

LIV 2023/1

ESPAI I HISTÒRIA

MILLARS



**CONFLICTO, SOCIEDAD Y DERECHO
EN ESPAÑA (SS. XVIII-XX)**

LIV 2023/1

ESPAI I HISTÒRIA

MILLARS

REVISTA MILLARS. ESPAI I HISTÒRIA. -T. 1 (1974). -Castelló de la Plana:
Publicacions de la Universitat Jaume I, [1974]-

v.; 25 cm

És continuació de: Millars

Descripció basada en: n.17 (1994)

ISSN 1132-9823

I.Universitat Jaume I (Castelló). Publicacions de la Universitat
Jaume I

26 TOMO LIV (2023/1)

Direcció: Vicent Sanz Rozalén (Universitat Jaume I)

Secretaria Editorial: Cristina Igual Castelló (Universitat Jaume I)

Secretaria Tècnica: Martha Rodríguez Coronel (Universitat Jaume I)

Consell de Redacció:

Josep Benedito (Universitat Jaume I); Maria Bonet (Universitat Rovira i Virgili); Françoise Crémoux (Université Paris 8); Joan Manuel Marín (Universitat Jaume I); Carles Rabassa (Universitat Jaume I); Claudia Rosas (Pontificia Universidad Católica del Perú); Patricia Solis (Arizona State University)

Consell Assessor:

Pedro Barceló (Universität Postdam); Walther Bernecker (Universität Erlangen-Nürnberg); Aura Margarita Calle (Universidad Tecnológica de Pereira); Manuel Chust (Universitat Jaume I); Carmen Corona (Universitat Jaume I); Gloria Espigado (Universidad de Cádiz); Juan José Ferrer (Universitat Jaume I); Antoni Furió (Universitat de València); Paola Galetti (Università di Bologna); Antonio Gil Olcina (Universitat d'Alacant); Angeles González (Universidad de Sevilla); Robert Kent (California State University); Ana María Leyra (Universidad Complutense de Madrid); Clelia Martínez Maza (Universidad de Málaga); Víctor Mínguez (Universitat Jaume I); Enrique Montón (Universitat Jaume I); Inmaculada Rodríguez (Universitat Jaume I); Luis Sánchez Ayala (Universidad de Los Andes); Javier Soriano (Universitat Jaume I); Cécile Vincent-Cassy (Université Paris 13)

- CARHUS Plus+ - CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas) - Dialnet - DICE (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Jurídicas) - IN-RECS (Índice de impacto de Revistas Españolas de Ciencias Sociales) - ISOC Índice Español de Ciencias Sociales y Humanidades (CSIC) - Latindex - MIAR (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes) - RACO (Revistes Catalanes amb Accés obert) - REGESTA IMPERII: Akademie der Wissenschaften und der Literatur - RESH (Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas) - Ulrich's

DOI: <http://dx.doi.org/10.6035/Millars>

<http://dx.doi.org/10.6035/Millars.2023.54>

Millars. Espai i Història no s'identifica necessàriament amb els continguts dels articles publicats. Prohibida la reproducció total o parcial dels articles sense l'autorització prèvia.

Dipòsit legal: CS-84-96

Disseny: Espai Paco Bascuñán-www.espaciopacobascunan.com

Impressió: Ulzama Digital www.ulzama.com

Foto de portada: Steve Buissonne. Imagen de Mate, Ajedrez y Bordo. 2016



Aquest text està subjecte a una llicència Reconeixement-CompartirIgual de Creative Commons, que permet copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra sempre que s'especifiqui l'autoria i el nom de la publicació fins i tot amb objectius comercials i també permet crear obres derivades, sempre que siguin distribuïdes amb aquest mateixa llicència.

La publicació de *Millars. Espai i Història* compta amb el suport del Vicerectorat d'Investigació i Transferència per la seua edició.

Dossier

JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN (COORD.)

CONFLICTO, SOCIEDAD Y DERECHO EN ESPAÑA (ss. XVIII-XX)

Presentación.....9

JOSÉ J. ALBERT MÁRQUEZ

La retórica como práctica discursiva de resolución de conflictos

Rhetoric as a discursive practice of conflict resolution.....19

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA

Colisión de ordenanzas, costumbres y derechos en un pleito
castellano del siglo XVIII

A clash of ordinances, customs and rights in a castilian lawsuit
in the eighteenth century.....43

MARÍA JOSÉ COLLANTES DE TERÁN

Análisis histórico-jurídico del delito de sedición en la España
del siglo XIX

Historical-legal analysis of the crime of sedition in 19th century
Spain.....71

DIEGO MEDINA MORALES

La labor del jurista en la resolución del conflicto social.
El Derecho como sistema de comunicación y de entendimiento social

The work of the jurist in the resolution of social conflict. Law as
a system of communication and social understanding.....95

SARA MORENO TEJADA

La igualdad jurídica. Una aspiración histórica de la lucha femenina (1975-1981)

Juridical equality. A historical aspiration of the women's fight (1975-1981).....115

MIGUEL PINO ABAD

El Real decreto de 4 de junio de 1847 sobre conflictos de competencia entre autoridades administrativas y judiciales

The Royal decree of june 4, 1847 on conflicts of competence between administrative and judicial authorities.....147

ROCÍO RODRÍGUEZ MÁZ, JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN

Justicia popular versus justicia letrada en los inicios del constitucionalismo español (1812-1823)

Popular justice versus legal justice in the early days of spanish constitutionalism (1812-1823).....171

ADOLFO SÁNCHEZ HIDALGO

Decisiones jurídicas y conflictos sociales. Perspectiva desde la teoría comunicacional del derecho

Legal decisions and social conflicts. A perspective from the communicational theory of law.....203

VICTORIA SANDOVAL PARRA

La autoría criminal durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)

Criminal authorship during the dictatorship of Primo de Rivera (1923-1930).....231

Estudis**JORDI PLANAS, VICENTE PINILLA, SALVADOR CALATAYUD**

Samuel Garrido: una contribución fundamental a la historia económica y la historia agraria

Samuel Garrido: A fundamental contribution to economic and agrarian history.....267

Dossier

Conflicto, Sociedad y Derecho en España (ss. XVIII-XX)

José Antonio Pérez Juan
Coordinador

PRESENTACIÓN

Conflicto, Sociedad y Derecho en España (ss. XVIII-XX)

JOSÉ J. ALBERT MÁRQUEZ

La retórica como práctica discursiva de resolución de conflictos

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA

Colisión de ordenanzas, costumbres y derechos en un pleito castellano del siglo XVIII

MARÍA JOSÉ COLLANTES DE TERÁN

Análisis histórico-jurídico del delito de sedición en la España del siglo XIX

DIEGO MEDINA MORALES

La labor del jurista en la resolución del conflicto social. El Derecho como sistema de comunicación y de entendimiento social

SARA MORENO TEJADA

La igualdad jurídica. Una aspiración histórica de la lucha femenina (1975-1981)

MIGUEL PINO ABAD

El Real decreto de 4 de junio de 1847 sobre conflictos de competencia entre autoridades administrativas y judiciales

ROCÍO RODRÍGUEZ MÁS, JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN

Justicia popular versus justicia letrada en los inicios del constitucionalismo español (1812-1823)

ADOLFO SÁNCHEZ HIDALGO

Decisiones jurídicas y conflictos sociales. Perspectiva desde la teoría comunicacional del derecho

VICTORIA SANDOVAL PARRA

La autoría criminal durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)

PRESENTACIÓN

Conflicto, Sociedad y Derecho en España (ss. XVIII-XX)

José Antonio Pérez Juan
(Universidad Miguel Hernández)

El devenir de la Historia de la humanidad ha estado vinculado a la dinámica de la conflictividad social. Al respecto, no debemos olvidar que el conflicto es tan antiguo como la propia vida humana comunitaria. Partimos, pues, de un concepto amplio o general de este proceso que consiste “en un enfrentamiento o choque intencional entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan los unos hacia los otros una intención hostil, generalmente acerca de un derecho, y que, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro, usando eventualmente la violencia, la que podría llevar al aniquilamiento físico del otro”.¹

En este sentido, es conocida la relación existente entre el conflicto y el Derecho en sentido amplio. Basta recordar las palabras del insigne jurista von Ihering quien afirmaba que “La lucha es el trabajo eterno del derecho. Si es una verdad decir: ganarás tu pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: solamente luchando alcanzarás tu derecho”.² De este modo, siguiendo a Albert Márquez, debemos considerar que el “derecho constituye un sistema subsidiario de resolución de conflictos humanos

1 FREUND, Julien, *Sociología del conflicto*, (1995) trad. Juan Guerrero Roiz de la Parra, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 58. Esta definición es asumida por el profesor Albert Márquez en este mismo dossier en su trabajo titulado “La Retórica como práctica discursiva de resolución de conflictos” a cuyas páginas nos remitimos para analizar la relación entre Conflicto, Sociedad y Derecho.

2 IHERING, Rudolf, *Der Kampf ums Recht* (1963), Darmstadt-Wissenschaftliche Buchgesellschaft, p. 96.

guiado por el ideal de aplicar lo justo al caso concreto". En consecuencia, y para el supuesto de que surja un conflicto, los interesados pueden recurrir, en primer lugar, a modos de solución pacíficos de controversias ya sean inter-partes o con mediación de terceros. No obstante, en el caso de que estos no produzcan el resultado esperado "puede y debe intervenir el derecho como mecanismo social de resolución de controversias".³

Sin duda, el análisis del conflicto social como elemento de evolución histórica y su vinculación con los fenómenos jurídicos constituye una constante necesaria para comprender la sociedad y el marco normativo actual. Con esta finalidad se ha elaborado el presente dossier en el que, desde una perspectiva multidisciplinar y con un marco temporal amplio, diversos especialistas de la Historia y la Filosofía del Derecho analizan el conflicto jurídico, atendiendo tanto a su prevención y control, como a su sanción y reparación pacífica, en el ámbito temporal de la historia jurídica española entre el *usus modernus Pandectarum* y el Estado constitucional. El Derecho y, por extensión, la propia Justicia, no han permanecido impasibles a estos procesos históricos. Resulta evidente como el ordenamiento jurídico ha reaccionado ante la existencia de conflictos sociales estableciendo todo tipo de medidas represivas o reparadoras instrumentalizadas por los poderes públicos y que han debido adaptarse a las exigencias sociales, políticas y económicas de cada época. En este sentido, debemos conocer las fórmulas jurídicas que se han arbitrado a lo largo de la historia para conservar el orden público y la paz social. Este es el objeto fundamental del proyecto de investigación denominado *Conflicto y Reparación en la Historia Jurídica Moderna y Contemporánea* COREHJE.⁴

Este equipo de trabajo, integrado por investigadores de diversas disciplinas jurídicas y varias universidades españolas bajo la dirección de los catedráticos Manuel Torres Aguilar y Enrique Álvarez Cora, aborda las perspectivas jurídicas de tres conceptos básicos, a saber: el *conflicto*, en particular, aquellos afectados por la condición de la persona, la naturaleza

- 3 ALBERT MÁRQUEZ, José J. (2017), "Fundamentos para la cultura de la paz. Una aproximación desde la axiología jurídica" en MARTÍN, Víctor M. y CASTILLA, M^o. Teresa, *Aproximaciones a las complejidades de la paz*, GEU Editorial, Granada, p. 38. Sobre el concepto de reparación jurídica y sus diversos significados, vid., DE GREIFF, Pablo (2011), "Justicia y reparaciones" en REÁTEGUI, Félix, *Justicia Transicional. Manual para América latina*, Comisión de Amnistía. Ministerio de Justicia, Brasilia & Nueva York, en particular, pp. 407- 411.
- 4 Toda la información referida a este proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del programa estatal de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema I+D+I del plan de investigación científica y técnica y de innovación 2017-2020 (Ref. PID2020-113346GB-C21) está accesible en la dirección <https://corehje.es>

delictiva, las razones negociales y patrimoniales, las circunstancias políticas o de índole administrativa y los motivados por situaciones de fuerza mayor; el *ilícito* de acuerdo con sus variables axiológicas, así como en relación con la tipicidad y las formas atípicas emergentes en el sistema jurídico penal, administrativo y patrimonial; y su *reparación* tanto en su carácter excluyente como previo o posterior a la sanción como medio para la resolución de los conflictos por vía pacífica o contenciosa.⁵

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, ante un escenario de conflictividad social, el sistema jurídico articula respuestas represivas (condenas con medidas de seguridad, penas...) o reparadoras (composiciones, restituciones, reconciliaciones...) que el poder público articula, diseñando un ámbito de sumisión o transgresión de la llamada "paz social" que se representa de manera diversa en cada etapa o momento histórico.⁶ Del mismo modo, en la misma comprensión inicial del conflicto y de su resolución se requiere el análisis de aquellas figuras jurídicas cuya naturaleza conlleva un alto grado de ambigüedad, ora en su definición teórica, ora en su detección práctica, por mor de la influencia de patrones morales o de la situación de clandestinidad. Dichas variables resultan relevantes para la eficacia de la norma jurídica antigua que responde, o de la nueva que se perfila. En consecuencia, las transformaciones que experimentan las formas jurídicas imperativas, a partir de la Modernidad hasta el tránsito hacia el Estado liberal de Derecho, en función de las circunstancias morales y religiosas se aprecian en toda su inestabilidad (incluida la descriminalización o la despenalización), por ejemplo, en las patologías del sortilegio, la sodomía, el incesto, el adulterio, el infanticidio o el suicidio, entre otras.⁷ Por cierto que, en lo que estas tipologías tienen de prácticas sociales fiscalizadas o directamente prohibidas por las normas jurídicas penales, pero al mismo tiempo de usos o costumbres arraigados en virtud de ciertos condicionamientos subjetivos u objetivos, pueden verificarse no solo en el entorno de la tipicidad delictiva sustantiva, sino también de la procedimental, a la manera de

5 Seguimos en este punto la propuesta científica del referido proyecto de investigación. El contenido íntegro de la misma y, en especial, las referencias bibliográficas completas, puede consultarse en <https://corehje.es/wp-content/uploads/2022/10/Propuesta-cientifica.pdf>

6 En CLASSEN, Albercht & SCARCOROUGH, Connie (eds.) (2012), *Crime and Punishment in the Middle Ages and Early Modern age. Mental-historical investigations of basic human problems and social responses*, Berlin-Boston, ya se plantea esta dinámica de lo jurídico-penal en contacto con la historia social y de las mentalidades.

7 En torno a las cuestiones mencionadas y, a título ilustrativo, *vid.* la siguiente bibliografía, a saber: sobre el *sortilegio* MODESTIN, Georg & REY, Alexia & ROCHART, Céline (2011), "La répression de la sorcellerie à Fribourg en Suisse au tournant du XVI^e siècle: les spécificités d'une juridiction laïque", *Cahiers de Recherches Médiévales et Humanistes*, 22, pp. 279-

una resolución privada de conflictos, como demuestra la práctica resistente y decadente del duelo y la venganza privada.⁸

Por otro lado, el análisis de los campos de la obligatoriedad y prohibición de las normas jurídicas imperativas de la administración pública en relación con los fenómenos sociales genera al mismo tiempo la conveniencia de localizar y examinar el funcionamiento de los ámbitos de permisividad que, por defecto o por autorización expresa, rigen bajo la influencia del poder político. Hay instituciones criminales importantes desde esta óptica, en cuanto sometidas a un proceso continuo de descriminalización que no puede considerarse por lo demás exclusivamente “ilustrado”, porque viene desarrollado desde los albores de la Edad Moderna. En este sentido, se constatan prohibiciones inestables y excepcionadas, que tienen mucho que ver obviamente con la dificultad del ejercicio del control público, y con su circulación marginal, como sucede con el libelo infamatorio o las denuncias anónimas.⁹ La propia eficacia del sistema jurídico represivo puede estar permanentemente en tela de juicio sin que se debilite su regulación ni tampoco la práctica social arraigada, como en el ámbito de la prostitución.¹⁰ En este ámbito, también han de considerarse los problemas institucionales que se refieren a la existencia de campos comunes de obligación y prohibición vulnerados por una práctica que responde al desarrollo de la actividad capitalista e industrial (el contrabando), y también a la forma de

288 ; para la *sodomía* FALCETTA, Silvia (2013) “Omossessualità e Diritto penale in occidente: profili storici di decriminalizzazione e problematiche aperte”, *Sociologia del Diritto*, 40-1, pp. 11-40; en torno al *incesto* BRANCOURT, Isabelle (2014) “Au plus près des sources du Parlement criminel: jalons sur l’inceste au début du XVIIIe siècle”, *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 3, pp. 437-451; el *adulterio* en DIRENZO VILLATA, María Gigliola (2015) “Dall’amore coniugale ‘proibito’ all’infedeltà. L’adulterio nelle ‘Summae confessorum’ italiane (XIV-XVI secolo)”, *Italian Review of Legal History*, 1, pp. 1-41; el *infanticidio*, DE RIENZO, Francesca (2012), *Uccidere l’anima attraverso il corpo. L’infanticidio in Età Moderna*, Università degli Studi di Salerno, Salerno;; y sobre el *suicidio*, ANDRÉS GONZÁLEZ-COBO, Ramón (2015), *Semper dolens. Historia del suicidio en Occidente*, Barcelona.

8 De estas figuras jurídicas se han ocupado, entre otros muchos, BJAÏ, Denis & WHITE-LEGOFF, Myriam (dirs.) (2013), *Le duel entre justice des hommes et justice de Dieu du Moyen Âge au XVIIe siècle*, Paris y GAUVARD, Claude & ZORZI, Andrea (dir.) (2015), *La vengeance en Europe du XIe au XVIIIe siècle*, Paris, Publications de la Sorbonne, Paris.

9 Al respecto, DE SALVO, Patrizia, (2011) ‘Sarà delitto il pubblicare scritti di qualunque sorta... che contengano libelli infamatori’: un processo per violazione della libertà di stampa nella Sicilia costituzionale (1810-1815)”, *Acta Histriae*, 19-3, pp. 505-522, y AMATO, Laura, (2014) “The obscure party: anonymous denunciations in the Republic of Venice”, *Acta Histriae*, 22-1, pp. 145-156.

10 Estudiada, entre otros, por KUSHNER, Nina (2013), *Erotic Exchanges. The World of Elite Prostitution in Eighteenth-Century*, Ithaca, Paris; y STEINBERG, Jessica, (2015) *The Seven Deadly Sins of Prostitution: Perceptions of Prostitutes and Prostitution in Eighteenth-Century London*, Ottawa.

contemplar cuestiones penológicas de raigambre no estrictamente criminal (la prisión por deuda civil).¹¹

De acuerdo con la doctrina más acendrada de la historia de la criminalidad y en general del estudio de la violencia y el conflicto, el análisis normativo y social de la represión jurídica requiere la comprensión de aspectos agravantes como el sexo (inclusive el sector de la violencia de género),¹² la etnia o la raza, la extranjería, el status social y económico, la fe y la profesión religiosa, la edad y el estado civil.¹³ Estas claves ofrecen vías de interpretación de las fuentes históricas pertinentes para la comprensión de la relación entre individuo, sociedad y poder político en tesituras de transgresión, así como de elaboración de fórmulas de reparación jurídica. Por último, debemos tener en cuenta que el estudio de los conflictos sociales desde una perspectiva histórico-jurídica, y, en particular, en función de la construcción de un sistema jurídico-penal concreto, tanto en su dimensión delictiva (criterios y formas de tipicidad) cuanto sancionadora (admoniciones, penas y otras medidas) requiere la consideración de la maquinaria institucional encargada de su elaboración y proyección. En este sentido lo más importante es completar el análisis tradicional del “*ius puniendi*” con el de la aparición y funcionamiento de cada vez más complejas fórmulas de prevención de la transgresión jurídica, tanto ínsitas a la regulación jurídica material (así el problema de las medidas de seguridad, cuya función no

11 Puede comprobarse lo primero en ALLOZA APARICIO, Ángel (2014), “El contrabando en Portugal durante la primera mitad del siglo XVII. Las raíces económicas de un sentimiento antiespañol”, en MARTÍNEZ SHAW, C., & MARTÍNEZ TORRES, J.A. (dir.) *España y Portugal en el mundo (1581-1668)*, Madrid, pp. 61-87 y MELÓN JIMÉNEZ, Miguel Ángel (2015), “Servir y servirse del Estado. Pedro López de Lerena y la persecución del contrabando en la España del siglo XVIII”, *Tiempos Modernos*, 30, pp. 1-22. Y lo segundo en PEEBLES, Gustav (2013), “Washing away the sins of debt: the nineteenth-century eradication of the debtors’ prison”, *Comparative Studies in Society and History*, 55-3, pp. 701-724.

12 La bibliografía histórica sobre la mujer relacionada con el fenómeno de la criminalidad o la violencia es abundantísima, tanto desde una perspectiva sustantiva como procesal. Asimismo, hay que tener en cuenta que en los últimos años se ha atribuido a esta cuestión una cierta especialidad al ceñir el asunto, aunque no de forma excluyente, bajo la denominada “perspectiva de género”, al ámbito familiar y doméstico. Excede el objetivo de este estudio enumerar la ingente cantidad de referencias científicas sobre el particular remitiéndonos a la propuesta científica completa del proyecto de investigación del que trae causa este dossier <https://corehje.es/wp-content/uploads/2022/10/Propuesta-cientifica.pdf>.

13 A los elementos expuestos debe añadirse el problema aledaño de las jurisdicciones especiales o privilegiadas. Al respecto, vid., ORTEGO GIL, Pedro (2013), “Delincuencia patrimonial y jurisdicción militar durante el Sexenio absolutista”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 20, pp. 155-189.

carece de recursos históricos análogos, sustantivos y procesales) cuanto en la formación de estructuras institucionales (policía, vigilancia y reclusión preventiva, etc.), en los distintos ámbitos jurídicos de control delictivo, civil, administrativo, etc. El poder público utiliza de esta suerte mecanismos de coerción y de coacción (desde la mediatización política a, por ejemplo, los mecanismos procesales o las exigencias tributarias) cuya naturaleza y conexión precisan de un estudio detenido, y cuya proximidad jurídica a los aspectos sociológicos de su problemática resulta evidente. Es este punto, los aspectos a tener en consideración son múltiples. Por una parte, la política criminal (con una determinada axiología jurídica) que subyace en la administración de justicia en su potencial invasión de derechos adquiridos o individualizados.¹⁴ Dentro del estudio del funcionamiento de las instituciones centrales, territoriales y locales de la administración de justicia, merecen una valoración muy relevante, por la proximidad de su acción al epicentro social de los conflictos, todo lo que se relaciona con órganos de naturaleza jurisdiccional o ejecutiva.¹⁵ Por supuesto, a ello va unido el factor de las medidas de caución procesal y en último término punitivas, como el encarcelamiento en sus distintas formas.¹⁶

En conclusión, una congruente inserción de la ejecución del derecho penal en la política criminal del poder público precisa de una valoración complementaria, como venimos subrayando, de los mecanismos de resolución de conflictos, y no solo a posteriori, sino también a priori, conforme a un criterio de prevención y control, político, jurídico y social. Esta política de

14 Como hacen, entre otros, ALVAZZI DEL FRATE, Paolo & SERGES, Giulano (2012), "Garantismo e inquisizione. Considerazioni sulla giustizia criminale in Età Moderna", en CAVINA, M. (a cura di), *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*, Pàtron, Bologna, pp. 9-34.

15 En esta línea AMIGO VÁZQUEZ, Lourdes (2011), "Valladolid sede de la justicia. Los alcaldes del crimen durante el Antiguo Régimen", *Chronica Nova. Revista de Historia Moderna de la Universidad de Granada*, 37, pp. 41-68 y ALVÁREZ URCELAY, Milagros (2013), "Los alcaldes y el corregidor como ejecutores de la represión de las conductas deshonestas en Gipuzkoa durante los siglos XVI, XVII y XVIII", *Clío & Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, 10, pp. 411-425.

16 La historia del derecho penitenciario cuenta también ya con nutrido bagaje en los últimos años. Al respecto, y sin ánimo exhaustivo, reseñar BURILLO ALBACETE, Fernando José (2011), *La cuestión penitenciaria. Del Sexenio a la Restauración (1868-1913)*, Zaragoza; RUBIO PÉREZ, Laureano Manuel (2012) *Instituciones y centros de reclusión colectiva. Formas y claves de una respuesta social (siglos XVI-XX)*, León; OLIVER OLMO, Pedro & URDA LOZANO, Jesús (2014) *La prisión y las instituciones punitivas en la investigación histórica*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca; y NORWOOD, Andrews (2014) "Muros del presidio y trabajo de los convictos. El examen de los orígenes de los trabajos forzados en la frontera de Nueva España", en SANZ CAMAÑES, P. & REX GALINDO, D. (coord.), *La frontera en el mundo hispánico*, Quito, pp. 323-338.

prevención de los conflictos, que por lo demás puede tanto obedecer a múltiples vectores cuanto particularizarse respecto de determinados instrumentos o problemas, como la tenencia de armas o la provocación de incendios, requiere, igualmente, el estudio de la fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Sin duda, nos encontramos ante un tema arduo y complejo que, en la medida de nuestras posibilidades y de manera parcial y multidisciplinar pretendemos abordar en este dossier especial de la revista *Millars. Espai i Història*.

Los artículos que siguen a esta presentación, de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, analizan las relaciones entre el conflicto social y el Derecho tanto desde una perspectiva teórico-filosófica como práctica. En este sentido, localizamos un primer grupo de aportaciones elaboradas por prestigiosos especialistas de la Filosofía del Derecho en la que se aborda la labor de la retórica, en general, y del jurista en particular, en la resolución de la conflictividad social. Esta visión se completa con la exposición de esta misma problemática desde la novedosa teoría comunicacional. En este ámbito destaca el trabajo de Diego Medina de Morales titulado "La labor del Jurista en la resolución del conflicto social". Para este autor el Derecho "personifica el conjunto de reglas que sirven para interpretar la conducta del ser humano en sociedad". De este modo, el ordenamiento jurídico constituye un código de interpretación que atribuye un sentido a los actos que los individuos realizan en la sociedad, esto es, "da sentido a todas nuestras acciones". Esta labor, continúa el referido jurista, la realiza el Derecho con una clara vocación práctica, al permitir el dialogo entre especialistas y servir de mecanismo (técnico) para la resolución de conflictos. En una línea interpretativa se encuadra, igualmente, la investigación de Albert Márquez titulada "La retórica como práctica discursiva de resolución de conflictos". No es la primera vez que este doctor aborda la importancia del Derecho en los contextos de conflicto o alteración de la paz social. No obstante, en esta ocasión, su objetivo principal se dirige a resaltar el papel que la retórica ha tenido y aún desarrolla como instrumento para solventar situaciones de conflictividad social. Para ello, partiendo de un concepto amplio de conflicto y de una idea de derecho conectada aun mínimamente a una ética pública, reivindica una retórica constructiva de virtudes cívicas. En concreto, toma como ejemplos paradigmáticos la utilidad de la retórica en los procesos de negociación y en los procesos judiciales. Según el parecer de este profesor de la universidad de Córdoba solo una retórica unida a la idea de *decorum* puede satisfacer su función de resolución conflictual. Al respecto afirma: "Una retórica y un derecho desconectados de cualquier deontología virtuosa pueden ser instrumentos de toda finalidad,

pero solo una retórica y un derecho guiados por la ética pueden contribuir a crear una sociedad más justa y pacífica". Finaliza este conjunto temático de investigaciones con la aportación de Adolfo Sánchez Hidalgo titulada "Decisiones jurídicas y conflictos sociales: perspectiva desde la teoría comunicacional del derecho". En este estudio ofrece una perspectiva general de la incidencia de la realidad social en la Teoría Comunicacional del Derecho y, especialmente, en los procesos decisionales jurídicos. El trabajo comienza con un planteamiento introductorio acerca de la difícil relación entre Sociología Jurídica y Teoría del Derecho, valorando la posición al respecto de la Teoría Comunicacional del Derecho. Asimismo, el autor analiza los principales tipos de decisiones jurídicas (decisión constitucional, legislativa y judicial), así como la incidencia de la realidad fáctica sociológica sobre las mismas. A la vista de lo expuesto Sánchez Hidalgo sientan algunas conclusiones críticas acerca de la utilidad y rigor de esta Teoría Comunicacional, en su opinión, "el estudio comunicacional de los procesos decisionales en el Derecho nos demuestra la incidencia del medio social de muy diferente modo, ya sea en la propia estructuración de los procesos de decisión como en el mismo contenido material de las decisiones".

