gegen Begriffsjurisprudenz» no era «gegen die Begriffe als solche», sino «gegen die Begriffspräponderanz»¹⁵⁵, contra el acercamiento dogmático, la técnica filológica, el método sistemático, todas las especulaciones vacías que, derivaciones de la «Pandektologie» y del «Paragraphenschachspiel», trasladaban el eje de lo jurídico de la realidad a los libros, de la experiencia a las ideas¹⁵⁶; no «gegen die gesetzliche Begriffsbildung oder gegen die Bindung des Richters an das vorhandene Gesetz», sino contra un modo de hacer derecho herméticamente encerrado en un mundo de conceptos abstractos¹⁵⁷. «Wir bekämpfen die „Begriffsjurisprudenz“» – llegó a declarar el mismo Kantorowicz – «genau in dem Sinn, in dem *Ihering* das Wort geprägt hat. D. h., wir bekämpfen eine Jurisprudenz, die ihre Begriffe ohne Erwägung der Konsequenzen ins Blaue hinein konstruiert und bei Entscheidung einer Rechtsfrage die nunmehr vorhandenen Rechtsbegriffe ohne Rücksicht auf die Brauchbarkeit des Ergebnisses anwendet»¹⁵⁸.

El discurso de los iusliberistas se aprovechaba por tanto de las conquistas de la «Escuela social», compartía las premisas sobre la separación entre ley y derecho, sobre la pluralidad de fuentes, sobre el origen histórico-social del fenómeno jurídico y sobre el poder del intérprete para descifrar el derecho impreso en los hechos económicos y sociales; se inspiraba abiertamente en el «clasicismo jurisprudencial», representado por la tradicional imagen del pretor romano; seguía a Gény en lo referente a las lagunas, no solo en el momento de restringir el espacio de la ley y de acentuar la «libertad» del juez, sino también cuando se trataba de confirmar el respeto hacia el principio de legalidad, rechazar cualquier de arbitrio jurisprudencial y adherirse a un modelo «vinculante» de derecho objetivo. En vez de la ley, de la abstracción de las normas, del «cielo de los conceptos jurídicos», según la célebre

154 Philipp Heck, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, «Deutsche Juristen-Zeitung», 14, 1909, núm. 24, cols. 1457-1461, ahora en *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., p. 128.

155 Fuchs, *Die soziologische Rechtslehre*, cit., cols. 283-284.

156 Id., *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, Karlsruhe, Braunschweig, 1909, p. 73, y más ampliamente pp. 1-26.

157 Heck, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz*, cit., p. 125.

158 Kantorowicz, *Methodenreform und Justizreform*, «Deutsche Richterzeitung», 11, 1911, cols. 349-356, ahora en *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., pp. 265-266.

metáfora de Jhering¹⁵⁹, la interpretación jurisprudencial, la concreción en las decisiones y la realidad de las relaciones sociales.

En el origen del iusliberismo se hallaban por lo tanto, según Fuchs, las exhortaciones de Gény, que, en 1899, «das erste große Feuer in dieser Geistesnacht anzündete»¹⁶⁰. Así como en Francia el jurista lorenés había invitado a trabajar «par le code civil mais au delà du code civil», en Alemania Ehrlich, Stammler y Stampe habían invitado a trabajar «durch das Bürgerliche Gesetzbuch aber über das Bürgerliche Gesetzbuch hinaus»¹⁶¹. Año tras año, libro tras libro, la cultura jurídica había asimilado la conciencia de la nueva era, el convencimiento de que junto a la ley había «Tausende von Konstellationen, an die das Gesetz nicht gedacht hat»¹⁶². La vieja visión según la cual el juez debía buscar la solución exclusivamente en el tejido legislativo, sirviéndose de la «Methode des Syllogismus», como si «das Gesetz» no tuviese «Lücken» y el juez fuese «ein Subsumtions-Automat» que busca en el texto, «deduzieret und konstruieret», chocaba con una realidad en continuo movimiento, renovada por las cambiantes necesidades de la vida¹⁶³. El intérprete debía atender a las dinámicas sociales, equilibrar los intereses opuestos, extraer la norma de la «Natur der Sache», conformar su decisión «den Grundsätzen der sozialen Gerechtigkeit und Billigkeit»¹⁶⁴; obviamente, no crear la norma de manera arbitraria según su credo personal, sino decidir en conformidad con el «Rechtsgefühl», accesible al jurista de profesión y enriquecido por la experiencia, por el contacto «mit der Lebenspraxis» y por los estudios sociológicos y psicológicos¹⁶⁵. Solo mediante «eine solche schöpferische Auslegungsmethode»

159 Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit, trad. it *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, Sansoni, 1954, pp. 269-354.

160 Fuchs, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 70. Véase el bosquejo no solo biográfico, sino también científico y teórico, trazado por Albert S. Foulkes, *Ernst Fuchs und die Freirechtsslehre. Ein Lebensbild*, en Fuchs, *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 225-259, y *Vorwort* en Fuchs, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, herausgegeben von Albert S. Foulkes, Band 1, *Schreibjustiz und Richterkönigtum. Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz sowie vier kleinere Abhandlungen*, Aalen, Scientia Verlag, 1970, pp. 7-27.

161 Fuchs, *Recht und Wahrheit* cit., p. 70.

162 Id., *Die soziologische Rechtslehre. Eine Erwiderung*, «Deutsche Juristen-Zeitung», 15, 1910, núm. 5, col. 284.

163 Id., *Recht und Wahrheit*, cit., pp. 70-71.

164 Ivi, p. 72.

165 Ernst Fuchs, *Freirechtleri und soziologische Rechtslehre*, 1910, ahora en Id., *Gesammelte Schriften*, cit., pp. 467-472.

podía cumplir el derecho «seine Mission» de abrirse «den allmählich durchdringenden Fortschritten des sozialen und wirtschaftlichen Lebens»; solo mediante «diese schöpferische Methode» volvía de nuevo la ciencia jurídica «zu ihrem hohen Platz in der Rangordnung der Wissenschaften»¹⁶⁶.

Ni subversión ni mensajes revolucionarios, solo la evidencia de un universo real más amplio y complejo que el que un legislador hubiera podido prever¹⁶⁷. Sobre todo tras las primeras reacciones críticas, los «modernistas» puntualizaron que jamás habían considerado la hipótesis de la independencia del juez respecto a la ley, el arbitrio del intérprete, la primacía de la voluntad judicial; jamás habían apoyado la oligarquía judicial, solo habían intentado reconocer al juez, en el amplio espacio dejado por las lagunas y por las deficiencias de la ley, un poder de interpretar basado en la atención al orden social y económico, en vez de en la invención de ideas y conceptos¹⁶⁸. Ya en ese año cargado de acontecimientos que fue 1903, Ehrlich fue claro al considerar al juez «an Gesetz [...] gebunden» aunque debiera adaptar las reglas «den Umständen des einzelnen Falles»¹⁶⁹. El «Freirecht» no era una idea revolucionaria, sino simplemente un modo, como había explicado Fuchs, de definir el «Recht» que quedaba fuera de la esfera estatal¹⁷⁰: no era «frei vom Gesetz» que la «soziologische Rechtsschule» imaginaba el intérprete, sino «frei von der theoretisch und im „allgemeinen Teil“ verpönten, aber praktisch herrschenden Begriffssklaverei»¹⁷¹. El juez – explicaba Fuchs citando a Gény, Ehrlich, Stammler y Stampe – «steht unter dem Gesetz.

166 Id., *Recht und Wahrheit*, cit., p. 74.

167 Ya que la «moderne Leben» no podía esperar «bis der gesetzgeberische Apparat mit periodischen Revisionen oder, wie bei den Römern, mit prätorischen Edikten, eingreift» – argumentaba Fuchs, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 74 – la «juristische Leben» debía buscar y encontrar «in sich selbst ein Instrument» que fuese «immer für diese Angleichung tätig»: tal instrumento era, precisamente, «die schöpferische Rechtsauslegung».

168 Sobre el papel del juez en las propuestas de los «Freirechtler» y acerca del desarrollo del debate sobre el método, Schröder, *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwend*, cit., pp. 345-367. Véase además Riebschläger, *Die Freirechtswissenschaft*, cit., pp. 47-49. Las críticas, como es sabido, llevaron a Kantorowicz a añadir algunas modificaciones a su manifiesto *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* en la trad. it. *La lotta per il diritto*, con prefacio y notas del juez Raffaele Majetti, Milano-Palermo-Napoli, Sandron, 1908.

169 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 1.

170 Así, también Fuchs, *Was will die Freirechtsschule?*, cit., p. 27.

171 Id., *Die soziologische Rechtslehre*, cit., col. 284.

Niemand bestreitet, daß überall da, wo das Gesetz einen Fall ausgesprochen und klar entscheidet, ihm der Richter unterworfen ist»¹⁷². Su papel era decisivo solo cuando «das Gesetz unklar ist oder schweigt», cuando «es also eine jener hundertfältigen Verschlingungen des praktischen Lebens nicht trifft»¹⁷³.

El modelo adoptado en 1907 por el ZGB no solo era la perfecta proyección, en el ámbito normativo, de la nueva concepción metodológica, sino también la prueba de que las ideas de la «Freirechtsbewegung» no eran ni revolucionarias ni anárquicas¹⁷⁴. Cuando en su primer artículo establecía que en los casos no regulados por la ley o por la costumbre el juez se atenía a la doctrina y a la jurisprudencia más relevante, decidiendo finalmente según la regla que él adoptaría como legislador, el Código civil suizo, por un lado, preveía de manera realista la imperfección del sistema legislativo y, por otro, reconocía la función de auténticas fuentes del derecho de la doctrina y de la jurisprudencia¹⁷⁵. En 1911, rechazando las acusaciones de «rechtsphilosophischen Anarchismus», Kantorowicz calificó como «eine Fabel» la idea de que «die Freirechtler – oder ihr (angeblich existierender) „radikaler Flügel“ – die unbedingte Verbindlichkeit des Gesetzes bestritten und dem Richter gestatten wollten – sei es grundsätzlich, sei es im Bedürfnisfalle –, *gegen das Gesetz zu entscheiden*»¹⁷⁶. En pocas y eficaces páginas, citaba esos párrafos en los cuales los «Freirechtler» más “sospechosos” habían mantenido inequívocamente el principio de la sujeción del juez a la ley, y condensaba en pocas y calibradas palabras el verdadero mensaje del movimiento: la «freie Rechtsfindung»

172 Id., *Recht und Wahrheit*, cit., p. 70.

173 *Ibidem*.

174 Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., pp. 33-34; Fuchs, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 72.

175 Art. 1 del ZGB: «das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut und Auslegung eine Bestimmung enthält. Fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, so entscheidet der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches nicht besteht, nach bewährter Lehre und Überlieferung. Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so fällt er sein Urteil nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen müßte».

176 Hermann Kantorowicz, *Die Contra-legen Fabel*, «Deutsche Richterzeitung», 8, 1911, cols. 258-263, ahora en *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., p. 234. Pero un año antes, en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 124, Kantorowicz ya había hablado de «Fabel». Véase sobre este punto Muscheler, *Relativismus und Freirecht*, cit., pp. 125-141, y Riebschläger, *Die Freirechtsbewegung*, cit., pp. 103-105.

tenía «ihre Stelle eben da, wo die bloße Auslegung an ihre Grenze gelangt ist»; el «freies Recht» «da, wo Lücken des Gesetzes auszufüllen sind»¹⁷⁷.

El mismo año, Kantorowicz precisaba que «wer die Anerkennung der subsidiären Geltung freien *Rechts* fordert, fordert noch lange keinen vom Gesetze freien *Richter*»¹⁷⁸. La «Freirechtsbewegung» valoraba «die Bedeutung des *Gerechtigkeitsgefühls*» y «die Notwendigkeit seines Mitwirkens bei allen juristischen Operationen», siempre y cuando fuera claro que no había ninguna referencia al «Gefühl des Laien, sondern dem des Berufsjuristen, das am Studium der dem positiven Rechte innewohnenden Wertungen geschult ist»¹⁷⁹. Por tanto, cualquier alusión a la «*Wollen*» del juez debía entenderse en sentido amplio, “desactivando” el «Mißverständnis» generado por quien había pretendido vislumbrar «in dieser „voluntaristischen“ Lehre eine Empfehlung der Willkürjustiz»: el juez nunca debía decidir subjetivamente, sino «unter der Herrschaft des *Gerechtigkeitsgefühls*» y «nach einem allgemeinen Prinzip»¹⁸⁰. Esto era el «freies Recht»: «alles Recht, das nicht förmliches Recht, d.h. Gesetz oder formuliertes Gewohnheitsrecht [ist]»¹⁸¹; el punto de partida de una teoría, relacionada con la sociología, con la «Interessenjurisprudenz» y con el «Modernismus», destinada a explicar cómo colmar las innegables «Lücken im förmlichen Rechte» a la luz de un criterio interpretativo vinculado al sentimiento jurídico de la comunidad¹⁸².

8. Tierras fértiles. Diálogos “brasileños” con la renovación europea

Bajo la superficie, las ramificaciones de la «Escuela social del derecho» se cruzaban con las inquietudes del “renacimiento jurídico” francés y las provocaciones del iusliberismo alemán, superponiéndose las unas a las otras, recorriendo itinerarios contiguos e inspirándose en un patrimonio científico común. Sin una dirección visible, las distintas tendencias de la cultura jurídica componían un panorama homogéneo, perfectamente integrado en el am-

177 Kantorowicz, *Die Contra-legem Fabel*, cit., p. 240. Sobre las relaciones entre Kantorowicz y los otros exponentes del movimiento, Karlheinz Muscheler, *Hermann Ulrich Kantorowicz. Eine Biographie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 25-31.

178 Kantorowicz, *Methodenreform und Justizreform*, cit., pp. 263-264.

179 Ivi, p. 266.

180 Ivi, p. 267.

181 *Ibidem*.

182 Ivi, p. 268.

plio marco científico-cultural de la Europa de finales del siglo XIX: cercanos desde el punto de vista constitucional, filosófico, metodológico y temático, los protagonistas del reformismo italiano permanecían sin embargo en un «espacio angosto», confinados en el sombrío campo de lo “desconocido”¹⁸³.

Al otro lado del Atlántico, en la América latina, el diálogo con los juristas italianos parecía al contrario desarrollarse de manera consciente, manifestarse a través de exhortaciones explícitas, darse a conocer de manera oficial: la distancia, considerable en el terreno geográfico, desaparecía en el científico gracias al perfecto conocimiento que la ciencia jurídica brasileña tenía de los «neotéricos» italianos, a la familiaridad con la que manejaba sus obras, sus tesis y sus argumentos. En 1896, tres años antes de recibir el encargo de preparar el nuevo proyecto de Código civil, Clóvis Beviláqua (1859-1944) manejaba con destreza *La nuova fase del diritto civile* de Cimbali, la *Filosofia del diritto privato* de Cogliolo y *La genesi e l'evoluzione del diritto civile* de D'Aguanno¹⁸⁴; predicaba, con el fin de indagar científicamente el fenómeno jurídico, el conocimiento de la psicología, de la economía política, de la moral y de la historia, recordando a Cimbali, Cogliolo, D'Aguanno, Vivante y Puglia junto a Tarde, Mill, Maine, Jhering y Savigny¹⁸⁵; aludía a las opiniones de D'Aguanno y Cogliolo junto a las de Mill y Tarde para explicar que el «fundamento ultimo das obrigações» se apoyaba en el «interesse da sociedade» en armonía con el de los «individuos»¹⁸⁶; se detenía ante el difícil debate de la unificación del derecho de obligaciones, recordando el conocido empeño de Vivante «por ver fundidas, em um só corpo, as duas grandes divisões do direito privado, o commercial e o civil»¹⁸⁷; explicaba el concepto solidarista-social de Cimbali centrado en la idea de un Estado que debía intervenir «para a garantia da hygiene, da moralidade, e da instrução dos operarios; para regular o trabalho das mulheres e dos meninos nas officinas

183 La imagen de «El espacio angosto » es tomada del título de la versión italiana de la obra *The Narrow Corner* de William Somerset Maugham en la traducción de Adriana Crespi Bortolini, con introducción de Salvatore Mazzarella, Palermo, Sellerio, 1994.

184 Clóvis Beviláqua, *Direito das obrigações*, Bahia, José Luiz da Fonseca Magalhães Editor, 1896, por ejemplo pp. 7, 13, 23, 24, 63. Sobre Beviláqua véase ahora Nelson Nery Junior, *Clóvis Beviláqua. O codificador do Direito Civil brasileiro*, en *Grandes juristas brasileiros*, livro II, organizadores Almir Gasquez Rufino e Jaques de Camargo Penteadó, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 43-87.

185 Beviláqua, *Direito das obrigações*, cit., pp. 18-26, 29-59, 62.

186 Ivi, p. 13.

187 Ivi, p. 62.

e fabricas; para disciplinar a emigração e proteger os emigrantes, contra a fraude de avidos especuladores; para moderar a concurrencia illimitada do capital, impedindo-o de tornar-se um instrumento de oppressão do trabalho; para vedar as manufacturas insalubres; e para impedir os effeitos desastrosos do monopolio em certas empresas de interesse geral, como as vias ferreas, os correios, os telegraphos, a navegação»¹⁸⁸; compartía con D'Aguanno y Cogliollo la necesidad de una codificación que respetase la «tradição», secundase la «evolução social que nos fornece a sociologia» y reflejase a lo largo del tiempo la «consciencia juridica», reconsiderando, como sugerían Salvioli y Tartufari, el modelo individualista de los «*codigos burguezes*», y abriéndose, como pedían Cimbali, Cavagnari y Tortori, a los «reclamos das novas formas que tem assumido em nossos tempos a coexistencia humana»¹⁸⁹.

Las condiciones de Brasil, en el terreno político, constitucional y científico, contribuyeron a generar un clima favorable a las tendencias menos tradicionalistas, al rechazo de la abstracción y del conceptualismo y a la recepción de las ideas menos legalistas, menos individualistas y menos estatistas. Desde la década de los 60, impulsada por las polémicas sugerencias de Tobias Barreto (1839-1889) y de Sílvio Romero (1851-1914), la denominada «Escola do Recife» consumaba la ruptura con el eclecticismo espiritualista, proclamaba la «morte» del idealismo, de la «theologia» y de la «metaphysica de antigo estylo»¹⁹⁰: el derecho no era «um filho do céu», como glosaba Barreto con expresión “a lo Jhering”, sino «simplesmente um

188 Ivi, p. 24.

189 Clóvis Beviláqua, *O problema da codificação do direito brasileiro*, «Revista da Faculdade de direito do Recife», 6, 1896, pp. 1-18.