Concluida esta parte teórica los estudios que integran el presente dossier descienden a la práctica, analizando casos concretos, tanto de tipos delictivos como formulas o instituciones procesales para la resolución de los conflictos sociales a lo largo de la historia. Centrado en la época moderna debemos reseñar la aportación de Álvarez Cora bajo el título "Colisión de ordenanzas, costumbres y derechos en el pleito castellano del siglo XVIII". El trabajo analiza un pleito sustanciado en el siglo XVIII sobre un conflicto, en relación con derechos privativos y comunes de pastos, entre los labradores y los ganaderos del concejo de Antequera. La controversia jurídica, desde finales del siglo XVI, dio lugar a la petición, dirigida al Consejo de Castilla, de licencia en su función de gobierno, y de aprobación en su función judicial, respecto de unas nuevas ordenanzas, coexistentes con la costumbre del lugar. Este juicio pone de manifiesto una concepción jurídica moderna en la que priman los derechos subjetivos sobre el sistema formal de las disposiciones normativas. Para la etapa decimonónica constituye una referencia el capítulo sobre el delito de sedición elaborado por María José Collantes de Terán. Sin duda es un trabajo de interés marcado por los recientes acontecimientos que ha vivido nuestro país en los últimos años. En concreto, el estudio analiza el origen histórico de esta figura delictiva. Se trata de una ardua labor en la que ha desmenuzado tanto el devenir legal como el parecer de la doctrina científica sobre este delito. En su opinión, este proceso histórico nos ayuda a comprender la situación actual y como, en ocasiones, la crítica que se hace a dicha regulación responde a

“conveniencias políticas coyunturales” Al respecto, resultan muy ilustrativas las palabras recogidas por nuestra autora del insigne jurista Vicente y Caravantes, quien al hablar de los delitos políticos, afirmaba: “Su criminalidad depende a veces de las épocas, de los lugares, de los sucesos, de los derechos y de los méritos del poder y hasta del resultado más o menos adverso”. Junto a este estudio de derecho objetivo el dossier incluye otros dos sobre el siglo XIX centrados en cuestiones procesales. El primero de ellos aborda las dificultades que tuvo que afrontar el Jurado para implantarse en nuestro país durante el Trienio Liberal. El recelo de las Cortes hacia las instituciones y, especialmente, hacia los jueces profesionales “que no había conseguido desligarse de la herencia del Antiguo Régimen” justificaron la puesta en funcionamiento del Jurado en España. Se trataba de una excelente oportunidad para constatar las tensiones entre la Justicia letrada y la Justicia popular en los albores del constitucionalismo español. En aquellas fechas los jueces de hecho fueron los encargados de enjuiciar los delitos de imprenta, experiencia piloto que fue utilizada por las Cortes gaditanas como garantía para erradicar los excesos de la Justicia de la época absolutista. El segundo de los trabajos realizados sobre derecho adjetivo es el de Miguel Pino Abad sobre el Real decreto de 4 de junio de 1847 regulador de los conflictos competenciales entre las autoridades administrativas y judiciales. Dicha norma legal, en opinión del citado autor, solventaba el confuso panorama existente en la sustanciación y resolución de los conflictos de competencia. A partir de esta fecha quedaba regulado no sólo quien podía promover dichas contiendas sino, además, el modo en que debían tramitarse dichos expedientes en caso de no alcanzar un acuerdo los contendientes. En estos últimos supuestos el asunto era elevado al monarca quien resolvía, previa consulta al Consejo Real. Sin duda, como señala este historiador del Derecho, con esta disposición se erradicaba unas situaciones indeseables que solo generaban indefensión e inseguridad jurídica a las partes. Finalmente, el dossier contiene otras dos investigaciones centradas cronológicamente en lo que se ha venido en denominar la etapa de la “Historia actual”. Debemos señalar esta cuestión pues no es usual que los ius-historiadores ocupen su atención en cuestiones jurídicas centradas en el siglo XX. No obstante, y afortunadamente, cada vez son más los estudios que, desde la historia jurídica, analizan el Derecho y su evolución en estos años. Al respecto, debemos señalar el artículo de Victoria Sandoval Parra sobre el concepto de autoría en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930). La profesora Sandoval ha tomado como referencia la doctrina jurídica dictada bajo la vigencia de los Códigos Penales de 1870 y 1928, este último en vigor desde el 1 de enero de 1929. Se trata de un análisis riguroso y exhaustivo en el que

desmenuza los diferentes tipos de autoría (especialmente la directa, la inducción indirecta y la cooperación necesaria) y los criterios interpretativos adoptados desde finales del siglo XIX e inicios del siglo XX por nuestro más Alto Tribunal. De igual modo, y ya para terminar, es de señalar la aportación de Sara Moreno Tejada sobre la conquista de las mujeres de la igualdad jurídica durante la Transición española. Como es sabido, la muerte del dictador en 1975 ponía fin a un periodo caracterizado por la represión y la ausencia de libertades. Afortunadamente, durante este periodo de incertidumbre los peores vaticinios no se cumplieron y la ocasión fue aprovechada para el establecimiento de un sistema democrático, en el que quedaron garantizados los derechos fundamentales de los ciudadanos. En esta coyuntura destaca la ardua labor que se llevó a cabo para la configuración de un ordenamiento jurídico igualitario que dejase atrás la discriminación de la mujer, tanto en el espacio público, como en el ámbito familiar o privado. Para el desarrollo de su estudio, la profesora de la Universidad Miguel Hernández de Elche, se ha fijado en la labor desplegada por aquel entonces por juristas tan destacadas como María Telo Núñez. Sin duda, la influencia de esta mujer quedó patente en distintas reformas del Código civil, si bien, destaca su papel para la reimplantación del divorcio en España.

En conclusión, nos encontramos ante uno de los frutos que ha generado el referido proyecto de investigación *Conflicto y Reparación en la Historia Jurídica española Moderna y Contemporánea* COREHJE con el que pretende constatar como cualquier ilícito jurídico, que merezca ser reprobado con una sanción por las autoridades políticas, debe ser contemplado históricamente en el escenario social generador del conflicto. Sin duda, dichas conductas reprobables conllevan una indudable respuesta social y jurídica al compás de los cambios de mentalidad propios de cada época y sociedad.

LA RETÓRICA COMO PRÁCTICA DISCURSIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

RHETORIC AS A DISCURSIVE PRACTICE OF CONFLICT RESOLUTION

JOSÉ J. ALBERT MÁRQUEZ
(Universidad de Córdoba)

RESUMEN

El objetivo principal de este texto es resaltar el papel que la retórica ha tenido y aún desarrolla como instrumento de resolución de conflictos. Para ello, partiendo de un concepto amplio de conflicto y de una idea de derecho conectada aun mínimamente a una ética pública, se reivindica una retórica constructiva de virtudes cívicas. En concreto, nos centraremos como ejemplos paradigmáticos en la utilidad de la retórica en los procesos de negociación y en los procesos judiciales. Se concluye que solo una retórica unida a la idea de decorum puede satisfacer su función de resolución conflictual.

Palabras clave: Retórica, argumentación, conflictos, proceso judicial, negociación.

ABSTRACT

The main aim of this text is to highlight the role that rhetoric has played and still plays as an instrument of conflict resolution. To that end, on the basis of a broad concept of conflict and an idea of law connected even minimally to public ethics, a constructive rhetoric of civic virtues is vindicated. In particular, as paradigmatic examples, we will focus on the usefulness of rhetoric in negotiation processes and in judicial processes. It is concluded that only rhetoric linked to the idea of decorum can fulfil its function of conflict resolution.

Keywords: Rhetoric, argumentation, conflicts, judicial process, negotiation.

RESUM

LA RETÒRICA COM A PRÀCTICA DISCURSIVA DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTES

L'objectiu principal d'aquest text és ressaltar el paper que la retòrica ha ostentat i, a hores d'ara, desenvolupa com a instrument de resolució de conflictes. Per a això, partint d'un concepte ampli de conflicte i d'una idea de dret connectada encara mínimament a una ètica pública, es reivindica una retòrica constructiva de virtuts cíviques. En concret, ens centrarem com a exemples paradigmàtics en la utilitat de la retòrica en els processos de negociació i en els processos judicials. Es conclou que tan sols una retòrica unida a la idea de decòrum pot satisfer la funció de resolució de conflictes.

Paraules clau: Retòrica, argumentació, conflictes, procés judicial, negociació.

Se puede decir que la retórica, como técnica, nació en la antigua Grecia como medio instrumental para la resolución de un concreto conflicto social, y en la prevención y resolución de conflictos puede encontrar aún buena parte de su valor. Cuando un grupo humano logra perfeccionar el grado de elocuencia natural de su lenguaje y de quienes lo practican a ciertos niveles, y además lo refleja en reglas técnicas surge la retórica como instrumento coadyuvante al diálogo social en todas sus vertientes, entre ellas la jurídica. Al perfeccionarse el sistema de comunicación de mensajes, al menos en las figuras del emisor de este (en el caso del retórico) y en el contenido mismo del mensaje que se transmite (el texto escrito o la oralidad discursiva que se traslada al auditorio), nuevas posibilidades discursivas y persuasivas permiten articular desde otras perspectivas cualquier tipo de discurso público. Eso fue lo aconteció, en términos generales, en la Grecia clásica.

Ellos mismos, los griegos, fueron conscientes de que las posibilidades retóricas se originaban en la cualidad exclusivamente humana del lenguaje, como observó Aristóteles. Supieron además relacionar íntimamente la esencia humana, con la capacidad para el habla. Esta línea de pensamiento que casa lenguaje y humanidad se prolonga hasta el s. XX y persiste hoy día. En palabras de Heidegger "se dice que el hombre es hablante por naturaleza. La enseñanza tradicional dice que el hombre es, a diferencia de la planta y de la bestia, el ser vivo capaz de hablar. Más bien quiere decir que es el propio lenguaje lo que hace al hombre capaz de ser el ser

vivo que es en tanto hombre. El hombre es hombre en cuanto que es capaz de hablar”.¹

Es, pues, el lenguaje, condición de la cultura, en el sentido de que es el lenguaje el que funda la comunidad. La comunidad lingüística es condición previa de toda cultura, pues sin ella no se podrían realizar actividades humanas comunes. Toda persona, toda la vida intelectual y social se estancan y quedan en un estado embrionario cuando está ausente el lenguaje.² La palabra, junto a la acción, explica Hanna Arendt, insertan al ser humano en el mundo “mediante la acción y el discurso, los hombres muestran quienes son, revelan activamente su única y personal identidad y hacen su aparición en el mundo humano”.³

CONFLICTO, SOCIEDAD Y DERECHO

Si el nacimiento del derecho va unido al de las primeras sociedades o comunidades humanas (*ubi societas, ibi ius*, como reza el clásico aforismo romano), algo similar ocurre entre las categorías de sociedad y conflicto. Como fenómeno social, el conflicto es tan antiguo como la propia vida humana comunitaria. Partimos, pues, de un concepto amplio o general de conflicto, del modo en que Freund lo definió descriptivamente: “El conflicto consiste en un enfrentamiento o choque intencional entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan los unos hacia los otros una intención hostil, generalmente acerca de un derecho, y que, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro, usando eventualmente la violencia, la que podría llevar al aniquilamiento físico del otro”.⁴

1 HEIDEGGER, Martin (1990), *De camino al habla* (*Unterwegs zur Sprache*, Tübingen, 1959), ver.cast. Yves Zimmerman, 2ª ed. rev., Odos, Barcelona, p. 11.

2 CONESA, Francisco y NUBIOLA, Jaime (2002), *Filosofía del lenguaje*, Herder, Barcelona, p. 27.

3 ARENDT, Hanna (1993), *La condición humana*, Paidós, Barcelona, p. 203.

4 FREUND, Julien, *Sociología del conflicto* (1995), trad. Juan Guerrero Roiz de la Parra, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 58. El propio autor, jefe de la Polemología en Francia, advierte que el concepto de conflicto no es unívoco, pues por ejemplo “la filosofía moral señala conflictos de deberes para designar que un mismo acto puede parecer justo o injusto según las reglas bajo las cuáles se le considere. En psicología se recurre al conflicto de sentimientos cuando un ser está indeciso entre dos sentimientos contrarios. El lenguaje jurídico nos propone conflictos de jurisdicción o conflictos de atribución, cuando hay discusión entre dos instancias sobre la competencia en un mismo asunto. Incluso existe, como ya lo hemos dicho, una institución, la del tribunal de los conflictos, que tiene por misión regular las diferencias sobre competencias. Es natural que la noción de conflicto esté utilizada en estos casos en un

Se ha señalado⁵ que la raíz antropológica más profunda del conflicto radica en la *naturaleza desfalleciente* del hombre, lejos tanto del optimismo antropológico roussoniano como de la concepción pesimista de la naturaleza humana que Hobbes contribuyó a difundir en su tiempo. Sería factible, por ejemplo, reconstruir la historia humana a través de sus conflictos, a pesar de que hay autores que defienden la posibilidad de una sociedad sin conflictos.⁶ Así, diversos fenómenos históricos han sido explicados en clave de conflicto, en el ámbito político (desde Heráclito hasta Carl Schmitt, pasando por Maquiavelo o el ya citado Hobbes), económico, demográfico (Malthus) y también jurídico.

Es por ello por lo que la idea de conflicto relacionada con la génesis del derecho no es para nada ajena a éste. Baste citar al jurista Rudolf von Ihering, para quien la idea de conflicto, de lucha, es esencial para comprender el fenómeno jurídico. En su conocida obra *La lucha por el Derecho*, el jurista de Frisia afirmaba que “la expresión del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha por la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo”.⁷ Y al final de la citada obra, condensaba esta idea al escribir que: “La lucha es el trabajo eterno del derecho. Si es una verdad decir: ganarás tu pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: solamente luchando alcanzarás tu derecho”.⁸

El problema actual en buena medida –como he señalado en otra sede–,⁹

sentido figurado o metafórico que casi no tiene relaciones comunes con la noción de conflicto tal como nosotros la entendemos en esta obra. ¿Qué hay de comparable entre un conflicto de deberes y un conflicto como el que opondría al ejército rojo contra los ejércitos blancos, o a la flota inglesa y a la flota francesa en Trafalgar? Ante todos estos equívocos nos conviene dar una definición precisa del concepto”.

5 MONTORO, Alberto (1990), *Conflicto social, derecho y proceso*, Universidad de Murcia, Murcia, p. 19.

6 Es el caso de Lewis A. Coser, quien desde una perspectiva puramente sociológica caracterizó el conflicto social como la lucha por los valores y el “estatus”, el poder y los recursos escasos, en el curso de la cual los distintos oponentes desean neutralizar, dañar o eliminar a sus rivales. Vid. COSER, Lewis A. (1961), *Las funciones del conflicto social*, trad. Bertha Bass, Ruby Betancourt y Félix Ibarra, revisada por Manuel Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, p. 8.

7 IHERING, Rudolf Von, (1963) [1874 *Der Kampf ums Recht*, Unveränderter fotomechanischer Nachdruck dar 4^a Aufl. Wien], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, p. 1.

8 IHERING, *Der Kampf ums Recht*, p. 96.

9 ALBERT, José J. (2017), “Fundamentos para la cultura de la paz. Una aproximación desde la axiología jurídica”, en MARTÍN, Víctor M. y CASTILLA, M^a Teresa, *Aproximaciones a las complejidades de la paz*, GEU Editorial, Granada.

es que esta es una cuestión que gravita sobre el concepto que se defiende de “derecho”, y este es un asunto que sin duda desborda el objeto de estas páginas. En cualquier caso, estimamos que el derecho constituye un sistema subsidiario de resolución de conflictos humanos guiado por el ideal de aplicar lo justo al caso concreto. Es decir, que, ante una situación conflictual, los afectados por ella y en su caso la autoridad debe recurrir en primer lugar a modos de solución pacíficos de controversias *inter-partes* o con auxilio de un tercero neutral. Entre estos modos de solución pacífica de controversias se encuentran, fundamentalmente, el diálogo racional y sincero entre las partes, la transacción, la negociación, la mediación, el arbitraje o la conciliación, cada uno de ellos con sus particularidades.

Solo si estos métodos fracasan, puede y debe el derecho intervenir como mecanismo social de resolución de controversias, de ahí el llamado carácter subsidiario del derecho, o su consideración de última *ratio* sancionadora, que cobra especial relevancia en el ámbito del derecho penal. En este sentido, el más conocido –alabado y denostado–, jurista del pasado siglo XX, Hans Kelsen, concebía el derecho como técnica social que consiste en establecer un orden coercitivo mediante el cual se fomentan determinadas acciones bajo amenaza de sanción.¹⁰ Y desde este punto de vista, recordando los postulados de Max Weber, el derecho es concebido por Kelsen como un orden coercitivo que monopoliza el uso de la fuerza.¹¹ Es un orden de la conducta humana¹² cuya coactividad está estatuida por el orden jurídico en forma de sanciones. Es importante destacar que la coerción es, para Kelsen, elemento constitutivo del propio derecho y esta coerción es inseparable de un eventual uso de la fuerza. Kelsen era pues plenamente consciente de que no existe, ni ha existido, como él mismo escribe, una Edad de Oro del tipo de que Ovidio describía en su *Metamorfosis*.¹³ En suma, que el estado conflictual, añadimos nosotros, es inherente a la naturaleza humana.

Emmanuel Kant escribió a fines del siglo XVIII, que el estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*); es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien

10 KELSEN, Hans (1993), *¿Qué es justicia?*, traducción y estudio preliminar a cargo de Albert Casamiglia, Planeta-De Agostini, Barcelona, p. 152.

11 KELSEN, *¿Qué es justicia?*, p. 158.

12 KELSEN, Hans (1997), *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México, p. 44.

13 KELSEN, *¿Qué es justicia?*, p. 163.

las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza de que se declaren. El estado de paz debe, por tanto, ser *instaurado*, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz y si un vecino no da seguridad a otro (lo que solo puede suceder en un estado legal), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad.¹⁴ Kelsen por su parte estima pues que la paz es, simplemente, una situación en la que no se usa la fuerza. En este sentido del término, el Derecho sólo proporciona una paz relativa, no absoluta, ya que priva al individuo del derecho de utilizar la fuerza, pero reserva este derecho a la comunidad. La paz del derecho no es para el jurista centroeuropeo una situación en la que la fuerza falta por completo; no es un estado de anarquía, sino un estado en el que la comunidad tiene el monopolio de la fuerza.¹⁵

En suma, en nuestra opinión, el modelo que Kelsen propone de derecho, por lo que ahora nos ocupa, no sobrepasaría lo que Galtung calificaría de “paz negativa”, en cuanto que situación de “no conflicto”, pero en ningún modo alcanzaría a fundamentar una idea jurídica de “paz positiva”¹⁶ del modo en que por cierto Kant parecía anticipar. Y, en cualquier caso, como recuerda Diego Medina, Kelsen en su discurso desemboca necesariamente, en una idea imperativista del derecho.¹⁷ Sin embargo, aunque parezca paradójico, es necesario recordar que Kelsen fue un convencido pacifista, si bien su afán por construir una Teoría Pura del Derecho desprovista de cualquier contaminación extraña le hizo adoptar un formalismo jurídico incompatible con ciertas manifestaciones de subjetividad o con cualquier contaminación de tipo moral, religiosa, o simplemente metafísica. En suma, durante buena parte del siglo XX hemos manejado un concepto de derecho probablemente necesario, pero seguro que no suficiente, para fundamentar una auténtica cultura de la paz refractaria a la idea de conflicto.

Solo desde una perspectiva que incorpore ciertos valores, el derecho puede atender a su auténtica necesidad (por cuanto que el derecho como observa Francisco Carpintero es, en general, un conjunto de funciones de-

14 KANT, Immanuel (2011), *Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico*, Ciro Ediciones, Madrid, p. 23.

15 KELSEN, ¿*Qué es justicia?*, p. 160.

16 GALTUNG, Johan (1985), “Essays in Peace Research I. Peace: Research, Education, Action”, en *Sobre la Paz*, traducción de C. Martínez, Fontamara, Barcelona, pp. 56-98. Vid., también, *Peace by peaceful means. Peace and Conflicts, Development and Civilizations*, Sage Publications, Londres, p. 9.

17 MEDINA, Diego (2005), *El Derecho Subjetivo en Hans Kelsen*, Universidad de Córdoba, Córdoba, p. 177.

rivadas desde las necesidades humanas)¹⁸ y a sus funciones. Entre estas, no es la función primaria o prioritaria la de resolver conflictos, aunque quizá sea esta la más espectacular,¹⁹ sino la de evitarlos atribuyendo, reconociendo y protegiendo a cada cual *lo suyo* –deberes, cargas, derechos–, dentro del grupo social estableciendo así un orden de vida social justo y seguro, permitiendo su desenvolvimiento fluido y pacífico y previniendo en la medida de lo posible la producción de conflictos.²⁰ Lo anterior supone atribuir al derecho, además de su función como orden social propuesto y como instrumento de coacción y control social, una no menos importante función *paidetica* o educadora. Así, el Derecho puede contribuir al proceso educativo humano “mediante la creación consolidación, modificación o extinción de hábitos y adaptando al hombre a los diversos roles sociales (ciudadano, padre, soldado, comerciante, funcionario...) sobre los que se articula y desenvuelve la vida social”.²¹

Solo cuando el derecho fracasa en su función de evitar los conflictos, insistentemente, surge la tarea de resolver los planteados, precisamente a través de la efectiva aplicación de las diversas instituciones jurídicas previstas con anterioridad, entre ellas, el proceso. El proceso judicial constituye así una solución imparcial y pacífica, pero obligatoria y coactiva.²²

Por eso Entelman, puede afirmar que el sistema jurídico, como técnica de motivación social representa un progreso indiscutible en la organización estatal al retener y administrar centralizadamente el monopolio de la fuerza, excluye a sus miembros del uso privado de la fuerza en aquellos enfrentamientos que la comunidad selecciona sobre la base de criterios axiológicos de preferencia y mediante procedimientos establecidos a tal fin.²³ A juicio del filósofo del derecho argentino, el sistema jurídico es un método violento y no pacífico de resolución de controversias, por cuanto recurre a la amenaza de la fuerza o a su uso en caso de incumplimiento de la norma jurídica.²⁴

18 CARPINTERO, Francisco, (2022), *Principios elementales en el Derecho*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, p. 52.

19 MONTORO, *Conflicto social, derecho y proceso*, p. 23.

20 MONTORO, *Conflicto social, derecho y proceso*, p. 23.

21 MONTORO, Alberto (1993), *El Derecho como sistema normativo: naturaleza y función del Derecho*. Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, Universidad de Murcia, Murcia, p. 33.

22 MONTORO, *El Derecho como sistema normativo*, p. 31.

23 ETELMAN, Remo Fernando (2002), *Teoría de conflictos*, Gedisa, Barcelona, p. 53.

24 ETELMAN, *Teoría de conflictos* p. 60.

ACERCA DE LA RETÓRICA Y EL DERECHO: UNA RELACIÓN HISTÓRICA

Es un tópico en la materia señalar que la retórica surgió en la antigua Grecia, se tecnificó y sistematizó con los autores romanos, y, con periodos de más o menos brillantez, aún pervive en nuestros días. De hecho, se habla incluso de cierto “renacimiento” de la Retórica desde la segunda mitad el siglo XX. Como todos los tópicos, se podría afirmar que fundamentalmente así es como se ha desarrollado, en gruesos trazos, la historia de esta disciplina. Como muchos tópicos, también resulta matizable si se indaga un poco más a fondo.

En cualquier caso, como indica James J. Murphy, debemos de poner nuestro punto de partida en la Grecia clásica. A juzgar por los testimonios que nos han llegado, los griegos fueron el único de los pueblos antiguos que se ocuparon de analizar los modos de comunicación entre los seres humanos. No existen evidencias de que cualquier otra civilización antigua, ni la egipcia, ni la persa, ni la babilónica se preocuparon por la Retórica.²⁵ Solo los griegos produjeron tratados escritos y sistemas de enseñanza compuestos por determinados preceptos que posteriormente sirvieron a los romanos para componer completos tratados de “retórica”, entendida como la ciencia del *rhetor* u orador público.²⁶

Anticipamos, no obstante, como resalta Paulo Ferreira da Cunha que la idea del nacimiento epistemológico del Derecho, del *ius redigere in artem*, surge por vez primera en Grecia, y surge precisamente ligado a la Retórica.²⁷ Alfonso Ortega afirmaba por su parte sin ambages que “la primera Retórica en Europa es consecuentemente *Retórica Jurídica*, con su intrínseca razón social y política”.²⁸ Y en sentido análogo, Francisco Puy sostiene que

25 Parece que la única excepción podría ser la antigua cultura china. Al respecto, Martín Jiménez nos indica que “La retórica como disciplina específica se desarrolló en el mundo occidental, pero también hubo una tradición relacionada con el arte de persuadir en países orientales, como China”. En este sentido, Cheng Li apunta que “la retórica clásica china nunca llegó a ser una disciplina independiente a lo largo de la historia, sino que siempre estuvo mezclada con la ética, la filosofía y la poética (C. Li, “la retórica china: historia y cultura”, en *Rétor*, 7.1., 2017, pp. 21-39, p. 22.)”, MARTÍN JIMÉNEZ, Alfonso (2020), *Compendio de Retórica*, 2ª ed., revisada y ampliada, (1ª ed., 2019), Valladolid, p. 13.

26 MURPHY, James J., (1998) *Sinopsis histórica de la retórica clásica*, trad. A. R. Bocanegra, Gredos, Madrid.

27 FERREIRA DA CUNHA, Paulo (2014), *Iniciação à Metodologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 3ª Edição, revista, atualizada e aumentada. p. 52.

28 ORTEGA, Alfonso (2008), *Retórica y Derecho. Tareas del Abogado*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, p. 12.

“la retórica ha sido siempre (siempre quiere decir desde el siglo VII a. C.) cosa de juristas”.²⁹

Sea como fuere, sin perjuicio de que existen evidentes huellas retóricas en los poemas homéricos (sobre todo en la *Ilíada*, escrita antes del año 700 a.C.) o en las obras de Esquilo (*Las Euménides*), Aristófanes (*Las Nubes*), y Eurípides así como en las historias narradas por Heródoto y Tucídides³⁰ –todos ellos ya en el siglo V, a.C.–, lo cierto es que según nos trasladaron tanto Aristóteles, como posteriormente en Roma Cicerón y Quintiliano, se tiene por padre de la Retórica al siciliano, de la *Magna Grecia*, Empédocles de Agrigento y a Corax de Siracusa, también de Sicilia, como el primer autor de un manual o tratado sobre Retórica, probablemente sobre el año 476 a.C. La razón de ello, efectivamente, tuvo naturaleza política. En el año 465 a.C., el pueblo siciliano acaba con el régimen despótico de la tiranía al expulsar del poder al último de los tiranos que los gobernaron, Trasíbulo. Instalado un régimen de gobierno más democrático en Sicilia, se planteó entonces el problema de la devolución a sus legítimos propietarios (o a sus herederos) de las propiedades confiscadas por los tiranos. No existiendo abogados tal y como hoy los entendemos, eran los propios ciudadanos quienes debían defender y argumentar su pretensión ante un tribunal de iguales. Pronto aparecerían unos técnicos en la materia, los logógrafos, cuya profesión era, precisamente, escribir discursos que serían leídos por otros. Es así como se va forjando la retórica, entendida como conjunto de reglas técnicas para persuadir o convencer al auditorio mediante el discurso.

Fue Aristóteles el primer gran teórico sistemático de la retórica, como demostró en su obra homónima *Retórica*. De hecho, toda la obra aristotélica que se conserva relacionada con la retórica, la tópica y la dialéctica constituye aún hoy en día el punto inexcusable de partida para su estudio y conserva buena parte de vigencia. Todo el conocimiento griego en la materia³¹ fue desarrollado y perfeccionado por los romanos, que sí crearon, además, un complejo y perfeccionado aparato jurídico que pronto hizo que la figura del retórico se profesionalizara. Cicerón, retórico y abogado, dedicó va-

29 PUY, Francisco (2004), “Tópica jurídica y Retórica jurídica. Un ensayo de distinción”, *Biblioteca UP*. Facultad de Derecho Universidad Panamericana, pp. 271-303.

30 Vid., HERNÁNDEZ, José Antonio y GARCÍA, María del Carmen (1994), *Historia breve de la retórica*, Síntesis, Madrid.

31 Además de la figura señera de Aristóteles, resulta imprescindible citar al menos a los sofistas Protágoras y Gorgias, a Platón (irreconciliable enemigo de los sofistas, en su búsqueda incansable de la verdad), o a Hermágoras de Temno.

rias obras al estudio de la retórica y una generación después, Marco Fabio Quintiliano la elevó, como ciencia, técnica y valor, a su máxima expresión. Los doce libros de sus *Institutio oratoria*, ultimados sobre el año 95 d.C. constituyen un completo tratado no solo de las técnicas oratorias y de las tareas o deberes del orador (incluyendo la metodología de construcción y exposición discursiva), sino también y fundamentalmente, de educación del ciudadano virtuoso. Quintiliano insiste en toda su obra en la importancia de educar durante años al aprendiz de retórico en derecho, historia, literatura, música, matemáticas... y en todas aquellas materias que le permitan conocer un catálogo de tópicos que pueda utilizar en beneficio de la comunidad. Siguiendo a Aristóteles, el romano reafirma que cada género retórico tiene una finalidad concreta: la búsqueda de lo bueno o noble (género epidíctico), lo justo (género judicial) o lo útil (género deliberativo) para la comunidad. Se trata, pues, de un conocimiento subordinado a la ética, y por eso Quintiliano, recordando a Catón definió al retórico como *vir bonus dicendi peritus*, como un hombre honesto que sabe hablar bien.³²

La obra de Quintiliano es redescubierta en el s. XV, y contribuyó a cierto renacimiento de la retórica a partir de esa altura. Durante el medioevo, la retórica se encuadró, junto con la dialéctica y la gramática, en el *Trivium*. No obstante, padece un lento declive desde entonces que la hace derivar hacia sus aspectos más formales en detrimento del poso filosófico y ético que le dieron los clásicos. Llega así hasta el s. XX (excepción hecha de la obra del napolitano Giambattista Vico a inicios del XVIII) reducida casi a una suerte de formularios de figuras literarias, hasta que se produce a mediados del pasado siglo un nuevo renacimiento de la disciplina de manos principalmente de Chaïm Perelman, quien básicamente se propuso actualizar la retórica aristotélica.³³

Casi simultáneamente a Perelman, la doctrina alemana también vuelve la vista hacia la retórica clásica y la tópica. Los trabajos de Joseph Esser³⁴ y Theodor Viehweg³⁵, respectivamente, consolidan la tendencia del estudio de la retórica y de la tópica al margen del logicismo formal y son precursores de las modernas teorías de la argumentación jurídica. Hoy día, ade-

32 ALBERT, José J. (2022), *Introducción a la Retórica Jurídica. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, p. 112.

33 PERLEMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucile (1989) [1958], *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid.

34 ESSER, Joseph (1961), *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. Eduardo Valentí Fiol, Bosch Casa Editorial, Barcelona.

35 VIEHWEG, Theodor (1964), *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León, prólogo Eduardo García de Enterría, Taurus, Madrid.

más, la retórica ha desbordado plenamente el campo jurídico para, como poco, ser objeto de estudio literario, lógico, filosófico, jurídico, sociológico y publicitario.

RETÓRICA Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En este punto nos vamos a centrar en el papel que puede jugar la retórica como instrumento de resolución de conflictos en dos ámbitos concretos: dentro de una negociación (normalmente extrajudicial, pero sin exclusión de ésta última) y en el campo estrictamente jurídico. Entendemos que, por su tipología, ambos ámbitos son prototípicos de toda resolución conflictual, siendo además la negociación elemento transversal –más o menos acentuado, en una fase u otra del conflicto–, de cualquier intento de solventar un conflicto social.

Como punto de partida, desde mi propia perspectiva, y por lo que después se dirá, entiendo la Retórica como un *arte (tekne)*, un *saber hacer práctico*, que consiste en un conjunto de preceptos y reglas necesarias para realizar discursos tanto orales como escritos, mediante los cuales el retórico y en su caso el orador, pretenden persuadir, deleitar o conmover a través de argumentos a su auditorio sobre la justicia, la bondad o la utilidad de su mensaje.³⁶

La retórica clásica grecorromana distinguía metodológicamente varias “tareas” o “deberes” del orador en la elaboración de cualquier texto discursivo: *inventio* (búsqueda y estudio de material) *divisio* (estructuración y priorización de ese material e ideas) *elocutio* (adecuación de las palabras escritas con las ideas escogidas) *memoria* (aprendizaje de las líneas principales del discurso) y *actio-pronuntiatio* (ejecución o puesta en escena del discurso frente al auditorio, incluido el lenguaje no verbal). Pero es importante subrayar que, para la retórica clásica, esas tareas y la técnica que llevan aparejadas se encuentran siempre presididas siempre por la idea de *decorum*, de lo debido, de lo que hay que decir en cada caso concreto, y este como veremos, es un concepto ético; no técnico ni jurídico.

Por ello más allá de un mero conjunto de reglas técnicas para persuadir o convencer al destinatario del mensaje, en su sentido más profundo la retórica puede concebirse también y fundamentalmente como un instrumento aplicativo de la ética para la búsqueda de una mejor sociedad, del bien común público. Y, por tanto, entre sus posibilidades de aplicación práctica,

36 ALBERT, *Introducción a la Retórica Jurídica*, p. 38.

aparece también como instrumento hábil para la resolución de conflictos humanos.

Entre los diversos métodos de resolución de conflictos existentes, nos centraremos ahora, como hemos apuntado, en los dos que nos parecen más significativos del tipo de resolución que representan: la negociación, como método-tipo de autocomposición voluntaria, y el proceso judicial como ejemplificativo de los métodos coactivos de heterocomposición.³⁷

Con relación a la negociación, como se ha escrito, “el problema es que no tiene reglas”, aunque sí límites.³⁸ A los efectos de estas páginas, manejaremos un concepto amplio de negociación, entendida como un “proceso de comunicación humana por medio del cual dos partes tratan de alcanzar un acuerdo que a ambas satisface, porque tienen necesidades complementarias”.³⁹ Además, la negociación implica que antes del cerrar el trato, no

37 Dejando al margen las soluciones parciales y violentas de resolución de conflictos (como la autodefensa o autotutela privadas, la guerra o el duelo), podemos, con Montoro Ballesteros, dentro de las soluciones pacíficas, las de tipo voluntario (composición) y las de tipo coactivo. En las voluntarias, son las propias partes implicadas en el conflicto las que tratan de llegar a una solución pacífica. A dicho acuerdo o solución pacífica se puede llegar por dos vías: la autocomposición y la heterocomposición. En la autocomposición, las partes implicadas en el conflicto dirimen por sí mismas –sin necesidad de recurrir a un tercero– sus diferencias. La solución del conflicto por autocomposición se puede manifestar de múltiples formas, entre ellas: la renuncia, desistimiento o perdón, cuando surgido el conflicto, una de las partes accede sin más a la pretensión de la otra; transacción, cuando surgido el conflicto las partes se ponen de acuerdo, mediante concesiones recíprocas, para encontrar una solución satisfactoria a sus intereses. En la heterocomposición, la solución del conflicto gravita sobre la actuación de una tercera persona ajena al mismo. Dicha actuación puede producirse por propia iniciativa del tercero ajeno al conflicto (mediación, buenos oficios; aunque carecen de efectos vinculantes para las partes), o bien a requerimiento de las partes implicadas en el conflicto. En este caso, si se otorga el poder de decidir el conflicto, las partes pueden quedar vinculadas por la decisión del tercero (arbitraje).

En las que hemos denominado soluciones coactivas, se recurre a un procedimiento imparcial y pacífico, pero obligatorio y coactivo: el proceso judicial. El juez, como tercero independiente, representa la función jurisdiccional como perfección técnica de la racionalización de conflictos sociales y su decisión es vinculante, de modo que puede hacerse efectiva por la fuerza. MONTORO, *Conflicto social, derecho y proceso*, p. 24 y ss.

38 LIONETTI, Juan Pablo (2012), “Negociación y retórica: por qué argumentar y cómo hacerlo”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 15, pp. 133-176, cit. p. 149.

39 YAEGLI, A.M. (2002), Trabajo n° 1, “Negociación”, en Curso de Postgrado en Comercio Exterior y negociación de Contratos Internacionales, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, p. 9, *apud* LIONETTI, “Negociación y retórica”, p. 150.

existe poder vinculante alguno, así como la falta de intención de recurrir a la fuerza, aunque implica la posibilidad de amenazar con ella (acudiendo a un modo coactivo de resolución del conflicto) si no se alcanza un acuerdo.

Distinto es el caso del proceso judicial, en el que toda actividad de las partes en él involucradas se encuentra regulada, pautada y protocolizada, en cualquiera de sus modalidades (proceso civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, militar, etc.). En este supuesto, las partes en conflicto quedan sometidas obligatoriamente a la autoridad de un tercero (el Estado, que ejerce de su soberanía), que decidirá la resolución del conflicto en favor de una u otra de ellas, y que además se reserva desde el inicio la amenaza del uso de la fuerza pública para caso de incumplimiento de aquello que se haya decidido por los órganos de decisión estatales.

Retórica y negociación

Los procesos de negociación pueden estar presentes en cualquier tipo de conflicto, y en cualquier momento, etapa o fase de su desarrollo. Pueden manifestarse cautelarmente, como medio de prevención de un eventual conflicto, o darse durante el desarrollo del propio conflicto, incluso si éste se ha judicializado.⁴⁰ En este último caso, se producirían dos vías paralelas y simultáneas de resolución conflictual. Y en los casos de mediación, arbitraje, transacción o simples buenos oficios, resultan esenciales las capacidades de negociación de los sujetos implicados en cada uno de estos medios de resolución de conflictos. Es por ello por lo que nos focalizamos en la negociación (entendida en estos términos genéricos) para resaltar su relación con la retórica.

Con relación a los procesos de negociación en general, el profesor de Derecho de la Universidad de Iowa Gerald B. Wetlaufer⁴¹ propuso las bases de las relaciones entre retórica y negociación como método de resolución de conflictos. En realidad, los argumentos de Wetlaufer sobre la negociación son extensibles sin dificultad, y en general, a todo proceso de resolución de conflictos, salvo el judicial, al que nos referiremos por separado. Suponen una aproximación al tema de carácter principalmente sociológico y psicológico, si bien el propio autor acaba por admitir la importancia del factor jurídico y de la argumentación en la resolución conflictual.

40 Es posible, incluso, la negociación en vía de ejecución judicial de la resolución.

41 WETLAUFER, Gerald B. (2005), *The Rhetorics of Negotiations*, (ref. 29/7/205) disponible en SSRN Electronic Journal, Wetlaufer, Gerald B., *The Rhetorics of Negotiation* (July 23, 2005) [<https://ssrn.com/abstract=770545>]. La traducción del inglés, salvo indicación en contra, es nuestra.

Él entiende por “retórica”, el “conjunto de actos del habla o convenciones discursivas a través de los cuales esas partes podrían tratar de llegar a un acuerdo”.⁴² Para el citado autor, dentro del campo argumental, pueden distinguirse hasta siete tipos especiales de modelos retóricos, aplicables según las características de cada caso conflictivo en concreto; se trata, además, de modelos “puros”, siendo en ocasiones susceptibles de implementación conjunta:

La retórica de la negociación distributiva (o regateo). Precisa al menos tres características, que haya dos partes; que cada una tenga un precio reservado⁴³ que no sea incompatible; que nuestra posición no varíe y sea conocida por la otra parte. Este modelo plantea, según Wetlaufer, graves problemas éticos, porque se basa en que cada parte intentará revelar el punto de indiferencia⁴⁴ de la otra mientras tratan de ocultar el suyo; el clásico ejemplo es el del “farol” del jugador de póker. El propio autor, no obstante, reconoce que este tipo de retórica negociadora no es tan simple, e incluye otra serie de habilidades para dominarla.

La retórica de la negociación integradora, de “ganar-ganar”, o juego de “suma no cero”. Es aquel supuesto o modelo dentro del cual las partes en una negociación pueden alcanzar una serie de resultados diferentes y en el que el “tamaño del pastel” puede variar de forma sensible.⁴⁵ Según el autor, solo sería de utilidad en determinadas condiciones.⁴⁶ A saber: cuando hay diferentes intereses, incluidos conflictos múltiples diferentemente evaluados; cuando haya evaluaciones diferentes con respecto a eventos futuros, incluyendo las evaluaciones de probabilidad de eventos o valor de alguna variable futura; cuando existan preferencias diferentes en materia de

42 WETLAUFER, *The Rhetorics of Negotiations*, p. 2.

43 Del mismo modo, llama “precio reservado” al punto en el cual, pasado ese límite, al comprador no le interesa comprar o al vendedor vender. WETLAUFER, *The Rhetorics of Negotiations*, p. 5, ap. 5.

44 Para Wetlaufer, el “punto de indiferencia” se refiere al precio al que la parte se vuelve indiferente a la transacción en negociación y más allá del cual la parte preferiría no hacer el trato; es el nombre que recibe en ocasiones, el “precio reservado” de cada parte. WETLAUFER, *The Rhetorics of Negotiations*, p.5.

45 WETLAUFER, *The Rhetorics of Negotiations*, p. 6.

46 El autor pone el siguiente ejemplo, conocido como la parábola de la naranja: dos hermanos se pelean por la última naranja de la casa. Probablemente, cualquiera de ellos podría comerse toda la naranja, o comprometerse a partirla por la mitad. Pero si logran entender que uno solo quiere la fruta y al otro solo le interesa la cáscara para rallarla y hacer un pastel, se darían cuenta de que es posible un acuerdo 100-100 y que ambos obtengan todo lo que quieren.

riesgos; y, por último, cuando existan preferencias diferentes con relación al tiempo (en cuanto al pago o la ejecución).⁴⁷ En este caso, lo importante es obtener el máximo de información sobre los intereses de la otra parte.

Retórica del argumento formal, incluido el legal. Wetlaufer define el argumento como “la presentación de razones, motivos, justificaciones o explicaciones ya sea en apoyo o en oposición a alguna afirmación o posición”.

⁴⁸ Estas razones pueden ser de distintos tipos: fácticas (“todos los hombres son mortales”), lógicas (“esto no se infiere de aquello”) o normativas (“eso no es justo”).⁴⁹ Por otra parte, los argumentos pueden ser inductivos, deductivos, o como suele ser el caso, simplemente una exposición de motivos. En las negociaciones, explica el autor, se puede argumentar sobre gran variedad de temas: –las partes deben ofrecer argumentos, razones, o explicaciones relacionadas al valor del objeto sobre el que recae la negociación y de su posible intercambio; –una parte podría ofrecer argumentos acerca de la consecuencia de no alcanzar un acuerdo, incluyendo aquellos que pueden considerarse advertencias o amenazas; –las partes pueden ofrecer argumentos sobre el comportamiento de una de ellas, como cuando se apela a la buena fe o a la reciprocidad; –las partes pueden ofrecer razones relacionadas con la conveniencia de alcanzar un acuerdo de mínimos sobre el que avanzar posteriormente.⁵⁰

Las retóricas aliadas de vender y amenazar. La retórica de la venta consiste, mediante actos del habla, en romper la barrera de la indiferencia del potencial comprador logrando que este otorgue a aquello que se pueda asegurar mediante el acuerdo; se busca así la modificación del punto de indiferencia de la otra parte,⁵¹ por ejemplo, creando necesidades, deseos o insatisfacciones en el potencial comprador.

47 WETLAUFER, *The Rhetorics of Negotiations*, p. 9.

48 WETLAUFER, *The Rhetorics of Negotiations*, p.9.

49 Es interesante notar como Wetlaufer, a pesar de referirse a “razones normativas” (o de legalidad), en realidad alude directamente a razones de justicia (“eso no es justo”). La diferencia no es baladí.

50 Wetlaufer explica que la retórica del argumento puede desplegarse en apoyo de otras retóricas de la negociación, (por ejemplo, la venta, la amenaza), o incluso incrustarse en ellas, al igual que otras retóricas (por ejemplo, la narrativa) a veces pueden desplegarse en apoyo o dentro de la retórica del argumento. En cualquier caso, reconoce el carácter predominante del argumento jurídico formal sobre los demás.

51 Esto es, la pura persuasión en cuanto que se pretende conseguir cierta actuación de la otra parte, motivada directamente por un cambio de opinión generado por el negociador-orador.

En la retórica de la amenaza, por otra parte, se busca igualmente alterar el punto de indiferencia modificando el valor que la otra parte tendría caso de no llegarse a un acuerdo, incluyendo la pérdida de valor total.⁵²

La retórica mediante la cual manejamos la comprensión de los demás sobre nosotros, sobre sí mismos, y sobre su situación, incluida su relación con nosotros. (a) La comprensión de quienes somos nosotros se relaciona estrechamente con el *ethos* del orador que estudió Aristóteles en su *Retórica*, y consiste básicamente en la credibilidad que aporta la persona a su mensaje, en vistas a lograr persuadir o convencer a su auditorio. Para Wetlaufer, adquiere particular importancia cuando la demanda discursiva es de índole moral, y ubica aquí los casos de los *ethos* de Gandhi o Luther King. (b) El entendimiento de quienes son los demás se relaciona, por ejemplo, con las arengas políticas que convierten a “los otros” en enemigos y se les otorga contenido, como ocurrió en la retórica de los nazis con relación a los judíos. (c) El entendimiento de los demás sobre su situación, incluyendo su relación con nosotros, se refiere, por ejemplo, a casos como cuando se aconseja a los interrogadores que buscan confesiones que sean amistosos y comprensivos, minimizando la gravedad moral de la ofensa.

La retórica de la narrativa o la narración. Que el autor relaciona con la presentación de los hechos en juicio por parte de los abogados. Las narrativas, las historias, entiende Wetlaufer que pueden ser poderosamente persuasivas, de forma diferente a como persuaden los argumentos formales; y es teóricamente posible explicar la efectividad de las narrativas y la narración de historias en términos de una “retórica de la narrativa o la narración”.⁵³ No obstante, como reconoce el autor, su efectividad es muy variable según el tipo de negociación.

- 52 Entre los ejemplos que ofrece el autor, está el que aparece en “El Padrino” (primera parte) cuando Don Vito Corleone persuade a un productor de cine para que incluya como protagonista de su película a uno de sus protegidos. Ante las reiteradas negativas e insultos por parte del productor, D. Vito hace que al despertar en su cama una mañana, la encuentre completamente llena de sangre y debajo de la sábana, junto a él, la cabeza cortada de su caballo favorito y más valioso.
- 53 Esta tipología que propone Wetlaufer encaja a la perfección con la *narratio* como operación oratoria o deber del orador. En la narración de los hechos, el retórico no debe de limitarse a enunciarlos. Debe hacer énfasis en aquello que le beneficie y soslayar lo que le fuera perjudicial. Se construye así un relato retórico-persuasivo que predispone al auditorio a aceptar las argumentaciones que lo justifican.

Retórica de la reciprocidad. Se basa en cierto tipo de intercambios, por ejemplo, regalos, entre las partes, con el fin de reconducir una negociación. Wetzlauffer alude a como la reciprocidad ha sido estudiada por antropólogos (muchas veces en comunidades no occidentales). Por ejemplo, en ciertas culturas indígenas de la costa norte del Pacífico americano, cuando un miembro de estas tribus ha sido insultado por otro, la víctima del insulto puede (en lugar de otras alternativas) dar un regalo al hombre que lo ha insultado; éste, a su vez, hacer otro regalo de devolución agregando algo más para demostrar su buena voluntad.⁵⁴

A nuestro juicio, la aportación doctrinal de Wetzlauffer resulta valiosa por cuanto reconoce expresamente la importancia de los recursos retóricos en los procesos de negociación, y clasifica los tipos de retóricas en relación con cada tipo de conflicto. En ocasiones percibe la importancia de la ética en la retórica, y parece ser partidario de una retórica ética (como en la retórica de la reciprocidad, o al criticar la retórica distributiva), pero en otros casos se limita a constatar la eficacia de ciertas técnicas retóricas según qué tipo de negociación (el caso tipo sería el de la retórica de la negociación distributiva). En todo caso, en todos los tipos de retóricas que se estudian, es incuestionable la importancia de la argumentación, que es determinante en la retórica jurídica.

Retórica y procesos judiciales

Como hemos apuntado, ya Aristóteles distinguió una “retórica judicial” en su división de la retórica.⁵⁵ Lo fundamental, pues en la filosofía aristotélica “todo se define por su fin”,⁵⁶ es que la finalidad de este tipo de retórica es persuadir al auditorio de lo justo o lo injusto (la determinación de que sea lo justo o injusto pertenece en sí misma al plano de la Ética; lo jurídico determina lo que es legal o ilegal). Así, cuando una sociedad determinada alcanza cierto grado de desarrollo, logra racionalizar el conflicto y remitir su solución a un tercero, que representa al Estado e indirectamente al cuerpo social, y a quien se otorga poder no solo para decidir sino también para usar legítimamente la coacción o la fuerza si su decisión no fuera respetada por las partes. Estamos ante el nacimiento de la potestad juris-

54 WETLAUFER, *The Rhetorics of Negotiations*, p. 42.

55 ARISTÓTELES (1990), *Retórica*, ed. Quintín Racionero, Gredos, Madrid, Libro I, cap. 3, 1358 b, 5 y ss., págs. 193 y ss.

56 ARISTÓTELES (2001), *Ética a Nicómaco*, ed. José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, Madrid, Libro III, cap. 7, 5 b, 23., pág. 195.

diccional de los jueces, que se hace efectiva a través de la institución del proceso judicial como cauce reglamentado de resolución de controversias. En cualquier caso, es fácil percibir que todo proceso judicial ofrece una estructura dialéctica, basada siempre en la retórica, en la que cada parte aduce argumentaciones (y contraargumentaciones) en favor de su pretensión, y un tercero decide sobre la base de dichos argumentos. Cada tesis es respondida por su respectiva antítesis y resuelta en la síntesis que supone la decisión judicial, en un juego dialéctico que indefectiblemente recoge o refuta los argumentos retóricos de cada parte.

Diego Medina advierte que el ejercicio retórico dentro del proceso judicial cobra particular importancia en dos momentos procesales diversos, pues "se concentra especialmente en dos momentos muy importantes de todo procedimiento (no obstante que tales momentos procesales, como es obvio, reciban, desde un punto de vista técnico, diversas denominaciones según, claro está, la jurisdicción y la especialidad donde se desplieguen); me refiero, concretamente, al momento de la interposición de la acción (demanda, querrela, denuncia, etc.) y al momento de las conclusiones (y muy particularmente las definitivas o evacuadas ante su Señoría antes justo de quedar el pleito a la espera de su pronunciamiento)".⁵⁷

Momentos procesales que se extienden a todas las jurisdicciones, y que se suelen traducir en la práctica en un elemento retórico escrito (demanda, denuncia, etc.), y otro elemento oral (el informe).⁵⁸ Se hace preciso recordar de nuevo con Diego Medina,⁵⁹ que en el que nosotros hemos denominado "momento escrito" de inicio del procedimiento judicial (ejemplificativamente, en la demanda), se pueden encontrar reunidas (como en el caso del discurso oratorio –hablado–) todas las fases o *partes artis* del discurso retórico a las que antes hemos aludido brevemente.

Por otra parte, si asumimos como punto de partida que debería existir cierto vínculo entre la justicia, el derecho y la realidad, la retórica, y la retórica jurídica en particular, constituyen seguros factores coadyuvantes para procurar una mejor vida en común si se utilizan como factor reductivo de la conflictividad. En el ámbito jurídico en particular, el arte retórico ayuda a

57 MEDINA, Diego (2020), "La retórica jurídica como recurso técnico del abogado", en MEDINA, Diego y SÁNCHEZ, Adolfo J. (eds.), *Estudios de Retórica Jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 67.

58 MEDINA, "La retórica jurídica como recurso técnico", p.67

59 MEDINA, "La retórica jurídica como recurso técnico", pp. 72 y ss. *Vid.*, también, HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1975), *El abogado y el razonamiento jurídico*, Sucesores de Rivadeneira, Madrid.

justificar la función social del ejercicio de la abogacía, entendiendo rectamente al letrado como colaborador de la administración de justicia. En el libre e independiente ejercicio de la noble profesión de abogado, el profesional encontrará en el estudio y en la práctica de la retórica un seguro aliado que le facilitará el trabajo en cualesquiera de sus múltiples facetas: en las entrevistas que mantenga con sus clientes, en la solución extrajudicial de los asuntos conflictivos que se le encomienden, y, como no, en la defensa de los intereses de sus patrocinados en los juzgados y tribunales. Persuadir al juzgador o al jurado de que su postura es la más justa, sin incurrir en falacias de ningún tipo,⁶⁰ asegura que la decisión jurisdiccional que ponga fin al procedimiento garantice, por los argumentos esgrimidos, no solo la resolución del conflicto concreto, sino que este pueda volver a reiterarse en un futuro.

Y de forma análoga, el arte retórico bien aplicado obliga a los jueces a argumentar debidamente sus decisiones no solo ante los letrados y las partes en la causa de que conocen, sino también ante los demás tribunales y frente la sociedad en general. Una sociedad realmente democrática y participativa exige que sus tres poderes argumenten debidamente sus decisiones ante quienes directa o indirectamente los eligieron. En el caso de los jueces (destinatarios naturales de varias de las modernas teorías de la argumentación jurídica), la racionalidad argumentativa de sus resoluciones va ligada directamente al acatamiento pacífico de la decisión y por tanto a su cumplimiento efectivo por las partes interesadas. Cuanto más y mejor argumentada esté una sentencia, mayor será su eficacia, tanto porque disminuye la posibilidad de un recurso efectivo, como por el grado de convencimiento que se adquiere –tanto por las partes como por la sociedad en general, dado el caso– sobre la justicia de esta.

Entendida en los términos expuestos, la retórica se muestra como forma metodológica de elucidación de problemas humanos desde la antigüedad hasta nuestros días, y como medio de practicar y alcanzar determinadas virtudes, puesto que ella misma es, en esencia, un arte ético. Es, además,

60 Un análisis detallado de la deontología profesional del abogado excede de los límites de este trabajo, pero es claro que tales límites existen y pasan por no faltar a ciertos deberes que en ocasiones implican no incurrir en falsedades. Cuestión distinta, admitida desde Quintiliano, es que el abogado pueda y deba recoger los aspectos factuales del caso del modo que mejor le convenga a su línea de defensa o acusación, y que igualmente pueda y deba interpretar los preceptos legales (y los silencios o contradicciones normativas) de la forma que mejor favorezca los intereses de su cliente.

un claro ejemplo de aplicación de la razón práctica y de la virtud de la prudencia. De lo primero porque la primera debe ser su guía en el camino hacia la verdad, lo justo o lo útil en comunidad. Lo segundo, porque la virtud de la prudencia encuentra cómodo acomodo en las tareas del orador, cada una de las cuales encuentra reflejo en un aspecto de aquella.

Por lo que toca al ámbito jurídico, el problema de fondo que subyace a esta cuestión es el de la relación entre consenso, verdad y justicia y qué papel, en su caso, ha de desempeñar la retórica al respecto. Desde luego, en principio un acuerdo consensuado como resolución de un conflicto suele ser mejor que cualquier tipo de litigio. En este sentido, debemos señalar no obstante que el consenso por sí mismo nunca puede ser fundamento de la verdad, sino que se fundamenta y deriva de la verdad descubierta y elucida mediante el diálogo riguroso y sereno.⁶¹

O, si se prefiere, que una paz social, un acuerdo alcanzado desde un falso consenso, desde la negación de la realidad, está abocado al fracaso, esto es, a la reactivación tarde o temprano del conflicto. En esta línea Kurt Spang entiende que no hace falta insistir en el hecho de que "para encontrar la verdad no es suficiente el intercambio de opiniones y pareceres dispares entre sí, el tan elogiado pluralismo meramente plural, como tampoco lo es la mera mayoría establecida por votación. Ninguna es capaz de asegurar de por sí que una decisión consensuada sea también la acertada, la que establece y formula el bien común",⁶² una verdad ética que, repetimos, es externa a la retórica, pero que la retórica, interpretada y aplicada prudencialmente, puede ayudar a encontrar, o al menos, a lograr una aproximación verosímil.

CONCLUSIÓN

En términos generales, se puede concebir la retórica de dos modos distintos. En primer lugar, simplemente como una técnica (o conjunto de técnicas) para lograr la elocuencia discursiva, de forma que el destinatario del

61 Desde un planteamiento igualmente teorizante de la unidad de la razón práctica, y en este caso desde la perspectiva de la *polis*, Alfredo Cruz Prados señala que: "Ninguna comunidad comparte un procedimiento o un conjunto de procedimientos, sin compartir nada más que puros procedimientos. Sin referencia a un bien común, a un contenido valorado y poseído en común, no es posible concebir un procedimiento, ni justificar la obligación de atenerse a un procedimiento", CRUZ, Alfredo (2016), *Filosofía Política*, Eunsa, Pamplona, p. 61.

62 SPANG, Kurt (2005), *Persuasión: Fundamentos de Retórica*, Eunsa, Pamplona, p. 25.

mensaje quede persuadido o convencido de aquello que el retórico quiere y encamine su voluntad o acción en la dirección querida por aquel. En este caso, como cualquier saber técnico, es susceptible de ser estudiada, aprendida, y transmitida; pero también, como simple técnica, carece de otra finalidad que no sea convencer o persuadir a toda costa del mensaje que se transmite. Se entenderá entonces que el fin último de la retórica consiste precisamente en la elocuencia: el convencimiento o la persuasión sin más. Por ello mismo, por este camino la técnica retórica puede servir a los más bajos intereses, verse dominada por demagogos o ser campo fértil para argumentos falaces. Nada lo impide, y además cumpliría su función. También es posible concebir la retórica como un saber hacer práctico (verdadero sentido del término griego *tekne*) vinculado a la búsqueda de un fin superior (lo justo, lo bello o lo útil en sociedad) y presidido por la idea ética del *decorum*. En este sentido, la retórica posee un fuerte sentido ético, y a la ética se encuentra subordinada. No solo debería expresar en cada caso aquello que debe ser dicho o escrito conforme a dicha ética, sino que debería hacerlo, según su género particular, como instrumento para alcanzar lo que se considere esencialmente justo (género judicial), bello (género epidíctico) o útil (género demostrativo). En este segundo caso, la elocuencia pasa a un segundo término, no suponiendo la finalidad última del arte retórico, que adquiere un sentido deontológico.

Con la idea de derecho ocurre algo parecido. Si se concibe, aún con la mejor intención, con una "pureza" que lo aísla como constructo sistemático de cualquier realidad histórica, social, de toda necesidad humana y de cualquier finalidad relacionada con lo justo concreto, se corre el riesgo de que ese derecho contenga teóricamente cualquier contenido. Como técnica sería infalible y como teoría irreprochable, pero materialmente negaría la relación del derecho no ya con la idea de justicia, sino con un mínimo ético que debe estar presente en toda sociedad como presupuesto básico de su propia supervivencia.