190 Tobias Barreto, *Introdução ao Estudo do Direito*, 1887-88, en Id., *Obras completas* (Edição do Estado de Sergipe), vol. VII, *Estudos de direito*, vol. II, Rio de Janeiro, Editora de Paulo, Pongetti & C., 1926, p. 5. Véase Antonio Paim, *A Escola do Recife*, Londrina, UEL, 1999, en concreto pp. 10-30 y 72-76. Para una aproximación a la polifacética figura de Tobias Barreto (musicólogo, poeta, filósofo y jurista), se aconseja la lectura de Miguel Reale, *Tobias Barreto na Cultura Brasileira*, en Tobias Barreto, *Obras completas* (Edição Comemorativa), *Estudos de Direito*, organização e notas de Paulo Mercadante y Antonio Paim, Rio de Janeiro, Editora Record, 1991, vol. I, pp. 37-42, muy útil también para orientarse en el articulado y cambiante universo cultural del jurista brasileño (entre Jhering, Post, Haeckel, Noiré, Darwin, Kant). En el mismo volumen, véase (pp. 11-15), para los aspectos directamente referidos a la vida y carrera, Luiz Antonio Barreto, *Tobias Barreto: uma biobibliografia*, que ofrece un amplio y detallado aparato bibliográfico (pp. 16-34).

fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade»¹⁹¹; la jurídica, al tratar «de uma ordem de factos humanos», era una ciencia humana que, como todo «ramo do saber humano» no tenía una existencia «isolada», sino lógicamente subordinada a un conjunto de conocimientos científicos preliminares, «*idéas propedeuticas*», como la de que «tudo se move» y «tudo se desenvolve»¹⁹²; o la que concebía el Estado como «um organismo perfeito», a semejanza del «organismo humano», medio y fin del «ordem social», «*orgão*» de la «cultura humana»¹⁹³. La apertura inicial hacia el positivismo de Comte, pronto rechazada por el mismo Barreto, se entrelazaba, según el momento y el autor, con los asuntos del darwinismo, del materialismo, del realismo, del organicismo, del neokantismo y del evolucionismo, en busca de un equilibrio en función de las peculiaridades del contexto político, social y económico¹⁹⁴. En estrecho contacto con la cultura europea, la «Escola do Recife» terminó por virar hacia un empirismo de carácter sociológico (un «*culturalismo sociológico*»¹⁹⁵), ahora ramificada – gracias al empeño de los innumerables discípulos de Barreto, entre los que encontramos a Artur Orlando da Silva (1858-1916), José Isidoro Martins Júnior (1860-1904), Franciso Faelante da Câmara (1862-1909), Fausto de Aguiar Cardoso (1864-1906) y al propio Clóvis Beviláqua – en las distintas áreas del país, especialmente en el Norte, en las universidades de Bahia, Sergipe y Ceará, pero también en Porto Alegre y en Río de Janeiro¹⁹⁶.

191 Tobias Barreto, *Idéia do Direito*, 1883, en Id., *Estudos de Direito*, vol. I, cit., p. 48 (pp. 45-50). Para la privilegiada relación de Barreto con Jhering véase Paulo Mercadante e Antonio Paim, *Os “Estudos de Filosofia” de Tobias Barreto*, «Revista brasileira de Filosofia», 15, 1965, 59, pp. 387-411, en concreto pp. 397-399. Y sobre la influencia de la cultura alemana, Mario Losano, *La Scuola di Recife e l’influenza tedesca sul diritto brasiliano*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 4, 1974, pp. 321-412.

192 Barreto, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 3-14.

193 Id., *Preleções de direito constitucional*, 1882, en Id., *Obras completas*, cit., pp. 49-55.

194 Para una reconstrucción de las distintas fases de la Escuela véase Paim, *A Escola do Recife*, cit., en concreto pp. 30-33 y 78-85.

195 Véase Paim, *A Escola do Recife*, cit., pp. 33 y 85-91. La definición de «culturalismo» es de Miguel Reale, *O Culturalismo na Escola do Recife*, en *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, Saraiva, 1956, pp. 225-233. Véase Gerson Luiz Carlos Branco, *O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código civil*, en Judith Martins-Costa y Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 1-85.

196 Paim, *A Escola do Recife*, cit., pp. 37-52.

La influencia del evolucionismo de Spencer y la adopción del paradigma de Darwin, junto al éxito del historicismo y de las tesis de Mill, la difusión, en consonancia con lo que sucedía en Europa, de los principios de la sociología, del positivismo y de la economía, simbólicamente contenidos en el lema «Ordem e progresso» impreso sobre el globo de la bandera, se unían a las peculiaridades del contexto político, económico, constitucional (la independencia sin independentismo, la permanencia de la esclavitud, el desarrollo industrial, la inmadurez del Estado), contribuyendo a “retrasar” la aparición del Código civil¹⁹⁷. Iniciado en 1855 con la *Consolidação* de las leyes civiles de Teixeira de Freitas (1816-1883), el proceso de codificación, confiado en su fase decisiva a Beviláqua («um culturalista ativo» ciertamente desfavorable a una concepción potestativa del derecho)¹⁹⁸, no se concluyó en Brasil hasta 1916, acompañado de las críticas de una parte de la doctrina, dirigida por Lacerda de Almeida (1850-1943), que denunciaba los efectos “inmovilizadores” del modelo codificador¹⁹⁹.

En un clima cultural colonizado por doctrinas de inspiración evolucionista, social e historicista, la falta de código terminó por infundir en la propia

197 Véase Ricardo Marcelo Fonseca, *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33-34, 2004-2005, *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, pp. 964-983.

198 Resulta excelente, desde esta perspectiva, la reconstrucción del itinerario cultural de Beviláqua, con su deuda hacia Barreto («antecedente necessário») y sus vínculos con la «Escola do Recife», que propone Judith Martins-Costa, *Clóvis Beviláqua e a Escola do Recife*, «Revista do Instituto do Direito Brasileiro», 2, 2013, 8, pp. 8349-8368 (la cita en p. 8355).

199 Revocado en 1872 el encargo hecho en 1859 a Teixeira de Freitas de preparar un proyecto de Código civil, el proceso de codificación pasó por la formación, en la década de los 80, todavía bajo la égida del Imperio (1822-1889), de distintas comisiones, y por el proyecto Coelho Rodrigues, terminado en 1893, hasta el proyecto de Beviláqua, que recibió en 1899 el encargo del entonces ministro de justicia Epitácio Pessoa (Presidente de la República de 1919 a 1922). El proyecto, revisado por una comisión ministerial, objeto de críticas y propuestas por parte de juristas, universidades y tribunales, discutido y enmendado en el Parlamento y en el Senado, fue aprobado finalmente por una ley de 1 de enero de 1916 que facilitó la entrada en vigor el año siguiente del *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Una ley de 15 enero de 1919 introdujo posteriormente una serie de correcciones. Sobre el proceso de codificación en Brasil, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 246-270. Sobre el papel central de Beviláqua, Nery Junior, *Clóvis Beviláqua*, cit., pp. 57-74.

cultura de la codificación una idea menos mecanicista de la interpretación²⁰⁰. Manteniéndose, conforme al modelo italiano, el tenor literal del art. 7 de la *Introdução* (que establecía, en caso de lagunas, el recurso por parte del juez a la analogía y, eventualmente, a los principios generales del derecho), en la interpretación de Beviláqua la idea era la de «una marcha ascensional», una ampliación progresiva de las «operações» intelectuales, el paso gradual de la aplicación literal de la ley al reconocimiento de los principios generales del derecho²⁰¹: el intérprete debía ejercer su «livre investigação», recabar e investigar «os principios geraes do direito», que no eran, como alguno suponía, los «principios geraes do direito nacional», sino los «elementos fundamentais da cultura juridica humana», las «idéas» y los «principios sobre os quaes assenta a concepção juridica dominante», las «inducções» y las «generalizações da sciencia do direito e dos preceitos da technica»²⁰².

«Ciencia» y «técnica», precisamente como en la obra de Gény, que Beviláqua nítidamente retomaba en su comentario al Código, confirmando así la existencia de las «condições propícias» que habían hecho posible la penetración de los mensajes “revolucionarios” procedentes de Europa²⁰³: los principios generales del derecho no eran, como alguno objetaba, «vagos» ni «indeterminados»; gracias al estudio de la historia, a la formación jurídica y a la aplicación de la filosofía del derecho, el intérprete escogía la vía que «habilita o jurista a reconhecer a *natureza positiva das coisas*, elemento objetivo, impreciso, mas fecundo da investigação juridica, segundo Gény, fonte subsidiaria do direito»²⁰⁴. Libertad y justicia, equidad y moral, «sociologia» y «legislação comparada» concurrían para «desprender do conjuncto das idéas, que formam a base da civilização hodierna, os principios geraes e as permanencias do direito»²⁰⁵, según un programa que parecía repetir las palabras de

200 Son elocuentes en este sentido las reflexiones sobre los méritos y sobre los defectos de la codificación desarrolladas en 1896 por el propio Beviláqua, *O problema da codificação do direito brasileiro*, cit., pp. 1-18.

201 *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentado por Clóvis Beviláqua, oitava edição actualizada por Achilles Beviláqua, Rio de Janeiro-São Paulo-Belo Horizonte, Editôra Paulo de Azevedo, 1949⁸, vol. I, p. 115. Véase Martins-Costa, *Clóvis Beviláqua e a Escola do Recife*, cit., en concreto pp. 8362-8368.

202 *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., pp. 115-116.

203 Miguel Reale, *Gény na cultura jurídica brasileira*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991, pp. 351-365.

204 *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentado por Clóvis Beviláqua, cit., p. 116.

205 *Ibidem*.

Lambert, cuando consideraba que el estudio del «droit civil comparé» era el instrumento a través del cual la doctrina, encargada de «guider et activer le mouvement de la jurisprudence», podía descubrir las «solutions juridiques les plus conformes aux exigences actuelles de l'équité et de l'utilité sociale»²⁰⁶.

Coincidencias, consonancias y correspondencia brasileñas con la renovación europea. Testimonios de una cultura jurídica en movimiento, de una circulación de ideas que no conocía fronteras, océanos o cadenas montañosas. Así como la cercanía no se tradujo en una entrada triunfal del estilo italiano en el universo germánico, así la lejanía no excluyó la empatía de la cultura brasileña con la «Escuela social del derecho»²⁰⁷. Los contactos, las relaciones y los reconocimientos, así como los silencios, los olvidos y las indiferencias, estaban determinados por otros factores, además del obvio de la distancia: la proximidad lingüística, los prejuicios ideológicos, la rivalidad científica, las relaciones políticas, la estructura constitucional, las relaciones económicas, el contexto social. A veces, como observaba el Galileo de Brecht, en realidad «la línea más corta entre dos puntos puede ser una línea curva»²⁰⁸. Una línea obviamente más larga que la recta, pero nunca tanto como para obstaculizar la circulación del pensamiento y de las ideas, especialmente en la tradición cultural brasileña: «para pensar longe» – advertía Riobaldo en el *Grande Sertão* – «sou cão mestre – o senhor solte em minha frente uma idéia ligeira, e eu rastreio essa por fundo de todos os matos, amém!»²⁰⁹.

206 Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, cit., pp. 44-45.

207 Empatía, no «recepción» pasiva, como ha subrayado recientemente Ricardo Marcelo Fonseca, *Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo*, en Bernardo Sordi (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Firenze, 18-19 ottobre 2012, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 415-424. Un ejemplo concreto de «adaptações» creativas puede verse en Laura Beck Varela, *Das Sesmarias à propriedade moderna. Um estudo de história do direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 76-78 y 195-233.

208 Bertolt Brecht, *Leben des Galilei*, Berlin, Suhrkamp, 1955, trad. it. *Vita di Galileo*, Torino, Einaudi, 1963, p. 123.

209 João Guimarães Rosa, *Grande Sertão: veredas*, 1956, Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1994, p. 14. Sobre las repercusiones jurídicas de la gran obra de Guimarães Rosa véanse las sugerentes páginas de Judith Martins-Costa, *O pacto no sertão roseano: os pactos, os contractos, o julgamento e a lei*, en *Narração e Normatividade. Ensaios de Direito e Literatura*, coordinadora Judith Martins-Costa, Rio de Janeiro, GZ, pp. 263-282.

Ricardo Sontag

A escola positiva italiana no Brasil entre o final do século XIX e início do século XX: a problemática questão da “influência”

1. *Introdução*

Quando tomávamos notas para rápida palestra acerca de “Tobias Barreto como primeiro crítico de Lombroso, no Brasil”, vieram-nos à mente, por associação de idéas, nomes dos primeiros e principais e adeptos ou simpatizantes que, entre nós, grangeára a chamada Nova Escola Penal ou Escola Penal Positiva. O nome que, desde logo, nos ocorreu foi o de João Vieira de Araújo. De fato, fôra ele quem, antes de todos, se mostrára mais bem informado das teorias criminológicas de Lombroso, Ferri e Garofalo e as inculcára, em 1889, no seu “Comentário filosófico-científico do Código Criminal”. Por isto mesmo, quando em abril de 1891, se preparava a publicação da revista “La Scuola Positiva nella Giurisprudenza Civile e Penale e nella Vita Sociale”, foi-lhe dirigido, por Giulio Fioretti, honroso convite para colaborar¹.

O fragmento acima foi escrito pelo famoso jurista atuante durante a primeira metade do século XX no Rio de Janeiro, Evaristo de Moraes. Tratava-se de um advogado que em sua obra e em sua militância (jurídica e política) sempre deixou muito clara a adesão à escola positiva². Tobias Barreto (1839-1889) e João Vieira de Araújo (1844-1922)³: os dois nomes mencionados por

1 Evaristo de Moraes, *Primeiros adeptos e simpatizantes, no Brasil, da chamada “Escola penal positiva”*, Rio, «Revista Forense», setembro de 1939, pp. 147-148.

2 Sobre a vida e a militância de Evaristo de Moraes, cf. a biografia escrita pela historiadora Joseli Mendonça intitulada *Evaristo de Moraes, Tribuna da República* (Joseli Maria Nunes Mendonça, *Evaristo de Moraes, Tribuna da República*, 1ª ed., Campinas, Editora UNICAMP, 2007).

3 Ambos são considerados representantes da chamada “Escola de Recife”, que é a expressão utilizada para qualificar a tendência cientificista que surgiu em uma das duas faculdades de Direito do Império – a de Recife – entre 1860 e 1870. Cf. Antonio Carlos Wolkmer, *História do Direito no Brasil*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 105; Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, São Paulo, Convívio, 1985, pp. 101-102. Tobias Barreto é considerado o principal representante da “Escola”, apesar de ela não configurar-se como

Evaristo de Moraes não poderiam faltar em uma análise sobre a escola positiva italiana no Brasil. O primeiro, em verdade, para ser excluído; e o segundo, efetivamente, como um pioneiro. Não será possível, aqui, aprofundar a questão da problemática recepção das ideias positivistas na obra de João Vieira de Araújo⁴, mas alguns aspectos serão apontados ao longo da análise.

Isso porque permaneceremos em alguns traços gerais da história da recepção da escola positiva no Brasil. Graças à existência de uma boa quantidade de trabalhos, de juristas e historiadores – desde as anotações quase memoriaísticas de Evaristo de Moraes na década de 30 até alguns trabalhos bastante recentes – sobre a presença da “escola” no contexto brasileiro⁵, não é difícil fazer um levantamento desses traços gerais e já é possível colocar em discussão algumas teses relevantes. Ao lado desse levantamento e da avaliação crítica das teses existentes, algumas linhas de interpretação também serão ensaiadas.

O binômio “escola clássica” versus escola positiva muitas vezes serviu para delinear os caminhos da história do direito penal brasileiro. Mas por qual

um projeto comum e nem mesmo um sentimento de pertencimento entre os seus expoentes. As diferenças e divergências entre Tobias Barreto e João Vieira são um exemplo da inexistência desse projeto comum.

4 O livro de Marcela Varejão, *Il positivismo dall'Italia al Brasile* dedicou todo um capítulo à “influência” positivista na obra de João Vieira de Araújo com um bom levantamento documental. Porém, o caráter excessivamente genérico do conceito de influência fez com que o trabalho não conseguisse ir muito além da identificação da adesão e da existência de referências à escola positiva na obra de João Vieira. Enxergar o caráter problemático da influência positivista – talvez, inclusive, ao ponto de colocar em xeque o conceito de influência – deveria passar pela análise do modo como o positivismo aparece nos textos de João Vieira. Seria necessário, por exemplo, verificar que o reformismo positivista presta contas ao prestígio do código criminal de 1830, que o influxo positivista na elaboração dos institutos jurídicos em particular é tímido, e que, mesmo assim, João Vieira não deixa de manifestar de maneira altissonante a sua adesão à escola positiva italiana. Cf. Marcela Varejão, *Il positivismo dall'Italia al Brasile. Sociologia del diritto, giuristi e legislazione (1822-1935)*, Milano, Giuffrè, 2005.

5 «O positivismo foi a doutrina que, até o momento, recebeu, maior atenção por parte de historiadores e cientistas sociais que se voltaram para a história intelectual do período [segunda metade do século XIX]». Marcos Alvarez, *A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais*, Dados, «Revista de Ciências Sociais», 2002, vol. 45, 4, p. 677. O raciocínio de Alvarez inclui também o positivismo comteano e todos aqueles que não chegaram a tratar da questão penal, mas a conclusão, evidentemente, é válida, na espécie, para a escola positiva.

razão um esquema tão marcado pelos intuitos de propaganda dos seus criadores – os positivistas, em especial Enrico Ferri – teve tanto sucesso? Em primeiro lugar, é bem verdade que ele traça claros limites para o objeto de estudo. Em segundo lugar, propõe uma esquematização histórica bastante clara, apesar de simplista. Esses dois fatores ajudam a tornar compreensível a existência de um bom número de trabalhos sobre o assunto, em comparação com outros tão importantes quanto. Trata-se de um tema que, às vezes, aparece de passagem, como na pesquisa de Lília M. Schwarcz (2008) sobre ideias racistas no Brasil, outras vezes, com foco na medicina legal, e, outras vezes, abordando os penalistas propriamente – esse último será o caminho que trilharemos pelo fato de se tratar de um trabalho de história do pensamento jurídico.

2. «Tudo começou em 1884»: Recife versus São Paulo

«Tudo começou em 1884». Em regra, a historiografia indica o ano de publicação da obra *Menores e Loucos* de Tobias Barreto e do *Ensaio de Direito Penal* de João Vieira de Araújo como o marco inicial da trajetória da escola positiva italiana no Brasil⁶.

Quanto ao primeiro, para usar novamente uma frase de Evaristo de Moraes, caem-lhe bem as vestes de «primeiro crítico de Cesar Lombroso no Bra-

6 Theodolindo Castiglione chega a especificar ainda mais a questão da data de chegada da escola positiva no Brasil: «Pelo o que chegou ao nosso conhecimento, os juristas que, pela primeira vez, trataram, no Brasil, das teorias de César Lombroso, foram Tobias Barreto e João Vieira de Araújo. [...] Temos em mãos a terceira edição de *Menores e Loucos*, em que se reproduzem a apresentação dos editores da primeira edição, em março de 1884, a apresentação da segunda, em 1886, e a introdução de Tobias: em nenhuma ‘advertência’ ou introdução se verifica que os capítulos, que compõem o livro, foram anteriormente publicados». Theodolindo Castiglione, *A repercussão da escola positiva no Brasil*, in *Lombroso perante a criminologia contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1962, pp. 269-270. Clovis Bevilacqua, entretanto, informa, textualmente, o seguinte: «A primeira edição dos *Menores e loucos* é de 1884; mas o livro já havia aparecido, desde 1882, nas colunas do *Diário de Pernambuco*. [...] Assim, de acordo com os elementos de que dispomos, em que se destaca a palavra de Clovis Bevilacqua, Tobias Barreto foi o primeiro crítico brasileiro de César Lombroso». Clovis Bevilacqua, *Juristas philosophos*, Bahia, Livraria Magalhães, 1897.

sil»⁷. Já em 1929, o penalista espanhol Jimenez de Asúa, em seu *Un viaje al Brasil* – uma espécie de relato da sua visita ao Brasil – anotava que «Tobias Barreto no se afilió al positivismo penal de la escuela italiana, y fué el primer critico brasileño de Lombroso: pero tampoco era ciego secuaz del clasicismo profesando una injustificada antipatia al maestro Francesco Carrara»⁸. Com esse pequeno fragmento de Asúa podemos perceber uma primeira insuficiência do binômio “escola clássica” versus escola positiva. A forte tendência cientificista da chamada “Escola de Recife”⁹ – da qual Tobias Barreto seria o principal representante –, fez com que Moacyr Benedicto de Souza enxergasse no *Menores e Loucos* algumas “influências” positivistas¹⁰.