Una retórica y un derecho desconectados de cualquier deontología virtuosa pueden ser instrumentos de toda finalidad, pero solo una retórica y un derecho guiados por la ética pueden contribuir a crear una sociedad más justa y pacífica. La retórica nace conectada al uso de la palabra. Aristóteles, como habíamos apuntado al comienzo de estas líneas, al inicio de su *política*, hace descansar la esencia de la sociabilidad humana precisamente en el lenguaje:

"la razón por la cual el hombre es un ser social, más que cualquier abeja y que cualquier animal gregario, es evidente: la naturaleza, como decimos, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que

tiene palabra. Pues la voz es signo del dolor y del placer, y por eso la no poseen también los demás animales, porque su naturaleza llega hasta tener sensación de dolor y de placer e indicársela unos a otros. Pero la palabra es para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio del hombre frente a los demás animales: poseer, él sólo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, y de los demás valores, y la participación comunitaria de estas cosas constituye la casa y la ciudad."⁶³

Cualidad pues que no puede ir desligada de su finalidad natural: manifestar lo conveniente y lo perjudicial, lo justo y lo injusto, pues solo nosotros –los seres humanos naturalmente sociales– poseemos esos y otros valores con los que constituimos nuestra comunidad. Por eso, un lenguaje, y sobre todo un pensamiento educado en el *decorum* retórico, sin duda constituyen un valioso recurso para que esa sociabilidad humana, y los conflictos naturales a ella inherentes, se puedan desarrollar y solventar por cauces pacíficos. No es otra la tarea *paidética*, por educadora, de la retórica y del derecho.

63 ARISTÓTELES (1988), *Política*, I, 1253 a. Cito por la edición de Gredos, trad. Manuela García Valdés, Madrid, pp. 50-51.

COLISIÓN DE ORDENANZAS, COSTUMBRES Y DERECHOS EN UN PLEITO CASTELLANO DEL SIGLO XVIII

A CLASH OF ORDINANCES, CUSTOMS AND RIGHTS IN A CASTILIAN LAWSUIT IN THE EIGHTEENTH CENTURY

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA
(Universidad de Murcia)

RESUMEN

El trabajo analiza un pleito sustanciado en el siglo XVIII sobre un conflicto, en relación con derechos privativos y comunes de pastos, entre los labradores y los ganaderos del concejo de Antequera. La controversia jurídica, desde finales del siglo XVI, dio lugar a la petición, dirigida al Consejo de Castilla, de licencia en su función de gobierno, y de aprobación en su función judicial, respecto de unas nuevas ordenanzas, coexistentes con la costumbre del lugar. El pleito pone de manifiesto una concepción jurídica moderna en la que priman los derechos subjetivos sobre el sistema formal de las disposiciones normativas.

Palabras clave: Ordenanzas. Costumbre inmemorial. Gobierno. Administración de justicia. Derechos privativos y comunales.

ABSTRACT

This paper analyses an 18th-century dispute over private and common grazing rights between the farmers and stockbreeders of the council of Antequera. The legal controversy, from the end of the 16th century, led to a request being made to the Council of Castile for permission in its function of government and approval in its judicial function for new ordinances, which coexisted with the local custom. The lawsuit highlights a modern legal conception in which subjective rights take precedence over the formal system of normative provisions.

Keywords: Ordinances. Immemorial custom. Government. Administration of justice. Private and communal rights.

RESUM

COL·LISIÓ D'ORDENANCES, COSTUMS I DRETS A UN PLET CASTELLÀ DEL SEGLE XVIII

El treball analitza un plet substanciat en el segle XVIII sobre un conflicte, en relació amb els drets privatis i comuns de pastures, entre els llauradors i els ramaders del consell d'Antequera. La controvèrsia jurídica, des de finals del segle XVI, va donar pas a la petició, dirigida al Consell de Castella, de llicència en la funció de govern, i d'aprovació en la funció judicial, respecte d'unes noves ordenances, coexistents amb el costum del lloc. El plet posa de manifest una concepció jurídica moderna en la qual primen els drets subjectius sobre el sistema formal de les disposicions normatives.

Paraules clau: Ordenances, costum immemorial, govern, administració de justícia, drets privatis i comunals.

Este trabajo de investigación pertenece al proyecto titulado *Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea*, referencia PID2020-113346GB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

ORDENANZAS Y DERECHOS, GOBIERNO Y JUSTICIA

En el Memorial ajustado del pleyto que litigan la ciudad de Antequera, y el rector del Colegio de la Compañía de Jesus, y el Prior de el Hospital General de San Juan de Dios de la misma Ciudad, y sesenta y tres Vecinos de ella, Labradores, y Criadores de Ganado. Con don Alonso de Bejar, y otros seis Consortes, vecinos, y Ganaderos de dicha Ciudad. Sobre aprobacion de nuevas Ordenanzas, firmado por el licenciado Juan José Franco el 4 de diciembre de 1749 y que forma parte de un *Libro impreso de memoriales en pleitos de posesión de mayorazgos*, se recogía la siguiente secuencia jurídica de gobierno y justicia.¹

La ciudad de Antequera había recurrido el 13 de noviembre de 1743 a la Sala de Gobierno del Consejo Real de Castilla en busca del amparo de la posesión de los cortijos de sus labradores, concretamente pidiendo licencia para la reforma o novación («reformularlas, o hacer otras de nuevo») de las ordenanzas de 1531 que estaban provocándoles perjuicio. La facultad de aprobar la reforma de las ordenanzas locales pedida por el concejo de Antequera se hacía depender así de una licencia previa del Consejo de Castilla. Mas, si la expedición de la licencia se localizaba en las funciones de la Sala de Gobierno del Consejo, la aprobación definitiva de las nuevas ordenanzas, una vez redactada la reforma por la ciudad, se atribuía empero, sin abandonar el seno común del Consejo, a su Sala de Justicia. Así sucedió, en efecto, cuando al mandato, con parecer fiscal, de autorización

1 En el Archivo Histórico de la Nobleza, Baena, c. 196, d. 19-31.

de 6 de diciembre de 1743 por la Sala de Gobierno, en orden a la elaboración en treinta días de las nuevas ordenanzas,² le siguió la remisión por la ciudad de Antequera de su redacción así como el decreto del Consejo de 14 de abril de 1744 que las unió a sus antecedentes, para procederse después, en último término, al traslado del expediente, con el fin de la aprobación definitiva en la Sala de Justicia del Consejo de Castilla.

Fue en este ámbito ulterior de la Sala de Justicia del Consejo de Castilla, y no en su Sala de Gobierno, donde condensaría el cariz contencioso del asunto, habida cuenta de que el 22 de febrero de 1744 dos ganaderos, que más tarde serían siete, opusieron a la pretensión de las nuevas ordenanzas, y en pro del cumplimiento de las de 1531, la observancia de una ejecutoria de la Real Audiencia y Chancillería de Granada de 8 de julio de 1743. Por su parte, los labradores presentaron el 5 de noviembre de 1744 un pedimento para que se les recibiera información de testigos que respaldaban su costumbre contra los perjuicios de las ordenanzas vigentes. El 10 de mayo el alcalde mayor recibía declaraciones y nombraba dos peritos para el reconocimiento de algunos cortijos «a fin de justificar los Cercados, y possession de guardarlos, y los Rastrojos». En sentido contrario a una consulta de 4 de agosto de 1745, representada por el corregidor, siempre remiso y evasivo respecto de la ejecutoria de la Chancillería, un auto del Consejo de 18 de agosto, sobrecarteado con cláusula de quebrantamiento al día siguiente, le ordenará su cumplimiento, sin embargo de suplicación. El despacho por el Consejo de un nuevo auto, de 27 de agosto, ratificó el anterior. Se trasladaron entonces los autos a los labradores vecinos de la

- 2 El interés subyacente en la elaboración de nuevas ordenanzas podía muy bien ser el que pusieron de manifiesto los ganaderos en su decimotercera pregunta del interrogatorio a testigos. *Memorial*, n. 276: «Articularon a la 13. Pregunta, que era verdad, que el principal empeño de este Pleyto sobre la subsistencia de dichas nuevas Ordenanzas, y motivo de su formacion y disposicion, ha consistido, y consiste en que muchos de los Regidores de dicha Ciudad han sido, y son ya Dueños unos, ya Colonos otros de los Cortijos del termino de ella, debiendose creer, que los Dueños han llevado, y llevan la maxima de que a titulo de los acotamientos disfrutan mayores precios por los arrendamientos de sus Cortijos, y los Colonos las ventajas de disfrutar en su recompensa los Pastos, como si fuesen cerrados en todo el tiempo del daño, en la tercera parte de sus Tierras, que es aquella hoja de la cosecha, que se acaba de alzar, a lo qual se persuaden los Testigos quando el Ganado de Labor pudiera mantenerse muy bien con arreglo a las Ordenanzas antiguas, y al acotamiento de la fanega de Tierras por las 42. que corresponden a cada yugada, en conformidad del Despacho del Consejo de 20. de Febrero de 1592. sin hacerse para esto consideracion de las muchas porciones de Tierra ocupadas por resultados de las facultades, que se han concedido a la Ciudad en los años de 1616. y 1617.».

ciudad de Antequera, y a los ganaderos: unos y otros insistieron en sus posiciones. Conclucos y vistos los autos el 25 de mayo de 1746, se recibió el pleito a prueba, con reconocimiento y vista ocular del término de la ciudad de Antequera, interrogatorio de testigos no tachados e información, citada la parte contraria, sobre los perjuicios sufridos por los labradores, quienes, según reflejaba su otrosí, "por falta de Pastos, han dexado de sembrar todo aquello que acostumbran, y corresponde a las Tierras de sus Cortijos». El auto del Consejo de 22 de abril de 1747 mantendrá limitados espacial y temporalmente los derechos de los labradores, amén de la prohibición de arrendamiento a forasteros.³

A la vista de la secuencia anterior, gobierno y justicia constituyeron las dos funciones ejercidas por el Consejo de Castilla en el curso del procedimiento de elaboración de una disposición normativa local. Ahora bien, en cuanto a la autorización, gobierno mediante, y a la aprobación, justicia mediante, de las nuevas ordenanzas, deberían comprenderse tales vías competenciales no como rutas jurídicas paralelas, sino sucesivas, en la prolongación de un mismo iter normativo con una sola causa y finalidad, como demuestra el funcionamiento sucesivo, y no simultáneo,⁴ de las Salas del Consejo. Hasta la aprobación de la Sala de Justicia,⁵ el expediente de disposición normativa responde a la naturaleza jurídica de un expediente de gobierno. Conviene apreciar no obstante que, de la misma manera que una supuesta función legislativa se inserta, mas no se distingue, en las rutas procedimentales del gobierno y la justicia (porque en definitiva la función legislativa consiste en la atribución de una fuerza de ley por parte del rey o del órgano que lo representa), y al decir que se inserta no se indica una subordinación, sino todo lo contrario, dado que son las funciones de gobierno y de justicia las que se activan al servicio de la valoración de la atribución de fuerza legal,⁶ en el bien entendido siempre de que esta

3 *Memorial*, cit., nn. 1-5, 36-48, 79-82, 87-90, 93-95, 115-116, 291-292.

4 El paralelismo de proceso judicial y expediente gubernativo prima («El Consejo, aparte de por expediente, conoció habitualmente por proceso») en la explicación de DE DIOS, Salustiano (1982), *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 449.

5 Sobre la remodelación de la Sala de Justicia a principios del siglo XVIII, DE DIOS, Salustiano (1986), *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Diputación de Salamanca, Salamanca, p. LXXI.

6 Puede adjetivarse la función legislativa como supuesta porque, entendiendo la ley en un sentido estricto, la función legislativa no existe como tal, porque no hay un procedimiento formal de legislación, mientras existen sin duda procedimientos formales de gobierno y de justicia. La ley no resulta objeto de un procedimiento, sino que obedece a una atribución de valor o fuerza jurídica. Otra cosa es que por ley se quiera entender una disposición normativa

fuerza legal, en relación con las ordenanzas, tiene la especificidad de obedecer a una voluntad regia aprobatoria,⁷ que tiene el cariz aparente de

elaborada por las instituciones de la administración central de la monarquía, lo que puede justificarse, o más bien entenderse, a partir de la circunstancia de que las disposiciones normativas que aquellas instituciones elaboran suelen recibir la atribución regia de fuerza de ley. Esta elaboración de disposiciones normativas por las instituciones de la administración central (disposiciones generales, para entendernos, aunque no tengan por qué ser estrictamente generales) sí cuenta con un procedimiento formal, como el gobierno y la justicia. Como las disposiciones elaboradas mediante este procedimiento reciben ordinariamente fuerza de ley, y tienen una variedad tipológica considerable, resulta frecuente referirse a este procedimiento, y a la función que el Consejo ejerce por esta vía, como un procedimiento o una función legislativa. Este procedimiento impropriamente denominado legislativo ha sido estudiado por CABRERA, María Isabel (1993), *El Consejo Real de Castilla y la ley*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, pp. 109-163. Adviértase que cuando el procedimiento normativo (petición, real orden dirigida al Consejo, dictamen fiscal, consulta) culmina con la publicación de la ley, la ley, que es pura materia resultado de la calificación derivada de la voluntad del rey o de su representación por el Consejo, se manifiesta incorporada en un determinado tipo de disposición formal (cédula, pragmática, provisión). Respecto de esta disposición formal es correcto constatar un procedimiento normativo.

- 7 Dice PORRAS, Pedro A. (1994), "Las ordenanzas municipales. Algunas propuestas para su estudio y un ejemplo", *Espacio, Tiempo y Forma. Serie III. Historia Medieval*, vol. 7, p. 49: "si las ordenanzas llegan a configurarse es a causa de la rigidez que habían alcanzado tales fueros [...] Esto se había producido por dos razones: en primer lugar, por la asunción por parte del poder real de la capacidad legislativa, introduciendo normas más acordes con la realidad bajomedieval [...] que acabaron derogando *de facto* buena parte del contenido de los viejos fueros, y, en segundo lugar, debido a que las materias que luego integrarían el elenco de competencias de los municipios y, por ende, las materias de ordenanzas, se habían quedado obsoletas [...] En definitiva, se trata de un claro ejemplo del avance del aparato administrativo central [...] en detrimento del mundo local". Si las ordenanzas responden a los problemas jurídicos actuales que los fueros no habían regulado o resuelto completamente, la aprobación regia fue característica de las ordenanzas a diferencia de la aprobación señorial característica de los fueros, aunque, como explica LADERO QUESADA, Miguel Á. (1998), "Las ordenanzas locales. Siglos XIII-XVIII", *En la España Medieval*, vol. 21, pp. 301-305, esta aprobación señorial no se opone a la aprobación regia, porque se comprende subrogada en ella, lo que pone de relieve además la suavemente progresiva imposición bajomedieval del poder del rey (más allá de su condición señorial) frente al poder concejil, con el acompañamiento de una doctrina jurídica que postulaba la pertenencia de la potestad estatutaria al rey directamente o a través de su Consejo y aun con la intervención del corregidor (a quien en nuestro memorial cabe contemplar dubitativo entre los intereses de las instancias de poder real y concejil). Pero no hay que olvidar que la mayoría de los fueros pertenecen a los siglos XII y XIII, y aunque fueran de aprobación señorial (incluida la del realengo), pudieron someterse ulteriormente, sobre todo al redactarse los fueros extensos, a la de aprobación o confirmación (ahora estrictamente, en vínculo con la previa aprobación

confirmativa⁸ por la sencilla razón de que se inserta en un objeto redactado por otra instancia gubernativa y jurisdiccional inferior...⁹ si se atiende a las materias que fueron objeto de los expedientes gubernativos de la Sala de Gobierno del Consejo, a la luz de la enumeración que incluye el estudio de José María Vallejo García-Hevia, se comprobará que en ellas (sobre todo en asuntos penales y de orden público, pero también en la interpretación de las ordenanzas) la naturaleza del gobierno y la de la justicia se mezclan (no en vano gobierno y justicia están ínsitos en la expresión de la administración de la justicia).¹⁰ Por otra parte, de acuerdo con Regina Polo Martín, los expedientes gubernativos respondieron a consultas dirigidas al Consejo, como el mismo memorial que nos ocupa, que daban lugar a la formación de expedientes de carácter judicial.¹¹ Ley, gobierno y justicia enlazan combinatoriamente, no obstante el organigrama administrativo de las salas del Consejo, sin solución de continuidad.

señorial) por parte del rey; en palabras de IGLESIA, Aquilino (1977), "Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio", *Historia. Instituciones. Documentos*, vol. 4, p. 134: "La confirmación regia supone el reconocimiento implícito del monopolio regio de la creación del derecho". Igualmente, las recopilaciones de ordenanzas, como señala LADERO QUESADA, "Las ordenanzas", pp. 307-310, tuvieron querencia por la aprobación regia.

- 8 Exactamente se trata de una aprobación de las ordenanzas locales, y la confirmación implicaría una aprobación anterior de las mismas (no de las reformadas ni por supuesto de las nuevas) por el propio Consejo. Con el sentido confirmativo aparente aludimos a una posible interpretación según la cual el procedimiento normativo se consideraría desarrollado por el concejo local, en el trabajo de la redacción de las ordenanzas, y contra la cual se mostrarían los actos de licencia y aprobación, que corresponden al Consejo de Castilla. No obstante, la integración de la actividad local en el procedimiento normativo puede admitirse como contenido de la petición que excita el procedimiento normativo del Consejo, pero desde luego en tal caso la decisión definitiva del Consejo consistirá en la aprobación, no en una confirmación, salvo que se prefiera una descripción técnicamente impropia.
- 9 Contrástese la confirmación de las ordenanzas locales con la regulación de las propias ordenanzas del Consejo de Castilla: DE DIOS, *Fuentes*, doc. 38, pp. 199-213.
- 10 VALLEJO, José María (2007), *El Consejo Real de Castilla y sus escribanos en el siglo XVIII*, Junta de Castilla y León, Valladolid, pp. 513-514. El autor se refiere a la Sala primera de Gobierno. El mismo vínculo judicial (apelaciones, por ejemplo) se detecta en las competencias de la Sala segunda de Gobierno. De las competencias de ambas Salas, y de las competencias de la Sala de Justicia, se ocupa PUYOL, José María (1992), *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 550-560, 566-567.
- 11 POLO, Regina M. (2018), *Consejos y consultas. La consulta como instrumento de gobierno en la Monarquía hispánica del Antiguo Régimen. Un estudio jurídico-institucional, con especial referencia al Consejo de Castilla*, Fundación BBVA, Bilbao, pp. 518-527.

En el iter normativo, por lo demás, la fase de redacción, una vez concedida licencia por el Consejo, transcurre por distinta sede política, normativa y jurisdiccional, porque se particulariza en el concejo de la ciudad. La elaboración normativa de las ordenanzas pertenece entonces a un campo jurídico al mismo tiempo condicionado y dispositivo. En la medida en la que el ámbito jurídico particular del concejo necesita la licencia, para articular su voluntad normativa, y la aprobación, para sancionar su validez, del Consejo de Castilla, amén de su posterior publicación para entrar en vigor, el campo normativo está condicionado, porque se trata de un ámbito institucional que no resulta normativamente autosuficiente. No obstante, la redacción del contenido de las ordenanzas no se encuentra sujeta a instrucciones jerárquicamente superiores, y obedece a la voluntad institucionalizada del concejo, que plasma su materia jurídica conforme a la valoración propia de su régimen local de ordenanzas, costumbres y resoluciones judiciales.

Quizá, con este último comentario a propósito de la capacidad dispositiva del concejo en la redacción de sus ordenanzas, no se haya expresado toda la riqueza jurídica potencial de la situación. Al depender de la ciudad la redacción de sus ordenanzas, ciertamente el concejo responde a una tradición jurídica, pacífica o conflictiva, y opta por la aplicación de determinadas disposiciones y por la consolidación o formulación de determinados derechos. Dicho de otra manera, valora derechos objetivos y concreta derechos subjetivos. Pero no se trata exactamente de una operación jurídica de calado formal, sino más bien de una operación jurídica de calado material. Esto significa que la redacción de las ordenanzas forma parte del curso dispositivo normativo de manera disgresiva: no tiene que ver con la licencia previa, que depende de la Sala de Gobierno del Consejo, ni tampoco con la aprobación final, que depende de la Sala de Justicia del Consejo, antes bien la redacción se reduce formalmente al acto de su entrega a la Sala de Gobierno, para unirse a los autos, lo que implica lógicamente su formación previa, la formación previa del texto que ha de ser entregado, pero una formación previa que ha tenido que realizarse aparte y localmente, de manera externa al procedimiento normativo formal que lleva desde la licencia a la aprobación, dominado por el Consejo. Esta visión de las cosas permite entender cómo la operación jurídica de redacción de las nuevas ordenanzas es sobresalientemente material, en un sentido discursivo, y aun dispositivo, porque esta materialización jurídica supone un realce, en la actividad de redacción de las ordenanzas, de la labor selectiva y expresiva de los derechos y obligaciones de labradores y ganaderos que en la disposición de su normas se acomete. Exageradamente, podría decirse que en las ordenanzas el concejo de la ciudad de Antequera legisla de modo secundario, y primordialmente aborda, una vez autorizado por

el Consejo y pendiente de su aprobación (control primordialmente formal), el reconocimiento de la organización de una realidad: tierras y derechos.

Ahora bien, esta interpretación es tan necesaria como relativa. La perspectiva subjetiva (plasmación material de derechos) frente a la objetiva (curso formal de las disposiciones normativas) de la redacción de las ordenanzas tiene interés porque cohonesto con la interpretación de la función de aprobación normativa de la Sala de Justicia del Consejo de Castilla, una función de justicia, ya nítidamente perteneciente al curso formal (aprobación), en la que sin embargo los derechos vuelven a primarse. Ciertamente, si es la Sala de Justicia, y no la de Gobierno, la que aprueba las ordenanzas, es porque la formulación de derechos que ha significado su redacción puede generar un conflicto intersubjetivo, como sucede en el caso de nuestro memorial. Con otras palabras, la función de justicia del Consejo es excitada por el cruce, en el curso normativo, de un contencioso, provocado por los derechos que se contraponen a los derechos reflejados en las nuevas ordenanzas. Los siete ganaderos que impugnan en febrero la reforma o novación de las ordenanzas actúan con posterioridad al mandato de su elaboración en diciembre, y antes de que, en el mes de abril, la ciudad de Antequera haya remitido su redacción a la Sala de Gobierno. Ya entonces, en la tesitura de la redacción, o sea en la operación material de trazado de derechos, han eclosionado derechos opuestos. La interferencia contenciosa en el curso normativo produce pues una transfiguración jurídica, porque la acción de los ganaderos no introduce un trámite o incidente propio del curso dispositivo normativo, como demuestra el hecho de que ni siquiera se haya remitido todavía el texto nuevo de las ordenanzas, sino una acción que discurre, contra los derechos de las nuevas ordenanzas, a partir de los derechos generados por las ordenanzas antiguas, confirmados además por una ejecutoria judicial. Esto explica que la aprobación de las nuevas ordenanzas aparente, más que un mecanismo de reforma o novación normativa, un proceso declarativo para la resolución de la colisión de derechos nuevos con derechos adquiridos.

Así la disposición normativa de las ordenanzas nuevas es comprendida como una película o retícula de derechos que, a pesar de las formalidades del curso de perfección y validación, se desprende intelectualmente para dejar nudos los derechos que en ellas se propulsaron y sustentan frente a otros derechos opuestos. La intervención de la Sala de Justicia del Consejo en la aprobación de las nuevas ordenanzas responde a la mutación contenciosa que los ganaderos impulsan en defensa de sus derechos (sobre ordenanzas viejas) y provoca la sumisión de las coberturas formales (la colisión formal de ordenanzas viejas y nuevas en clave de la viabilidad de la reforma o novación) al enfrentamiento o colisión entre derechos viejos

y derechos nuevos. Si la aprobación de las ordenanzas nuevas depende de la Sala de Justicia es porque esta se muestra condicionada por la resolución del conflicto entre derechos (faz subjetiva positiva) y perjuicios (faz subjetiva negativa de los derechos) en las relaciones jurídicas.

La aprobación de las ordenanzas nuevas no depende sencillamente del cumplimiento de un curso formalmente adecuado de disposición normativa. No se trata de verificar una promulgación, abrogación o derogación formalmente correcta. Por otra parte, tampoco se trata aquí de un conflicto jurisdiccional. Las jurisdicciones que intervienen (el alcalde mayor, la Chancillería de Granada, el Consejo de Castilla) respetan, en su funcionamiento ante el contencioso de derechos, su posición jurisdiccional en tiempo y jerarquía, con tanta pulcritud como la operación normativa del concejo de Antequera se somete a la licencia previa y a la aprobación final del Consejo. La mentalidad jurídica que subyace en este ámbito local de formulación normativa de las ordenanzas no cuestiona la estructura gubernativa y jurisdiccional, sino que indica con toda claridad la pujanza de un territorio jurídico de cosas, situaciones, derechos y obligaciones cuya consolidación pacífica requiere instrumentos abiertos para la resolución de contenciosos previa a la fijación de toda declaración normativa.

No hay aquí acciones procesales de disposición normativa, ni normas dispuestas como constituciones exclusivas de derechos, sino disposiciones basadas en mecanismos dirimientes de conflictos de derechos y construidas desde la conexión de las vías normativas con las jurisdiccionales. La aprobación o la confirmación regia de las ordenanzas (o su negativa), por el Consejo de Castilla, se producirá al cabo, con la cristalización legal de la armonía alcanzada de derechos.

PRETENSIONES: ORDENANZAS, LEYES Y COSTUMBRES

Desde luego, la ciudad de Antequera reconoció, en la formulación de su pretensión de nuevas ordenanzas, que su aprobación correspondía al Consejo de Castilla, de la que dependía la fuerza de su vigencia en el ámbito local donde debían ser publicadas. Esa especie de sujeto colectivo al que se refiere el término de ciudad obedecía en realidad a un particular conjunto de actores defensores de su propia utilidad y conveniencia, contra los perjuicios causados por las ordenanzas viejas: el rector del Colegio de la Compañía de Jesús, el prior de San Juan de Dios y sesenta y tres consortes vecinos labradores y criadores de ganado de la ciudad.¹²

12 En la pretensión de la ciudad de Antequera, en el reconocimiento de la aprobación normativa del Consejo de Castilla iba implícito el efecto ulterior de la judicialización que resultara

En contra, Alonso de Béjar y seis consortes vecinos ganaderos defendieron la anulación de las ordenanzas nuevas, la citación de los gremios con audiencia judicial de las protestas de sus representantes y unión de las mismas a los autos para remisión al Consejo en el curso de la aprobación de la reforma de las ordenanzas, y mientras tanto la nulidad de las ordenanzas nuevas relativas a pastos y guardas de rastrojos

“como opuestas a la primitiva, e inalterable naturaleza de las Tierras comprehendidas en el termino de dicha Ciudad, a las Leyes del Reyno, y a sus antiguas Ordenanzas hechas el año de 1531. Mandando en su consecuencia, que estas, por lo que mira a los Capítulos, que hablan de Pastos, se observen sin alteracion, y se inserten como inviolables en el Quaderno de las nuevas, que se hicieren, dandoles el lugar que les corresponda; y que en su virtud ningun Labrador, ni otra persona, con pretexto alguno, adehesse, cerque, ni acote, ni haga termino redondo ningunas Tierras, ni Cortijos dentro del termino de la referida Ciudad, mas que la fanega de tierra en cada yugada, de quarenta y dos fanegas de sembradura para los Ganados de la labor, que le está concedida por el Consejo, y que todas las demás queden libres, y desembarazadas para que qualesquiera Vecinos las puedan comer, y pastar con sus Ganados, declarando assimismo por abuso, o corruptela qualesquier uso, o costumbre, que contra lo referido se haya intentado inducir, o haya introducido”.¹³

Este fragmento de las *Pretensiones* del memorial es interesante, porque confirma la transfiguración de las ordenanzas en derechos al mismo tiempo que mantiene el curso formal normativo de las ordenanzas e introduce el nuevo factor del uso o la costumbre,¹⁴ que constituye el nexo entre el derecho y la norma.

de la colisión de derechos, como demostraba la mención de la condena en costas. *Memorial*, n. 33: “La Ciudad, que el Consejo se sirva de aprobar las nuevas Ordenanzas, que se hicieron, en la forma, y modo que se hallan dispuestas, y arregladas, mandando librar el correspondiente Despacho, para que publicandose en Antequera, se guarden, cumplan, y observen inviolablemente, baxo las penas, y multas, que en ellas se establecen, y las demás que sean del agrado del Consejo, condenando en costas a las Contrarias por su injusta, y maliciosa oposicion, imponiendoles perpetuo silencio, y dando todas las demás providencias convenientes”.

¹³ *Memorial*, cit., nn. 6-8.

¹⁴ Para una precisión del concepto nuclear de uso en conexión con el ejercicio del derecho, GROSSI, Paolo (1992), *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne del diritti reali*,

Así, en primer lugar, la naturaleza anulable de las ordenanzas nuevas deriva de su colisión con la naturaleza de las tierras afectadas: ordenanzas frente a *res*.¹⁵ Esto significa que, para mantener la homogeneidad entre términos opuestos, las ordenanzas son contempladas materialmente, no en cuanto virtud normativa de una determinada disposición, sino como formulación de derechos y obligaciones que se consideran impropios de la cosa inmueble afectada por su ejercicio. La misma costumbre que alegan los labradores a su favor, y sobre la que van a deponer testigos, fue planteada como el objeto de un derecho de posesión.¹⁶ Por lo demás, la repercusión tenía lugar tanto en derechos públicos cuanto en privados,¹⁷ como alegaban igualmente pero en contra, cambiando costumbre, y así derecho, por perjuicio,¹⁸ los ganaderos.¹⁹

Giuffrè, Milán, pp. 171-177. Tienen mucho interés para la comprensión de la evolución de la conexión entre uso y costumbre, las consideraciones, ya situadas en tiempo de codificación, de GORDILLO, Antonio (1992), "La costumbre: ¿fuente autónoma del Derecho? Una reflexión desde la experiencia del sistema de fuentes del Derecho en el Código civil español", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n° 21, pp. 497-522.