Um exemplo seria a passagem em que Tobias Barreto defendia que o estado normal ou anormal deveria ser uma decisão estritamente médica. Apesar de tal posição aumentar o espaço dos médicos no âmbito judiciário, tratava-se, ainda, de reafirmar a fronteira entre medicina e direito, diferente da tendência a dissolver fronteiras típica da escola positiva. Se assim não fosse, seria absolutamente incompreensível a crítica de Tobias Barreto ao «hiperbolismo científico dos médicos, quando invadem alheios domínios», relevado por Evaristo de Moraes¹¹ como uma das suas principais críticas a Lombroso. Por outro lado, é inegável a antipatia de Tobias Barreto em relação a Carrara¹². O binômio “escola clássica” versus escola positiva só consegue, portanto, fornecer uma imagem desfocada, e a razão disso é que a órbita de Tobias Barreto era outra: ele era apelidado de “teuto-sergipano” porque os seus principais diálogos científicos miravam a Alemanha. O seu germanismo fazia com que os jogos de pertencimento tipicamente italianos lhe fossem estranhos¹³.

O *Ensaio* de João Vieira de Araújo, como veremos, é um bom exemplo da tortuosa presença da escola positiva em sua obra: Lombroso e os positivistas são mencionados na Introdução, mas são praticamente esquecidos na parte que se referia à construção dos institutos jurídicos.

Quanto ao marco final da trajetória da escola positiva italiana no Brasil, as

7 Moraes, *Primeiros adeptos e simpatizantes* cit.

8 Luis Jimenez de Asúa, *Un viaje al Brasil*, Madrid, Reus, 1929, p. 29.

9 Wolkmer, *História do Direito* cit., p. 105; Saldanha, *A Escola* cit., pp. 101-102.

10 Moacyr Benedicto de Souza, *A influência da escola positiva no direito penal brasileiro*, São Paulo, Livraria e editora Universitária de Direito, 1982, pp. 41-42.

11 Moraes, *Primeiros adeptos e simpatizantes* cit., p. 145.

12 Varejão, *Il positivismo dall'Italia al Brasile* cit., pp. 217-219.

13 Sul germanismo di Tobias Barreto, cf. Mario Losano, *Un giurista tropicale: Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*, Roma, Laterza, 2000.

datações utilizadas já não são mais tão precisas. Dois trabalhos relativamente recentes, de Marcos Alvarez¹⁴ e de Ricardo de Brito A. P. Freitas¹⁵, indicaram a década de 30 como uma data legítima para se encerrar um estudo acerca da importância da presença da escola positiva italiana no Brasil. A maioria dos trabalhos adotam aproximadamente esse marco, mesmo implicitamente, apesar de alguns avançarem em décadas posteriores, como Moacyr Benedicto de Souza, que indica a década de 40 como o período de maior “influência” da escola positiva no Brasil¹⁶, mas aponta a obra *Lombroso perante a Criminologia Contemporânea* de 1962, escrita por Theodolindo Castiglione, como «uma das mais importantes contribuições para a atualização da doutrina do iniciador do positivismo criminológico»¹⁷. De qualquer forma, os trabalhos das décadas de 30 e 40 (como é o caso de Roberto Lyra) já exigiriam uma análise que levasse em consideração o influxo do “tecnicismo jurídico-penal”¹⁸, e, por essa razão, nos limitaremos a uma avaliação aplicável aos pioneiros do final do século XIX e início do século XX.

Tobias Barreto e João Vieira de Araújo: ambos professores da faculdade de Direito de Recife. Recife, então, teria sido a porta de entrada da escola positiva italiana no Brasil? Em termos de precedência, provavelmente sim. Deduzir disso, porém, uma contraposição clara entre Recife e a outra faculdade de Direito imperial em São Paulo, parece exagerado.

Um dos trabalhos mais importantes na historiografia brasileira que se de-

14 Alvarez, *A Criminologia no Brasil* cit., p. 678.

15 Ricardo de Brito A.P. Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. XXVII.

16 Souza, *A influência da escola positiva* cit., p. 31.

17 Ivi, p. 53.

18 Assim como no caso de João Vieira, uma análise da “influência” da escola positiva no pensamento de Roberto Lyra deveria ser cindida em vários planos. Os gestos de adesão são bastante claros, porém, Lyra era suficientemente nacionalista para bradar em favor de uma “escola penal brasileira”. Quanto ao tecnicismo, são famosas as suas discussões com o principal tecnicista brasileiro, Nelson Hungria (com quem, aliás, ele trabalhou junto na comissão revisora que resultou no código penal de 1940). Para Lyra (Roberto Lyra, *Método jurídico e direito penal*, «Revista Forense», fev. 1946, p. 382), o tecnicismo tornava o jurista um «escafandrista do vazio», porém, no âmbito do ensino do direito penal seria necessário seguir pela «calçada da lei, que é a firme e reta» (Id., *Guia do Ensino e do Estudo de Direito Penal*, Rio de Janeiro, «Revista Forense», 1956, p. 52), e com isso ele transplantava para o plano do ensino muitas características da concepção tecnicista de ciência jurídico-penal. Desse ponto de vista, a oposição entre Lyra e Hungria não é tão simétrica quanto certa memória do direito penal brasileiro pretendia.

dicou a traçar as diferenças entre Recife e São Paulo é a pesquisa da historiadora-antropóloga Lília M. Schwarcz sobre o pensamento racista no Brasil entre 1870 e 1930 em seu livro *O espetáculo das raças*. Sobre o nosso ponto – a recepção da escola positiva – Schwarcz afirma que «[d]e Recife vinha a teoria, os novos modelos – criticados em seus excessos pelos juristas paulistas»¹⁹. Por «novos modelos», Schwarcz entendia, substancialmente, a escola positiva italiana, em particular na sua dimensão racista. Esse aspecto das diferenças entre Recife e São Paulo é compatível com alguns debates, como o que contrapôs João Vieira de Araújo²⁰ e João Monteiro²¹ quando da discussão sobre o projeto de código penal de 1893²².

Como descrição das diferenças entre as faculdades, porém, é um esquema não suficientemente preciso. João Vieira, entre os recifenses, está entre aqueles que constroem a própria identidade científica no pertencimento à escola positiva. Mas nem todos se identificaram com a escola positiva. Ou melhor, João Vieira é um caso particularmente extremo no plano dos gestos de adesão. A crítica aos “excessos” da escola positiva é um topos muito recorrente também no Brasil, inclusive em Recife. Tobias Barreto – considerado o expoente máximo da “Escola de Recife” – fazia exatamente essa crítica à escola positiva, que Schwarcz considerou típica dos juristas de São Paulo. O problema é que a série documental de Schwarcz era insuficiente: fechando-se no universo das duas revistas das duas faculdades, perdeu-se um filão importantíssimo do debate em torno de pontos considerados distintivos entre Recife e São Paulo. Não por acaso, Clóvis de Carvalho Júnior pôde abordar os primeiros passos da escola positiva italiana no Brasil basicamente através de juristas paulistas, como Pedro Lessa e Cândido Motta²³. O único nome de Recife lembrado por Carvalho Júnior é João Vieira de Araújo, muito embora outros juristas menores, evocados por Schwarcz, tenham escrito artigos elogiosos à escola positiva na revista da Faculdade de Direito de Recife. De

19 Lília Moritz Schwarcz, *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*, São Paulo, Companhia das Letras, 1993, p. 184.

20 João Vieira de Araújo, *O projeto de código penal e a faculdade de São Paulo*, «Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife», 1894.

21 João Monteiro et al., *Parecer da congregação da faculdade de Direito de São Paulo (projecto João Vieira de Araújo n. 250/1893)*, «Revista da faculdade de Direito de São Paulo», 1894, vol. II.

22 João Vieira de Araújo, *Projecto de código penal. Exposição de motivos*, «Revista acadêmica da faculdade de Direito do Recife», 1893.

23 Clóvis De Carvalho Junior, *Escola positiva penal*, «Ciência Penal», 4, 1975.

qualquer forma, Cândido Motta é um dos poucos juristas da época que manifestaram adesão à escola positiva que é comparável a João Vieira de Araújo.

Ainda sobre a recepção das idéias positivistas em Recife, Schwarcz afirma que

diferentemente do que ocorre com os demais periódicos, nesse caso [da revista da faculdade de Direito de Recife] é possível perceber uma aceitação mais imediata das noções do evolucionismo e em especial dos estudos que vêem na raça um elemento fundamental. Dentre os autores citados chamam a atenção dois deles, conhecidos pelos estudos na área de criminologia. Com efeito, o destaque dado a Lombroso e Ferri atesta a relevância que esses teóricos terão na revista²⁴.

Aqui, poder-se-ia acrescentar ao problema das fontes, uma compreensão imprecisa da escola positiva: ao menos sobre Enrico Ferri, é possível afirmar que, embora a raça apareça em suas teorias, ela não parece ser um conceito central e imprescindível. Ou seja, por si só, a atenção dispensada às teorias de Lombroso e Ferri não dizem tanto assim sobre o racismo. O direito penal, por si só, seria um sinal relevante, segundo Schwarcz, da recepção das teorias racistas em Recife, porém, tal suposição permanece pouco demonstrada. O exemplo mais eloquente de teoria racista em Recife – com o conceito de mestiçagem – é a obra de Sylvio Romero, que praticamente não se ocupou de direito penal. O grande número de artigos de direito penal na revista da faculdade de direito de Recife, segundo Schwarcz, deveria ser um sinal do grau de importância da recepção das ideias racistas em Recife: «a preponderância de artigos sobre direito criminal não parece, portanto, acidental. Faz parte de um debate específico, de uma seleção intencional de autores e teorias. Em Recife, esse esforço todo resultou na reelaboração dos modelos científicos então disponíveis, com um acento especial a essa área nova do direito criminal em suas determinações raciais»²⁵. É possível, de fato, encontrar referências à raça em alguns artigos dos juristas menores que publicavam na revista da faculdade de direito de Recife. Porém, esse lugar especial do racismo não é totalmente convincente enquanto traço geral da faculdade de Direito de Recife. Bastaria evocar dois contra-exemplos eloquentes: Tobias Barreto e João Vieira de Araújo. A raça pode até ter aparecido nos escritos de ambos, mas, com uma função muito restrita no âmbito penal. Tobias Barreto era um crítico mordaz do determinismo a ponto de afirmar a impossibilidade da socio-

24 Schwarcz, *O espetáculo das raças* cit., p. 156.

25 Ivi, p. 159.

logia enquanto campo de estudos, e, no direito penal, se as suas ideias não pretendiam sufragar o livre arbítrio, distanciavam-se igualmente de qualquer determinismo racista. Portanto, a escansão proposta por Schwarcz entre um período determinista (1870-1920) e outro não determinista (depois de 1920) não é totalmente convincente²⁶. Mais uma vez, a ênfase restrita nas revistas pode ser considerada a causa da fragilidade da sua descrição.

Extraíndo conclusões sobre as diferenças entre Recife e São Paulo a partir dessas premissas, Schwarcz afirma:

quanto ao exame de admissão, se em Recife se exigiam “noções de antropologia”, na faculdade paulista requeriam-se conhecimentos em “psicologia e lógica”, quesitos que revelam atenções diferentes em cada um dos cursos: na academia de Recife, a aproximação com os estudos de antropologia física, e com ela a frenologia e o determinismo racial; na escola paulista, um acento na perspectiva filosófica e um debate mais distante das ciências biológicas²⁷.

Sobre as prudências que é preciso ter diante da tese da centralidade do «determinismo racial», basta o que já foi assinalado acima. Sobre a diferença que opõe antropologia física e visão filosófica, mais uma vez, o esquema não é totalmente convincente. Em vários juristas de Recife, mesmo o interesse em relação à antropologia física provinha da filosofia. Não por acaso, Clóvis Bevilacqua (1897) escreveu um livro intitulado *Juristas philosophos* com alguns capítulos dedicados aos juristas da faculdade de Recife, como Tobias Barreto e Sylvio Romero. O número de trabalhos dedicados à filosofia “pura” – isto é, não especificamente à filosofia “do direito” – entre os juristas recifenses é grande, e isso justifica a presença deles em tantos livros de história da filosofia brasileira²⁸. Sobre a biologia, Schwarcz afirma, sobre a virada da geração de Tobias Barreto, que

a partir desse momento uma nova concepção de direito se constrói: uma noção “scien-

26 Abordando a virada do século XIX para o século XX, Elizabeth Cancelli procura deslocar a descrição da influência positivista no Brasil da ênfase no racismo, questionando, assim, a vinculação necessária entre positivismo e racismo. Elizabeth Cancelli, *Criminosos e não-criminosos na história*, «Textos de História», UnB, 2001, p. 1, <<http://seer.bce.unb.br/index.php/textos/article/viewFile/5769/4776>>, acesso em: 03/03/2013.

27 Schwarcz, *O espetáculo das raças* cit., p. 159.

28 Cf. ad esempio Antonio Paim, *A Escola do Recife. Estudos Complementares à História das Idéias Filosóficas no Brasil*, 3ª ed., Londrina, UEL, 1997, vol. V; Antonio Gomez Robledo, *La filosofía en el Brasil*, Mexico, Imprenta Universitaria, 1946.

tífica”, em que a disciplina surge aliada à biologia evolutiva, às ciências naturais e a uma antropologia física e determinista. Paralelamente, em seu movimento de afirmação o direito distancia-se das demais ciências humanas, buscando associar-se às áreas que encontravam apenas leis e certezas em seus caminhos²⁹.

A demonstração dessa tese é feita com uma citação em que se falava do direito como sinal de civilização, isto é, um indício, por si só, pouco significativo de qualquer virada. O evolucionismo e o naturalismo aparecem nos escritos da geração de Barreto, porém, isso não quer dizer necessariamente “biologismo”. Ou melhor, é preciso que compreendamos bem o sentido de “biologismo”. Não seria exato identificar as metáforas corporais (organicismo) com o forte “biologismo” lombrosiano, que foi criticado na obra de Tobias Barreto e que é muito tímido em João Vieira de Araújo, ou seja, a tese não se aplicaria aos dois principais representantes da faculdade de Direito de Recife no âmbito penal. Se a transposição do modelo das ciências ditas “duras” – como a biologia – é um traço das ciências sociais e humanas da época, isso não quer dizer que a ciência jurídica tenha deixado de lado o diálogo com a sociologia, com a filosofia, etc. O contato com todas essas áreas ainda prevalece, ainda que esses juristas preferissem os autores cientificistas. Herbert Spencer – muito citado em Recife – ainda é um filósofo-sociólogo, mesmo sendo darwinista. Portanto, a relação com a biologia, em particular no campo penal, que deveria levar à confirmação da tese de Schwarcz, mostra-se oblíqua. Então, se há alguma diferença entre São Paulo e Recife desse ponto de vista, representá-la com a oposição entre biologia e filosofia não é muito convincente.

Além disso, não se explica como o caráter filosófico de São Paulo em comparação com Recife poderia ser compatível com o pragmatismo político paulista (outra conclusão muito repetida pela historiografia jurídica brasileira): «enquanto Recife educou, e se preparou para produzir doutrinadores, “homens de sciencia” no sentido que a época lhe conferia, São Paulo foi responsável pela formação dos grandes políticos e burocratas de Estado»³⁰. Dois questionamentos sobre essa afirmação: se ela é uma tese sociológica sobre o perfil profissional dos egressos das duas faculdades, seria possível levantar a objeção segundo a qual não poucos bacharéis recifenses dedicaram-se à política (é o caso, inclusive, do próprio João Vieira, que, além de advogado e professor, foi deputado por várias legislaturas). Nesse caso, a tese de Schwarcz não é plenamente demonstrada porque falta, exatamente, um levantamento sobre o perfil

29 Schwarcz, *O espetáculo das raças* cit., p. 149.

30 Ivi, pp. 183-184.

dos egressos das duas faculdades para saber se João Vieira era uma regra ou uma exceção. Se é uma tese sobre a autoimagem que as revistas faziam da sua faculdade, como explicar a “politicidade” encontrada pela própria Schwarcz na aplicação das ideias científicas (isto é, na aplicação da ciência para a resolução de problemas políticos brasileiros) nas páginas da revista de Recife? Sobre as questões especificamente penais, é preciso anotar que a percepção de problemas tipicamente brasileiros entre os juristas era marginal – muito diferente, por exemplo, dos trabalhos do médico-antropólogo Raymundo Nina Rodrigues. De qualquer forma, trata-se de uma tese interessante, mas que mereceria ser avaliada com mais cuidado nas fontes disponíveis.

3. *Como e por que escola positiva no Brasil?*

3.1 *Circulação de papeis*

Tobias Barreto, com todo o seu germanismo, nunca esteve na Alemanha. E as ideias da escola positiva italiana dependeram muito pouco da presença de brasileiros na Itália ou de italianos no Brasil.

Salvo engano, no período que estamos abordando, o único caso de circulação de pessoas entre Itália e Brasil no âmbito da ciência jurídico-penal foi a visita de Enrico Ferri em 1909. A espalhafatosa recepção que lhe foi concedida na faculdade de Direito de São Paulo dava o tom da grandiosidade do acontecimento. Na edição daquele ano da revista da faculdade, publicada no ano seguinte, as primeiras páginas – geralmente as páginas de honra – foram dedicadas à descrição da visita. O já mencionado Cândido Motta foi o escolhido para fazer a conferência introdutória, que tratou, como se fora uma epopeia, da luta da “escola positiva” contra a “escola clássica”, com particular atenção ao papel de Ferri³¹. A conferência do próprio Ferri seguia na mesma esteira, isto é, apostava na divulgação do esquema “escola clássica versus escola positiva”.

Em 1909, porém, já havia se passado mais de uma década da publicação do principal livro de Cândido Motta. O encontro com Ferri provavelmente significou um momento de coroamento. Talvez, entre os estudantes, aquela experiência tenha servido como alguma espécie de estímulo, mas, para os

31 Enrico Ferri, *Memória Histórica dos annos lectivos de 1908 a 1909*, «Revista da Faculdade de Direito de São Paulo», vol. XVII (1909), 1910, pp. 240-249.

nossos objetivos, basta sublinhar a presença de Ferri no Brasil como uma exceção na história da circulação cultural entre Brasil e Itália no âmbito da ciência do direito penal.

A parca circulação de pessoas, o desnível entre a circulação de pessoas e a circulação das ideias não quer dizer que as teorias circulassem por si próprias, como um *zeitgeist* autossuficiente. Livros e correspondências viajavam e ensinavam uma espécie de contato entre os juristas brasileiros e italianos.

João Vieira de Araújo, por exemplo, era uma espécie de correspondente da revista *Scuola Positiva* no Brasil. Em nota publicada em «O Direito», noticiava-se o nascimento da revista de Ferri e publicava-se uma carta escrita por Giulio Fioretti, um dos diretores da revista, endereçada a João Vieira de Araújo, convidando-o para ser correspondente da revista³². Além disso, João Vieira teve artigos publicados na Itália³³ e um de seus livros foi resenhado pelo italiano Giovanni Albano, sempre na revista *Scuola Positiva*³⁴. Mas, provavelmente, o que mais envaidecia João Vieira era a troca de correspondências com o próprio Lombroso³⁵.

Encontramos sinais dessa circulação também em Cândido Motta antes do encontro pessoal com Ferri. Assim como João Vieira, Motta chegou a ser resenhado nas páginas da revista *Scuola Positiva*³⁶, ajudando a engrossar a série de resenhas sobre a “*scuola*” no exterior, que servia para endossar o discurso da expansão e pujança do positivismo. Fato sempre lembrado com grande ufania, o trabalho sobre a classificação dos criminosos do jurista paulista foi citado por Enrico Ferri em seu livro *Sociologia Criminale*³⁷.

32 A. J. de Macedo Soares, *La Scuola Positiva*, «O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência», 1891, vol. 55, pp. 361-362.

33 João Vieira de Araújo, *La riforma dei codici criminali [1888]*, *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, 1889, vol. 10; Id., *Le scienze criminali al Brasile*. Estratto dalla «*Scuola Positiva*», Anno I, n. 8, 1891; Id., *Projecto de código penal* cit.; Id., *Il nuovo progetto di Codice Penale Brasiliano*, «*Scuola Positiva*», 1893.