- 15 La naturaleza de la tierra se une a la ley y las ordenanzas en la pretensión de los ganaderos cuando a favor de las ordenanzas de 1531 postulan la declaración de nulidad de algunas de las ordenanzas nuevas. *Memorial*, n. 35: "y quando a lo referido lugar no huviesse, se declaren por nulas la quarta, quinta, septima, y octava de las Ordenanzas nuevamente hechas, y las demás que hablen de Pastor, y Guardas de Rastrojos, como opuestas a la primitiva, e inalterable naturaleza de las Tierras comprehendidas en el termino de dicha Ciudad, a las Leyes del Reino, y a sus antiguas Ordenanzas hechas el año de 1531, mandando que estas, por lo que mira a los Capítulos, que hablan de Pastos, se observen sin alteracion y se inserten, como inviolables, en el Quaderno de las nuevas, que se hicieren, dandoles el lugar que les corresponda".
- 16 *Memorial*, n. 79: "Que los Labradores han estado, y están en possession de dicha costumbre de guardar sus Cercados, y Rastrojos por los tiempos, que siempre lo han acostumbrado". No falta el desdoblamiento, de «la costumbre, y possession» de los labradores, vgr. *ibidem*, n. 113.
- 17 *Memorial*, n. 110, a propósito de las declaraciones de los testigos: "Y todos generalmente contestan de experiencia, los mas como Labradores, y por haverlo visto, y oído, ser ciertos los perjuicios, que expressa el Otrosí: que precisamente necessitan los Labradores la guarda de Cercados para mantener sus Ganados de labor: que sin ellos no pueden labrar las Tierras, en que se aventura, y pierde la cosecha, y tambien los Jornaleros, que es una gran parte de la Ciudad, con preciso desfalco de los Diezmos de la Iglesia, y perjuicio de la Real Hacienda en las contribuciones, conviniendo todos en que de llevarse a debido efecto el que se abran los Cercados, no solo se siguen estos perjuicios, sino es que es dañoso aun a los Ganados menores, y mas al Comun, si por esta causa llega a no haver trigo bastante".
- 18 En el interrogatorio de los testigos que avalan los planteamientos de los ganaderos, frente a la costumbre y la posesión de derechos se repite constantemente el término de perjuicio,

Por supuesto, los perjuicios no son sino ciertos efectos derivados del conflicto de derechos: el ejercicio del derecho de una parte puede causar perjuicio a la otra parte. El perjuicio a su vez es derecho en el sentido de que potencialmente puede resultar origen de derechos, por ejemplo a la restitución o a la indemnización. El perjuicio refuerza además la idea del propio derecho cuando se experimenta por el abuso que hace otro de su respectivo derecho. El abuso de derecho ha corrompido el derecho: ese derecho abusivo es un derecho corrupto. De manera que derechos y perjuicios se mueven en el mismo campo de las relaciones jurídicas, diríase que en la génesis de un hipotético contencioso, que puede llegar o no a producirse.

Lo significativo en el pleito que recoge el memorial comentado, dado un contencioso que sí ha llegado a producirse, es que el ejercicio del derecho subjetivo sea alegado a la manera de una consolidación en forma normativa, esto es, en calidad de uso o costumbre. El uso o ejercicio del derecho ha generado una costumbre. Por eso, si el uso o ejercicio del derecho ha sido abusivo, la costumbre generada puede ser considerada abusiva o corrupta. Lo cierto es que, sea abusiva o no la costumbre (pues esto es lo que ha de dirimir el procedimiento judicial), la costumbre aparece como una traducción normativa de los derechos, que fija con la fuerza del tiempo una disposición susceptible de ser opuesta a la disposición, con la fijeza de la escritura, de las ordenanzas. Se aprecia pues que la preeminencia del espacio jurídico de derechos no yugula una argumentación, contradictoria a la par que contenciosa, en clave de disposiciones normativas, la costumbre frente a las ordenanzas, con la necesidad de determinar la fuente que goza de preferencia o validez. Cuando la parte opuesta a la defensa de la costumbre se refiere a esta como costumbre abusiva o corrupta, está admitiendo, aun para impugnar su licitud, esa consolidación normativa de los derechos, porque aspira a contrarrestarla en virtud del mayor valor de la disposición normativa de las ordenanzas. La repetida defensa de las ordenanzas de 1531, contra las ordenanzas nuevas, actúa en esta dirección. Pero se trata de una sustitución, de derechos por normas, en gran medida

en cuanto resultado de la injusticia de aquella. Véanse a modo de ejemplo las preguntas séptima y octava del *Memorial*, nn. 257, 264.

- 19 *Memorial*, n. 216 (octava pregunta del interrogatorio por la parte de los ganaderos): "Articuló a la 8. que los dichos perjuicios, no solo se causan a los dichos Criadores, sino es tambien a el Comun, y Real Patrimonio, por los menos derechos de Lanas, Pielas, y Carnes, haver menos porcion de Lanas, y Pielas con que se abastezcan los Gremios de Traperos, y Curtidores, que son los mas grandes en dicha Ciudad, y con que se mantienen los Testigos de ella en gran parte".

coyuntural, que podría explicarse por la debilidad de la alegación de los perjuicios frente a los derechos (la debilidad de una razón negativa frente a una razón positiva), pero que a la postre no oculta la predominante preservación, en la controversia, de unos derechos de explotación de la tierra recurrentes y específicamente descritos, cuales son los que protegían aquellas ordenanzas viejas. La prueba de que permanece incólume la preeminencia de los derechos sobre la costumbre que generan reside en la consideración de la costumbre como el objeto de un derecho de posesión. La *res*, por lo demás, representa el camino inverso a la manifestación del derecho como norma, sustituyendo los derechos por los bienes sobre los que se ejercen, también con una finalidad de consolidación, expresando un régimen jurídico de explotación como propio de la naturaleza de las tierras, de suerte que las ordenanzas nuevas, más allá de la vulneración de disposiciones y derechos anteriores, vendrían a trastornar una forma de aprovechamiento consustancial e inherente a la existencia del inmueble. Así también, cuando se afirma que la costumbre es objeto de un derecho de posesión, la costumbre (luego los derechos que la generan) se sumerge en la naturaleza de la cosa poseída, absorbida por la sustancia de la *res*.

En segundo lugar, la misma colisión normativa que estallaba entre costumbre y ordenanzas afecta a las disposiciones normativas de las ordenanzas nuevas, por una parte, y tanto las leyes del reino (*ius regium*) cuanto las ordenanzas viejas, por otra. En el caso de las leyes, rige una preferencia normativa o una referencia de respeto cargada sobre las ordenanzas nuevas, mucho menos concreta que la ligada a las ordenanzas viejas, porque mientras las ordenanzas (viejas o nuevas) se caracterizan por tener una naturaleza no solo material (su contenido) sino también formal (su curso de aprobación), las leyes, sin mayor precisión, tienen una naturaleza exclusivamente material, en la que a priori solo se puede presumir su determinación por la voluntad regia. Aunque la misma voluntad regia, a través del Consejo de Castilla, funda la validez de las ordenanzas en el acto de su licencia, aprobación y eventual confirmación, concediéndoles un aval que entraña una fuerza jurídica que bien podría configurarse como una virtud legal, la ley es un injerto normativo con sobrevalor que la voluntad regia aplica de manera selectiva pero sin condicionamientos previos, y que puede predicarse de aquellos actos de validación formal, por la coincidencia en la voluntad jurídica de la que emanan, pero no forzosamente del contenido de las ordenanzas. Por lo tanto, la mención de la ley es más extensa, y engloba todas las normas a las que la voluntad regia haya concedido este sobrevalor, cuyo respeto pesa sobre la manifestación formal y material de las ordenanzas nuevas. Las leyes del reino no se añaden a modo de delimitación de una jerarquía normativa, porque esta idea significaría obviar

que la ley es un concepto radicalmente material, un injerto normativo en un conjunto variable de actos jurídicos de disposición normativa (ordenamientos, pragmáticas, cédulas, provisiones, decretos, órdenes...), entre los cuales no hay por qué excluir a las propias ordenanzas (a despecho de la coexistencia del sentido material del propio término de ordenanzas, atendidas ya no desde el plural del acto formal de su cuerpo entero sino desde el singular de cada uno de los preceptos que las componen), sino que antes bien la referencia a las leyes (así en la cláusula "Leyes, y Ordenanzas" recogida en el memorial), significa una extensión de las ordenanzas hacia la totalidad del *ius regium*, en la plenitud de sus manifestaciones normativas de aprobación regia directa o indirecta, en cuanto derecho objetivo que las ordenanzas nuevas deben respetar, y del que sobresalen las ordenanzas viejas.

Se tropieza así con la peculiar manera (intermedia) de entender el respeto al derecho viejo junto a la propensión al derecho nuevo característica del derecho castellano, porque el respeto al derecho viejo es un problema anterior (perteneciente al curso normativo y pendiente de derechos adquiridos) que no empece la equipotencia del derecho nuevo una vez que ha sido aprobado por la misma o superior fuente de legitimación jurídica. En la situación concreta de los derechos jurídicos afectados por las ordenanzas, esto mismo va a querer decir la aseveración de que las ordenanzas nuevas deben respetar las ordenanzas viejas. La única particularidad reside en que la referencia a la ley añade un factor de generalidad normativa que enfocado a las ordenanzas viejas se convierte en una referencia reducida al mismo ámbito de particularidad local, directa y específicamente acomodada al ejercicio de determinados derechos sobre determinadas cosas (tierras del término de la ciudad de Antequera). Por eso una solución técnica normativamente poco traumática, tanto contra la inmovilidad como contra la abrogación, consistiría, como se propone, en la inserción de las ordenanzas viejas (o de la parte conflictiva, como los capítulos de pastos) en las ordenanzas nuevas, alumbrando un único régimen (a la manera de fusión temporal) de derechos.

En tercer lugar, la armonía hipotética entre ordenanzas viejas y nuevas se traduce en un régimen de derechos que consiste en la determinación de las tierras libres de uso común para pasto de ganado,²⁰ prohibiendo a los

20 Para una valoración jurídico-económica de la importancia moderna de los bienes comunales y baldíos en relación con los bienes propios, MORENO, José R. (2002), "La lógica del comunal en Castilla en la Edad Moderna: avances y retrocesos de la propiedad común", en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO, Eugenia (coords.), *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, Centro de Estudios

labradores que acoten una medida de tierra de pasto superior a la concedida por el Consejo. La colisión normativa tiende a resolverse mediante un equilibrio de derechos, entre concesiones y prohibiciones. El incumplimiento de este régimen es considerado un abuso, o quizá mejor no constituye abuso tanto el incumplimiento del régimen cuanto el desarrollo anterior o posterior de un uso o costumbre que lo contraviene. Este matiz no es irrelevante, porque en esta situación se exterioriza, más que un problema de técnica y eficacia normativa, el conflicto en el que desemboca el ejercicio de un derecho abusivo (abuso de derecho). El derecho abusivo lo es porque se manifiesta como el efecto de una norma, el uso o la costumbre, tal y como las ordenanzas manifestaban su consumación jurídica en el plano del ejercicio de los derechos reconocidos. A la postre, la costumbre remite a un mundo de derechos yuxtapuestos y conflictivos, de modo que, contemplando la realidad desde la perspectiva de estos derechos, hay derechos en la costumbre que se validan por su reconocimiento en las ordenanzas, y derechos reconocidos en la costumbre que quedan en este limbo consuetudinario si no es que al fin, por su embate a los derechos reconocidos en las ordenanzas, devienen, por este contraste, abusivos. Al mismo tiempo esos derechos consuetudinarios no reconocidos en las ordenanzas pueden decirse coexistentes con los derechos que proyecta la costumbre que provoca la observancia de las ordenanzas.

SUPUESTO: LA EJECUTORIA DE LAS ORDENANZAS VIEJAS

La idea de que los siete ganaderos (Alonso de Béjar incluido) que se oponían a las ordenanzas nuevas establecieron su posición jurídica principalmente en clave de derechos (diluido o inexistente el conflicto formal de disposiciones normativas u ordenanzas viejas y nuevas), se demuestra también en la circunstancia de que hicieran valer una ejecutoria de 8 de julio de 1743 de la Real Audiencia y Chancillería de Granada.

Esta ejecutoria introducía una norma judicial (estilo en el *ius regium*) que, desde el punto de vista de la conexión entre disposiciones normativas, reforzaba la validez de las ordenanzas de 1531 frente a la costumbre en contrario en la que se basaba la elaboración de las ordenanzas nuevas. A

Registrales, Madrid, pp. 147-152 y 160-169. En cuanto al objetivo, relevante en el pleito de nuestro memorial, de «Defender a ultranza los bienes comunales no sólo del deterioro, en su capacidad productiva, sino también, y sobre todo, de su privatización por lo que respecta a los derechos de propiedad y a los derechos de usufructo colectivo», valga el estudio, al que pertenecen las palabras transcritas, de GARCÍA SANZ, Ángel (1980), «Bienes y derechos comunales y el proceso de su privatización en Castilla durante los siglos XVI y XVII: el caso de Tierras de Segovia», *Hispania*, vol. 144, pp. 97-99, 105-106 y 111-124.

modo de ecuación, despejadas las ordenanzas (viejas y nuevas), la incorporación del estilo permitía equilibrar el miembro opuesto al que contaba con la costumbre. Es más, en verdad rompía el equilibrio, porque el estilo añade la ínsita fuerza de ley (tribunal del rey) con la que no cabe presumir cuenta la costumbre. Con independencia de esta operación lógica, o a la sazón, así como la costumbre remitía al ejercicio de los derechos, el estilo judicial presume un contencioso, afronta derechos y perjuicios y dirime el ejercicio de los derechos. En este sentido, la alegación de la ejecutoria reafirma la percepción de que es el argumento de los derechos subjetivos el que condiciona el procedimiento de revisión normativa de las ordenanzas.

La ejecutoria fue el resultado final de un recorrido procesal que comenzó con la acción de Francisco de Palma y once consortes vecinos criadores de ganado en Antequera que, basándose en las ordenanzas viejas de 1531 a favor de la utilidad común, reclamó contra la práctica de los labradores consistente en levantar cercas y acotar dehesas para impedir a los vecinos el pasto de su ganado, así como en enajenar las parcelas,²¹ cuando no les interesaba su explotación, "por la mayor parte a Forasteros, en perjuicio de la Causa publica".

El alcalde mayor que asumió en principio la competencia jurisdiccional sobre la controversia mandó, el 30 de junio de 1741, obtener testimonio de las ordenanzas viejas, en las que quedaba clara la prohibición de venta de los pastos a forasteros (permitida a los vecinos) por su calidad de "común, y valdío", y se establecían límites bajo penas pecuniarias (atendiendo al tipo de ganado y de yerbas y rastrojos, orden y tiempo de pasto, diurno o nocturno) para que el pasto común del ganado, que por supuesto también se protegía bajo pena contra cercas y dehesas, no provocase la infertilidad de la tierra.²²

21 Sobre las usurpaciones ilegales, los cerramientos y las enajenaciones, a propósito de la tensión entre bienes privativos y bienes comunales, LANZA, Ramón (2012), "La enajenación de bienes comunales en la Castilla del siglo XVII: naturaleza y alcance de un expediente fiscal", en PÉREZ ÁLVAREZ, María J. y MARTÍN GARCÍA, Alfredo (eds.), *Campo y campesinos en la España moderna. Culturas políticas en el mundo hispano*, Fundación Española de Historia Moderna, León, vol. II, pp. 376-382.

22 *Memorial*, nn. 9-15; la reproducción del contenido de las ordenanzas en nn.: "12. Y puesto, resulta de él, mandarse por una de las Ordenanzas: Que los Vecinos de Antequera, o qualesquiera otras personas, que sembrassen en los Terminos de ella, no puedan vender, ni vendan los Rastrojos a ningunos Forasteros, pues la Yerva de aquel Termino es comun, y valdío, a excepcion de que lo hayan de comer con sus Ganados, o venderlos a Vecinos de aquella Ciudad; y en el caso de que los huiessen de comer, se guardasse la orden de que la espiga fuesse con Ovejas, o Puercos, que estuviesse nueve dias; y passados, entrassen los Bueyes, y Bacas, y otros Ganados de los Vecinos; y si los Rastrojos fuesen tan grandes, que

Es significativo que, en el memorial, la reproducción de la ordenanza primera (n. 12) añadiera una nota marginal que rezaba: "*No consta estén aprobadas por Tribunal alguno*". La conveniencia de la aprobación judicial se corresponde con la aprobación posterior de las nuevas ordenanzas precisamente por la Sala de Justicia del Consejo de Castilla, pues también respecto de las ordenanzas viejas resultaba presupuesto de validez y vigor, aprobación mediante, la intervención de un órgano con función de justicia, a modo de fiscalización de la lesión de derechos derivada de los derechos regulados por el material normativo. El estilo judicial reflejaba así su fuerza de ley, al modo de un refuerzo normativo, como si la aprobación regia del texto de las ordenanzas requiriese, en cada precepto u ordenanza que lo constituía, una recarga de validez, lo que no deja de remitir una vez más al campo del ejercicio concreto de los derechos, como si el uso generado por las ordenanzas debiera ver controlado por el órgano judicial en cuanto a su condición *secundum legem*. La falta de aprobación judicial, o la falta de la confirmación judicial del ejercicio de los derechos, debía debilitar, por lo tanto, la virtud normativa de las ordenanzas.

Según la información manejada por el alcalde mayor, los labradores de la ciudad de Antequera discutieron al cabo de un lustro largo la adecuación de las ordenanzas de 1531 a sus intereses. Parece que ya en febrero de 1592 se dirigieron al Consejo de Castilla, basándose en las ordenanzas anteriores confirmadas por el propio Consejo, en las que se permitía a cada vecino la construcción de un cercado de una determinada dimensión proporcional de cortijo, si bien

no pudiessen acabarse en los nueve días, comiessen a hecho, y en lo que quedasse entrassen los Ganados, *imponiendo la pena*, en caso de contravencion, de 600. mrs. por manada de Ganado menor de noche, y 300. de dia; y siendo menos, quatro maravedis por cabeza de noche, y dos de dia; y por el Ganado mayor a 8. mrs. de dia por cabeza, y 16. de noche. / 13. Por otra se previene, que todo el Termino de aquella Ciudad sea pasto comun a todos los Ganados de los Vecinos, para que lo puedan comer despues de alzada la gavilla, y comido el rastrojo la primera vez, excepto que en las Dehessas, y Ruedo, Prados, y Egidos quedassen, para las cosas que la Ciudad tenia ordenadas; y esto se entendiesse en todas las Tierras, que se labrassen, o no. / 14. Por otra, que las Tierras del Termino de aquella Ciudad, que no estuviessen repartidas, ninguna persona las arasse, ni ocupasse, dexandolas valdías para pasto de los Ganados, pena de 600 mrs. la tercia parte para el Acusador, y las dos para la Ciudad. / 15. Y por otra, que ninguna persona pudiesse cercar Tierra en sus Cortijos, fuesse de Señoría, o Realenga, con pan al reedor, para aprovecharse de la Yerva con sus Ganados, pena de que la puedan entrar a comer por donde el pan estuviessen mas angosto, y de 600. mrs. por tercias partes, como el antecedente".

“por experiencia se havia visto era poco el Cercado concedido para el pasto de Ganados, por haverse reducido la Tierra a labor, y tener necesidad los Labradores de ser ayudados para que pudiesen labrar”.

En consecuencia, la ciudad de Antequera había solicitado al Consejo de Castilla, con informe del corregidor, y obtenida por provisión de 20 de febrero de 1592, la concesión de facultad a los labradores

“para que en cada yugada de 42. fanegas, que labrasse en sus Cortijos, pudiesen acotar una para el pasto de sus Ganados, la que estuviese reservada, y sin romper, para el sustento de ellos, sin incurrir en pena alguna”.

A pesar de estos lejanos antecedentes, el alcalde mayor de Antequera mandó, en un auto de 4 de julio de 1741, el cumplimiento de las ordenanzas, y publicó un bando estableciendo penas para los contraventores. De modo que la autoridad judicial respaldó una interpretación ceñida a las ordenanzas de 1531 contra la extensión de los derechos reconocidos a los labradores.

El bando del alcalde mayor de Antequera no resultó pacífico. Se precipitaron entonces quejas y controversias entre los labradores y los dueños de ganado

“ocasionado de haver inmutado la costumbre, que la Ciudad, teniendo-la por conveniente, havia observado por ley, y era de que los Labradores, sin embargo de qualesquier Ordenanzas antiguas, tuviessen cada uno en su Cortijo, para pasto de los Ganados de su labor, la hoja que llaman de herial, para la Yerva, y los Rastrojos, en conformidad de una de las Ordenanzas, lo que se havia alterado con la publicacion del Vando, atropellando los Rastrojos, sin distincion de tiempos, prefiriendo el beneficio particular a el comun; pues la compra de Ganados, que hacían fuera algunos Particulares, destruían los Pastos, sacandolos despues a vender a otras partes, sin utilidad de la Ciudad, y del Comun”.

Por lo tanto, contra la ratificación de las ordenanzas por parte del órgano judicial los labradores alegaban ahora una costumbre conveniente e inmemorial, a la que se atribuía fuerza de ley. A estas alturas, el valor de ley de esta costumbre se deducía puntualmente de tales particulares calificativos, y no de una interpretación de las ordenanzas viejas, esto es, no se fundamen-

taba en una costumbre sostenida *secundum legem* (según las ordenanzas). La costumbre conveniente e inmemorial se contraponía así a una costumbre o uso introducido o inducido,²³ y por eso es perfectamente coherente con que se sostuviera en una fuente de legitimación que no era una disposición normativa ni la aprobación judicial, sino el hecho de encontrarse, en ese indeterminado y extensísimo lapso de tiempo, “consentida por la Ciudad”, lo que podía llegar a significar incluso que la costumbre sobrecentenaria constituía la verdadera naturaleza en la que se habían diluido las ordenanzas anteriores (con mayor motivo a falta de aprobación judicial).²⁴

Por otro lado, no debe perderse de vista que el predicamento legal (observada por ley) de la costumbre conveniente e inmemorial se declaraba como una fuerza jurídica invencible por “qualesquier ordenanzas antiguas”. He aquí, a pesar de las apariencias, el conocido incólume respeto a la ley propio del derecho de Castilla, porque solo la virtud legal (incluso en la costumbre inmemorial) alcanza a rectificar otra norma con virtud legal (las ordenanzas viejas), máxime cuando la virtud legal es indirecta tanto en la costumbre (en la que se presume por su carácter inmemorial) cuanto en las ordenanzas (cuando es el Consejo Real el que aprueba una redacción local, y no el propio rey el que las dicta).

La legitimación de la costumbre conveniente e inmemorial, separada respecto de las ordenanzas (o respecto de una costumbre estrictamente de-

23 En la pretensión de los ganaderos el abuso o corruptela contra las ordenanzas circula como uso o costumbre; *Memorial*, n. 35: “declarando asimismo por abuso, o corruptela qualesquier uso, o costumbre, que contra los referidos se haya intentado inducir, o haya introducido”.

24 *Memorial*, n. 16: “Tambien resulta, que en 20. de Febrero de 1592. ocurrió al Consejo la Ciudad, haciendo relacion de que antes que se huviessen mandado componer las Tierras valdías, y reducirlas a labor, tenia Ordenanzas confirmadas por el Consejo, para que cada Vecino tuviesse un cercado junto a la hera hasta en cantidad de dos fanegas, que tuviesse quatro yugadas de Cortijo». *Ibidem*, n. 119: «Articuló la Ciudad a la 2. Pregunta, si sabían, que sin embargo de que por las antiguas Ordenanzas del año de 1531. se previno, que ninguna persona fuesse osada a cercar Tierras con sementera en sus Cortijos, ya fuesse de Señorío, o Realengos, con animo de aprovecharse de las Yervas que produxessen, para que se las comiesse con sus Ganados; y aunque con el motivo de la composicion, que despues se hizo de algunas Tierras valdías, reduciendolas a labor, se concedió facultad Real por el Consejo a los Labradores de dicha Ciudad en 20. de Febrero de 1592. para que pudiesse cercar, y acotar para el Ganado de sus labores una fanega de Tierra de cada yugada de 42. fanegas, havia tenido la Ciudad por justo, y conveniente, demás de 100. años a esta parte, tolerar, y cosentir el que no se observen en quanto a esto por los Labradores dichas Ordenanzas”.

ducida de las ordenanzas), en su percepción como uso de derechos, fue reforzada por sus defensores mediante una valoración de la justicia de su prescripción inmemorial,²⁵ a raíz de que los labradores pusieran directamente las ordenanzas en tela de juicio a finales del siglo XVI, de lo que constaba testimonio en una provisión del Consejo de Castilla de 26 de abril de 1610. A su propósito, el 21 de mayo la ciudad de Antequera reconocía una observancia de las ordenanzas limitada a la prohibición de venta del rastrojo a forasteros, pero... “en lo demás no, por ser injusta”. Frente a la injusticia de la ordenanza había brotado, así pues, una costumbre, que tuvo que mantenerse suficientemente consolidada en la medida en la que no constó se hiciera efectiva la petición de reforma de las ordenanzas al Consejo. En consecuencia puede afirmarse que, no obstante el antecedente ordenancista, la naturaleza jurídica consuetudinaria sobrepujará, por mor de su observancia de largísimo tiempo, pacífica y sin contradicción, al menos hasta el pleito sustanciado ante la Chancillería.²⁶

En realidad, la costumbre de los labradores acusó el embate mucho antes de la resolución de la Chancillería. La provisión del Consejo de 31 de mayo de 1644 se mostró contraria, por iniciativa de un acuerdo de la propia ciudad de Antequera, a los cierres de tierras y cortijos contra el apro-

- 25 Para la comprensión de las diferencias y el nexo entre costumbre y prescripción en la doctrina jurídica castellana, DE DIOS, Salustiano (2006), “Doctrina jurídica castellana sobre costumbre y prescripción (1480-1640)”, en DE DIOS, INFANTE, ROBLEDO y TORIJANO (coords.), *Historia de la propiedad*, pp. 248-281, aunque una investigación cabal requeriría, más que la glosa sucesiva de los doctores, el contraste sistemático y problemático de sus ideas.
- 26 Efectivamente, los labradores articulan en su interrogatorio de testigos (cuarta pregunta) el argumento de una costumbre no contrariada hasta la sustanciación del pleito en la Chancillería. *Memorial*, n. 137: “Articuló, que en esta possession han estado los Labradores todo el referido tiempo quita, y pacíficamente, sin que se haya contradicho, ni reclamado por ningun Ganadero, ni otra persona alguna, hasta que se suscitó el Pleyto de la Chancillería de Granada, cuya Executoria se halla en Autos”. No obstante, el término de costumbre se sustituye por el de «estilo» (pacífico, como la costumbre: «sin memoria en contrario», en el margen del memorial) asimismo antes de la sustanciación antedicha, en la sexta pregunta del interrogatorio de testigos por parte de los labradores, acaso con una tendencia de valor judicializante. *Ibidem*, n. 146: “se ha observado en Antequera el estilo de que los Labradores guarden sus Rastrojos hasta mediado, o fines de Septiembre, para el aprovechamiento de sus Ganados de Labor, sin que se haya contradicho por persona alguna, hasta que llegó el caso del Pleyto de la Chancillería de Granada”. No es la única sustitución del término de costumbre, pues *ibidem*, n. 157, pregunta octava del interrogatorio por la parte de los labradores, se prefiere el de práctica: “Articuló, que esta practica de guardar Cercados, y Rastrojos, no solo es observada en Antequera, sino es en otros muchos Pueblos de Andalucía”.

vechamiento común. No extrañará entonces que la costumbre contrariada agradeciera, en la opinión de los labradores, el dictado de un nuevo bando, a lo que se opusieron los criadores de ganado alegando que la nueva información requerida por el alcalde mayor resultaba extemporánea, y que no cabía la prescripción de las yerbas y los pastos públicos.²⁷

La información, no obstante, se llevó a efecto, y el auto de 18 de julio del alcalde mayor ordenó la suspensión del bando en vigor “guardandose la costumbre, quedandose las cosas en el ser, y estado que tenian antes de la publicacion”. Se trataba de un auto de ejecución, del que se daba traslado a los ganaderos, que decidieron entonces recurrir a la Chancillería.

En sus alegaciones los ganaderos desarrollaron una historia jurídica de la tierra de Antequera, desde la reconquista y el repartimiento de tierras subsiguiente, confirmado en 1490

“todas con la condicion de que no se havian de cerrar, sino de que havian de quedar sus Pastos, Yervas, Retamas, y demás para el Comun, en conformidad de la Ley Real”.

La ley real, en su sentido local confirmativo, se particularizaba en una sucesión de ordenanzas, de 1540 y 1570, contrarias a los cercados y al impedimento de pastos. Los ganaderos concretaron el origen del conflicto en estas ordenanzas de 1570, que habían añadido la posibilidad de que en cada cuarenta y dos fanegas de tierra el labrador cercase en su cortijo dos fanegas para pasto de ganados, dejando el resto para el pasto común. Esta proporción 2/42 era mayor que la proporción 1/42 defendida por los labradores con el amparo de la provisión del Consejo de 20 de febrero de 1592. En cualquier caso, los ganaderos explicaron que los labradores habían cercado sus tierras sin respeto de ninguna proporción, y pidieron que “en conformidad de las Leyes Reales, y Ordenanzas de la Ciudad” se prohibiese a los labradores el acotamiento de tierras “mas que la fanega de tierra de cada yugada de 42. de sembradura para los Ganados de su labor”. Se reconocía por lo tanto un cierto avance de la costumbre de los labradores, en la medida en que resultaba fundada en la provisión del Consejo, pero sin dejar de advertir de que la costumbre de los labradores había tendido constantemente a una práctica abusiva.

27 *Memorial*, nn. 16-22, 51-53, 181-182, 227-228.

Trasladados los autos a los labradores, es muy interesante cómo los fundamentos de sus alegaciones introdujeron una novedad. Por supuesto, la razón consuetudinaria se mantuvo:

“alegó la Ciudad, pretendiendo se observasse la costumbre de que los Labradores huviessen de cercar la Tierra de Rastrojo para herial, desde la simentera hasta passado Mayo, y que los Rastrojos se guardassen por aquel tiempo que pareciesse preciso, segun la cosecha, para que el Labrador lo comiesse con sus Ganados; y los que despues entrassen, huviessen de ser de los Vecinos Criadores de Antequera, y no de Merchantes, y grangería”.

Esto suponía un reconocimiento de la disfunción que suponía la intervención de extranjeros en el tráfico económico de tierras. Pero, además, los labradores, como si la legitimación de la costumbre conveniente, inmemorial y justa (o su interpretación favorable pero limitada) se considerara insuficiente, incorporaban un argumento que reducía el conflicto normativo a la interpretación de las ordenanzas y a su posibilidad de reforma o novación, aclarando incógnitas sobre las sucesiones normativas:

“Y presentó un Testimonio, dado por el Escrivano de Ayuntamiento, en que se da fe, que en el Libro de Ordenanzas de aquella Ciudad hay una, que previene, que por quanto los tiempos se mudan, y segun ellos se deben variar las Ordenanzas, pues de lo contrario se seguiría grave perjuicio a la Republica, como tambien si se hiciesse sin mirarlo bien: Mandaron, que la Ciudad pudiesse hacer Ordenanzas de nuevo, y enmendar las hechas, creciendo, o menguando, o revocando la que le pareciere, segun los tiempos; y esto lo pudiesse hacer en los dias de Cabildo, y en él, despues de las ocho de la mañana, y no antes, y con tal, que para ello fuessen especialmente llamados todos los Regidores, y Jurados, y Personas de Cabildo, y ante el Escrivano de él; y para tratar de esto se haga a lo menos dos Cabildos, en que se hable de ello, y las Ordenanzas, o revocaciones assi hechas, valgan, y no de otra forma”.

Abogar por la reforma o novación de las ordenanzas retrotrae al punto de partida del memorial analizado, luego las ordenanzas afectadas son claramente las de 1531. Las ordenanzas de 1570 quedaban así preteridas, acaso por insatisfactorias desde el punto de vista del interés de los labradores, como quien prefiere objetar a la totalidad y aspira a una trans-

formación absoluta. Teniendo en cuenta la extensa evolución temporal del conflicto, esta posición resultaba, paradójicamente, un reconocimiento de la tendencia por parte de los labradores al abuso de derechos. Pero, desde la perspectiva de la técnica jurídica, este reconocimiento no provoca empacho no solo porque hay que conjeturarlo, sino también en cuanto queda soterrado, precisamente porque no son ahora los derechos y perjuicios los que se encuentran en primer plano, sino las disposiciones normativas de las ordenanzas y sus mecanismos de reforma o novación. Puede tener que ver en ello, sin duda, el transcurso del tiempo: las distintas ordenanzas, la intervención de la justicia local, de la Real Audiencia y Chancillería y del Consejo de Castilla, ha provocado la producción de unas disposiciones normativas que paulatinamente han ido superponiéndose, con sus propios conflictos, a la colisión del ejercicio de los derechos. Acaso esta controversia jurídica, que arranca en el siglo XVI y termina en el siglo XVIII, acusa una concepción del sistema jurídico en el que las estructuras formales, que implican actos dispositivos de instituciones administrativas y judiciales, organigramas de poder jurídico, han alcanzado una naturaleza imperativa cada vez más condicionante del ejercicio de los derechos, que exige en consecuencia que todo cambio en el ejercicio de los derechos venga legitimado y validado por una previa decantación de las disposiciones normativas vigentes. Los márgenes potestativos de las disposiciones jurídicas altomodernas, bajo la vibración prevalente de las relaciones jurídicas y de sus derechos y obligaciones, se transforman en los márgenes imperativos de las disposiciones jurídicas bajomodernas, quizá en una paulatina y lenta transición hacia un sistema jurídico con una formalización de fuentes más precisa, o más rígida y menos flexible.

Es evidente que, insistiendo en la perspectiva de la técnica normativa, la cuestión se ha reducido a un campo formalmente estricto de ordenanzas, viejas y nuevas. No hay en el párrafo transcrito referencia a la costumbre, como elemento de interferencia, ni a la aprobación judicial, con su decantación de derechos. El asunto se constriñe a la naturaleza jurídica del tiempo normativo en lo que atañe a las ordenanzas: los cambios temporales justifican su enmienda y novación, y aun su revocación. En la misma línea se describen los cauces formales de la disposición normativa de las ordenanzas: criterios espacio-temporales en orden a garantizar la publicidad (en lo que se percibe una atención en segundo plano a los derechos afectados y a la posibilidad de su defensa, pero ahora no por vía judicial, sino en el procedimiento normativo de redacción ordenancista) y determinación de la composición del órgano de producción normativa, como factores y elementos de una forma *ad validitatem*.

En este sentido estrictamente dispositivo (ni consuetudinario ni judicializa-

do) es muy sugerente la nota marginal que recibe la ordenanza testimonial: *"No consta esté aprobada por el Consejo, ni otra parte alguna"*. Si se recuerda, la primera de las ordenanzas de 1531 había recibido una nota marginal semejante, que hacía sin embargo hincapié en la ausencia de aprobación judicial. Parece así que la competencia jurisdiccional del alcalde mayor (más próxima a la *res*, a la tierra) contemplaba la normativa con el prisma de la colisión de derechos, mediante la necesidad de su aprobación judicial (habitualmente contenciosa, potencialmente voluntaria), mientras la superior competencia jurisdiccional de la Chancillería ha pasado a contemplar los derechos con el prisma de la colisión de las disposiciones normativas, mediante la valoración de las condiciones de validez de las ordenanzas y su sucesión temporal.

Por cierto que, así las cosas, resulta difícil resistirse a llamar la atención, atendiendo a las notas marginales del memorial, sobre los tintes fantasmagóricos de la secuencia de un problema jurídico centrado, desde la perspectiva de los ganaderos, en una ordenanza con la carencia de la aprobación judicial, y a su vez, desde la perspectiva de los labradores, en una ordenanza con la carencia de la aprobación del Consejo.

Seguirán, en la fase de información ante la Chancillería, pruebas documentales y testificales, su publicación, las alegaciones de las partes y la conclusión, hasta el pronunciamiento de la sentencia el 28 de mayo de 1743:

"mandando, que de alli en adelante el Concejo de Antequera se arreglasse a las Ordenanzas, que constaban de estos Autos, sin contravenir a ellas en manera alguna, y las hiciesse observar, y guardar en todo, y por todo, y para ello publicar el Vando pedido por Don Francisco Palma, y demás Consortes, Dueños, y Criadores de Ganado; y se reservó su derecho al Concejo, para que en razon de lo deducido sobre que se observasse el estilo, y costumbre, en que dixo estaban los Labradores, de cercar la Tierra, que quedaba de rastrojo para herial, desde la simentera hasta passado Mayo, y que los Rastrojos se guardassen para tiempo commodo, que fuesse preciso, segun la cosecha, para comerlo con sus Ganados, usasse de él, como, y donde le conviniesse".

La ratificación de las ordenanzas, defendida por los ganaderos, excluida su novación, viene acompañada por el reconocimiento del *"estilo, y costumbre"* alegado por los labradores. La Real Audiencia y Chancillería de Granada mantenía así la descripción del contencioso en términos tradicionales, contemplando salomónicamente el vigor de las viejas ordenanzas y aceptando la vestidura consuetudinaria de otros derechos; el estilo, a estas

alturas, se mueve entre la sinonimia consuetudinaria y su eventual reconocimiento judicial. Mas la sentencia de la Chancillería resuelve un contencioso y por lo tanto no contrasta formalmente las disposiciones normativas, sino que dirime los derechos. En rigor, la decisión en la que reside su propio estilo consiste en la consolidación de una situación jurídica respecto de la cual se excluyen expansiones y abusos, por una u otra parte. En este sentido, la costumbre se reconduce a ser percibida *secundum legem*, y no *praeter* ni *contra legem*,²⁸ porque la decisión judicial en sí misma entraña un reforzamiento sanado o validado del campo jurídico de los derechos.

No hubo recurso de suplicación interpuesto por los labradores, lo que debilitará su posición cuando impulsen ante el Consejo, con un criterio preeminente de producción normativa con el que ya habían amagado su acción ante la Chancillería, la elaboración de nuevas ordenanzas. Los ganaderos pidieron carta ejecutoria que se despachó y presentó ante el alcalde mayor de Antequera el 18 de octubre.²⁹ Ya sabemos lo que sucederá después.

CONCLUSIÓN

Contemplamos así en este pleito del siglo XVIII una secuencia jurídica que consiste en un procedimiento normativo que puede culminar en la confirmación de unas ordenanzas viejas, en su reforma o en la aprobación de unas ordenanzas nuevas. El procedimiento normativo se articula entre los términos *a quo* de la licencia y *ad quem* de la eventual aprobación. El órgano, del que dependen licencia y aprobación, y con potestad para la sustanciación del procedimiento, es el Consejo de Castilla, en representación del rey, de lo que se deriva una potencial atribución de fuerza de ley a la norma aprobada. El objeto de este procedimiento normativo son unas ordenanzas de redacción local cuya preservación, modificación o innovación se dirime a raíz de las representaciones recibidas de las partes enfrentadas en una controversia jurídica sobre su interpretación y consumación.

El procedimiento normativo entraña una actividad jurídica por parte del Consejo que responde a un encadenamiento subsecuente de funciones de gobierno y de justicia. Los actos de la Sala de Gobierno del Consejo en

28 No en vano en el memorial se recoge la previsión del Consejo de Castilla en orden a la observancia de la "costumbre actual" mientras se elaboran las nuevas ordenanzas. *Memorial*, n. 37: "Y haviendose mandado, con parecer del señor Fiscal, en ó. de Diciembre del mismo, que la Ciudad, en el termino de treinta dias, formasse las dichas Ordenanzas, y dentro de otros treinta las remitiesse para su aprobacion, y en el interin observasse, en quanto a la Ordenanza, la costumbre actual en que se hallaba".

29 *Memorial*, nn. 23-32.

orden a la concesión de la licencia respecto de la petición recibida y en lo sucesivo configuran un expediente gubernativo, mas la resolución definitiva por parte de la Sala de Justicia del Consejo, en relación con las pretensiones manifestadas contenciosamente, implican el desempeño de una competencia judicial, cuyos actos constituyen un procedimiento judicial incrustado en el procedimiento normativo.

El procedimiento judicial encaja en el procedimiento normativo porque la aprobación de las ordenanzas no se comprende como una función normativa formalmente diferenciada de la administración gubernativa o de la justicia, antes bien la propia función normativa del Consejo se revela precisamente en función de gobierno o función de justicia, que por lo demás no son, en el caso del procedimiento normativo, funciones alternativas, sino funciones que engarzan sin contradicción. A mayor abundamiento, la Sala de Justicia del Consejo, cuando a los efectos de la aprobación de las nuevas ordenanzas tiene que valorar distintas disposiciones normativas, debe activarse judicialmente porque revisa, entre ellas, una sentencia judicial dictada anteriormente por la Real Audiencia y Chancillería de Granada. Pero al hacerlo, en su máxima altura consiliar, junto a la valoración añadida de todas las disposiciones pertinentes (ordenanzas, leyes, costumbres, además de resoluciones judiciales) ordena y baraja un seno común que responde a una concreta finalidad normativa cual la decisión sobre la aprobación de las ordenanzas.

La causa y consecuencia de la inserción del procedimiento judicial en el procedimiento normativo, en nexo con el expediente gubernativo que lo precede, reside en una concepción jurídica que no solventa las posibilidades de confirmación, reforma o novación de las ordenanzas a partir tan solo de las relaciones formales entre las disposiciones normativas (incluido el potencial reconocimiento del uso o la costumbre como elementos en los que desemboca o que se oponen a la consumación de las ordenanzas), sino también y primordialmente en virtud de la consideración de los derechos en su ejercicio, a tenor o al margen (de ahí la eclosión normativa de la costumbre) de las disposiciones normativas, y los eventuales perjuicios generados en las relaciones jurídicas. El fin del procedimiento normativo no es tanto la fijación formal de una nueva disposición normativa cuanto la valoración y la delimitación pacífica del ejercicio de los derechos reales privados y comunes; por eso incluye la posibilidad de un procedimiento judicial que elimine o aclare los contenciosos detonados.

El mundo jurídico moderno castellano se presenta en fin y en esencia como una realidad o malla de derechos jurídicos, ajurídicos y antijurídicos, palpitanes y activos en un ejercicio problemático que condiciona materialmente y despunta sobre la génesis formal y la consumación de las disposiciones

normativas. Todavía en la baja modernidad, sin empacho del peso grave de las estructuras político-administrativas y sus mandatos más imperativos que dispositivos, persevera este perfume de sustancias obligacionales y reales.

ANÁLISIS HISTÓRICO-JURÍDICO DEL DELITO DE SEDICIÓN EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XIX

HISTORICAL-LEGAL ANALYSIS OF THE CRIME OF SEDITION IN 19TH CENTURY SPAIN

MARÍA JOSÉ COLLANTES DE TERÁN
(Universidad Pablo de Olavide)

RESUMEN

El delito de sedición se encontraba en la actualidad en el punto de mira de juristas y políticos, hasta que finalmente ha sido suprimido del Código Penal. Hasta este momento, su regulación era deudora, en gran medida, de su origen decimonónico y de haber sido tratado como una rebelión de consecuencias menos graves. Si indagamos en su devenir legal, desde los primeros códigos penales, y en las cuestiones que ya se planteaban los juristas que los estudiaron, quizá estemos en situación de discernir cuándo las afirmaciones que se hacen en la actualidad sobre este delito responden a la realidad o son más bien consecuencia de conveniencias políticas coyunturales. Lo que no hay duda es que estamos ante uno de los temas en los que se hace patente con más intensidad la utilidad del estudio de nuestro pasado jurídico.

Palabras clave: Sedición. Códigos penales. Derecho Penal. Siglo XIX.

ABSTRACT

The offence of sedition was currently in the sights of jurists and politicians, until it was finally removed from the Penal Code. Until that moment, its regulation was largely a result of its nineteenth-century origins and the fact that it was treated as a form of rebellion with less serious consequences. If we look into its legal development, since the first penal codes, and into the questions raised by the jurists who studied them, we may be in a position to discern whether the assertions that are made today about this crime correspond to reality or are more the result of short-term political expediency. What is certain is that we are dealing with one of the subjects which most clearly demonstrates the usefulness of studying our legal past.

Keywords: Sedition. Criminal codes. Criminal Law. 19th century.

RESUM

ANÀLISI HISTÒRIC-JURÍDIC DEL DELICTE DE SEDICIÓ A L'ESPANYA DEL SEGLE XIX

El delictes de sedició es trobava, actualment, en el punt de mira de juristes i polítics fins que finalment ha estat suprimit del Codi Penal. Fins a aquest moment, la seua regulació era deutora, en gran part, d'un origen huitcentista i d'haver estat tractat com una rebel·lió de conseqüències menys greus. Si indaguem en el seu esdevenir legal, des dels primers codis penals, i en les qüestions que ja es plantejaven els juristes que les estudiaren, potser estem en situació de discernir quan les afirmacions realitzades a hui dia responen a la realitat o són més aviat conseqüència de conveniències polítiques conjunturals. Però, no hi ha cap dubte que estem davant un dels temes en els quals es posa de manifest, amb més intensitat, la utilitat de l'estudi del nostre passat jurídic.

Paraules clau: Sedició, codis penals, dret penal, segle XIX.

Este trabajo de investigación ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea"(referencia PID2020-113346GB-C22), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+I del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020(AEI/10.13039/501100011033).

PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La sedición es uno de los delitos a los que tanto la doctrina como los tribunales, tradicionalmente, han prestado menor atención. Sin embargo, las circunstancias políticas y judiciales que actualmente afectan a nuestro país –especialmente a Cataluña– han hecho surgir un inusitado interés por este delito, así como una sucesión de distintas y controvertidas resoluciones de los tribunales de justicia, hasta que finalmente ha desaparecido de nuestro Código penal. En este nuevo protagonismo, la doctrina se refiere a ella como una figura delictiva carente de actualidad, desfasada y anticuada, que nació al calor de la legislación decimonónica sobre orden público, tal y como dicho término se entendía entonces –sistema normativo de atribución de poderes, que confundía absolutamente orden político y orden social–, muy diferente a la noción de orden público democrático, y que, por todo ello, requiere ser reformado en la legislación penal.¹ No faltan,

- 1 Quintero Olivares piensa que la reforma de los delitos contra la Constitución y contra el orden público se ha planteado por razones de urgencia o necesidad política, a raíz de la condena recaída en la causa seguida contra los dirigentes independentistas catalanes. Este grupo de delitos tiene en buena parte un origen decimonónico, y eso explica sus resonancias militares comprensibles en un tiempo en que los ‘cuartelazos’ no fueron extraños. Y aunque necesariamente tiene que existir una tipificación del intento violento y armado de acabar con el Estado de Derecho español, que es la monarquía parlamentaria, el Título XXII del Código penal de 1995 (que recoge los delitos contra el orden público, incluyendo la sedición, la resistencia y la desobediencia y los desórdenes públicos) está, desde hace tiempo, en el ojo del huracán, situándose el núcleo de los problemas en la fuerza del derecho fundamental de reunión, manifestación y libertad de expresión. El citado autor concluye este razonamiento indicando que el delito de sedición se aleja del sentido del grupo pues, independientemente del significado que se le quiera dar, no constituye un problema de orden público, sino algo diferente y, tal vez, más grave, como demuestra el que su regulación comparta disposiciones con la de la rebelión, que está en otro título (QUINTERO, Gonzalo (2021), “La necesaria revisión de los delitos contra el orden constitucional y el orden público”, en CASTILLEJO. Raquel y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana (dirs.); ALONSO, Cristina y VALIÑO, Almudena (coords.), *Debates jurídicos de actualidad*, Aranzadi, Navarra, pp. 91-116. En este contexto, pueden traerse aquí unas declaraciones del Ministro de Justicia Carlos Campo, de 23 de enero de 2020, en las que apostaba por una reforma del Código Penal que modificara los tipos de los delitos de rebelión y sedición, justificada en que “Son figuras más propias de ataques a la soberanía en el siglo XIX cuando se pensaba en ataques con tanques en la calle”. Y añadía que cualquier reforma del Código penal “responde a la necesidad de acompasar tipos penales con realidades sociales”, y que “es la obligación del gobernante dar respuestas a distintas situaciones que se generan”

[<https://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/10316433/01/20/Juan-Carlos-Campo-Rebelion-y-sedicion-son-unas-figuras-propias-del-siglo-XIX.htm>].

incluso, autores que se lamentan del hecho de que el delito de sedición no hubiera sido ya derogado en una de las tantas reformas sufridas por el Código penal de 1995,² quedando integrado dentro de los desórdenes públicos.³

Además de resaltarse los defectos de los delitos de sedición y de rebelión, se constata hoy un enorme interés entre la doctrina –salpicada por los conflictos políticos y sociales del momento– en diferenciar bien ambas conductas delictivas. En un intento de romper una larga tradición, se afirma con rotundidad que sedición y rebelión son delitos totalmente diferentes, basándose sobre todo en la regulación que les ha dado el Código penal de 1995, donde se recogen por primera vez en distintos títulos.⁴

Y no sólo se pretende separar ambos delitos, centrándose la atención en las diferencias que puedan existir entre ellos, sino que se llega a criticar duramente que el delito de sedición se haya emparejado tradicionalmente con el de rebelión –llegando incluso a afirmarse que ello implica un “supino desconocimiento jurídico”–,⁵ y que los tratadistas se hayan empeñado en calificar a la sedición como una “rebelión en pequeño”. Esta expresión, que se atribuye a Viada, es –como diría Quintano Ripollés–⁶ casi un lugar

- 2 REBOLLO, Rafael (2018), “Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 19, pp. 139-178, esp. p. 140.
- 3 GARCÍA RIVAS, Nicolás (2007), “Sedición”, en ARROYO, Luis; BERDUGO, Ignacio; FERRÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO, José R.; TERRADILLOS, Juan Mº (dirs.); NIETO, Adán y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (coords.), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, p. 1060.
- 4 Por primera vez en nuestra legislación, el Código penal de 1995 ha ubicado la sedición y la rebelión en Títulos diferentes, el primero entre los delitos contra el orden público (Título XIII) mientras que el segundo encabeza el elenco de delitos contra la Constitución, queriendo resaltar con ello, quizás, el alejamiento entre ambos delitos, aunque la separación sigue sin ser nítida. El propio artículo que define la sedición comienza identificando a los reos de dicho delito aclarando que son los “que sin estar comprendidos en el delito de rebelión...”. La catalogación de los autores, castigando a inductores, sostenedores o directores con penas más graves, en lugar de aplicar los conceptos generales de la autoría, supone que el legislador vuelve a confundir la sedición con la rebelión. Y la gravedad de las penas impuestas vuelve a recordar que se trata de una “rebelión en pequeño”, muy alejada de los desórdenes públicos. Asimismo, el castigo de los actos preparatorios tampoco parece necesario en un delito contra el orden público, así como la aplicación de otras prescripciones que desdican la naturaleza de la sedición como delito contra el orden público.

común en la doctrina, pero había perdido ya su sentido en el Código Penal, como apunta el hecho de que estuvieran ubicados en Títulos diferentes.⁷

Lo cierto es que desde el primer Código penal español, a lo largo de todo el proceso codificador y hasta el día de hoy, el tratamiento legal de ambos delitos ha dado pie a que sean estudiados conjuntamente, y a insistirse en que la sedición es un delito análogo a la rebelión pero de menor gravedad, como reiteraron incansablemente los juristas decimonónicos. Precisamente en este trabajo queremos centrarnos en destacar cuáles son las analogías y diferencias entre ambos delitos, utilizando para ello, además de la regulación legal, las opiniones de quienes tomaron como objeto de su estudio los Códigos penales del XIX y que, como ya podemos anticipar, nos van a llevar a concluir que, efectivamente, el legislador siempre consideró a la sedición como un delito similar a la rebelión en muchos sentidos, pero de consecuencias menos graves.

Muchas de las dudas que se plantean hoy los autores –en algunos casos provocadas por motivos de ideología política– responden en gran medida a las vicisitudes que la conformación legal de este delito ha ido experimentando a lo largo del proceso codificador. Gran parte de ellas ya se las planteaban los tratadistas del XIX, que expresaron sus opiniones en el marco de las circunstancias políticas concretas en las que vivieron. Si indagamos en la regulación legal del delito de sedición, desde los primeros códigos penales, y en las cuestiones que ya se planteaban los juristas que los estudiaron, quizá estemos en situación de discernir cuándo las afirmaciones que hoy leemos o escuchamos sobre este delito responden a la realidad o son más bien consecuencia de conveniencias políticas coyunturales. Lo que no hay duda es que estamos ante uno de los temas en los que se hace patente la utilidad del estudio de nuestro pasado jurídico, y que evidencia que la Historia del Derecho nos ayuda a entender el tiempo en el que vivimos. En este momento adquieren especial actualidad las palabras de Tomás y Valiente con las que, en una ocasión, aludía a los historiadores en general, y a los historiadores del Derecho en particular: "...queremos comprender el presente, explicarnos y explicar al lector cómo se ha llegado y desde qué puntos de partida a la realidad hoy viva".⁸

5 GARCÍA RIVAS, "Sedición", p. 1060.

6 QUINTANO, Agustín (1966), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 555.

7 GARCÍA RIVAS, "Sedición", p. 1060.

8 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1994), Prólogo a FIESTAS, Alicia, *Los delitos políticos (1808-1936)*, Salamanca, p. 20.

ANALOGÍAS ENTRE LA SEDICIÓN Y LA REBELIÓN

Delitos políticos

Quizás la primera coincidencia que se puede señalar entre sedición y rebelión es que en ambos casos estamos ante delitos políticos. Todos los autores coinciden en ello, indicando que la sedición y la rebelión son los que propiamente se llaman delitos políticos.⁹ Y ello va a tener consecuencias importantes como son una mayor indulgencia con este tipo de delincuentes por parte de la opinión pública, menor penalidad que los delitos comunes y el hecho de que el cumplimiento de la pena va a estar ligado a diversas circunstancias temporales y accidentales. “En general no tienen los delitos políticos –nos dirá Vicente y Caravantes– la inmoralidad que los comunes, y mucho menos si se limita esta clasificación a los de rebelión y sedición. La conciencia distingue a estos criminales de los otros, al condenarlos, y la opinión pública no confunde los condenados políticos con los de delitos comunes. Su criminalidad depende a veces de las épocas, de los lugares, de los sucesos, de los derechos y de los méritos del poder y hasta del resultado más o menos adverso”.¹⁰

Así pues, como señala Alicia Fiestas –siguiendo a Pacheco–, tras la publicación del Código Penal de 1848 los delitos políticos comprendidos en el mismo quedaron reducidos a los de rebelión y sedición. Eran, por consiguiente, delitos contra la seguridad interior del Estado, trataban de “subvertir” la Constitución de éste y habían de proceder de política interna, ya que los procedentes de política externa eran crímenes “públicos”, pero no “políticos” porque lo que atacaban era la existencia de la Nación.¹¹

9 GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan M. (1849), *Elementos del Derecho Penal de España, arreglados al nuevo código*, Madrid, pp. 230-231. Sobre los delitos políticos reflexionaba Pacheco con las siguientes palabras: “No todos los crímenes contra éste [el Estado], ni aún contra la existencia de éste se hallan calificados con aquel nombre... Es menester... que procedan... de política interna... Es menester que no vayan encaminados a la sujeción del país a una potencia extranjera, sino a la subversión de las leyes, a la expulsión de la dinastía que se hallase sobre el trono” (PACHECO, Juan F. (1854), *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, II, 2ª ed., Madrid, p. 138).

10 VICENTE Y CARAVANTES, José (1851), *Código Penal reformado comentado novísimamente...*, Madrid y Santiago, Granada, Lima, p. 291.

11 FIESTAS, *Los delitos políticos*, p.152. También se dedica un apartado a los delitos políticos en el siglo XIX en COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, Mª José (2021), “Rebelión: regulación legal y doctrinal de este delito en el Derecho penal decimonónico” en ÁLVAREZ CORA, Enrique y SANDOVAL, Victoria (eds.) (2020), *Sedición, rebelión y quimera en la historia jurídica europea*, Madrid, Dykinson, pp. 533-566, esp. pp. 535-540. Y muy recientemente, CARBONELL, Juan C. (dir.), MARTÍNEZ GARAY, Lucía (dir.), GARCÍA ORTÍZ, Andrea M. (coord.) (2022), *Derecho penal y orden constitucional: límites de los derechos políticos y reformas pendientes*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Y a pesar de que los autores, en general, tenían claro, como se ha dicho, que la penalidad de estos delitos debía ser menos dura que la de los delitos comunes, las circunstancias políticas –siempre influyentes en la conformación de los códigos penales–¹² determinaron que el Código de 1848 castigara duramente estos delitos y que las penas señaladas en la ley hubieran de imponerse inexorablemente, constituyendo este texto un buen instrumento para la defensa del orden público.¹³ Y así se dio el caso paradójico de que nuestro primer código penal estable, sustitutivo de la durísima legislación del Antiguo Régimen, en vez de darse para dulcificar la represión, se dio en gran parte para asegurarla frente a la delincuencia política, restringiendo el arbitrio judicial, habituado a la indulgencia, que podía ser peligroso para el Gobierno.¹⁴

Ubicación

Estamos en este caso ante una de las razones que han tenido más peso en el emparejamiento que tradicionalmente se ha venido haciendo del delito de sedición con el de rebelión. Se trata de la ubicación sistemática de ambas figuras delictivas, dentro de los códigos penales, en un mismo Título, lo que contribuyó a establecer una estrecha relación entre ambos delitos. La denominación del Título en cuestión ha estado siempre ligada a los términos “delitos contra la seguridad interior del Estado” y “contra el orden público”, unas veces uniendo ambas denominaciones, otras excluyendo una de ellas.