34 Giovanni Albano, *A nova escola de direito criminal*, nel *Diario di Pernambuco del 27 settembre 1888*, *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, 1889, vol. 10, fasc. II, pp. 218-219.

35 João Vieira de Araújo, *Anthropologia criminal*, «O Direito: revista de legislação, doutrina e jurisprudência», 1889a, p. 177.

36 *La Scuola Positiva all'estero*, «*La Scuola Positiva*», gennaio 1896, pp. 112-116; Cândido Motta, *Classificação dos criminosos*, «*La Scuola Positiva*», febbraio 1897, pp. 694-695.

37 Enrico Ferri, *Sociologia criminale*, 4ª ed., Torino, Bocca, 1900, p. 264 nota 1.

3.2 *Autoritarismo brasileiro / autoritarismo positivista?*

Sobre as causas da – por vezes ruidosa – adesão de juristas brasileiros à escola positiva, Ricardo de Brito A. P. Freitas erigiu uma interpretação somente em aparência fácil de confirmar. Segundo ele, «a doutrina nacional aderiu ao positivismo penal em razão, sobretudo, do caráter autoritário que impregna toda a formação histórica da sociedade brasileira e favorece a ascensão de ideologias penais antigarantistas, politicamente conservadoras e desfavoráveis à vigência dos direitos humanos»³⁸. Sem entrar na discussão acerca da tese de um generalizado autoritarismo que marcaria toda a história brasileira, basta assinalar que a interpretação de Freitas funda-se em uma analogia: de um lado, autoritarismo social, de outro, autoritarismo das ideias da escola positiva. Não seria difícil aceitar os dois pólos da analogia: existem, de fato, indícios que tornam perfeitamente legítima uma reconstrução desse tipo. Porém, é possível refinar o discurso a partir de uma objeção: se a escola positiva tendia a ser menos liberal, em termos de política criminal, do que um Francesco Carrara, ela foi homogênea nesse sentido? A resposta parece ser negativa³⁹. O critério da periculosidade, muito justamente, é considerado inadequado para o direito penal de uma sociedade democrática, porém, é preciso relevar que esse critério, no pensamento positivista, redundava, também, em ampliação das hipóteses de perdão judicial. Apesar de toda a preocupação com a defesa social, não faltaram positivistas realmente preocupados, nem sempre de maneira tão autoritária, com a sorte dos encarcerados.

A tese de uma recepção do lado particularmente autoritário da escola positiva no Brasil poderia ser bastante fecunda. Alguns dados nesse sentido: o chamado “socialismo jurídico-penal”, que possui vínculos com a escola positiva, aparentemente repercutiu pouquíssimo no Brasil. Nem mesmo o penalista positivista de esquerda Roberto Lyra chegou a manifestar adesão a essa

38 Freitas, *As razões do positivismo penal* cit., p. XXVII.

39 Excepcional ou não, marginal ou não, ao analisar a recepção de um conjunto de ideias é importante ter em vista que existe esse lado da “escola positiva”. Para atestar a existência desse lado da “escola positiva”, bastará mencionar dois fatos. Na Itália, o projeto Ferri foi criticado por dois grandes motivos: por não ser liberal, mas, também, por ser um risco para a autoridade do Estado. A indiscriminada expansão punitiva era criticada por alguns positivistas no caso do código Rocco de 1930. Giulio Andrea Belloni, por exemplo, criticava a expansão punitiva «para além de todos os limites» nesse código, levando a periculosidade «para além do programa positivista». Giulio Andrea Belloni, *La periculosità criminale nelle riforme penali dei paesi latini*, «Rèvue Penale Suisse», 1935, p. 63.

corrente. As versões particularmente libertárias das premissas positivistas, como as de Luigi Molinari, não chegaram ao mainstream do direito penal brasileiro⁴⁰. Restaria a confirmar se fragmentos desse tipo de tese penal apareceram em textos – ainda que externos à ciência jurídica – de anarquistas brasileiros. Mas a tese de Freitas acabou tomando o binômio “escola clássica” versus escola positiva como um caminho a priori adequado para traçar as características da segunda. Por essa razão, a oposição binária liberalismo (“escola clássica”) versus autoritarismo (escola positiva) acabou parecendo suficiente⁴¹.

3.3 *A escola positiva e a tradição jurídica brasileira*

Provavelmente o uso mais consciente do binômio “escola clássica versus escola positiva” – contrariando, de certa forma, a afirmação de Mario Sbriccoli segundo a qual a sobrevivência do binômio dever-se-ia exclusivamente à reprodução acrítica⁴² – seja o de Rafael Mafei Rabelo Queiroz em seu livro *A modernização do direito penal brasileiro*⁴³. Depois de afirmar que a recepção da escola positiva no Brasil seria «expressão da busca pela superação dos padrões clássicos de direito penal», Queiroz relewa um dado aparentemente banal, mas importante: a recepção do positivismo estaria vinculada, ainda, a um «desejo de incorporação da doutrina jurídico-penal aos padrões de ciência

40 Luigi Molinari, *Il tramonto del diritto penale*, Marmiolo, Tipografia dell’Università Popolare, 1904.

41 O que não quer dizer que não existam pertinentes ressalvas ao longo do trabalho de Freitas sobre o binômio “escola clássica” versus escola positiva: «A impropriedade da expressão “escola penal” é suficientemente conhecida, não obstante continue a ser utilizada, inclusive pelos seus críticos, para efeito de análise. Como se sabe, é, de fato, extremamente difícil agrupar os teóricos do direito penal em “escolas” do pensamento jurídico, sobretudo em se tratando dos clássicos, pois eles não trabalhavam animados pelo espírito de grupo, como ocorreu com os positivistas italianos». Freitas, *As razões do positivismo penal* cit., pp. XXV-XXVI, nota 3.

42 Mario Sbriccoli, *La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita [1990]*, in Idem (a cura di), *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, vol. I.

43 Veja-se, por exemplo, as pertinentes observações acerca do caráter caricatural e homogeneizante da imagem que os positivistas faziam dos clássicos, e, ainda, o uso das aspas no termo “guerra” ao se referir ao embate entre as escolas (Rafael Mafei Rabelo Queiroz, *A modernização do direito penal brasileiro: “sursis” e livramento condicional, 1924-1940*, São Paulo, Quartier Latin, 2002, pp. 139-140, p. 143).

da época»⁴⁴. Ou seja, tratava-se de uma necessidade de participar dos debates internacionais no âmbito do direito. O sentimento de atualização restava garantido pelo esquema historicista vendido pela própria escola positiva: o binômio não era somente um dispositivo de identificação, mas um dispositivo de identificação evolucionista, que jogava com a lógica do presente e do passado. E no passado, evidentemente, estaria a “escola clássica”.

Mas, no caso brasileiro, o passado não era exatamente “clássico”. Ou, pelo menos, alguns elementos utilizados pelos positivistas para a construção da imagem da “escola clássica” não encontravam correspondência no contexto brasileiro. Traçar um mapa completo do direito penal brasileiro no século XIX fugiria demais dos restritos objetivos deste artigo, mas, é possível relevar alguns aspectos que ajudam a compreender a questão da presença da escola positiva italiana no Brasil. Miguel Reale, por exemplo, apesar de ressaltar que Francesco Carrara foi utilizado pelos juristas brasileiros do século XIX, afirma que «até as últimas décadas do século passado, ou seja, até o fim do II Reinado, não se pode falar em diálogo freqüente ou em convívio entre brasileiros e italianos no que tange à problemática jurídica. Os encontros são esporádicos, quando não se verificam graças a fontes indiretas, por informações hauridas em autores franceses»⁴⁵. De fato, ainda hoje é possível encontrar traduções francesas de Ferri em bibliotecas jurídicas e livrarias antiquárias brasileiras⁴⁶. E mais adiante Reale completa: «pode-se dizer, pois, que, em geral, os grandes mestres do Direito pátrio, da época imperial, escrevem sob direta e predominante influência de doutrinas francesas ou alemãs, sem jamais se desprenderem, é bom lembrá-lo, das raízes vigorosas da tradição lusíada»⁴⁷. Ainda faltam confirmações e especificações da tese de Reale a partir da análise de séries documentais suficientemente representativas, mas, para os nossos objetivos, essas linhas gerais podem bastar.

De resto, Ricardo de Brito A. P. Freitas, em uma pesquisa mais recente, confirma a impressão geral de Miguel Reale. Mesmo não sendo o foco da sua

44 Queiroz, *A modernização do direito penal brasileiro* cit., p. 21.

45 Miguel Reale, *A cultura jurídica italiana no Brasil*, «Revista Brasileira de Filosofia», São Paulo, Janeiro-Março, 1959, vol. IX, fasc. I, n. 33, pp. 105-107.

46 Circulavam no Brasil, também, traduções de Portugal de autores da escola positiva italiana. A famosa editora brasileira Saraiva, inclusive, chegou a reeditar uma tradução de Portugal de um livro de Enrico Ferri: trata-se da tradução de Luiz de Lemos d'Oliveira do livro *Principii di diritto criminale* (cf. Henrique Ferri, *Princípios de direito criminal*, São Paulo, Saraiva, 1931).

47 *Ibidem*.

pesquisa, e mesmo sendo o binômio “escola clássica versus escola positiva” uma categoria central da narrativa de Freitas, ele observa, referindo-se à literatura jurídico-penal anterior à escola positiva no Brasil, que «melhor seria se os chamássemos de penalistas tradicionais ou não-positivistas, pois limitaram-se, na sua maior parte, a comentar o código criminal do Império com base, sobretudo, na doutrina francesa e não na italiana»⁴⁸. A observação de Freitas é particularmente pertinente porque, ao invés de tentar seguir ortodoxamente o binômio – o que seria plenamente possível utilizando a noção ferriana de “escola clássica” em sua vertente prática – ele flexibiliza a categoria. Freitas ainda observa que, em dois penalistas importantes do Império, Thomaz Alves Júnior e Braz Florentino, Francesco Carrara não é citado⁴⁹. A conclusão – que, apesar de tudo, não abre mão do termo “clássico” – é que «a doutrina clássica brasileira, vinculando-se à tradição jurídico-penal do classicismo francês, opta pela vertente teórica mais pobre, menos vinculada ao garantismo e mais às soluções técnicas representadas pela mera exegese dos textos penais»⁵⁰.

Sobre a segunda conclusão de Freitas, algumas observações: em primeiro lugar, é bem verdade que a presença de um código nacional unitário é um dado que pesou na literatura jurídico-penal brasileira do século XIX. Efetivamente, a maioria dos livros existentes sobre direito penal são comentários ao código de 1830. Se esses comentários limitaram-se à mera exegese e se esses comentários realmente pouco se preocupavam com os efeitos políticos das escolhas técnicas (o “empenho civil” do conceito de penalística civil oitocentista sbriccoliano), com o aspecto civilizacional do direito penal (que poderia ser uma tradução adequada da expressão “garantismo” aplicada ao século XIX), as pesquisas existentes poucas respostas oferecem. No caso de Thomaz Alves Júnior⁵¹ – que se enquadra muito bem nas observações de Miguel Reale e de Ricardo Freitas sobre a proximidade com as tradições francesa e portuguesa – é preciso ressaltar que ele fez questão de criticar a pena de morte em seus comentários, e, em particular, depreciou a abjeta lei de exceção de 10 de junho de 1835 que ampliava significativamente as hipóteses de pena de

48 Freitas, *As razões do positivismo penal* cit., p. 283.

49 Ivi, pp. 283-284.

50 Ivi, p. 284.

51 Thomaz Alves Junior, *Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal*, Tomo I, Rio de Janeiro, Editores Francisco Luiz Pinto & C., 1864, pp. 92-97; *Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal*, Tomo II, Rio de Janeiro, Editores Francisco Luiz Pinto & C., 1870, p. 25.

morte para escravos em comparação com o que já estava previsto no código criminal de 1830. A propósito, o livro de João Luiz Ribeiro (2005) sobre a lei de 10 de junho de 1835 traz várias situações de posicionamentos de juristas brasileiros contra a pena de morte, especialmente no próprio exercício de alguma função jurídica (juízes, advogados, conselheiros no âmbito do Conselho do Estado, etc.)⁵². Portanto, não é de se excluir, pelo menos, a existência de “empenhos civis” dispersos (mas nem por isso de menor relevância), e, talvez, conectados com um empenho civil vinculado ao direito privado, a abolição da escravidão⁵³.

Como se construiu, então, a memória dos positivistas em relação à tradição jurídica brasileira diante dos dados trazidos acima? Começemos com as palavras de um jurista italiano que se ocupou da América Latina.

Campi d'applicazione le giovani e dinamiche civiltà dell'America latina hanno presto e largamente offerto a tali nuove direttive del diritto penale [da escola positiva]: perché se quelle civiltà sono meno cariche d'esperienza, si trovavano meno gravate da tradizioni, e perciò meno succubi di dogmi che traggono forza dalla propria vetustà [...]. Un corrispondente stato di fatto antitradizionale e di governo di novatori introduceva i principi criminologici rivoluzionari, da tali parole asseriti, nel vasto dominio della rivoluzione sovietica; ma la parola italiana stentava a penetrare in una cerchia ispirata più direttamente alla cultura germanica e non vi giungeva intera⁵⁴.

O autor do fragmento acima, Giulio Andrea Belloni, era um convicto ferriano⁵⁵, uma exceção, inclusive, no que tange à defesa da solução unitarista

52 João Luiz Ribeiro, *No meio das galinhas as baratas não tem razão: a lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil, 1822-1889*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

53 Evaristo de Moraes, *A campanha abolicionista (1879-1888)*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1924; Arno Dal Ri Júnior, *La storiografia giuridica brasiliana letta attraverso l'esperienza storiografica penale*, Conferência apresentada no congresso *Storia e Diritto: esperienze a confronto: incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni fiorentini*, Firenze, 18-19 ottobre 2012. O primeiro narra o empenho – teórico e prático – de vários atores jurídicos na defesa dos escravos em situações de cunho penal; o segundo sugere a hipótese – ainda pendente de confirmação mais acurada nas fontes - da conexão entre o empenho civil penalístico e o empenho abolicionista.

54 Belloni, *La pericolosità criminale* cit., pp. 57-58.

55 Inclusive, Belloni foi discípulo direto de Enrico Ferri. Conforme explica Bruno di Porto, Belloni «studiò giurisprudenza a Roma, pubblicando ancora studente un breve saggio di criminologia (*Preliminari alla criminologia*, Roma, 1922) e laureandosi in diritto penale con E. Ferri». Bruno Di Porto, *Belloni, Giulio Andrea*, in *Dizionario Biografico de-*

(sanção) contra a dualista (penas e medidas de segurança) depois do código Rocco, e nesse artigo dedicou-se a avaliar a influência da noção de periculosidade nas reformas penais latino-americanas⁵⁶. Para ele, a falta de “tradição” na América Latina a tornaria ainda mais aberta para a recepção das idéias da escola positiva do que a revolucionária União Soviética.

O argumento da falta de tradição, aliás, Belloni pode ter apreendido do seu mestre. Em 1909, quando da visita de Ferri ao Brasil, ele disse aos estudantes da faculdade de Direito de São Paulo que «cumpra a mocidade continuar a obra encetada pela sua geração e, sobretudo, a mocidade dos países novos melhor pode executar essa missão porque não tem a impedir-lhe os passos a força da tradição e da rotina»⁵⁷.

O texto de Belloni enfoca, especificamente, as experiências legislativas latino-americanas, mas o argumento, como se vê com clareza no recado de Ferri, era mais amplo. Por essa razão, ele pode nos servir para tecer uma interpretação sobre o caso brasileiro, ainda que, em parte, por contraste.

Falta de tradição. Sem querer entrar na comparação Brasil versus Europa em termos de tradição na ciência do direito penal, não é exato que as ideias da escola positiva encontraram, no Brasil, campo absolutamente aberto. O entusiasmado propagandista da escola positiva no Brasil, Viveiros de Castro, anotava, por exemplo, a resoluta resistência às «novas ideias» entre os práticos

gli Italiani, 1970, vol. 7, disponível em: <[56 O discurso de Belloni desenvolve-se em dois planos: o modelo positivista de código seria “unitarista” \(ao invés dos conceitos de pena e medida de segurança, utiliza o conceito unitário de sanção, subdividido em várias espécies\); mas todos os “progressos” no âmbito das reformas penais são considerados fruto da influência positivista. O projeto de código latino-americano para o qual Belloni dedica mais páginas é o cubano de Fernando Ortiz. Em seguida, Belloni menciona outras experiências onde se encontrariam “elementi di valore positivo”, e entre essas experiências aparece o projeto brasileiro elaborado sob a égide de Virgílio de Sá Pereira. Em uma nota, Belloni desenvolve melhor a sua opinião sobre o projeto brasileiro: «\[q\]uesto Progetto, i cui autori, come l'on. Rocco, si vantano di non aver seguito esclusivamente alcuna scuola, non realizza organicamente alcun sistema: è eclettico, dualistico, attaccato al vecchio principio penale della morale colpeabilità \(“pene” e “misure di sicurezza” \[...\]\) – ma rispetto al principio di pericolosità stabilisce un’interessante classificazione dei delinquenti \[...\]. Stabilisce accanto alle pene le “medidas de segurança”, “detentivas” e “não detentivas”, con l’internamento degli “imputáveis perigosos” \[...\]» \(Belloni, *La pericolosità criminale* cit., pp. 59-60, nota 2\).](http://www.treccani.it/enciclopedia/giulio-andrea-belloni_(Dizionario-Biografico)/>, acesso em: 03/03/2013.</p>
</div>
<div data-bbox=)

57 Ferri, *Memória Histórica* cit., p. 250.

do direito⁵⁸. Rosa del Olmo, por sua vez, em seu estudo sobre a criminologia na América Latina, aponta que, no Brasil, a recepção das ideias positivistas foi mais crítica em comparação com outros países latino-americanos, como a Argentina⁵⁹. Marcos Alvarez, ao tentar compreender “como” se deu a recepção dessas ideias no Brasil, defendeu que uma das características salientes do positivismo penal brasileiro seria o ecletismo, a mistura com padrões considerados tradicionais⁶⁰.

Por outro lado, é bem verdade que o entusiasmo com o “novo” contagiou vários juristas brasileiros. A título de exemplo, bastará evocar os textos de pura propaganda da escola positiva que apareceram no final do século XIX. O mais famoso é *A nova escola penal* (1894) do já citado Viveiros de Castro, e, ao redor, temos os vários artigos publicados em revistas jurídicas, como alguns de João Vieira de Araújo que, em regra, não faziam outra coisa senão resenhar as principais ideias dos positivistas italianos⁶¹. Não por acaso, por exemplo, o trabalho de Marcos Alvarez, com uma boa dose de razão, sublinhou a falta de originalidade desses juristas brasileiros, apesar da regra metodológica de procurar a «originalidade da cópia» que direcionou o seu trabalho⁶².

Nesse aspecto, é possível perscrutar ainda mais a tese já evocada da vontade dos juristas brasileiros de inserir-se no debate internacional, de adequar-se aos padrões europeus de ciência da época. A partir desse ponto é possível ir além da genérica descrição de “influências” da escola positiva no Brasil. Esse tipo de descrição, além de pouco precisa, tende a trazer consigo um uso acríptico do binômio “escola clássica” versus escola positiva⁶³.

58 Viveiros de Castro, *A Nova Escola Penal*, Rio de Janeiro, Domingos de Magalhães editor, 1894.

59 Rosa del Olmo, *A América Latina e sua criminologia*, tradução de Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn, Rio de Janeiro, Revan, 2004.

60 Alvarez, *A Criminologia no Brasil* cit., p. 686.

61 João Vieira de Araújo, *A nova escola de direito criminal. Os juristas italianos E. Ferri, F. Puglia e R. Garofalo*, «O Direito: revista de legislação, doutrina e jurisprudência», 1888, vol. 47; Id., *Anthropologia criminal*, cit.