12 Como indica Núñez Barbero –refiriéndose en concreto al Código Penal de 1870–, la influencia de los acontecimientos políticos dominantes en un determinado momento histórico, se hace patente a la hora de construir el nuevo cuerpo legal punitivo. Lo mismo ocurrirá en el siglo XX: la dictadura de Primo de Rivera trae el Código de 1928, la República de 1931 el Código de 1932, y el Movimiento Nacional de 18 de julio de 1936 el Código de 1944 (NÚÑEZ, Ruperto (1969), *La reforma penal de 1870*, Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 36.

13 NÚÑEZ, *La reforma penal de 1870*, p. 13.

14 ANTÓN ONECA, José (1965), “El Código de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 18:3, pp. 473-496, esp. p. 476. Sobre este Código penal son indispensables las monografías de IÑESTA, Emilia (2011), *El Código Penal español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Dolores del Mar (2004), *La codificación penal en España. Los códigos de 1848 y 1850*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; MASFERRER, Aniceto (ed.) (2017), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador (parte general)*, Editorial Aranzadi, Pamplona.

Ya en el Plan del Código Criminal de 1787, que iba a ser el anticipo de la futura regulación del delito político en el siglo XIX, se distinguirán los delitos contra el Estado (Título II), contra el orden público (Título III) y contra la tranquilidad pública (Título IV). Este último incluía las sediciones y conmociones populares.¹⁵ En el Código penal de 1822, bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público”, se destina el Capítulo I a la “rebelión y el armamento ilegal de tropas”, y el II al delito de sedición. Ambos son reunidos en el Código Penal de 1848 dentro del Capítulo II del Título III, denominándose éste “Delitos contra la seguridad interior del Estado y contra el orden público”. Y no sólo comparten Título y Capítulo (la rebelión en la Sección 1ª y la sedición en la 2ª) sino que comparten una 3ª Sección de “Disposiciones comunes” (que se mantendrá en los sucesivos códigos). Pacheco abogaba ya porque dicho título estuviese dividido en dos, uno que tratase de los delitos que afectan a la verdadera seguridad interior del Estado, y otro para los que están relacionados con el orden público.¹⁶ Y efectivamente así lo hizo el legislador en el Código penal de 1870, donde por primera vez se escinden en dos títulos: “Delitos contra la Constitución” y “Delitos contra el orden público”.¹⁷ Esta separación era consecuencia, indudablemente, de que entre los delitos que se habían incluido bajo la denominación “contra la seguridad interior del estado”, había algunos que no afectaban a la estructura o a los principios del Estado. Esta idea, que no fue desconocida en los códigos anteriores, se manifiesta, sobre todo, en el de 1870 con dicha separación.¹⁸ Pero en lugar de ser incluidos, como había sugerido Pacheco,¹⁹ en el título dedicado

15 Como indica García Rivas, no eran otra cosa que “motines de subsistencia”, que no tenían como fin derrocar al régimen establecido, sino sólo objetivos concretos apolíticos, siendo sus reivindicaciones fundamentalmente económicas (GARCÍA RIVAS, Nicolás (1990), *La rebelión militar en Derecho penal*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, p. 54). Sobre el Código Criminal de 1787, CASABÓ, José R. (1969), “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 22-II, pp. 313 a 342 y HERNÁNDEZ MARCOS, Maximiliano (2009), “Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787”, *Res publica*, n° 22, pp. 39-68.

16 PACHECO, Juan F. (1870), *El Código Penal concordado y comentado, 4ª edición corregida y aumentada*, t. I, Madrid, p. 115.

17 El Código penal de 1928 consignó, igualmente, en su Título II a los “Delitos contra el orden público”, con el Capítulo I dedicado a la rebelión y el Capítulo II a la sedición. Lo mismo se hizo en el de 1932, donde ambos delitos se incluyen también en el Título de los “Delitos contra el orden público” (Título III). En las reformas de 1944 y 1963 se refunden los dos títulos del Código del 70 en uno, bajo el título “delitos contra la Seguridad del Estado”.

a los delitos que afectaban a la seguridad interior del Estado, se hizo en el dedicado a los delitos contra el orden público (Título III).²⁰

La doctrina siempre ha ligado el concepto de orden público con el de “tranquilidad pública”, quizás influenciada por su presencia en la rúbrica del Título III del Código penal de 1822. Viada y Vilaseca, por ejemplo, refiriéndose al orden público señalaba que “en él se comprenden todos aquellos delitos que tienden más o menos directamente a la subversión o perturbación de la tranquilidad general, del orden público”.²¹ También Groizard diría que la lesión del derecho que tiene todo ciudadano a la tranquilidad pública es la fuente de los verdaderos delitos contra el orden público. Y se remite al Tribunal Supremo, el cual en una sentencia de 31 de diciembre de 1875 declaraba que no puede considerarse como delito contra el orden público el que no produce alarma entre los vecinos de una población. En relación a dicha alarma Groizard explica que lo que caracteriza a todos los delitos contra el orden público –y por tanto a la rebelión y la sedición– es que en ellos la alarma no constituye el daño mediató, sino el inmediato. El primero es el que suscita en el ánimo de todos el temor y la inquietud natural de que semejantes hechos puedan repetirse en la sociedad, siendo víctimas de ellos nuevas personas; el segundo es el daño que el delito produjo directamente o debió naturalmente producir, atendido el fin que se proponía su autor al ejecutar la acción.²²

Esta caracterización del orden público, entendida como “tranquilidad pública”, tuvo una buena aceptación en los comentaristas de los códigos

18 NÚÑEZ, *La reforma penal de 1870*, p. 41. Rebollo Vargas indica que una rúbrica tan genérica como “Delitos contra la seguridad interior del Estado” está vinculada estrechamente desde sus orígenes a una concepción autoritaria del Estado. En su opinión, del análisis del primer Código penal de 1822 se puede inferir que el bien jurídico “seguridad” no aparece ligado a la tutela de los gobernados sino con la de los gobernantes, por lo que la Seguridad del Estado se identifica con la de los gobernantes (REBOLLO, *Consideraciones y propuestas*, pp. 146-148).

19 PACHECO, *El Código Penal*, p. 115.

20 En el Título III se incluyen los delitos de rebelión (cap. I), sedición (cap. II), atentados contra la autoridad, sus agentes, resistencia, desobediencia a los mismos (cap. IV), desacato a la Autoridad e insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los funcionarios públicos (cap. V) y el cap. VI comprende los demás desórdenes públicos que pueden cometerse y no se hallan definidos en los capítulos anteriores.

21 VIADA Y VILASECA, Salvador (1874), *Código Penal reformado de 1870 concordado y comentado*, Barcelona, p. 314.

22 GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro (1874), *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, t. III, Burgos, p. 392.

penales posteriores. Así, al abordar el estudio de los delitos contra el orden público en el Código penal de 1928 y en el 1932, tanto Jiménez de Asúa y Anton Oneca, como Cuello Calón, señalan que estos delitos lesionan la “tranquilidad general”.²³ En definitiva, como señala Rebollo Vargas al estudiar el bien jurídico protegido en el delito de sedición, “la caracterización del orden público que realiza la mayoría de la doctrina, identificándolo con conceptos tan ambiguos como “paz pública”, “tranquilidad pública” o “convivencia colectiva”, entre tantas otras fórmula etéreas, no aportan ningún criterio que permita delimitar el objetivo de tutela, ya no sólo porque se trata de conceptos subjetivos y especulativos, sino porque la inseguridad jurídica que se desprende de ellos es incuestionable”.²⁴ Estas palabras tienen un especial significado en el ámbito de la regulación que el Código penal de 1995 ha dado a los delitos de rebelión y sedición, separándolos por primera vez en dos rúbricas distintas: el delito de rebelión en el Capítulo I del Título XXI, “Delitos contra la Constitución, mientras que el delito de sedición aparece incluido en el Capítulo I del Título XXII, “Delitos contra el orden público”.

Conceptos confusos, vagos e indeterminados

A comienzos del siglo XIX la legislación penal española estaba contenida en la Novísima Recopilación y, supletoriamente, en la Nueva Recopilación y en las Partidas. En dichos textos no se definía de forma independiente y clara el delito de sedición ni el de rebelión.²⁵ Estos términos aparecían ligados –o más bien confundidos– con otros,²⁶ pero siempre relacionados con uno más amplio, la “asonada”.²⁷ Fueron los códigos penales españoles los que por primera vez regularon estos delitos, distinguiéndolos de otras

23 Así lo pone de relieve SANDOVAL, Juan Carlos (2013), *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*, Valencia, pp. 80 y ss.

24 REBOLLO, *Consideraciones y propuestas*, p. 166.

25 Las definiciones ofrecidas por el Diccionario de la Real Academia para ambos términos eran bastante parecidas. En la voz “sedición” podía leerse: “tumulto, alboroto confuso, o levantamiento popular contra el Príncipe, o señor, o en desobediencia de sus magistrados, conspirando a algún mal hecho en bandos y parcialidades”. Y en la de “rebelión”: “levantamiento, o conspiración de muchos contra su Rey, patria, o gobierno” (*Diccionario de la Lengua Castellana, compuesto por la Real Academia Española, reducido a un tomo para su más fácil uso*, 2ª ed., Madrid, 1783).

26 Pueden traerse aquí como ejemplo las siguientes palabras, incluidas en la Nueva Recopilación (XII,11,39): “Todo el que fomenta o auxilia asonadas, bullicios, griteríos, motines, sediciones o tumultos queda declarado enemigo de la patria e infame”.

figuras afines. Ya en el Proyecto de Código de Procedimiento Criminal de 1821, dentro del Título Tercero ("De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público"), se diferenciaban y regulaban de forma independiente, en capítulos distintos, los delitos de rebelión, sedición y asonada.²⁸

Sin embargo, la confusión de términos a la que estamos haciendo referencia se mantuvo más tiempo, como se hace patente en el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* de Joaquín Escriche. En sus primeras ediciones, anteriores al Código penal de 1848, encontramos definido el término "asonada" de la siguiente forma: "La junta o reunión tumultuaria de gente para hacer hostilidades o perturbar el orden público. Llámase también alboroto, bullicio, sedición, motín, rebelión, conmoción popular y tumulto".²⁹ Como vemos, bajo el término asonada se está reuniendo una serie de comportamientos delictivos de muy diferente gravedad, que obedecen a causas distintas y tienen objetos y efectos diferentes. Con ello se evidencia que, a pesar de que la diferenciación entre sedición, rebelión o asonada ya había sido establecida en el Código penal de 1822, la realidad era que aún no estaba clara.

La confusión se mantuvo hasta que el Código penal de 1848 dejó de hacer referencia al delito de asonada, diluyéndolo bajo los nombres de rebelión y sedición, y definió de forma separada ambas figuras delictivas. Pero aún entonces la doctrina se queja de que la comprensión de ambos conceptos no resulta pacífica:

"Ambos términos [rebelión y sedición] son de una acepción vaga e indeterminada en el uso común, en el lenguaje jurídico y aún en el de la ciencia. Al hablar de una conmoción popular o de una perturbación pública, cualquiera que sea su objeto, la rebelión y la sedición se confunden con la conspiración, la insurrección, el motín, la asonada, el

27 Sobre la asonada en el Antiguo Régimen, PINO ABAD, Miguel (2016), "Consecuencias penales de las asonadas en el Antiguo Régimen", *e-Legal History Review*, nº 22.

28 *Proyecto de Código de Procedimiento Criminal, presentado a las Cortes por la Comisión especial nombrada al efecto. Impreso de orden de las mismas. En la Imprenta Nacional, Año de 1821. Título Tercero, Capítulo Primero ("De la rebelión y del armamento ilegal de tropas"; Capítulo II ("De la sedición"); Capítulo III ("De los motines o tumultos, asonadas, u otras conmociones populares")*. Esta distribución se recogió literalmente en el Código Penal de 1822.

29 ESCRICHE, Joaquín (1838), *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 2ª edición, corregida y aumentada, t. I, Madrid, v. "asonada", p. 469.

tumulto [...] El uso de estas voces, que no tienen siempre una acepción científica, fija e invariable, ofrece inconvenientes graves en un código. Verdad es que una parte de estos inconvenientes se salva definiendo la rebelión y sedición, como hace nuestra ley, porque de este modo se fija su verdadero sentido. Pero estas definiciones tienen mucho de arbitrarias, y hubiéramos preferido una redacción más general...”.³⁰

Además de compartir esos calificativos que caracterizan ambos conceptos –confusos, vagos, indeterminados, cambiantes...–, se observa que el legislador ha empleado un mismo método a la hora de definir tanto la sedición como la rebelión, que resulta excepcional por las contadas veces que lo utiliza dentro de los códigos. A este respecto, y refiriéndose al Código de 1848, Pacheco se fija en que se hace uso de esas “voces colectivas” (refiriéndose a “rebelión” y “sedición”) de las que no es partidario puesto que, como él dice, “el uso de esos nombres generales hace sustituir a la verdadera idea de cada especial delito”. Y señala que para utilizar el mismo método que se venía empleando en el código, después de titular el capítulo “delitos de rebelión” o “delitos de sedición” debió de abandonarse estos nombres y recorrer uno por uno, con su explicación especial, cada uno de los delitos que comprenden. “Únicamente no veríamos nosotros dificultad alguna en este proceder cuando la gravedad, la intensidad, la importancia de todos los delitos comprendidos bajo el nombre común, fuese exactamente una propia. Entonces, pero sólo entonces, habría la ventaja de la concisión, en sustituir la palabra genérica... Pero no es el caso porque hay diferencias y gados diferentes en los distintos delitos y en sus consecuencias”.³¹

Por tanto, el legislador ha recurrido a un mismo método en la terminología utilizada y también en la manera de definir ambos delitos. Para que existan ambos deben cumplirse unos mismos requisitos: uno, el principal, surge del fin de la acción, y el otro de los medios empleados para realizarlo. Así, para declarar la existencia del delito habrá que comprobar si la causa de la acción era conseguir cualquiera de los objetos que el legislador enumera y, además, si esa acción cumple con el *modus operandi* previsto.

Y también un mismo método, además, en el orden o procedimiento que utiliza el legislador al regularlos: primero se caracteriza el delito, es decir, se indica quiénes se consideran reos de sedición –o de rebelión–, y a continuación se indican cuáles son las penas que se les impone por dicho

30 VIZMANOS, Tomás M^o de y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo (1848), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Madrid, pp. 96-97.

31 PACHECO, *El Código Penal*, p. 165.

delito –diferenciando distintos tipos de participación–, así como las correspondientes a la conspiración y la proposición.

Modus operandi

Se trata en este caso de una cuestión íntimamente ligada a la anterior. La caracterización que cada texto penal da a la sedición –al igual que en la rebelión– viene determinada, como dijimos anteriormente, por dos elementos: el *modus operandi* (los medios) y los objetos del ataque del sedicioso (el fin). Y también en ellos encontramos importantes analogías. Respecto a esta cuestión decía Groizard que “entre la rebelión y la sedición hay estrechas conexiones. Dos elementos les dan vida semejante: el fin y los medios. Los seis números del art. 243 y los cinco del 250 [del Código penal de 1870] ponen de manifiesto la relación que existe entre los motivos impulsivos de uno y otro delito. La de los medios es aún mayor: el de rebelión el alzamiento público en abierta hostilidad contra el gobierno, constituye la forma externa del delito; en la sedición esa forma externa es el alzamiento tumultuario”.³² Vizmanos y Álvarez, en la misma línea, afirmaban lo siguiente: “En lo que convienen la rebelión y la sedición es en los medios de llevarse a cabo, que son siempre violentos. La una como la otra se anuncian tumultuariamente, y la una como la otra son una apelación a la fuerza contra el derecho [...] Los medios de ejecución de uno y otro delito son los mismos: el tumulto, la fuerza”.³³

En el primer Código penal, el de 1822, ya se definía a la sedición como “levantamiento ilegal y tumultuario”, hablándose en el de 1848 de “los que se alzan públicamente”. Pero es en el Código penal de 1870 donde se tipifica la sedición con unas características que se van a mantener, en buena parte, en los textos posteriores, incriminando a quienes “...se alzan pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza, o fuera de las vías legales, cualquiera de los objetos siguientes...”.³⁴

“Alzamiento”, “público”, “tumultuario”, “por la fuerza o fuera de las vías legales”, son los términos que la ley utiliza para caracterizar la sedición,

32 GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, p. 404.

33 VIZMANOS y ÁLVAREZ, *Comentarios al Código Penal*, pp. 114 y 117.

34 El Código penal de 1928 decía “Son reos de sedición los que se alzáren pública, colectiva y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales cualquiera de los objetos siguientes...” (art. 289). El de 1932 (en su art. 245) y los de 1944 y 1973 (art. 218) reproducían la redacción prevista en el Código penal de 1870: “Son reos de sedición los que se alzan pública y tumultuariamente...”.

que coinciden en gran medida con los de la rebelión, a la que refiere como un “alzamiento público en abierta hostilidad contra el gobierno”. Así, al menos teóricamente, el carácter tumultuario sería propio sólo de la sedición, mientras que la abierta hostilidad se daría sólo en el caso de la rebelión.³⁵ Pero hasta en esta diferencia Quintano Ripollés encuentra un criterio unificador. “Lo que emparenta a los delitos de sedición y rebelión no es en modo alguno el “quantum”, ni menos la finalidad, que es lo que los diversifica, sino la condición formal de colectividad y hostilidad”. En su opinión el adverbio tumultuariamente debía interpretarse en el sentido de “abierta hostilidad”, de manera que sólo resulte constitutivo del delito de sedición el alzamiento público llevado a cabo con violencia o, al menos, con intimidación, es decir, con la amenaza de llevar a cabo actos de violencia. E insiste en que la violencia es característica tanto de la sedición como de la rebelión; y que puede entrañar el empleo de la fuerza, o no, pues son perfectamente concebibles violencias de actitudes, intimidaciones, etc. Por eso la ley equipara “por la fuerza, o fuera de las vías legales”, aunque luego esto no se refleje en la penalidad.³⁶

Que el alzamiento sea “tumultuario”, además, evidencia el carácter colectivo de estos delitos. En este sentido reflexionaba Groizard que “un reducido número de personas no se alzan públicamente contra las autoridades, o

35 Los autores han resaltado el carácter violento de la rebelión. Pacheco (*El Código Penal*, p. 166) entendía que la rebelión era un levantamiento armado (“La rebelión es un delito colectivo que se hace en público, que se sostiene con las armas... Una reunión de amotinados tumultuarios no son rebeldes. En cambio, un regimiento que toma las armas, una plaza fuerte que se subleva, sí lo son”). Se trata de una cuestión con importantes repercusiones, como resulta evidente hasta el día de hoy. Fernández Rodera, por ejemplo, pone de manifiesto las consecuencias que tuvo la enmienda presentada por un representante nacionalista –con la oposición de la mayor grupo parlamentario de la oposición– que sustituyó en el trámite del Congreso de los diputados la locución “los que se alzaren públicamente” que figuraba en el Proyecto del Código penal de 1995, por esta otra “los que se alzaren violenta y públicamente” (art. 472). “La intercalación en absoluto es inocua –nos dice– y su intencionalidad aflora si se conecta con el ordinal 5º del precepto (“Declarar la independencia de una parte del territorio nacional”). El corolario es evidente: en tiempo de paz se ha pretendido convertir en impune la proclamación de la escisión de una parte de la Nación, despojándose de protección penal a una de las bases esenciales del ordenamiento constitucional –art. 2 de la Constitución española, “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”– mediante la introducción de un añadido inquietante” (FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto (1996), “Los delitos de rebelión y sedición”, en *Diario La Ley*, D-128, diario de 12 de abril de 1996, pp. 1529-1533, esp. p. 1531).

36 QUINTANO, *Comentarios*, p. 556.

si se alzan no producen el daño, el peligro, la alarma inherentes a una verdadera sedición. Para subvertir el orden jurídico, atropellar las leyes o impedir a las autoridades el ejercicio de sus funciones, es por lo menos necesario la ostentación de una fuerza colectiva que pueda creerse en condiciones, si no de triunfar, de resistir el empuje de la fuerza pública. Una reunión tumultuaria es casi siempre signo de la eficacia del medio elegido para llegar al fin del delito”.³⁷

Y aún señala la doctrina una coincidencia o analogía más entre la sedición y la rebelión relacionada con el *modus operandi*. Se trata del hecho de que basta que el alzamiento exista, que reúna ciertas condiciones y que vaya encaminado a conseguir determinados objetos –sin ser necesario que se consigan–, para que se justifique la aplicación de la pena. Como indica Groizard, éstas son las características propias de los que se suelen llamar delitos formales, que no requieren la consumación de la acción, tal y como el delincuente la había ideado, para que les sea aplicada la máxima pena prevista. La sedición, al igual que la rebelión, es un delito formal puesto que su integridad depende, no de su consumación objetiva, sino de la concurrencia de los elementos constitutivos de su naturaleza especial, descritos en la ley. O con otras palabras, la plenitud de la delincuencia no resulta de su consumación, sino de la realización de los actos que la ley señala como constitutivos del hecho inculcado.³⁸

Sistema en que se organizan las penas

Según los autores, el sistema en que están concebidas y ordenadas las penas en ambos delitos es el mismo. En este sentido señala Gómez de la Serna que las que se imponen a los sediciosos guardan la misma proporción, aunque siempre en menor escala de gravedad, que las que se imponen a los rebeldes. Así, en ambos casos se establece la misma distinción entre el delito consumado, la conspiración y la proposición. Respecto al primero, se distingue en ambos delitos entre promovedores y jefes principales, jefes subalternos, y los meros ejecutores. E, igualmente, la conspiración y la proposición para cometer el delito de sedición son castigadas de un modo análogo a las que tienen por objeto la rebelión, aunque siempre con menos severidad.³⁹

37 GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, p. 410.

38 Los delitos formales se oponen a los delitos materiales, que serían aquellos otros cuya consumación requiere la pérdida real del bien a que el derecho atacado se refiere (GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, pp. 393-394 y 404).

Respecto a la penalidad que correspondía a estos delitos, Pacheco abogaba, en atención a que se trata de delitos políticos, por la imposición de penas muy inferiores a las que les habían sido aplicadas en casi todos los tiempos. En su opinión, “todo lo que sea señalar circunstancias que le disminuyan a los ojos de la ley, y que mengüen por consiguiente su pena, es una obra que merece nuestra completa aprobación”.⁴⁰ E incluso defendía que debía acudirse en muchas ocasiones a los derechos de gracia y conmutación. Pacheco recomendaba como penas aplicables la prisión en sus diferentes formas y la deportación en última línea, atendiendo a que la finalidad principal de las penas con las que debían castigarse era impedir su continuación.⁴¹ Así lo entiende el legislador al incluir, entre las disposiciones comunes a la rebelión y la sedición, presentes en todos los códigos penales, una primera disposición destinada a intentar el desistimiento de los culpables⁴² que rebaje, cuando no extinga, su penalidad. En esto son diferentes del resto de delitos políticos, y sobre todo de los delitos comunes. Su naturaleza, distinta de la de los demás, permite que aún después de consumados se lleven a cabo una serie de actuaciones que tienen por objeto cortar en su principio la rebelión y la sedición.⁴³

39 GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos del Derecho Penal*, p. 237.

40 PACHECHO, *El Código Penal*, p. 193.

41 PACHECHO, *El Código Penal*, pp. 156-159.

42 Tras manifestarse la rebelión o sedición, la autoridad debía “intimar” hasta dos veces a los sublevados que se disuelvan y retiren antes de usar la “fuerza pública” para disolverlos.

43 Groizard hace una dura crítica a lo establecido por el legislador en este punto, al permitir la intromisión de la política en el derecho, que es fácilmente extrapolable a la actualidad: “Ante la rebelión y la sedición –reflexionaba Groizard– la ley y la autoridad no obran como ante los demás delitos... ¿Por qué las autoridades, cuando la rebelión o la sedición estallan, no tienen el derecho de caer desde luego sobre los rebeldes y sediciosos y someterlos al imperio de la fuerza pública y más tarde al de las leyes... Porque los principios se doblegan en esta materia ante las conveniencias; porque la justicia es vencida por la política; porque ante el gran interés de que las rebeliones y sediciones desaparezcan o no produzcan todos sus destrozos y amargos frutos, se cierran los ojos para no ver a los rebeldes y sediciosos; porque la idea absoluta que informa el derecho penal es sacrificada a la salud del Estado y a las conveniencias sociales” (GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, pp. 426-427).

DIFERENCIAS: MENOR GRAVEDAD DE LA SEDICIÓN

En 1966 Quintano Ripollés se esforzaba en resaltar la confusión que provocaba considerar la sedición como una “rebelión en pequeño”: “Ello puede originar torcidas interpretaciones, por no reflejar ni siquiera aproximadamente la verdadera naturaleza de la sedición, que la tiene sustantiva... No, ni la sedición es una rebelión *en pequeño*, ni la rebelión una sedición *en grande*; cada una tiene su objetivo propio, así como su tipicidad característica, que se basta para independizarlas... Lo que emparenta a los delitos de sedición y rebelión no es en modo alguno el *quantum*, ni menos la finalidad, que es lo que los diversifica”.⁴⁴

El empeño que Quintano ponía en defender esta idea ponía de manifiesto que hasta ese momento, efectivamente, la sedición venía siendo considerada entre los comentaristas de los códigos penales decimonónicos como una rebelión con objetivos menos graves y, como consecuencia, con castigos más leves, visión que perdurará hasta la actualidad.

Aunque fuera Viada quien utilizó por primera vez la expresión aludida, la idea es anterior a él, como puede comprobarse en las siguientes palabras de Pacheco: “La sedición y la rebelión son delitos de clara y notoria analogía. La una y la otra consisten en alzamientos públicos contra el Gobierno o contra las autoridades de un país. Se diferencian en los grados, en las circunstancias que ennegrecen o disminuyen la criminalidad de ese alzamiento. La sedición es menos que la rebelión. Los sediciosos, progresando en su obra, pueden llegar a convertirse en rebeldes; lo contrario no es, de ningún modo, natural. Para la primera no exige la ley la abierta hostilidad, que señala como un carácter de la segunda; los objetos que en la primera se proponen no son tan graves, tan trastornadores, tan revolucionarios, como los que señalan y distinguen a esta otra”.⁴⁵

Ya en el primer Código penal, el de 1822, el legislador, bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público”, ordena sus distintos capítulos de mayor a menor gravedad, empezando por la rebelión (capítulo I), después la sedición (capítulo II), el motín o tumulto (capítulo III) y la asonada (capítulo IV). Y para resaltar la distinta gravedad, emplea términos muy semejantes para definir las distintas conductas delictivas, pero añadiendo al final las palabras “aunque sin llegar a los casos expresados en los artículos...”, refiriéndose a los del capítulo anterior.

44 QUINTANO, *Comentarios*, pp. 555-556.

45 PACHECHO, *El Código Penal*, p. 186.

A partir del Código de 1848, los autores resaltan con insistencia que el autor de sedición “comete un atentado de mucho menos intensidad y de consecuencias menos trascendentales”,⁴⁶ y que dada la diferencia de causas, es natural que sean también distintos los objetos a cuyo logro van encaminados los esfuerzos de los rebeldes y de los sediciosos.⁴⁷

En los objetos

Todos los autores coinciden en señalar que hay claras evidencias de la menor gravedad de la sedición en los objetos que se persiguen, esto es, en la distinta importancia de los bienes a los que afecta. A ello se refería expresamente Viada: “Consiste ésta [la sedición], al igual que la rebelión, en un *alzamiento público*. Pero difiere esencialmente de ella, en cuanto al objeto, que con el alzamiento se proponen los culpables. Puede decirse que la sedición es una rebelión en pequeño.”⁴⁸ Y añadía que “el objeto, u objetos que se proponen los primeros... consisten en un ataque más o menos directo a los más altos poderes del Estado; por el contrario, la sedición se limita a objetos menos graves, menos trascendentales...”.⁴⁹ También Vizmanos explica claramente porqué se considera que el objeto de la sedición es de menor gravedad que el de la rebelión: “Los rebeldes principian por negar la legitimidad del poder, y le atacan en sus fundamentos. Los sediciosos, respetando el orden existente, combaten ciertos actos de la autoridad, y comprometen más bien los intereses locales que los altos intereses del gobierno... Una rebelión triunfante acaba con el poder, una sedición puede únicamente comprometer al gobierno a ciertos sacrificios o concesiones que afecten menos profundamente los intereses generales del país”.⁵⁰ Y

46 GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, p. 410.

47 VIADA, *Código Penal*, p. 328.

48 “Esta, por lo común –explicaba Viada–, trasciende a toda una provincia, a todo el Reino; la sedición, por el contrario, hállase por lo general limitada a un pueblo, a una localidad determinada; la rebelión la engendran ordinariamente el odio y las pasiones políticas; la sedición se produce la más de las veces por causas de poca importancia y trascendencia, o por meros intereses particulares o de localidad. Dada la diferencia de causas, es natural que sean también distintos los objetos a cuyo logro van encaminados respectivamente los esfuerzos de los rebeldes y de los sediciosos” (VIADA, *Código Penal*, p. 328).