62 Alvarez, *A Criminologia no Brasil* cit., p. 686.

63 A maioria dos trabalhos sobre a “influência” da escola positiva no Brasil, apesar de usarem o binômio, costumam fazer ressalvas – algumas das quais já foram mencionadas aqui – que demonstram a tentativa de aplicar tal categoria de maneira consciente e crítica. Em alguns casos, porém, as armadilhas do esquematismo do binômio e do caráter excessivamente genérico da noção de “influência” atinge em cheio a narrativa histórica

Um dos meios possíveis para se buscar a “originalidade da cópia” é analisar a “funcionalização” de formas estrangeiras para tratar temas tipicamente nacionais – muito embora nem sempre seja tão fácil precisar o que é um tema tipicamente nacional. Esse é o caso da já mencionada pesquisa de Lília M. Schwarcz, que encontrou essa “funcionalização” para o tema da diversidade racial brasileira. Porém, a tese de Schwarcz é plenamente convincente em textos não especificamente penais – como os de Sylvio Romero sobre a mestiçagem – ou de não juristas, como os do médico Raymundo Nina Rodrigues. Em textos de direito penal, essa “funcionalização” parece ter sido bastante marginal – conclusão coerente com a observação de Marcos Alvarez sobre a falta de originalidade dos juristas brasileiros.

Nessas circunstâncias, outra saída possível é verificar os pontos que interessaram especificamente ao receptor no texto a ser recebido. Uma recepção plena já não seria mais recepção, e sim “plágio”. A seleção dos pontos já pode ser, por si só, sinal de alguma “funcionalização” no contexto do receptor. Ricardo Freitas procurou identificar os temas recorrentes entre os juristas positivistas brasileiros, mas, o resultado dessa observação indicou basicamente que os juristas brasileiros estavam atentos para aquilo que era central nos próprios textos dos positivistas⁶⁴. Marcos Alvarez também enveredou por es-

que se pretendia construir. É o caso, por exemplo, de Elizabeth Cancelli (2001; 2013), que considera a recepção da escola positiva como a grande ruptura da história do direito penal brasileiro entre os séculos XIX e XX. Com esse ponto de partida, Cancelli (2013) chega a encontrar “influências” positivistas nos lugares mais inusitados, como no código penal de 1890, obra praticamente autoral de um jurista declaradamente antipositivista (Cancelli, *Criminosos e não-criminosos na história*, cit.; Ead., *Na virada do século: a cultura do crime e da lei. Seminários, n.º 1 (Crime, criminalidade e repressão no Brasil República)*, Arquivo Público do Estado de São Paulo, 2001, disponível em: <http://www.usp.br/proin/download/revista/revista_seminarios1_virada_seculo.pdf>, acesso em: 03/02/2013). Marcela Varejão também é induzida ao mesmo erro através conceito de “influência” ao abordar o código de 1890 (Varejão, *Il positivismo dall'Italia al Brasile* cit., pp. 432-433).

64 Os pontos listados por Freitas são os seguintes: a) defesa social conectada com a idéia de que o criminoso é um anormal; b) opção pela responsabilidade social em detrimento da responsabilidade individual; c) em vez de conceituar o crime, abordar as causas da criminalidade; d) política criminal rigorosa. Quanto ao último ponto, porém, é preciso lembrar que Freitas parte da idéia de que a escola positiva é necessariamente e em si mesma autoritária (Ricardo de Brito A.P. Freitas, *Condenados à civilização: o positivismo naturalista e a repressão penal no alvorecer da República*, in Claudio Brandão, Nelson Saldanha, Ricardo Freitas (coord.), *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*, São Paulo, Atlas, 2012, p. 378).

sas trilhas e observou o ecletismo brasileiro. Com o ecletismo deve ser recordada a presença do discurso do exagero positivista mesmo entre os juristas brasileiros simpáticos à Lombroso, Ferri ou Garofalo. Uma recepção desse tipo assinala que os juristas brasileiros estavam atentos não só ao positivismo, mas também ao debate que existia em torno dele. Por essa razão, inclusive, Alvarez discorda da tese de Pierre Darmon segundo a qual a América Latina tornou-se um eldorado para o positivismo no momento da sua decadência na Europa⁶⁵. Ou seja, a recepção por vezes entusiasmada das ideias positivistas não era necessariamente sinal de desconhecimento do debate que existia na Europa em torno delas. Indícios que aparentemente levam a um beco sem saída. Porém, comparando esses resultados com as conclusões de Michele Pifferi sobre a recepção da escola positiva nos EUA, eles podem se tornar significativos⁶⁶. Nos EUA o processo de recepção do positivismo aconteceu em sentido perfeitamente contrário: os juristas norte-americanos tendiam a ser ainda mais ousados – para os padrões europeus – do que os próprios positivistas. Algumas vezes, inclusive, chegaram a criticar os juristas positivistas italianos por excessivo comprometimento com os padrões tidos como “tradicionais”.

É preciso ter prudência, portanto, ao avaliar a presença da escola positiva a partir dos eloquentes gestos de adesão de um João Vieira de Araújo ou de um Viveiros de Castro. A sedução do esquema historicista «escola clássica» versus escola positiva certamente fornecia uma bússola confiável para os juristas brasileiros: aderir à escola positiva seria alinhar-se com o que havia de mais “moderno”, isto é, inserir-se adequadamente no cenário internacional. Mas essa vontade de “inserção” não necessariamente trazia uma análoga e correspondente vontade de “transposição”. Nas teorias em específico, na aplicação das ideias positivistas para a elaboração dos institutos jurídicos em particular, na elaboração de reformas penais aplicáveis ao contexto brasileiro em curto ou médio prazo (que não fossem, portanto, meros reclames para um futuro ainda muito incerto), nem sempre encontramos a perfeita correspondência entre inserção e transposição. Alguns indícios nessa direção: a própria observação sobre o ecletismo dos juristas brasileiros de Marcos Alvarez; o

65 Pierre Darmon, *Médicos e assassinos na “Belle Époque”: a medicalização do crime*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991.

66 Michele Pifferi, *L’influenza della scuola positiva negli Stati Uniti. Luci ed ombre di un successo culturale*, in *Diritto penale XXI secolo: atti del convegno nazionale in ricordo di Giuliano Marini: scuola positiva e codice Rocco*, Torino, 21-13 ottobre 2010.

fato de os juristas brasileiros não terem produzido nenhum projeto de código penal tão ousado quanto o projeto Ferri ou quanto outros que foram experimentados na América Latina; e, entrando em um caso muito específico, o descompasso entre os eloquentes gestos de adesão (inclusive às ideias de reforma mais radicais) e a elaboração (teórica ou prática) de reformas positivistas para o Brasil em João Vieira de Araújo.

De volta ao discurso de Belloni, apesar de ser muito questionável a tese da falta de tradição, isso não quer dizer que ela não possa transformar-se em um indício historiograficamente relevante.

Na Itália, Enrico Ferri analisava a literatura jurídico-penal precedente à escola positiva com o termo geral “escola clássica”⁶⁷; um termo geral que, em seguida, era subdividido em duas correntes: a “doutrinária”, representada por Francesco Carrara, e a “forense”. Carrara seria aquele capaz de ir além da legislação positiva, um construtor de sistema, útil não só para os operadores do direito, mas, também, para o próprio legislador. Em Carrara, é perceptível toda a ambiguidade da etiqueta “escola clássica”: ao mesmo tempo, admiração pela capacidade de ir além do tecnicismo (esse sim, referido de maneira muito mais pejorativa por Ferri com a expressão “neoclassicismo”) e fechamento em um passado cuja importância é a de uma fase já superada, segundo os esquemas evolucionistas.

Partindo da subdivisão ferriana entre esses dois tipos de literatura jurídico-penal “clássica”, não seria difícil arguir que, no Brasil, não se formou uma tradição de grandes tratados sistemáticos, salvo as exceções, ao menos até as primeiras décadas do século XX. Evidentemente, a utilidade de uma parte do esquema de Ferri não importa necessariamente em assumir a descrição dos conteúdos da divisão entre “escola clássica” e escola positiva, e, além disso, importaria fazê-lo prestar contas com o influxo francês e português entre os juristas brasileiros do século XIX. Mas, para os nossos fins, essa observação geral poderá bastar.

Então, o desprezo ferriano pela literatura jurídico-penal “forense”, em alguns autores positivistas brasileiros, chegava a se tornar praticamente uma invisibilidade. O entusiasmado propagandista Viveiros de Castro, por exemplo, observando o florescimento da escola positiva no Brasil, parecia-lhe que

67 Enrico Ferri, *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927*, Torino, Unione Tipografica Torinese, 1928, pp. 39-40.

a “escola clássica” nem existia por causa da falta de reação⁶⁸. No fundo dessa percepção de Viveiros Castro, provavelmente estava a ausência da corrente sistemático-doutrinária carrariana no Brasil. Não por acaso, ele argumentava que a maior batalha para a consolidação da escola positiva no Brasil estava em vencer as resistências difusas na prática judiciária, entre os juízes, mas não na academia⁶⁹. Não sem uma boa dose de retórica, ele dizia que os juristas brasileiros «limitam-se a obras de praxe, formulários e anotações, sem critério, sem philosophia, sem sciencia, livros de especulação mercantil, de verdadeiro negocio»⁷⁰. Nas antípodas do discurso ferriano que encontrava às suas costas a sombra poderosa de Carrara, Viveiros de Castro se lamentava que «os nossos criminalistas resumem sua sciencia em discutir nullidades de processo, chicanas e parvoices de rabulas de aldeia»⁷¹.

Mesmo prescindindo da retórica e das fortes avaliações negativas de Viveiros de Castro, há um ponto de interesse no seu discurso: o testemunho da inexistência de um ponto de referência como o de um Francesco Carrara na cultura jurídico-penal brasileira. Até o momento em que é possível a utilização de referenciais europeus – em particular italianos, mas também alemães, como Feuerbach⁷², que é mencionado como representante do “classicismo” na Alemanha na introdução escrita por José Hygino Duarte Pereira à sua tradução do *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* de Franz Von Liszt – a oposição entre “escola clássica” e escola positiva, por assim dizer, funciona⁷³. Porém, quando o binômio é transplantado para a realidade brasileira, como nas passagens mencionadas de Viveiros de Castro, o discurso muda: a luta é contra o “vazio”, “vazio” não só de ciência dentro de certos moldes, mas em sentido geral. Invisibilidade da tradição, é verdade, muito distante do estilo de Carrara, afeita aos comentários, que nem sempre reproduzia-se de maneira prevalente

68 Muito embora, na realidade, tenham ocorrido algumas reações em nome do “classicismo” no Brasil, como é o caso de juristas como Filinto Bastos (Freitas, *As razões do positivismo penal* cit., pp. 277-291).

69 Castro, *A Nova Escola Penal*, Rio de Janeiro, Domingos de Magalhães editor, 1894, pp. 10-11.

70 Ivi, p. 8.

71 Ivi, pp. 10-11.

72 Su Feuerbach in Brasil, cf. Rafael Mafei Rabelo Queiroz, *O Direito a Ações Imo-rais – Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal*, São Paulo, Almedina, 2013.

73 José Hygino Duarte Pereira, *Prefacio [dez. 1898]*, in LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, Tomo I, Rio de Janeiro, Briguiet, 1899, p. XXXIV.

pela escrita⁷⁴ mas que merece uma avaliação mais detida e menos carregada das avaliações negativas de épocas posteriores – somente assim seria possível, por exemplo, avaliar adequadamente aquilo que provisoriamente foi chamado, pouco antes, de «empenho civil difuso».

Anos mais tarde, na aula inaugural de Aníbal Bruno – penalista simpático ao positivismo, mas já numa fase de diálogo mais aprofundado com o tecnicismo – encontramos, mais uma vez, avaliação análoga da literatura jurídico-penal brasileira do século XIX, apesar de o foco do discurso ser um elogio aos antigos professores da faculdade de Direito de Recife. Entre os velhos catedráticos elogiados, estava José Hygino, que não tinha deixado grandes livros, provavelmente em função das suas outras atividades, como as de magistrado e político. Porém, Hygino traduzira o famoso Lehrbuch de Von Liszt, um grande acontecimento, segundo Aníbal Bruno, para a cultura jurídico-penal brasileira porque «supria [...] a ausência de verdadeiros tratados na doutrina criminal brasileira, visto que, em geral, a nossa literatura se tem restringido à obra de comentários aos artigos do Código»⁷⁵.

No artigo *Le scienze criminali in Brasile* de João Vieira de Araújo, publicado na revista *Scuola Positiva*, ele se lamentava que «gli studii finora poco estesi e poco profondi che si sono coltivati fra di noi tendevano specialmente alla esposizione teorica e dommatica [do código de 1830] senza preoccuparsi affatto della parte pratica ed esecutiva»⁷⁶. Por «parte prática e executiva» João Vieira entendia – como bom positivista, isto é, procurando inserir um elemento tradicionalmente considerado meramente administrativo – a falta de coordenação com o «modo de execução da pena». Mas o ponto a ser retido é o aceno à existência somente de uma tradição de comentários na literatura jurídico-penal brasileira do século XIX. Apesar de João Vieira não se desvincular completamente do gênero literário “comentário”, em seu primeiro livro importante de 1884, ele dá a entender que era necessário desenvolver o ensino do “direito criminal filosófico”, que seria o objetivo do seu livro⁷⁷.

74 Sérgio Adorno, *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*, São Paulo, Paz e Terra, 2005; Ricardo Marcelo Fonseca, *Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2006, vol. 35.

75 Aníbal Bruno, *O pensamento jurídico penal brasileiro – a faculdade do Recife*, «Revista Forense», ago. 1942, vol. XCI, fasc. 470, p. 251.

76 Araújo, *Le scienze criminali* cit.

77 Id., *Ensaio de direito penal ou repetições escriptas sobre o Código Criminal do Império do Brazil*, Pernambuco, Typographia do Jornal do Recife, 1884, pp. V-VII.

Seria exagero deduzir a inexistência de filosofia mesmo nos interstícios da tradição exegética, mas, não seria excessivo tomar essas observações de João Vieira como mais um indício da falta de um grande Tratado no direito penal brasileiro do século XIX.

De volta ao artigo da revista *Scuola Positiva*, na sequência, João Vieira classifica o código penal brasileiro de 1890 como um «genuino prodotto della scuola metafisica»⁷⁸. Porém, ele não menciona qualquer representante brasileiro da «escola metafísica» ao qual «filiar» o código, tal qual costumava acontecer no discurso dos positivistas italianos que, partindo dos criminalistas cronologicamente mais próximos do código Zanardelli, em uma linha genealógica contínua, chegava até Francesco Carrara. A falta desse ponto de referência no discurso de João Vieira é um sinal significativo porque seria natural esperar que os positivistas mirassem em algum jurista importante do passado. Essa “falta” na memória dos juristas brasileiros é um dado que não deve ser negligenciado, considerando que no berço da escola positiva essa memória teve um papel fundamental na construção da identidade da “escola”, em particular com os discursos de Enrico Ferri sobre o pensamento de Carrara. Nesse caso, a excessiva “fidelidade” dos juristas brasileiros ao usar o binômio “escola clássica” versus escola positiva, se lido ao contrário, pode se tornar um indício da relação do seu uso com o contexto brasileiro.

Ausência de um ponto de referência classificável como um Tratado “clássico” na memória dos positivistas brasileiros. Em compensação, diferentemente do contexto italiano, o Brasil tinha, desde 1830, um forte ponto de referência legislativo: um código penal unitário e muito prestigiado. Infelizmente, desde a recepção das ideias da escola positiva no Brasil até a substituição do código de 1830 (1884-1890), passaram-se somente seis anos. Uma fase curta, mas em que surgiram algumas importantes obras do positivista João Vieira de Araújo.

Era difícil negar, para os esquemas positivistas, que o código criminal brasileiro de 1830 era “clássico”. Porém, em alguns pontos ele era heterodoxo. Para mencionar somente a principal heterodoxia, o código de 1830 regulava a aplicação da indenização *ex delicto* e a atribuía ao próprio júízo criminal. Em função de características como essa – que estavam na direção de algumas demandas positivistas⁷⁹ – João Vieira integrava-se no coro de elogios ao código. Quando, às vésperas da República, se levantou a hipótese de substi-

78 Id., *Le scienze criminali* cit., p. 2.

79 Raffaele Garofalo, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, Bocca, 1887.

tuir o velho código, João Vieira posicionou-se claramente contra. Nessa mesma época, estava em discussão e seria promulgado o ainda “clássico” código Zanardelli na Itália. João Vieira, informado sobre o assunto, provavelmente via nessa ulterior reafirmação do “classicismo” um momento pouco oportuno para se tentar substituir o código brasileiro de 1830. Se na própria Itália as ideias positivistas tiveram pouco influxo no novo código, o risco de uma ulterior reafirmação do “classicismo” seria ainda mais forte no Brasil. Essas circunstâncias incidiram sobre o reformismo de João Vieira, isto é, na elaboração teórica e prática de reformas direcionadas ao contexto brasileiro. Ao lado da entusiasmada adesão às ideias mais reformistas da escola positiva, uma grande timidez ao tentar transpô-las para o contexto brasileiro, pois a sua preocupação maior estava em preservar o código de 1830. Exemplar dessa postura foi o seu posicionamento contrário, em 1888, à substituição do “clássico” código de 1830⁸⁰.

De certa forma, os receios de João Vieira se concretizaram com a promulgação do código de 1890, elaborado de maneira quase autoral por João Baptista Pereira, que nunca escondeu a sua antipatia pela escola positiva. Se o código de 1830 não era um bom contraponto para a construção da identidade de “escola” dos positivistas, já o código de 1890 prestava-se muito bem a essa função. Apesar de o apelido «o pior código penal do mundo»⁸¹ não ter sido cunhado por um crítico positivista do código de 1890, é bem verdade que a fileira dos adeptos e simpatizantes brasileiros da escola positiva fariam jus ao lugar de inventores da alcunha do novo código⁸². Na Itália, para os positivis-

80 Araújo, *La riforma dei codici criminali [1888]* cit.; Id., *Nova edição oficial do código criminal brasileiro de 1830, ante-projecto (1889)*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1910.

Apesar do entusiasmo de Ferri ao afirmar que o projeto de código penal de João Vieira de Araújo de 1893 «ha adottato parecchie proposte della nuova scuola» (Ferri, *Sociologia criminale* cit., p. 58), o próprio João Vieira não o classificava como um projeto positivista. Para João Monteiro (Monteiro et al., *Parecer da congregação* cit., p. 51), o projeto simplesmente não tinha identidade, ou seja, na qualidade de crítico do positivismo, Monteiro abdicou de depreciar o texto de João Vieira por esse caminho. Parece que João Vieira pretendia muito mais retornar à situação anterior ao código de 1890: voltar à base segura do código de 1830 acrescentando-lhe somente pequenas mudanças. Desse ponto de vista, o empenho de João Vieira na substituição do código de 1890 não estava em contradição com o seu posicionamento de 1888.

81 Monteiro et al., *Parecer da congregação* cit., p. 10.

82 Marcos Alvarez, Luís Antônio Francisco de Souza, Fernando Afonso Salla, *A socie-*

tas, o velho código toscano era o exemplo mais bem acabado de “classicismo” na legislação penal. O código Zanardelli ainda era considerado “clássico”, mas assinalava um passo avante. Diferentemente do caso brasileiro, o projeto italiano foi longamente discutido e alguns positivistas intervieram (ainda que marginalmente) na sua elaboração, inclusive na condição de deputados, como é o caso de Enrico Ferri. No Brasil, ao contrário, o código de 1830 parecia, apesar de “clássico”, mais próximo das expectativas positivistas, enquanto o código de 1890 teria se deslocado para ainda mais longe.

João Vieira chegou a externar a sua antipatia pelo código de 1890, inclusive elaborando o primeiro projeto de substituição dele em 1893. O positivista Aurelino Leal chegou a dizer, em 1896, que o código de 1890 traria em si os próprios “germens do crime”⁸³. Esmeraldino Bandeira, na condição de ministro da Justiça, em seu relatório referente ao ano de 1909, afirmava que o código era «atrazado e lacunoso», e que, tendo em vista «a moderna orientação do direito criminal e attentos os avanços da penologia contemporânea, não é possível protrahir por mais tempo a elaboração de um novo Código Penal»⁸⁴. Apesar das palavras de Bandeira, a substituição do código de 1890 seria realizada somente dez anos depois da substituição do prestigiado código penal italiano de 1889.

4. Considerações finais

Os trabalhos existentes sobre a presença da escola positiva no Brasil já conseguiram estabelecer alguns marcos seguros para o estudo desse tema, desde alguns marcos cronológicos (década de 80 do século XIX até, aproximadamente, década de 40 do século XX), até o elenco de autores que devem ser levados em consideração (com pioneiros, como João Vieira de Araújo, e com os representantes tardios, como Roberto Lyra ou mesmo Theodolindo Castiglione).

Uma parte da historiografia brasileira procurou escapar das armadilhas

dade e a lei. O código penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República, «Justiça & História», Porto Alegre, 2003, vol. 3, n. 6.

83 Aurelino Leal, *Germens do crime*, Bahia, Livraria Magalhães, 1896.

84 Esmeraldino Bandeira, *Relatório dos anos de 1909 e 1910 apresentado ao presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil em abril de 1910*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1910, pp. XX e XXXII, Disponível em: <<http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1906/000001.html>>, acesso em: 30/06/2011.

da genérica noção de “influência” – tão questionada, e, quando usada, já bastante burilada em outras disciplinas⁸⁵ – analisando o “como” da recepção das ideias positivistas no Brasil. Dentre as várias conclusões úteis, os fios que procuramos seguir aqui foram os dos aparentes becos sem saída da historiografia. A falta de originalidade, a dificuldade em encontrar as variações brasileiras de forma ou de conteúdo, isto é, de encontrar as relações entre os textos e o contexto brasileiro sem cair na genérica menção às transformações sociais do período. Além dos pontos que a historiografia já conseguiu perscrutar, a análise do binômio “escola clássica” versus escola positiva como dispositivo de construção de identidade, isto é, que depende da elaboração de uma memória sobre o passado, permitiu lançar luzes sobre o contexto especificamente jurídico que faz parte da “originalidade das cópias” brasileiras do positivismo italiano.

Nesse sentido, a falta de grandes tratados – no estilo carrariano, que Ferri chamava de vertente “doutrinária” da “escola clássica” – na literatura jurídico-penal brasileira do século XIX tendia a gerar a sensação de “vazio”. Falta, portanto, de um ponto de referência forte para o preenchimento desse lugar de memória positivista que é o conceito de “escola clássica”. Os pontos de referência fortes que restavam eram legislativos: o código de 1830, um código prestigiado e unitário muito anterior ao primeiro código unitário italiano, e o desprestigiado código de 1890. Ambos eram considerados “clássicos” pelos positivistas, mas o primeiro era bem visto por juristas como João Vieira de Araújo em função da sua heterodoxia, que o aproximava de certas demandas da escola positiva. Mas, em 1890, é promulgado um código, para os padrões positivistas, ainda mais “clássico” do que o anterior, invertendo, de certa forma, as expectativas da contínua evolução da visão de história da escola positiva. Diferentemente do código italiano de 1889, que, apesar de ser considerado ainda “clássico”, tinha prestígio, o código brasileiro de 1890 tornou-se o contraponto perfeito para os positivistas brasileiros: a peça que se encaixaria perfeitamente no esquema “escola clássica” versus escola positiva. Se faltavam referenciais doutrinários para que o binômio funcionasse ao ser transplantado para o contexto brasileiro, o código de 1890, poderíamos dizer, tornara-se uma engrenagem fundamental para essa transposição.

85 Basta pensar na disciplina *Literatura Comparada*. Para usar um exemplo brasileiro, veja-se o livro de síntese de Sandra Nitrini, em particular o capítulo *Conceitos Fundamentais*, que, em regra, gira em torno do problema do conceito de “influência” (Sandra Nitrini, *Literatura Comparada: história, teoria e crítica*, 2ª ed., São Paulo, EdUSP, 2000).

As tentativas da historiografia em compreender a recepção brasileira das ideias positivistas foram mais proficuas quando enfatizaram a vontade dos juristas brasileiros em inserir-se no debate internacional. Uma inserção que, conforme se procurou mostrar aqui, não era necessariamente simétrica à vontade de transposição. Ou seja, a vontade de inserção não era necessariamente correspondente à vontade de usar tais modelos para os problemas sociais ou criminais específicos da sociedade brasileira ou de transformar tais modelos segundo as exigências brasileiras. Já no plano da substituição do referencial doutrinário pelo legislativo, é possível enxergar, por assim dizer, uma efetiva transposição do modelo italiano no sentido de ser perceptível com clareza a presença do contexto brasileiro na configuração do discurso.

Eva Elizabeth Martínez Chávez

Rutas científicas y académicas.
Juristas republicanos españoles exiliados en México
durante el régimen de Franco

1. *Palabras preliminares*

La Guerra Civil Española (1936-1939) ocasionó un exilio masivo que peregrinó por diversos países europeos y americanos, principalmente. Al finalizar la contienda bélica fue Francia el destino más importante de los desplazados de la guerra; sin embargo, el peligro de ser regresados a la España dominada por el general Francisco Franco y el inicio de la Segunda Guerra Mundial mostraron a los españoles peregrinos la necesidad de salir de suelo francés. Las opciones no abundaban y el continente americano resultó una de las mejores alternativas para buscar refugio. Arribar a estos países no era tarea sencilla, entre otras cosas, debido a las reticencias que mostraron la mayoría de sus gobiernos para recibir republicanos; no obstante, por diversos medios se fue materializando la llegada a destinos como Argentina, República Dominicana, Chile, Puerto Rico, los Estados Unidos de América y México; este último fue el que más republicanos recibió. En esta marea humana se cuentan cientos de licenciados en derecho que se asentaron temporal o definitivamente a lo largo del continente americano.

A territorio mexicano llegaron más de trescientos licenciados en derecho, sin embargo, la mayoría se dedicó a actividades que poco o nada tenían que ver con el mundo jurídico, tales como las ventas, la enseñanza a niveles elementales, el periodismo, la literatura, la burocracia, la administración, e incluso la actuación. Esta lejanía con el derecho y la urgencia de atender las necesidades básicas en un país del que poco o nada conocían ocasionó que las aportaciones de este gran contingente quedaran reducidas a un grupo pequeño de juristas, agrupados principalmente en torno a la docencia universitaria. Es a ellos a los que enfocamos la investigación, debido a la importancia que tuvieron como medio de transmisión de teorías, textos, me-

todologías y contactos profesionales, personales e institucionales; además de que su vida y obra dejó una huella que, como migas de pan, es posible seguir y permite conocer las aportaciones que hicieron en el país en el que vivieron su exilio.

Antes de continuar es menester hacer un breve paréntesis para alertar al lector sobre el significado que tienen algunos de los términos usados de forma recurrente en la construcción del presente texto. Así pues, se debe entender que la base de las categorías de jurista, estudioso del derecho, práctico del derecho y catedrático de universidad, es la obtención previa de una licenciatura en derecho. Por lo tanto, cuando se habla de licenciados en derecho se hace referencia a aquellas personas que cursaron y aprobaron los cursos universitarios necesarios para concluir la carrera de derecho y obtuvieron el título respectivo; por su parte, se entiende por jurista a quien se consagró al estudio de la ciencia del derecho; práctico del derecho es aquel dedicado a la vida del foro; cuando se menciona a los catedráticos de universidad se está ante personas que enseñaron derecho en las aulas universitarias. Como dije, el punto coincidente se encuentra en la obtención de una licenciatura en derecho, ya que muchos de estos exiliados llegaron a sumar dos o más de estas categorías en su persona; así, por ejemplo, Rafael Altamira y Crevea¹ –en España y América– se dedicó a la enseñanza del derecho a nivel universitario y también fue un jurista reconocido

1 Rafael Altamira es uno de los juristas españoles del exilio que más páginas escritas ha merecido y sigue despertando el interés de los estudiosos que descubren en él nuevas facetas y temas de estudio conforme pasan los años. Sólo a modo de ejemplo véase las obras que han escrito sobre Altamira: Jamie del Arenal Fenochio, *Estudio preliminar: Las conferencias de Rafael Altamira en la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, en Rafael Altamira y Crevea, *La formación del jurista*, México, Escuela Libre de Derecho, 1993; Rafael Asín Vergara, *Estudio preliminar*, en Rafael Altamira, *Historia de la Civilización Española*, Barcelona, Crítica, 1988; de este mismo autor *Aproximación intelectual e ideológica a Rafael Altamira*, en *Rafael Altamira 1866-1951*, Alicante, Generalitat Valenciana, Instituto de Estudios “Juan Gil-Albert”, Diputación Provincial de Alicante, 1987; Javier Malagón Barceló, *Las clases de Don Rafael Altamira*, en Javier Malagón Barceló, y S. Zavala, *Rafael Altamira y Crevea. El historiador y el hombre*, México, UNAM/IIJ, 1986; Javier Malagón Barceló, *Don Rafael Altamira y Crevea (1866-1951)*, Necrología, «Revista de la Facultad de Derecho de México», 1-2, 1951; Francisco Moreno, *Rafael Altamira y Crevea (1866-1951)*, Serie Minor, Valencia, Generalitat Valenciana, Consell Valencià de Cultura, 1997 y Vincente Ramos, *Rafael Altamira*, Madrid, Alfaguara, 1968.

internacionalmente; lo mismo se puede decir de José Medina Echavarría² o Niceto Alcalá-Zamora y Castillo³.

2. Peregrinos en América

Los juristas republicanos salieron de España durante⁴ y al finalizar la Guerra Civil. Con el paso del tiempo algunos pudieron regresar a su patria, otros se trasladaron a países europeos y africanos y cientos lograron cruzar el Atlántico y asentarse en la aparente seguridad que ofrecía América⁵. Aunque el

2 El último trabajo del que tengo noticias sobre este prolífico jurista se publicó el presente año y fue escrito por una brillante investigadora que analizó su obra sociológica, al respecto véase Laura Angélica Moya López, *José Medina Echavarría y la sociología como ciencia social concreta (1939-1980)*, México, El Colegio de México/Centro de Estudios Sociológicos, 2013.

3 Niceto Alcalá-Zamora y Castillo trabajó incansablemente las décadas que permaneció exiliado en México, las huellas de su labor aún se pueden palpar en la obra publicada, los alumnos formados y los proyectos que apuntaló; sólo por citar algunos de los aspectos más visibles de su vasta labor intelectual en México y América.

4 Uno de los juristas que salió de España antes de que la Guerra Civil concluyera fue Luis Recaséns Siches, quien inició su exilio en Francia y se trasladó en 1937 a México, donde vivió hasta su muerte, ocurrida en la Ciudad de México en 1977. Cfr. Fausto E. Rodríguez, *Luis Recaséns Siches*, Necrología, «Boletín Mexicano de Derecho Comparado», Nueva Serie Año X, 30, 1977; Joaquín Ruiz Giménez, *Humanismo y humanidad de un gran maestro, en memoria de Luis Recaséns Siches*, Necrología, «Boletín Mexicano de Derecho Comparado», Nueva Serie Año X, 30, 1977; Benito de Castro, *Luis Recaséns Siches (1903-1978)*, en Rafael Domingo, (Edit.), *Juristas universales*, volumen IV, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 427-430; Vincente González Radó, *Recaséns Siches: Filosofía del Derecho y Sociología*, «Revista Galego-Portuguesa de Psicología e Educación», 10, Vol. 12, 2005 y Eva Elizabeth Martínez Chávez, *Recaséns Siches, Luis (1903-1977)*, en *Diccionario de catedráticos españoles de derecho, 1847-1843* [en línea], Universidad Carlos III de Madrid, consultado el 23 de septiembre de 2013.

5 La seguridad no siempre fue compañera de los juristas en el exilio. La muerte de Jesús de Galíndez Suárez así lo pone de manifiesto. Exiliado en República Dominicana, en donde fue profesor de derecho diplomático y consular en la Secretaría de Relaciones Exteriores. En 1946 se instaló en New York como delegado del gobierno vasco en los Estados Unidos, en este país también fue profesor en la *Columbia University*. En 1956 publicó el libro *La era de Trujillo* en el que atacaba duramente al dictador dominicano y se cree que por ese motivo fue secuestrado y trasladado a Santo Domingo, donde desapareció tras ser torturado. En Luis E. Otero Carbajal, (Dir.), *La destrucción de la ciencia en España*.

mayor número se asentó en México, su presencia no pasó desapercibida en los diferentes países en los que radicaron debido a las importantes aportaciones que realizaron al mundo del derecho.

El exilio de los juristas españoles se caracterizó por una gran movilidad, lo que no fue exclusivo de este grupo profesional. En algunas ocasiones las condiciones del país al que llegaron imponían la necesidad de buscar un nuevo refugio; esto ocurrió, por ejemplo, en Francia al iniciar la Segunda Guerra Mundial; en República Dominicana y sus lamentables condiciones para la recepción e integración de los exiliados o en Argentina al iniciar el peronismo. En estos casos el traslado resultaba la opción más sensata y con él se iniciaba un nuevo viaje y un nuevo comienzo hasta que el exiliado podía encontrar un destino final o al menos un lugar en el que pudiera permanecer con cierta estabilidad por un número considerable de años.

Así pues, países como México se convirtieron en destino de juristas que ya habían intentado establecerse sin éxito en Francia⁶, Colombia⁷, Polonia⁸, Cuba⁹,

Depuración universitaria en el franquismo, Madrid, Editorial Complutense, 2006, p. 136. «Según las investigaciones del FBI Jesús Galíndez fue secuestrado por Trujillo con la participación de agentes de policía norteamericana». El 12 de marzo de 1956, fue sacado de su departamento con una falsa orden de detención, para después conducirlo drogado a un aeropuerto privado de Nueva York, desde donde lo trasladaron a República Dominicana, «en donde transcurrieron sus últimas horas de vida, en las que sin duda fue torturado personalmente por el presidente del país Trujillo». En Iñaki Bernardo, y Iñaki Goiozana, *Galíndez: la tumba abierta. Guerra, exilio y frustración*, Bilbao, Sabino Arana Fundazioa, 2006, p. 301. Sobre la vida y muerte de Galíndez también véase Unanue, Manuel de Dios, *El caso Galíndez. Los vascos en los servicios de inteligencia de EEUU*, Navarra, Editorial Txalaparta, 1999.

6 La mayoría de los juristas que arribaron a territorio mexicano habían iniciado el viaje en Francia, entre ellos Rafael de Pina Milán, Gabriel Franco y López, Demófilo de Buen Lozano, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Antonio Sacristán Colás y Laureano Sánchez Gallego.

7 Desde este país llegó a México José de Benito Mampel y su esposa. Archivo General de la Nación (México), en adelante AGN, Secretaría de Gobernación, Siglo XX, Departamento de Migración, Serie Españoles, Caja 28, Expediente 170.

8 José Medina Echavarría, viajó desde este país hasta México. AGN, Secretaría de Gobernación, Siglo XX, Departamento de Migración, Serie Españoles, Caja 155, Expediente 71.

9 Wenceslao Roces Suárez y Mariano Ruiz-Funes se trasladaron a México desde esta isla. AGN, Secretaría de Gobernación, Siglo XX, Departamento de Migración, Serie Españoles, Caja 204, Expediente 101 y Caja 215, Expediente 104.

los Estados Unidos de América¹⁰ o, sin ánimo de ser exhaustivo, la República de Argentina¹¹. Como muestra de lo dicho tenemos la vida en el exilio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. La Guerra Civil lo lanzó a Francia, después se trasladó por algunos años a Argentina; en 1945 arribó a México y vivió en esas tierras hasta que se jubiló como profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)¹² y pudo regresar a España a ver llegar el fin de sus días¹³.

Ahora bien, la presencia de los juristas republicanos en América se distribuyó principalmente entre México, los Estados Unidos de América, Cuba, República Dominicana, Puerto Rico, Colombia, Venezuela, Chile y Argentina. A los Estados Unidos llegaron Fernando de los Ríos Urruti, Victoria Kent, Emilio González López, Alfredo Mendizábal Villalba, José Antonio Vandellos, Jesús Galíndez Suárez, Enrique Ramos Ramos, Francisco Ayala García-Duarte y Javier Malagón Barceló. Argentina acogió a Niceto Alcalá-Zamora y Torres, Luis Jiménez de Asúa, Mariano Gómez González, Fernando Torino Roldán, Jesús Prados Arrarte, Francisco Ayala García-Duarte, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Francisco Blasco Fernández de Moreda.

Los republicanos que eligieron Venezuela como su destino – temporal o definitivo –, fueron Justino de Azcárate Flores y Juan y Jesús Vázquez Gayoso¹⁴. Colombia recibió en su suelo a José María Ots Capdequí; en Cuba se instaló Francisco Félix Montiel-Giménez y temporalmente Mariano Ruiz-Funes

10 Es el caso de Felipe Sánchez-Román y Gallifa AGN, Secretaría de Gobernación, Siglo XX, Departamento de Migración, Serie Españoles, Caja 223, Expediente 119.

11 Niceto Alcalá-Zamora y Castillo llegó a México procedente de este país. Véase en Eva Elizabeth Martínez Chávez, *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985)*, en *Diccionario de cit.*, consultado el 23 de septiembre de 2013.

12 Archivo Histórico de la Universidad Nacional Autónoma de México, en adelante Ahunam, Dirección General de Personal Académico y Administrativo, Expediente 7909, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

13 Cfr. Manuel Cachón Cadenas, *Las oposiciones a la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza celebradas en 1932: mito y realidad*, «Justicia: Revista de derecho procesal», 1-2, 2008; Yolanda Blasco Gil y María Fernanda Manabebo, *Niceto Alcalá-Zamora Castillo y Pedro Urbano González de la Calle. Profesores exiliados y provisión de sus cátedras*, «Cuestiones pedagógicas: Revista de ciencias de la educación», 19, 2008-2009, y Manuel Cachón Cadenas, *Las oposiciones a la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago celebradas en 1932. Ingreso de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en el profesorado universitario*, «Justicia: Revista de derecho procesal», 26, 2012.

14 Julián Amo y Charmion Shelby, *La obra impresa de los intelectuales españoles en América. 1936-1945*, Stanford, California, «Stanford University Press», 1950, p. 123.

García; en Panamá residió transitoriamente Jesús Vázquez Gayoso y Demófilo de Buen Lozano; Alfredo Matilla Jimeno se instaló en Puerto Rico, a donde también llegaron Francisco Ayala García-Duarte y José Medina Echavarría; por su parte República Dominicana dio cobijo a Landelino Moreno Fernández y por algún tiempo a Alfredo Matilla Jimeno, Fernando Torino Roldán y a Jesús Galíndez Suárez¹⁵.

Como se aprecia, algunos nombres se repiten en varios países, esto se debe a que éstos sirvieron de “tránsito” para estudiosos del derecho que en un primer momento tenían como meta salir de Europa y ya en América buscaron trasladarse a lugares en donde contarán con mejores condiciones laborales o personales. Así pues, la presencia republicana se distribuyó a lo largo y ancho del continente americano. Pero, ¿cuál fue la razón para que estos juristas dejaran su patria, en ocasiones familia, posesiones y quereres? A contestar esta pregunta dedicaremos las siguientes páginas.

3. *Los motivos del exilio*

A poco de buscar se percibe la participación de los licenciados en derecho en el proyecto republicano y en su defensa durante la Guerra Civil Española, con mayor o menor visibilidad pero siempre presentes, lo que no pasó desapercibido por los franquistas y sus afanes depuradores. No es extraño pues que ante la pérdida de la contienda bélica eligieran el camino del exilio y la defensa de la República desde su lugar de residencia y apoyados de los medios que tuvieran al alcance, esto es: la pluma, la cátedra, las reuniones internacionales, las asociaciones de republicanos en el exilio, entre otros.

Tenemos, por ejemplo, que un gran número de profesores universitarios de derecho – catedráticos, auxiliares y ayudantes – decidieron salir de España debido a que sus actividades podían ser encuadradas en algunas de las causales que las leyes nacionales establecían para ser expulsados de la universidad y se les formara proceso, ya fuera por el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo¹⁶, por el Tribunal de Responsabilidades Políticas o algún otro órgano creado para castigar a los simpatizantes, colaboradores y defensores de la Republica.

15 Otero Carbajal, (Dir.), *La destrucción de la ciencia en España* cit, p. 136.

16 Para conocer el funcionamiento de este tribunal véase Guillermo Portilla Contreas, *La consagración del derecho penal de autor durante el franquismo: el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Granada, Comares, 2010.

Al revisar las actividades de estos profesores durante los años republicanos resulta evidente el grado de participación que tuvieron en este proyecto. Fernando de los Ríos Urruti fue ministro de justicia, diputado por Granada y embajador republicano en Francia y los Estados Unidos de América¹⁷, país en el que se exilia y muere; Luis Jiménez de Asúa fue electo diputado a Cortes Constituyentes, durante la Guerra Civil se desempeñó como diplomático en Polonia y Checoslovaquia y fue designado presidente de la República en el exilio¹⁸; también se exilió Mariano Ruiz-Funes García, quien durante los años republicanos fue diputado a Cortes por Murcia, ministro de agricultura y de justicia, encargado de negocios de España en Varsovia y embajador en Bruselas¹⁹; Gabriel Bonilla fue otro de los catedráticos que tuvo que dejar su patria pues durante la república había sido presidente del Consejo de Izquierda Republicana en Granada, candidato a Cortes Constituyentes en 1931 y consejero permanente de Estado²⁰; también debió exiliarse Felipe Sánchez-Román y Gallifa, diputado en las Constituyentes por Madrid y presidente de la Comisión Jurídica Asesora del gobierno de la República²¹. Otro destacado republicano fue Demófilo de Buen Lozano²², consejero permanente de Estado, vocal de la Comisión Jurídica Asesora, magistrado del

17 Otero Carbajal, (Dir.), *La destrucción de la ciencia en España* cit, p. 132.

18 Se exilió definitivamente en Argentina en donde vio llegar el final de sus días en 1970.

19 Vivió los años de exilio en México hasta su muerte en 1953. Cfr. Mariano Jiménez Huerta, *Mariano Ruiz Funes*, Necrología, «Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México», 17, 1953; Julián Calvo, *Semblanza de Mariano Ruiz-Funes*, «Derecho consuetudinario y economía popular» de la provincia de Murcia, Biblioteca Básica Murciana 17, Murcia, Consejería de Cultura y Educación, 1983; Luis Marcó del Pont, *Criminólogos españoles del exilio*, Madrid, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, 1986; Jorge. Fernández Ruiz, *La obra de don Mariano Ruiz-Funes García*, en Fernando Serrano Migallón, (Coord.), *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, UNAM/Facultad de Derecho, Porrúa, 2003, pp. 329-336; Concepción Ruiz-Funes, *Mariano Ruiz-Funes*, «Anales de Derecho», 23, 2005, pp. 329-342.

20 Véase en Eva Elizabeth Martínez Chávez, y Esteban Conde Naranjo, *Bonilla Marín, Gabriel (1888-1965)*, en *Diccionario de cit.*, consultado el 20 de septiembre de 2013.

21 Cfr. Javier Elola Fernández, *Felipe Sánchez Román y Gallifa (1893-1956)*, Necrología, «Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México», 25, 1956, pp. 355-358 y M. Ferrer Muñoz, *Felipe Sánchez-Román y Gallifa*, Fernando Serrano Migallón, (Coord.), *Los maestros del exilio español* cit., 2003, pp. 365-388.

22 Vivió su exilio entre México y Panamá. Murió en la Ciudad de México en 1946 a causa de una cirrosis hepática.

Tribunal Supremo, presidente del Consejo de Trabajo, vice-presidente del Instituto Nacional de Previsión y presidente del Tribunal Popular de Responsabilidades Civiles²³.

Por otra parte tenemos a aquellos juristas que se dedicaron a actividades como la política y que tuvieron una participación destacada durante el régimen republicano. Es menester iniciar este recuento con Niceto Alcalá-Zamora y Torres, primer presidente de la Segunda República Española²⁴; también fue estudioso del derecho Manuel Azaña, presidente del gobierno y presidente de la República²⁵. Como se puede apreciar, la participación de los juristas se localiza en los más altos cargos y puede rastrearse paulatinamente en los diversos espacios de la estructura republicana.

Al iniciar la Guerra Civil muchos de estos licenciados y juristas se comprometieron con la defensa de la República desde varias trincheras y con diverso nivel de responsabilidad. Su actuación se puede ubicar en la defensa armada, las actividades burocráticas-jurídicas dentro de España, las representaciones diplomáticas en el extranjero²⁶, a éstas se podrían sumar la difusión y defensa de las actividades republicanas por medio de la pluma en España y fuera de ella. La actuación de Luis Recaséns Siches se puede encuadrar en los dos últimos puntos mencionados, ya que viajó como miembro de una delegación enviada por el Frente Popular a París para explicar el problema español; en esa ciudad actuó como abogado consultor del Consulado General de la República española²⁷ y posteriormente se trasladó a México, desde donde siguió en contacto con los republicanos. Entre los que tomaron las armas para defender a la República se cuenta el catedrático Joaquín Rodríguez y Rodríguez, activo

23 Sobre la vida y obra de este jurista véase Néstor de Buen Lozano, *Biografía mínima de Demófilo de Buen*, en *Jornadas académicas en homenaje a la memoria del Dr. Demófilo de Buen*, «Anuario de Derecho», 7, 1967; en esta misma obra: Manuel Cano Llopis, *A la memoria del doctor Demófilo de Buen* y José Castástan Tobeñas, *La personalidad universitaria, científica y humana de Demófilo de Buen* y Marta Morineau, *Los profesores del exilio republicano español en la UNAM. Vida y obra de Demófilo de Buen Lozano*, en Fernando Serrano Migallón, (Coord.), *Los maestros del exilio español* cit., pp. 93-116.

24 Se exilió y murió en Argentina.

25 Se exilia en Francia, en donde muere en 1940.

26 Jacqueline Alejandra Ramos García, *Los juristas españoles del exilio republicano en México*, Tesis de maestría, UMSNH/Instituto de Investigaciones Históricas, 2007, p. 91.

27 Vicente González Radó, Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho y Sociología*, [en línea], «Revista Galego-Portuguesa de Psicología e Educación», 10, Vol. 12, 2005, p. 144. Consultada el 3 de septiembre de 2012.

participante en la contienda bélica como soldado en el frente de batalla y asesor jurídico del ejército republicano²⁸.

Como se aprecia, la participación de los licenciados en derecho en el proyecto republicano los situó en la mira de la represión franquista, lo que significaba un peligro para la conservación de sus medios de subsistencia –en el mejor de los casos–, la libertad, los bienes materiales y la vida. Ante estas amenazas no es difícil comprender que centenares abrazaran el exilio y la gran mayoría muriera sin poder regresar a su patria.

4. *Las aportaciones en México*

Más de setenta años han pasado desde la llegada de los juristas republicanos a suelo mexicano; sin embargo, su presencia aún es palpable, basta con prestar atención a los nombres de algunas aulas de la Facultad de Derecho de la UNAM o a ciertos espacios del Instituto de Investigaciones Jurídicas de esa misma universidad; también ofrece testimonio de su paso el vasto número de obras que publicaron y que – en algunos casos – siguen siendo consultadas por alumnos de las facultades de derecho de todo el país; o los discípulos que reconocen con gratitud las enseñanzas de sus maestros españoles²⁹, los que

28 Carlos Vargas Vasserot, *Emilio Langle y Joaquín Rodríguez: dos mercantilistas almerienses*, Almería, Universidad de Almería e Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1997; de este mismo autor la voz *Joaquín Rodríguez Rodríguez*, *Diccionario Biográfico Almeriense*, Instituto de Estudios Almerienses, 2006, pp. 335-337 y *Aportaciones al Derecho concursal de Joaquín Rodríguez y José A. Ramírez*, en Juan Ignacio Peinado Gracia y Francisco Javier Valenzuela Garach, (Coord.), *Estudios de Derecho Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 535. También véase Jorge Barrera Graf, *Joaquín Rodríguez (1910-1949)*, «Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México», 5, 1949; Javier Elola Fernández, *Joaquín Rodríguez y Rodríguez*, Necrología, «Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México», 4, 1949, y Antonio Octavio Piccato Rodríguez, *Joaquín Rodríguez Rodríguez. La empresa y el moderno Derecho Mercantil*, en Serrano Migallón, (Coord.), *Los maestros del exilio español* cit., pp. 315-328.

29 Andrés Lira González – preclaro historiador del derecho – con frecuencia evoca las enseñanzas de sus maestros exiliados, José Gaos o José Miranda. También Héctor Fix-Zamudio reconoce la labor de estos juristas al mencionar que perteneció a «una generación que se formó al lado de los notables catedráticos que llegaron a México con motivo de la dolorosa guerra civil y que significaron un extraordinario impulso para los estudios jurídicos mexicanos». Véase en Héctor Fix-Zamudio, *Discurso del profesor doctor Héctor Fix-Zamudio pronunciado en la Universidad de Sevilla el 11 de abril 1984, con motivo de su*

supieron despertar vocaciones por la docencia y la investigación, como reconoce el doctor Héctor Fix-Zamudio³⁰.

Al llegar los juristas del exilio a México se encontraron un país que aún resentía los efectos de una larga lucha armada (la Revolución Mexicana), los que también se habían dejado sentir en el mundo del derecho. Eran tiempos de adaptarse a las exigencias de los regímenes revolucionarios y a la conformación de actores y autoridades acordes con los nuevos tiempos. En el ámbito universitario convivieron varias generaciones de «maestros, aprendices y practicantes del derecho [...] El número de estudiantes de derecho aumentó; aparecieron algunas escuelas libres de derecho como respuesta a las limitaciones que imponían a la educación profesional los cambios “revolucionarios”. En la capital de la república destaca la fundación de la Escuela Libre de Derecho en 1912...». Se dio la continuación de una crítica que se venía haciendo desde los primeros años del siglo XX a la enseñanza, el aprendizaje y la práctica del derecho, pues se cuestionaba la «estrecha y rutinaria práctica utilitaria de la profesión» y se pretendía hacer de tales actividades «verdaderas funciones sociales»³¹.

El profesorado encargado de la enseñanza del derecho en la Universidad Nacional de México, cuya situación no difería en los estados de la república, «impartían la cátedra por convicción y en ocasiones, con sacrificio personal, ya que no existía una carrera académica» esta actividad les compensaba con prestigio pero debían complementarla con sus ocupaciones de «abogados, jueces o funcionarios públicos»³².

investidura como Doctor Honoris causa, en «Boletín mexicano de derecho comparado», Nueva Serie, Año XVIII, 52, 1985, pp. 523-526. Por su parte Sergio García Ramírez menciona que como otros estudiantes universitarios mexicanos tuvo «la fortuna de contar con maestros españoles» como Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Luis Recaséns Siches, Fernando Arilla Bás y Rafael de Pina Milán, todos éstos «de la más alta jerarquía académica, al lado de eminentes maestros mexicanos del mismo rango». Cfr. Sergio García Ramírez, *A setenta años de la migración republicana: los juristas*, «Revista Mexicana de Historia del Derecho», Segunda Época, vol. XXIII, 23, 2011, p. 213.

30 Cfr. Fix-Zamudio, *Discurso del profesor doctor Héctor Fix-Zamudio* cit., 1985, pp. 523-526.

31 Cfr. Andrés Lira, *Del realismo sociológico a la realidad profesional: La Escuela Nacional de Jurisprudencia en el periodo 1902-1929*, en *La UNAM en la historia de México. La universidad durante los gobiernos de Obregón y Calles. De Vasconcelos a la autonomía (1920-1929)*, Álvaro Matute Aguirre, (Coord.), México, UNAM, 2011, pp. 203-204.

32 Héctor Fix-Zamudio, *Palabras con motivo de la investidura como Doctor Honoris*

Así pues, la situación laboral de los profesores universitarios mexicanos distaba mucho de la que en España habían gozado los recién llegados, quienes después de oposiciones y sacrificios habían logrado obtener –en general– un medio de vida estable dedicados a la docencia y a la investigación. Este fue el escenario profesional que encontraron los juristas del exilio en las instituciones académicas mexicanas y al que debieron adaptarse y con el tiempo modificar en su favor.

A la distancia que dan los años pasados el saldo es favorable, ya que los juristas republicanos enriquecieron el mundo jurídico mexicano al servir como un privilegiado medio de transmisión por el cual llegaron a los Estados Unidos Mexicanos teorías, metodologías, textos, ideas y formas de trabajo provenientes de Europa; las cuales encontraron tierra fértil en los ambientes intelectuales del país receptor, por lo que pronto comenzaron a dar frutos, mismos que se vieron reflejados en cuestiones como la creación o reforzamiento de revistas jurídicas, seminarios e institutos de investigación, en la creación del doctorado en derecho, en la implementación del profesorado universitario de carrera, en la multiplicación de traducciones de obras – principalmente de autores europeos –, así como en la elaboración de textos académicos que fueron y siguen siendo punto de referencia para aquellos mexicanos que se adentran en el conocimiento del derecho.

Si ponemos nombre y apellido a estas aportaciones tenemos que a Felipe Sánchez Román y Gallifa se le reconoce la fundación del Instituto de Derecho Comparado; Javier Elola fue secretario y director de dicha institución y cuyo Boletín se debe a Joaquín Rodríguez y Rodríguez³³. Sobre este punto Héctor Fix-Zamudio recuerda que de «muy modestos principios, este Instituto fue apoyado en los años difíciles de sus inicios por otros juristas españoles del exilio como Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Javier Elola Fernández y Joaquín Rodríguez y Rodríguez, que conjuntamente con algunos mexicanos establecieron los cimientos de los que ahora podemos considerar como uno de los centros de investigación de mayor prestigio en Iberoamérica...», el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM³⁴.

Causa por la Universidad Complutense de Madrid (Madrid, España, 9 de abril de 2003), «Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional. Proceso y constitución», 1, 2004, p. 292.

33 Cfr. Fix-Zamudio, *Discurso del profesor doctor Héctor Fix-Zamudio* cit., pp. 523-526.

34 Véase Fix-Zamudio, *Palabras con motivo de la investidura* cit., 2004, p. 291.

Por otra parte tenemos a «don Demofilo de Buen, destacado civilista y don Manuel Pedrozo, forjador de varias generaciones de publicistas e internacionistas mexicanos». A esta lista se debe agregar a los formadores de grandes penalistas mexicanos, es decir, Constancio Bernaldo de Quiroz, Mariano Ruiz Funes y Mariano Jiménez Huerta. Rafael de Pina Milán fue «autor de numerosos estudios en varias disciplinas jurídicas pero especialmente en el terreno del derecho procesal», y a José Miranda se le tiene como un destacado jurista e historiador³⁵.

Ahora bien, la llegada de los juristas del exilio no sólo supuso un enriquecimiento para el mundo del derecho mexicano, también los recién llegados recibieron “influencias” de su nuevo entorno; sólo a manera de ejemplo se menciona a José Miranda González, quien en España se había dedicado al derecho político al lado de su maestro Adolfo González-Posada y en México se interesó – al grado de cambiar de especialidad – por la historia en general y la historia del derecho y de las instituciones en particular³⁶.

5. *La Revista de la Facultad de Derecho de México y los juristas del exilio*

Otro espacio en el que es posible rastrear la presencia y aportaciones de los juristas republicanos son las revistas – no sólo jurídicas – editadas en México y América. En México, estas publicaciones se originaron durante la segunda mitad del siglo XIX, un periodo caracterizado por el inicio de la independencia política ante la monarquía española; época también de las codificaciones, de la entrada en vigor de dos constituciones federales (las de 1824 y 1857), de reformas en la enseñanza y en el aprendizaje del derecho³⁷.

35 Cfr. Fix-Zamudio, *Discurso del profesor doctor Héctor Fix-Zamudio* cit., pp. 523-526.

36 Véase Archivo Histórico de la Junta para la Ampliación de Estudios, en adelante AHJAE, expediente de José Miranda González, JAE/100-613. En España José Miranda González es un nombre que poco o nada dice a historiadores e historiadores del derecho; sin embargo, en México sus obras son de consulta obligada para aquellos que incursionan en el estudio de la historia de las instituciones. A su pluma debemos textos como “El método de la ciencia política”, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas. Primera parte 1521-1820, La función económica del encomendero en los orígenes del régimen colonial: Nueva España 1525-1531 o Humboldt y México*.

37 Sobre este tema véase los trabajos de María del Refugio González, *El Derecho civil*

En este marco histórico tenemos que las revistas editadas durante la segunda mitad del siglo XIX y primeros años del siglo XX fueron creadas atendiendo a intereses localizados, en los que la clase jurídica nacional – abogados, jueces, notarios o agentes del ministerio público – tuvieron una participación destacada, ya fuera fomentándolas o colaborando con letras para nutrir sus páginas. Estas publicaciones fueron un medio de difusión de los nuevos tiempos jurídicos que se gestaban en el país, ya que «a la novedad del derecho positivo, creado y aplicado por instituciones estatales, corresponde así la revista como novedosa consecuencia: pues en sus páginas se elaboraron los modos de expresión y de pensamiento que exigía el nuevo orden nacional»³⁸. Así pues, la necesidad de difundir y comentar el contenido de los nuevos códigos nacionales (entiéndase código civil de 1870, reformado en 1884 o código penal de 1871) dio razón de ser a varias publicaciones periódicas de corte jurídico.

La llegada del siglo XX encontró a un México hundido en la Revolución Mexicana, lo que sin duda fue un factor para minar la continuidad de las publicaciones jurídicas. Posteriormente, ya en el periodo posrevolucionario, las revistas jurídicas representaron un espacio que poco a poco dejó de ser dominio exclusivo de los prácticos del derecho y con el transcurso del tiempo reflejaron un interés cada vez más marcado por la ciencia jurídica. En esos años se puede percibir la tendencia de las diferentes academias por contar con su propio órgano de información y difusión y la participación cada vez más activa del ámbito universitario – alumnos y profesores –.

Fue este último escenario el que encontraron los juristas del exilio. Me voy a enfocar en la experiencia que tuvieron este grupo de estudiosos del derecho en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia y su heredera, la Revista de la Facultad de Derecho de México³⁹. Los motivos que me han conducido

en México. 1821-1871. *Apuntes para su estudio*, México, UNAM/IIJ, 1988, p. 163; Miguel Ángel Castro y Guadalupe Curiel, (Coord.), *Publicaciones periódicas mexicanas del siglo XIX: 1856-1876. (Parte I)*, México, UNAM/Coordinación de Humanidades/Instituto de Investigaciones Bibliográficas/Seminario de Bibliografía Mexicana del siglo XIX, 2003, pp. 58-59 y Manuel Cruzado, *Memoria para la bibliografía jurídica mexicana*, México, Antigua Imprenta de E. Murguía, 1894, pp. 90-107.

38 Carlos Petit, *Revistas españolas y legislación extranjera. El hueco del derecho comparado*, en Michael Stolleis y Thomas Simon, *Juristische Zeitschriften in Europa*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2006, p. 417.

39 La *Revista de la Facultad de Derecho de México* lleva este nombre a partir de 1951 y tiene su antecedente inmediato en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*.

a prestar especial atención a esta revista son varios, entre los que se cuenta el hecho de ser una publicación de corte universitario que, con nombres e intereses diversos, ofrece una amplia visión de los principales temas jurídicos que ocuparon la atención de los estudiosos del derecho relacionados con la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la máxima casa de estudios mexicana. Desde luego, su participación en las revistas mexicanas no se limita a esta publicación, al contrario, las plumas de los exiliados fueron prolíficas en trabajos aparecidos en publicaciones como *El Economista*⁴⁰, *Criminalia* o el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*⁴¹, sólo por mencionar algunas.

En 1939 – año de la llegada del mayor número de juristas republicanos – la proliferación de las revistas jurídicas mexicanas es evidente, así como el desarrollo y la ampliación de los intereses jurídicos en el país. Eran tiempos de incorporación y difusión de ideas y textos provenientes del extranjero, de una actividad nacional intensa, de modificaciones y reorganizaciones sociales e institucionales; una época de conflictos mundiales, y movilidad demográfica. Este marco fue testigo del nacimiento de la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*; publicación que tuvo como Director General a quien estuviera al frente de esa casa de estudios, pero, sin que esa jefatura pasase de nominal, ya que los quehaceres administrativos les impedían consagrarle especial atención. Fueron, pues, otras personas quienes de manera efectiva sacaron adelante la *Revista*.

cia (1939 a 1950); antes de ésta se pueden rastrear varias publicaciones de la Escuela de Jurisprudencia, entre ellas la *Revista de Ciencias Sociales* (1922-1931); *Jus*, con un solo número en 1933, – distinta a la de igual nombre que empezó a publicarse en 1938 –; y la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* que salió a la luz pública a partir de junio de 1936. Se tienen noticias, sin tener datos ciertos, de otra revista que se editó en las postrimerías del siglo XIX o comienzos del XX. Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Índices de la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomos I-XII, Número 1-18, 1939-1950, México, UNAM, 1961, p. 3.

40 En *El Economista* llegó a publicarse un trabajo de José Loredó Aparicio, titulado *La situación económica de España antes y después de la guerra*. Véase en *El Economista*, Año 1, 1, 1939, pp. 11-14.

41 En la revista *Criminalia* colaboraron, entre otros, Julián Calvo Blanco, Mariano Ruiz-Funes, Mariano Jiménez Huerta, Rafael Altamira y Crevea, Luis Jiménez de Asúa, Constancio Bernaldo de Quirós. Cfr. Alejandra Ramos García, *Los juristas del exilio español en la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Dos estudios de caso: Luis Recaséns Siches y Mariano Jiménez Huerta*, Tesis doctoral inédita, UMSNH/Instituto de Investigaciones Históricas, 2011, pp. 139 y ss.

De entre los responsables de la buena marcha de la Revista saltan a la vista los nombres de Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Javier Elola Fernández, Luis Recaséns Siches, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Rafael de Pina. Todos estos juristas pertenecen al numeroso contingente que arribó a México después de la Guerra Civil Española y resulta evidente su participación en la publicación y consolidación de esta revista. El propio Niceto Alcalá-Zamora en 1961 daba noticias de la labor desempeñada por los responsables de la Revista con las siguientes palabras: «Tras los balbuceos de los once primeros números, el Dr. Rodríguez le imprime una orientación definida y certera, que se prosigue y aquilata en la época del doctor Recaséns. Fijados por ellos dos sus características, me preocupé por estabilizar su marcha»⁴².

Los juristas exiliados iniciaron su colaboración en las tareas administrativas de la Revista a partir de su número 12, es decir, en la segunda mitad del año 1941. Lo cual es comprensible si se piensa que el arribo de los juristas republicanos se inició de forma tímida allá por 1937 y se intensificó a partir de 1939. Sin embargo, su participación no se limitó a estas actividades, sino que colaboraron asiduamente con trabajos escritos que nutrieron el cuerpo de la Revista. Lo anterior se puede rastrear a partir del tercer número de ésta, con un texto del doctor Luis Recaséns Siches⁴³. Así, junto a trabajos firmados por juristas mexicanos de la talla de Eduardo Pallares, Ignacio Burgoa, Mario de la Cueva, Francisco Porrúa o Eduardo García Máynez, aparecen textos de exiliados como Luis Recaséns Siches, Antonio Moles Caubet, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Rafael de Pina Milán, Antonio Gazol Santafé, Demófilo de Buen Lozano, Mariano Ruiz-Funes, Javier Elola Fernández, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ricardo Calderón Serrano, Rafael Altamira y Crevea, Mariano Jiménez Huerta o Javier Malagón Barceló. En suma, a partir del tercer número de la Revista en sus páginas es constante la aparición de trabajos salidos de las plumas de los exiliados.

La implantación del doctorado en Derecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia ocasionó que ésta se transformara en Facultad de Derecho; la revista que dependía de dicha Escuela también fue alcanzada por las modificaciones y cambió de nombre, designándose como Revista de la Facultad de Derecho de México, cambios con los que a partir de 1951 emprendió su segun-

42 Castillo, *Índices de la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* cit., p. 6.

43 Luis Recaséns Siches, *La seguridad como motivo de lo jurídico*, «Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia», 3, 1939.

da época, con nueva seriación para tomos y números⁴⁴. En esta publicación, al igual que en su antecesora, se puede apreciar una colaboración constante de los juristas peninsulares exiliados.

6. *Redes en el exilio*

Las grandes aportaciones que realizaron los juristas del exilio español difícilmente se podrían entender sin tener en cuenta las complejas redes en las que se insertaron y cuyo tejido inició en Europa antes de que se vieran obligados a dejar su patria y se ampliaron en el exilio. Estas redes – familiares, profesionales, afectivas, políticas, ideológicas, gremiales, religiosas, institucionales, entre otras – se entrecruzaron, modificaron, recrearon, ampliaron, redujeron, pero sin duda, no permanecieron estáticas.

La vida del escritor y jurista Francisco Ayala ofrece un mirador ejemplar del funcionamiento de las redes en el exilio⁴⁵. Después de obtener su licenciatura en derecho viajó a Alemania para ampliar sus estudios. Durante su estancia en ese país conoció sus universidades y entabló relaciones con juristas como Hermann Heller, quien años después, con la llegada del nazismo al poder, se trasladaría a la Península Ibérica, tierra en la que la muerte lo sorprendió al poco tiempo de su llegada⁴⁶.

El primer viaje que Francisco Ayala realizó a tierras americanas – visitó Uruguay, Argentina, Chile y Paraguay – y la red de amistades que durante él sumó resultarían trascendentales en la vida de nuestro escritor peregrino, pues fue a uno de estos países, Argentina, al que se dirigió al ver perdida la Guerra Civil⁴⁷. La red que Ayala inició en su primer viaje americano se amplió con el transcurso de los años y sus continuos cambios de residencia; así, fue agregando a su urdimbre de contactos a las personas que conoció durante su estancia en Brasil (1945), los años que pasó en Puerto Rico, su experiencia en

44 Castillo, *Índices de la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* cit., p. 3.

45 Aunque Francisco Ayala no radicó en México sí visitó en varias ocasiones el país y mantuvo una estrecha colaboración con instituciones mexicanas como el Fondo de Cultura Económica, El Colegio de México y la UNAM.

46 Noticias sobre de la vida y obra de este jurista y politólogo pueden consultarse en Cristioh Müller, *Hermann Heller (1891-1933). Vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat*, en Helmut Heinrichs, Harald Franzki, Klaus Schmalz y Micheal Stolleis, *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993, pp. 767-780.

47 Cfr. Francisco Ayala, *Recuerdos y olvidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 260.

los Estados Unidos de América y los diversos viajes que realizó a Europa y a países americanos como Cuba y México⁴⁸. A este entramado se debe, desde luego, incorporar a las personas con las que coincidió, física, espiritual, intelectual o ideológicamente en España; muchas de las cuales compartieron con él la experiencia del exilio.

La red intelectual en la que se movía Ayala estaba compuesta de diversos niveles: uno lo constituían los exiliados españoles asentados en América; otro podemos ubicarlo entre los intelectuales de los diversos países americanos con los que el escritor se relacionó, y entre los que podemos mencionar a Arnaldo Orfila Reynal, Victoria Ocampo, Francisco y José Luis Romero en Argentina; Daniel Cosío Villegas, Samuel Ramos, Alfonso Reyes, Jesús Silva Herzog y Leopoldo Zea en México; y Eugenio Fernández Méndez en Puerto Rico, sólo por citar a algunos. También se debe tener en cuenta a aquellos intelectuales europeos – no españoles –, que se exiliaron en América y con los que Ayala se vinculó en los diferentes países que visitó o en los que asentó su residencia; finalmente, se deben considerar los vínculos que conservó dentro de la España franquista.

Las redes fueron un medio efectivo para facilitar la comunicación y ayuda entre sus miembros – en este caso los juristas exiliados –, pues a través de ellas fue posible conocer lo que sucedía en países tan lejanos geográficamente como los Estados Unidos de América y Brasil. Estas redes también permitieron estar al tanto de las actividades de los colegas en el exilio, las obras que se escribían y publicaban, los autores que se leían, los proyectos que se iniciaban, las instituciones en las que colaboraban y en las que era posible incorporarse, las posibilidades de publicación en las diferentes empresas editoriales en las que se encontraban insertos; la situación político-social-cultural-laboral de los diferentes países en los que se asentaron y un largo etcétera.

7. Rutas científicas y académicas

Después de abordar el tema de las redes tejidas por los juristas del exilio es posible comprender con mayor claridad la idea de tránsito, no sólo de personas, sino de teorías, textos o doctrinas. Como es sabido, a América llegó, junto con los estudiosos del derecho exiliados, un legado que durante déca-

48 La primera vez que Ayala visitó el territorio de los Estados Unidos Mexicanos fue en 1952.

das se fue forjando en España; un esfuerzo que recayó en gran medida en la Junta para la Ampliación de Estudios y las becas que ésta otorgó para que destacados juristas salieran a países como Alemania, Italia, Francia o Austria a perfeccionar sus conocimientos. En esos países iniciaron el contacto con eminentes estudiosos del derecho y conocieron sus obras. Con algunos de estos maestros compartirían el destino del exilio y continuarían colaborando en proyectos académicos.

Así, podemos encontrar a un Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, exiliado en Argentina y México, difundiendo asiduamente obras elaboradas por procesalistas italianos - utilizando como medio las reseñas bibliográficas -, o divulgando sus teorías en las aulas de clases o por medio de seminarios y conferencias. Es importante destacar que este procesalista no sólo mantuvo un constante dialogo con sus colegas europeos sino que se interesó y difundió las obras salidas de la pluma de juristas americanos⁴⁹. Por otra parte, tenemos la relación que se mantuvo en el exilio entre Hans Kelsen – exiliado en los Estados Unidos de América – y Luis Recasens Siches –asentado en México –⁵⁰. Es pertinente mencionar que la obra de Hans Kelsen ya era conocida en México al arribar los juristas españoles pues profesores como Mario de la Cueva⁵¹ y Eduardo García Máynez⁵² habían viajado a Alemania y Austria y conocido sus trabajos; los que difundieron a través de traducciones⁵³ y sus cátedras en la Escuela Nacional de Jurisprudencia; sin embargo, con la llegada de estudio-

49 Véase la «Revista de la Facultad de Derecho de México», 1951 y años siguientes.

50 Recasens Siches realizó una estancia de investigación en Viena, donde conoció personalmente a Hans Kelsen y su obra, la que en años posteriores tradujo al español. Cfr. E. Ahjae, 121, 72. Entre las traducciones que Recasens realizó a la obra del maestro de Viena se encuentran: *Compendio esquemático de una teoría general del Estado* y *Compendio de Teoría General del Estado*.

51 Mario de la Cueva viajó a Alemania en 1931; durante 1932 y 1933 escuchó las lecciones de Nicolai Hartmann, David Baumgarten, Eduardo Spranger, Werner Sombart, Carl Schmitt, Rodolfo Smend, Karl Hans Nipperdey y Hermann Dersch. Véase en Eduardo García Máynez, *Datos biográficos del doctor Mario de la Cueva*, en *Homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, 1981, p. 13.

52 Sobre la vida de Eduardo García Máynez véase Jorge Carpizo, *Prefacio u homenaje al maestro Eduardo García Máynez en ocasión de la quincuagésima edición de esta obra*, en Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 53ª edición, reimpresión, México, Porrúa, 2002, pp. VII-XIX.

53 Por citar un ejemplo tenemos la traducción de la obra de Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducida por Eduardo García Máynez y publicada por primera vez en México en 1949, reeditada en 1958 y reimpresión infinidad de ocasiones.

sos como Recaséns Siches se reforzó esta influencia y se concretó la primera y única visita de Kelsen a México, cuando ya se encontraba éste en el exilio americano⁵⁴.

A modo de conclusión podemos decir que la Guerra Civil Española originó una diáspora de juristas que se asentaron en diversas partes del mundo y quienes fueron un medio de transmisión de teorías, metodologías y obras escritas - principalmente europeas -, gracias a las cuales se enriqueció el mundo académico-jurídico de los países en los que se exiliaron, o en los que dejaron sentir su presencia. Las redes en las que se insertaron estos estudiosos del derecho facilitaron dicha transmisión, además de ser un medio por el que la producción intelectual de estos juristas fue difundida entre los colegas avocados en los diferentes países americanos y europeos. Como ejemplo baste mencionar la circulación que tuvieron las obras escritas o traducidas por los juristas españoles y publicadas por la editorial Fondo de Cultura Económica, que llegó a tener presencia en América y España⁵⁵.

54 Sobre la visita de Kelsen a México da noticias Fausto E. Rodríguez García en H. Kelsen, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, traducción de Emilio O. Rabasa, México, UNAM, 1960, pp. 201-204. También el doctor Emilio O. Rabasa fue un elemento clave para concretar la visita de Hans Kelsen a México. Para afirmar esto me baso en la entrevista realizada al doctor Emilio Rabasa Gamboa el 27 de noviembre de 2012.

55 Sobre esta importante empresa editorial véase el trabajo de Víctor Díaz Arciniega, *Historia de la casa. Fondo de Cultura Económica, 1934-1994*, México, FCE, 1994.

Autores

Massimo Meccarelli, Profesor de Historia del derecho medieval y moderno, Università di Macerata, Italia.

Paolo Palchetti, Profesor de Derecho internacional, Università di Macerata, Italia.

María Julia Solla Sastre, Profesora de Historia del derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España.

Pablo Zapatero Miguel, Profesor de Derecho internacional, Universidad Carlos III de Madrid, España.

Maria Chiara Vitucci, Profesora de Derecho internacional, Seconda Università di Napoli, Italia.

Arno Dal Ri Jr., Profesor de Teoría e Historia del Derecho Internacional, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil.

Flavia Stara, Profesora de Filosofía de la educación, Università di Macerata, Italia.

Ferdinando Mazzarella, Profesor de Historia del derecho medieval y moderno, Università di Palermo, Italia.

Ricardo Sontag, Profesor de Historia del derecho, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.

Eva Elizabeth Martínez Chávez, Profesora invitada, El Colegio de Michoacán, México.

ÍNDICE

Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti	
Derecho en movimiento: una cuestión teórica nada convencional . . .	9
1. Consideraciones previas	9
2. Las razones del movimiento del derecho	11
3. La espacialización del derecho en movimiento	13
4. Retroacción del derecho en movimiento	15
5. Un replanteamiento de la terminología para una nueva aproximación hermenéutica	18

Espacios

María Julia Solla Sastre	
El gobierno de la especialidad. Personas y cuerpos en movimiento entre España y Ultramar (1850-1885)	21
1. “...Se ha establecido una línea de vapores entre la Península y las islas de Cuba y Puerto Rico...”	23
2. “...La conciencia del gobierno, formada por la observancia de los hechos sociales y por la provechosa enseñanza de la historia...”	29
- Del recuerdo de la grandeza del Consejo de Indias a la pequeña realidad de la Dirección General de Ultramar: en busca de un “órgano colegiado con quien consultar”	30
- La implantación de los Consejos de Administración de Ultramar “para las multiplicadas exigencias de una administración complicada”	34

3. “Una de las más arduas y trascendentales cuestiones que el Gobierno debe resolver en Ultramar es la relativa al personal de la Administración que se envía...”	51
- “¿Qué acierto hemos de suponer de los funcionarios de las provincias de Ultramar cuando desconocen las necesidades, las costumbres, las inclinaciones y el carácter de sus moradores?”	52
- En pos del “cuerpo compacto en lo heterogéneo”: una magistratura para las colonias de Ultramar	55
4. “...Se puede y debe dar a las provincias de Ultramar las leyes que exigen el buen gobierno de aquellos pueblos, y asimismo modificar y aun derogar las que en el día existen...”	67
 Pablo Zapatero Miguel	
Acción y reacción en la lucha contra la impunidad: el caso del Genocidio Maya	73
1. Fuera de casa	73
2. Acción lateral	79
3. Vuelta a casa	83
4. Avance y pausa	85
5. Acción y reacción	92
 Maria Chiara Vitucci	
Some considerations on the two-way circulation of legal concepts and experiences between colonies and motherland	97
1. First direction of movement: from motherland to colonies	97
2. Opposite movement of decriminalisation of homosexual acts	98
3. Second direction of movement: from colonies to motherland	101
4. Conclusion: to be continued	104
 Arno Dal Ri Jr.	
El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: de la “gran naturalización” de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado nuevo (1889-1945)	107
1. Introducción	107
2. “Emblanquecer” una nación	109
3. La incorporación forzada de extranjeros blancos a través de la «Gran Naturalización»	113

4. De ciudadanos conmemorados a huéspedes indeseados: inmigrantes y «súbditos del eje» ante las normas de seguridad nacional del Estado Nuevo	131
5. Reaplicando la «gran naturalización»	141
6. Consideraciones finales	143
Flavia Stara	
Women in motion: effetti e aspettative delle migrazioni al femminile	145
Saberes	
Ferdinando Mazzarella	
La «Escuela social del derecho» entre Europa y Brasil. Encuentros y desencuentros ante las transformaciones de fin de siglo	157
1. La percepción italiana de un contexto en transformación	157
2. Un horizonte común. “Heterodoxias” europeas a finales del siglo XIX	161
3. La nueva perspectiva del jurista	164
4. Variedad de fórmulas, afinidad de sustancia: derecho histórico-social, derecho vivo, derecho libre, derecho natural	170
5. Teoría de las fuentes y naturaleza de la ley	176
6. La centralidad del intérprete y la elección del método	180
7. Parámetros objetivos y rechazo del subjetivismo entre la libre investigación y el derecho libre	185
8. Tierras fértiles. Diálogos “brasileños” con la renovación europea	195
Ricardo Sontag	
A escola positiva italiana no Brasil entre o final do século XIX e início do século XX: a problemática questão da “influência”	203
1. Introdução	203
2. «Tudo começou em 1884»: Recife versus São Paulo	205

ÍNDICE

3. Como e por que escola positiva no Brasil?	212
- Circulação de papeis	212
- Autoritarismo brasileiro / autoritarismo positivista?	214
- A escola positiva e a tradição jurídica brasileira	215
4. Considerações finais	228
Eva Elizabeth Martínez Chávez	
Rutas científicas y académicas. Juristas republicanos españoles exiliados en México durante el régimen de Franco	231
1. Palabras preliminares	231
2. Peregrinos en América	233
3. Los motivos del exilio	236
4. Las aportaciones en México	239
5. La Revista de la Facultad de Derecho de México y los juristas del exilio	242
6. Redes en el exilio	246
7. Rutas científicas y académicas	247
Los autores	251
Índice	253

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Origenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>

8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>
12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16023>

17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Líbano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el Derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18295>
25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18340>

26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía e imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19296>
28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid 2014, 487 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19797>
32. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 2015, 87 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20199>
33. Massimo Meccarelli y Paolo Palchetti (eds.), *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, 256 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20251>
34. Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Madrid 2015, 193 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20259>