49 VIADA, *Código Penal*, p. 328..

50 El autor propone en este punto un ejemplo que parece interesante por su actualidad: “Si las provincias Vascongadas se opusieran hoy por ejemplo a la ejecución de una ley por parecerles *contra fuero*, cometerían el delito de sedición; pero las consecuencias de este suceso no serían tan graves como si se alzaran y dieran un grito de guerra contra la constitución o la dinastía” (VIZMANOS Y ÁLVAREZ, *Comentarios*, p. 114).

concluye su explicación diciendo que “si los sublevados se proponen simplemente impedir a una autoridad el libre ejercicio de sus funciones, o el cumplimiento de una providencia judicial o administrativa, la cosa vale mucho menos; y si su objeto es ejercer un acto de odio o venganza en la persona o bienes de una autoridad o de sus agentes, o de un ciudadano particular, si bien este propósito puede ser horrible por los medios que se empleen para su realización, el suceso no tendrá nunca una importancia general, ni creará graves conflictos al gobierno”.⁵¹

Los objetos perseguidos por la sedición son recogidos en los códigos en el mismo artículo que se ocupa de definirla. En el de 1848 se recogen en tres puntos (art. 174); el tercero de ellos será dividido y ampliado posteriormente, de manera que a partir de 1870 (art. 250) serán cinco los puntos que recogen dichos objetos:

1º. “Impedir la promulgación o la ejecución de las leyes o la libre celebración de las elecciones populares en alguna provincia, circunscripción o distrito electoral”. Se comprueba aquí, según los comentaristas, que la sedición es un delito de mucha menos intensidad y de consecuencias menos trascendentales que la rebelión, ya que el objetivo que se proponen sus autores no ha de trascender más allá del distrito o de la provincia. Si el objeto de los alzados fuera impedir la promulgación de las leyes, o su ejecución, o la celebración de las elecciones en todo el país constituiría una rebelión.⁵²

51 *Ibid.*

52 “El que se alza en abierta hostilidad contra el gobierno para despojar al Rey, a las Cortes o a los Ministros de sus facultades, es reo de rebelión, porque ataca directamente la vida, el modo de ser de los poderes públicos. Pero el que sólo lleva por fin de su acción impedir la promulgación o la ejecución de las leyes, comete un atentado de mucha menos intensidad y de consecuencias menos trascendentales, puesto que sólo ofende de una manera indirecta a aquellos mismos poderes públicos, negándoles o impidiéndoles el ejercicio de alguno de los medios que la Constitución pone en su mano para llenar su misión dentro del organismo del Estado./ Tampoco niega ni combate contra la esencia de los poderes públicos el que impide la libre celebración de las elecciones populares en alguna provincia circunscripción o distrito electoral; a diferencia del que lleva la audacia de su agresión gasta procurar impedir la celebración de las elecciones para Diputados a Cortes o Senadores en todo el Reino. Aquél acto puede dejar incompletos los elementos del poder legislativo; este otro lo ataca por su base, impidiendo en absoluto su constitución. En la rebelión el orden público es violado en toda su unidad, en la sedición sólo turbado en una de sus esferas” (GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, p. 410).

2º. "Impedir a cualquiera autoridad, corporación oficial o funcionario público⁵³ el ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus providencias administrativas o judiciales". En este punto también se pone de manifiesto el límite entre ambos delitos. Al igual que en el número anterior, el objeto atacado se limita al pueblo, distrito o provincia donde la autoridad, funcionario público o corporación desempeñan las funciones cuyo libre ejercicio se trata de coartar; porque si los alzados se propusieran impedir el ejercicio de sus facultades al rey, al regente, a las cortes o a los ministros, "cuya autoridad se extiende a la nación, incurrirían en el delito más grave de rebelión".⁵⁴

3º. "Ejercer algún acto de odio o venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o de sus agentes". El legislador va de mayor a menor gravedad. En este caso la sanción pretende proteger sólo a la persona y los bienes de la autoridad o de sus agentes. Groizard entiende que este punto sólo afecta a actos de odio o venganza ejercidos por actos de las autoridades o sus agentes en el desempeño de sus funciones, y no por cuestiones particulares y de carácter privado.⁵⁵

4º y 5º. "Ejercer, con un objeto político o social, algún acto de odio o de venganza contra los particulares o cualquiera clase del Estado" y "Despojar, con un objeto político o social, de todos o de parte de sus bienes propios a alguna clase de ciudadanos, al municipio, a la provincia o al Estado, o talar o destruir dichos bienes". Lo dispuesto en estos dos apartados se incluía también en el número 3 del Código penal de 1848,⁵⁶ aunque ahora se añaden las palabras "con un objeto político o social", con el fin de que con ellas se distingan perfectamente los actos de venganza particular de los que realmente son producto exclusivamente de la sedición. Se exige así que el alzamiento y los actos de odio y de venganza tengan por causa o fin un "objeto político y social" para que aparezca el delito de sedición.

53 La referencia a las corporaciones oficiales y a los funcionarios públicos es una adición del Código de 1870, pues el de 1848 –y el de 1850– se limitaba a nombrar a "cualquiera autoridad".

54 VIADA, *Código Penal*, p. 329.

55 GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, p. 411.

56 Donde podía leerse lo siguiente: "Ejercer algún acto de odio o venganza en las personas o bienes de alguna autoridad, o de sus agentes, o de alguna clase de ciudadanos, o en las pertenencias del Estado o de alguna corporación pública".

En las penas

A pesar de que, según los autores, el sistema en que están concebidas y ordenadas las penas en ambos delitos es el mismo, la diversa gravedad de uno y otro es la que va a determinar que el legislador prevea castigos diferentes para ellos, como se comprueba en todos los códigos penales. “La rebelión es una cosa más importante –afirma Pacheco–; y por lo mismo, todo lo que se refiere a ella ha de tener mayor castigo que lo que en la sedición le es análogo”.⁵⁷

También la conspiración para cometer el delito de sedición se castiga con menor severidad a la que tiene por objeto la perpetración del delito de rebelión. Como apuntaba Pacheco, eran mucho más raras las conspiraciones para la sedición que las de rebelión. “La sedición por su índole es más instantánea, la rebelión más reflexiva. Cuando se conspira no es lo ordinario que se intente lo menos, sino que se intente lo más”.⁵⁸ Por el Código penal de 1850 era también punible la proposición a la sedición, pero el de 1870 optó por su supresión,⁵⁹ considerando los autores acertada esta decisión en consideración a la menor gravedad de la sedición comparada con la que entraña el de rebelión.⁶⁰

Una prueba más de la distinta gravedad de ambos delitos en relación a las penas la encontramos en la segunda de las disposiciones comunes a la rebelión y la sedición que incluyen todos los códigos.⁶¹ Se trata del caso en que rebeldes y sediciosos se disuelven tras la primera o segunda “intimación” de la autoridad –previstas en la primera de dichas disposiciones comunes–. La consecuencia de dicha disolución en relación a la penalidad es diferente para uno y otro delito. Cuando se someten unos y otros se prevé la remisión de la pena para los meros ejecutores tanto en la rebelión como en la sedición, pero en esta última también para cuantos hubieran tomado

57 PACHECHO, *El Código Penal*, p. 196.

58 Ibid.

59 El art. 4 del Código del 48 consideraba punibles los actos preparatorios tan solo en los casos en que la ley lo establecía expresamente, es decir, en los delitos de traición, regicidio, rebelión y sedición. La modificación de 1850 declaró punibles la conspiración y la proposición en todo caso, mientras que la reforma del 70 volvió al sistema de impunidad general salvo excepciones. Se castigaban ambas en los delitos de traición, homicidio del Jefe de Estado y rebelión. En la sedición únicamente se castigaba la conspiración (art. 254). El Código del 28 sancionó los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación, sistema éste seguido después por las reformas del 1944 y 1963 (NÚÑEZ, *La reforma*, pp. 15-16 y 50).

60 VIADA, *Código Penal*, p. 332.

61 Art. 182 del Código penal de 1848 y 259 del de 1870.

parte, aunque fueran promovedores o jefes, si no eran empleados públicos. No quedarán exentos de pena, pero sí se beneficiarán de la rebaja de las mismas en un grado o dos los empleados públicos en el caso de la sedición, y los promovedores, jefes principales o subalternos en el caso de rebelión. A esta diferencia que hace la ley entre ambos delitos se referían Vizmanos y Álvarez con las siguientes palabras, que reproducimos por su claridad: "Si es una sedición el alzamiento que se ha verificado, todos los culpables menos los que fueran empleados públicos quedan exentos de pena si los sublevados se retiran a las intimaciones de la autoridad. Si es una rebelión, quedan únicamente exentos de toda pena los meros ejecutores del delito, y a los demás no les alcanza el favor de la ley sino para que las penas que debieran sufrir atendidas su participación en el crimen, se rebajen uno o dos grados por los tribunales".⁶²

El motivo que había llevado al legislador a establecer la exención o disminución de la pena en estas circunstancias la encontraban los autores en que "una rebelión o sedición que se disuelve a la primera o segunda intimación de la autoridad no ha hecho más que turbar ligeramente el orden público, no ha ocasionado grandes desgracias, y sobre todo, y esto es lo más importante, un movimiento político que se anuncia tan débilmente, que se extingue con tal prontitud, no es de temer que se reproduzca, ni es para infundir serios recelos al gobierno".⁶³

Relacionada con esta disposición, y de nuevo una muestra clara de la menor gravedad de la sedición, con su consiguiente reflejo en las penas, la encontramos en el art. 179 del Código penal de 1848, que establece una declaración especial que no se encuentra en los artículos dedicados a la rebelión, según la cual los sediciosos quedarán exentos de toda pena en el caso de que la sedición no hubiera llegado a agravarse hasta el punto de comprometer de un modo sensible el ejercicio de la autoridad pública, y no hubiera tampoco ocasionado la perpetración de otro delito grave. En el Código penal de 1870, art. 256, se modificó la citada exención de la pena por la rebaja "de uno a dos grados las penas señaladas en los artículos de este capítulo". Groizard comenta este artículo indicando que es necesario tener en cuenta para determinar el grado de la pena, porque el legislador así lo hace, el diverso grado en que el delito ha impedido o dificultado el ejercicio de la autoridad pública. "El ejercicio de la Autoridad pública puede por la sedición no haber sufrido interrupción, haber sido ligeramente impedido o gravemente embarazado... ha encomendado

62 VIZMANOS Y ÁLVAREZ, *Comentarios*, p. 121.

63 VIZMANOS Y ÁLVAREZ, *Comentarios*, p. 120.

a la discreción judicial rebajar de uno a dos grados las penas señaladas, siempre que la sedición no hubiere llegado hasta el punto de embarazar de un modo grave el ejercicio de la Autoridad pública ni hubiere tampoco ocasionado la perpetración de otro delito grave".⁶⁴

Epílogo

Nos parece pertinente volver a copiar aquí unas palabras ya recogidas anteriormente, porque a pesar de haber sido pronunciados a mediados del siglo XIX, mantienen de forma llamativa una actualidad evidente:

"En general no tienen los delitos políticos la inmoralidad que los comunes, y mucho menos si se limita esta clasificación a los de rebelión y sedición. La conciencia distingue a estos criminales de los otros, al condenarlos, y la opinión pública no confunde los condenados políticos con los de delitos comunes. Su criminalidad depende a veces de las épocas, de los lugares, de los sucesos, de los derechos y de los méritos del poder y hasta del resultado más o menos adverso".⁶⁵

El carácter de delito político es la primera circunstancia que ha unido desde sus orígenes al delito de sedición con el de rebelión, pero como hemos ido viendo a lo largo de estas páginas no ha sido la única. Su ubicación en los códigos penales, la forma en que en estos se definen ambos delitos, sus características o *modus operandi* y la forma o sistema en que el legislador ha organizado y establecido las penas coinciden llamativamente en ambos casos. También se puede encontrar una clara relación entre los objetos perseguidos en la rebelión y la sedición, siendo la principal diferencia entre ambas figuras la menor gravedad de dichos objetos en la sedición y, evidentemente, de las penas impuestas.

Todas estas circunstancias que han venido uniendo en la ley y en la doctrina –y por supuesto también en las sentencias judiciales– a la sedición con la rebelión, están dificultando, en la actualidad, la separación o independencia entre ambos delitos. No es una cuestión de poca importancia, puesto que esa similitud y cercanía entre ambas figuras delictivas ha sido aprovechada para que conductas que, en principio, deberían encuadrarse en la órbita de la rebelión, pretendan –y consigan– ser ubicadas en la de

64 GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, p. 422.

65 VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal reformado*, p. 291.

la sedición, buscando con ello la consiguiente rebaja de las penas. El legislador ya dio un primer paso en el Código penal de 1995 al separar en distintos Títulos ambos delitos: la sedición entre los delitos contra el orden público y la rebelión entre los delitos contra la Constitución. Sin embargo, antes de la reciente desaparición del delito de sedición, aún eran muchas las circunstancias dentro del Código penal que hacían que la separación entre ellos no fuera nítida,⁶⁶ por lo que los problemas de confusión seguían produciéndose. De todas formas, aunque la ley fuera clara y los delitos estuvieran perfectamente definidos y diferenciados, siempre existe la posibilidad –tantas veces comprobada a lo largo de nuestra historia– de cambiarla, para hacerla más conforme a las circunstancias políticas de cada momento. Como ya indicaba Núñez Barbero, “la influencia de los acontecimientos políticos dominantes en un determinado momento histórico se hace patente a la hora de construir el nuevo Cuerpo legal punitivo”,⁶⁷ o –puede añadirse– de modificar el vigente. La desaparición en nuestro Código penal del delito de sedición es una prueba de ello.

⁶⁶ Véase nota 5.

⁶⁷ NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal*, p. 36.

LA LABOR DEL JURISTA EN LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO SOCIAL

El Derecho como sistema de comunicación y de entendimiento social

THE WORK OF THE JURIST IN THE RESOLUTION OF SOCIAL CONFLICT

Law as a system of communication and social understanding

DIEGO MEDINA MORALES
(Universidad de Córdoba)

RESUMEN

El Derecho, en la múltiple literatura especializada, ha sido considerado de muy diversas maneras: como un orden social, como un instrumento de organización social, como un mecanismo institucional, etc. No menos cierto es que la carga normativa (instrumental) o el hecho de que, como otros lenguajes, se presente generalmente textualizado ha permitido verlo, en muchas ocasiones, como un conjunto normativo o como una estructura lingüística particular. Pero si hay algo que caracteriza al derecho es su utilidad (su vocación práctica) para, permitiendo el dialogo entre especialistas, facilitar así un mecanismo (técnico) para la resolución de conflictos.

Palabras clave: Derecho, Comunicación, Conflicto social, praxis jurídica.

ABSTRACT

In numerous specialised publications, law has been considered in many different ways: as a social order, as an instrument of social organisation, as an institutional mechanism, etc. It is no less true that the normative (instrumental) charge or the fact that, like other languages, it is generally presented in textual form has allowed it to be seen, on many occasions, as a normative set or as a particular linguistic structure. But if there is one thing that characterises law, it is its usefulness (its practical vocation) in allowing dialogue between specialists, thus facilitating a (technical) mechanism for the resolution of conflicts.

Keywords: Law, Communication, Social conflict, legal praxis.

RESUM

LA TASCA DEL JURISTA EN LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTE SOCIAL El Dret com sistema de comunicació i d'enteniment social

El Dret, en la múltiple literatura especialitzada, ha estat considerat de moltes diverses maneres: com un ordre social, com un instrument d'organització social, com un mecanisme institucional, etc. No menys cert és que la càrrega normativa (instrumental) o el fet que, com altres llenguatges, es mostre generalment textualitzat ha permés veure-ho, en nombroses ocasions, com un conjunt normatiu o com una estructura lingüística particular. Però, si hi ha algun tret que caracteritza al dret és la utilitat (la vocació pràctica) per a, permetent el diàleg entre especialistes, facilitar així un mecanisme (tècnic) per a la resolució de conflictes.

Paraules clau: Dret, comunicació, conflicte social, praxi jurídica.

Este trabajo de investigación pertenece al proyecto titulado Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea, referencia PID2020-113346GB-C22, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017- 2020 (AEI/10.13039/501100011033).

1. Se puede afirmar, sin temor a equívoco, que, a lo largo de la historia del pensamiento, al menos desde Aristóteles y, después, por un importante sector de autores, se ha sostenido que la sociabilidad es una de las características que definen o conforman la naturaleza del hombre ("ser humano/a", como ahora, pese a innecesario por redundante y farragoso, se considera políticamente correcto decir).¹ La sociabilidad viene entonces, según tales tesis, reconocida, no por pacto alguno (que nunca históricamente lo hubo más que en la imaginación de los contractualistas), sino como un hecho inherente a la propia condición humana y exigido por la propia naturaleza, como consecuencia de la necesidad que del otro (o la dependencia de los demás) el hombre manifiestamente tiene para sobrevivir; necesidad contemplada por todos los clásicos; así, por ejemplo, para Francisco de

1 Evitaremos, en lo posible, en el presente trabajo, usar cualquier tipo de lenguaje que pueda llevar a confusión o que pueda hacer farragoso el texto; utilizaremos un tradicional lenguaje académico que el lector debe entender como inclusivo; todos los términos que empleamos se usan en respeto inclusivo a todo tipo de género, ideología, variedad, credo, etc.

Vitoria la condición humana se caracteriza por su fragilidad y debilidad.² Como también sostiene Aristóteles “la naturaleza, como decimos, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que tiene palabra. Pues la voz es signo del dolor y del placer, y por eso la poseen también los demás animales, porque su naturaleza llega hasta tener sensación de dolor y de placer e indicársela unos a otros. Pero la palabra es para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio del hombre frente a los demás animales: poseer, él sólo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, y de los demás valores, y la participación comunitaria de estas cosas constituye la casa y la ciudad”.³ Por tanto, como argumentase Joaquín Ruiz-Giménez Cortés, “la raíz del problema que nos ocupa está en la naturaleza misma del hombre y en la ordenación divina del mundo. La vida humana es constitutivamente diálogo”.⁴

2. De este modo la persona (el hombre), en las sociedades más antiguas, se configuraba “libre” sólo cuando lo hacía desde su integración en el grupo (con un estatus de libertades concretas entre los demás). Como ya he puesto de manifiesto en otras ocasiones,⁵ la concepción antropológica y social que durante toda la antigüedad y la Edad Media se mantuvo, merced a la cual el equilibrio social se sostenía, en una sociedad estamental —gracias a que no se discutía el lugar que el hombre ocupaba (*oficium*) en esa sociedad (“el todo es antes que las partes”) en virtud, todo ello, del importante fin que a todos ocupaba (representado por el “bien común”); una comunidad siempre funcional, en la que las personas no eran tanto individuos sino miembros de un todo y que se constituían no en base a derechos

2 “Su postura evoca el mito protagórico en el que la sociedad política es comprendida como la solución humana para resolver el problema de la indigencia. De dicha vulnerabilidad natural con la que el ser humano se enfrenta desde el nacimiento, surgiría la necesidad, primero biológica y después espiritual, de desarrollar la vida en sociedad. Al igual que en la filosofía aristotélica, los inconvenientes de la vida natural son resueltos en el momento de la organización familiar y en la aldea”. PÉREZ RIVAS, Diego A. (2014), “Condición, naturaleza humana y el origen de la sociedad civil en la filosofía vitoriana”, en *Veritas*, Porto Alegre, vol. 59:3, pp. 495-496.

3 ARISTÓTELES (1988), *Política*, Gredos, Madrid, p. 51.

4 RUIZ-GIMÉNEZ, Joaquín (1960), “Derecho y diálogo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 109, p. 15.

5 MEDINA, Diego (2022), “La Monarquía Hispánica. Las libertades concretas frente a los derechos abstractos”, en *Pensar el Estado: Dalmacio Negro. La política de los hechos y la política de la libertad*, Los Papeles del Sitio, Valencina de la Concepción (Sevilla), pp. 419-438.

individuales (pues en ese tipo de sociedades lo primero que aparece o se reconocen no son las facultades individuales) sino, por el contrario, en las obligaciones inherentes al “*oficium*” de quienes las componían⁶— este equilibrio, decíamos, se rompió, poco a poco, con la llegada de la modernidad. A lo largo de la intrincada historia en la que se desenvuelve el pensamiento jurídico, en lo que va del Nominalismo a la Ilustración, se produjo un importante cambio del paradigma del pensamiento, así, con ese advenimiento de la modernidad, se trató, siempre con insistencia, firmeza y perseverancia, de divorciar la Justicia (en su más clara forma de tradición-repetición) del Derecho (concebido, sobre todo a partir de entonces, como racionalidad-legalidad-positividad).

Todos, a lo largo de nuestra formación como juristas, hemos tenido ocasión de leer, en muchos de aquellos autores modernos, afirmaciones que, tratando de justificar la “supuesta” racionalidad del “nuevo orden”, sostuvieron —en una dura crítica hacia el comunitarismo y sus bases— que los fines del Derecho no eran ya la justicia o el bien común, sino la legalidad, la seguridad jurídica, la utilidad social, el bienestar social o la pura lógica formal (orden); pero, pese a ello (pese al interés que mostraron la mayor parte de aquellos autores, sosteniendo un fuerte pesimismo antropológico, por justificar que “*auctoritas, non veritas facit legem*”), en cualquier caso —y partiendo de la premisa de que los verdaderos fines del Derecho fueran principalmente los que la Modernidad había querido proclamar— ninguno de esos argumentos resultó, por otra parte, excluyente de que, además y sobre todo, la principal finalidad del Derecho haya sido, desde siempre, hacer Justicia.⁷

6 Las personas que componen una comunidad no son individuos intercambiables entre ellas, cada una constituye una realidad funcional con su propio estatuto de obligaciones que, por cumplidas, confiere “derechos” al resto de los componentes de la comunidad. Aún hoy día en los sistemas societarios, como sostiene Francisco Carpintero, en las comunidades o instituciones que perduran desde el pasado, cuando las observamos no vemos tanto a seres individuales, como a personas que cumplen, para bien de la institución, determinadas funciones: “El que entra en una Facultad universitaria no ve tanto «*personae ut personae*» como alumnos, bedeles, empleados de la cafetería, profesores, etc. Es decir, repara en unos conceptos normativos que le muestran unos seres en tensión hacia unas finalidades: las propias de los profesores, de los bedeles, etc. Y ambos planos son propios del derecho, que no se desinteresa —ni mucho menos— de las personas históricas, pero que ha de contar irremediabilmente con la realidad del *officium*”, CARPINTERO, Francisco (1996), “Persona y *“officium”*: derechos y competencias”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. LXXIII, pp. 37-38.

7 Como tiene dicho FERNÁNDEZ-ESCALANTE, Manuel (1978/9), “Justicia, Derecho, Derecho

3. Y así ha sido porque, si bien la sociabilidad humana, a que nos hemos referido siguiendo a Aristóteles, sea el fundamental elemento aglutinante social y aunque el rasgo más característico de la sociabilidad sea la *alteridad*, no menos cierto es que esa sociabilidad, desde siempre, ha estado acompañada en el hombre de una cierta inclinación al extravío, al desliz, al abandono, a la imprudencia, etc. Así lo sostiene el Profesor Lucas Verdú, al referirse a las tendencias antropológicas típicas inspiradoras de la Teoría del Estado: "En principio me parece que esas tendencias antropológicas son cinco: el optimismo antropológico radical, el optimismo antropológico templado, el pesimismo antropológico radical, pesimismo antropológico templado y la doctrina del hombre falleciente".⁸ De entre todas estas formas de concebir la naturaleza humana y su influencia en el equilibrio de las relaciones sociales (políticas), cabe destacar que la última mencionada, la doctrina del hombre falleciente, adquiere unas singulares características que nos facilitan comprender como y por qué surge la sociedad y como además ésta necesita constantemente del auxilio de un mecanismo de resolución de conflictos que resuelva los posibles problemas que esa naturaleza falleciente del hombre pueda suscitar en algunos momentos. Así "se despliega la función del Derecho en el encauzamiento del diálogo, estrictamente dicho, del hombre con los demás hombres. Insértase aquí la problemática que más directamente interesa a los juristas consagrados por vocación al cultivo de las diferentes ramas de la ciencia del Derecho".⁹

Esta, como puede observarse, es una visión fundamentalmente nacida del pensamiento católico cristiano europeo que como sostiene Rommen: "defiende que la naturaleza del hombre no es mala. Su teología le enseña que la bondad original no ha sido por completo destruida por la Caída. Pero le enseña también que, como consecuencia del pecado original, el hombre

Natural, opción revolucionaria", *Anuario de estudios Sociales y políticos*, Escuela Social de Granada, pp. 200-201. "No existe un solo ordenamiento jurídico que afirme en sus postulados fundamentales –la Constitución o el texto que haga sus veces–, que el orden jurídico-político del Estado correspondiente intenta realizar otra cosa que la justicia (o determinadas y justas aspiraciones), en cualquier forma, tácita o expresa, que venga invocada. Si la hipocresía era el tributo que el vicio concedía a la virtud, según el conocido epigrama, la aspiración a realizar la justicia es el tributo que el orden jurídico concede a la ética, el homenaje que el derecho positivo rinde al derecho natural"

8 LUCAS, Pablo (1995), "Supuestos antropoteológicos de la teoría de la Constitución", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, fasc. 1, p. 94.

9 RUIZ-GIMÉNEZ, "Derecho y diálogo", p. 38.

tiende siempre a las pasiones sin freno que contribuyen a disolver a la comunidad humana".¹⁰

4. Elías de Tejada, también desde el tomismo que impregnaba su obra, discute tanto el optimismo como el pesimismo antropológico que o bien conciben al hombre como un ser bueno incapaz de obrar el mal (Rousseau) y, en consecuencia, sólo víctima de los vicios sociales, o como el hombre "dinámico y peligroso" que nos dibuja Hobbes (*homo homini lupus est*) en sustento del pesimismo antropológico. Para Elías de Tejada el hombre forma parte de un orden del que no es creador, puesto que todo el Universo está conformado por un conjunto de seres creados por Dios y alineados dentro de un orden que tiene, a la par, procedencia divina, por lo que "el hombre no crea el orden, sino que lo encuentra ante él como realidad ajena a la obra de sus manos. No solamente no crea el orden, sino que no es más que una parte de ese orden, central si se quiere, pero una parte en definitiva. El orden no es obra suya sino del Creador, de Dios; al frente y por encima del hombre existe un ser todopoderoso, origen y fin de las cosas todas que compuso en obra de perenne bondad el mundo en que vivimos".¹¹

Parte este autor, como vemos, de un posicionamiento de profunda raíz teológica, aun cuando la conclusión antropológica a la que le conduce tal planteamiento resulta muy realista e inteligente, puesto que, a nuestro parecer, al admitir la dependencia que el hombre tiene de la sociedad (una sociedad pre-creada en la que el hombre cae, sin posibilidad de elección alguna, cuando nace), acepta, dada la naturaleza falleciente que atribuye al mismo, que tal circunstancia le arrastra necesariamente a suscitar problemas en la convivencia cotidiana; problemas para cuya solución se hace más que necesario, diríase imprescindible, un mecanismo de resolución de conflictos como resultar ser el Derecho. Así pues, desde este posicionamiento antropológico (de la débil voluntad humana),¹² el derecho se manifiesta

10 ROMMEN, Heinrich A. (1956), *El Estado en el pensamiento católico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 98.

11 ELIAS DE TEJADA, Francisco (1942), "Introducción a la ontología jurídica", Victoriano Suárez, Madrid, p. 40.

12 "Que la vida social no es fruto del acaso ni producto artificial del hombre, sino exigencia de su naturaleza —benévola o arisca—, es algo que puso bien en claro el pensamiento clásico, y que nadie ha contradicho en serio. Porque hoy aparece incuestionable que las teorías del pacto o contrato social —las más relevantes, de Grocio a Rousseau— no pretenden ser una explicación histórica o genética del Estado, sino una hipótesis o idea reguladora, un criterio de valoración". RUIZ-GIMÉNEZ, "Derecho y diálogo", p. 21.

como un instrumento comunicativo, mediante el cual las personas pueden resolver los posibles conflictos que en la vida (más o menos compleja, según sociedades) puedan presentarse, mientras que la política, como otro instrumento necesario en sociedad pero con distinta función, debería servir para coordinar y articular los límites recíprocos de libertad y a concretar el poder que se pueden desempeñar, según cada sistema político (histórico-concreto), por quienes tiene o ejercen cargos públicos u ocupaciones que tengan como destino el “servicio social”,¹³ De ahí la necesidad de establecer normas, sobre todo en el ámbito de lo que se refiere a la actividad pública, que establezcan ante todo los límites del poder político; frente a tal exigencia, sin embargo, en la vida privada de los seres humanos es preferible dejar el máximo margen de libertad a las sujetos, permitiéndoles así el máximo de autonomía para organizarse y ofreciendo, todo lo más, un mecanismo (de justicia) para la resolución de aquellos problemas que al negociar en la vida cotidiana,¹⁴ en virtud de tal autonomía, pudieran surgir.

5. Lo que queda meridianamente claro, por encima de cualquier planteamiento ontológico o antropológico de uno u otro tipo, es que la vida cotidiana de los hombres es compleja y en el trato cotidiano (en la comunicación social) pueden surgir y de hecho surgen disputas, problemas y conflictos que necesitan de un mecanismo de resolución que solvante tales inconvenientes.¹⁵ Como consecuencia, de esta palpable realidad que, como vemos, es absolutamente manifiesta, y dado que los seres humanos no tenemos otro modo de sobrevivir que habitando agrupados en asociación, forma de vida ésta que exige, sin excepción, que la dinámica social de ella resultante se base en muy diferentes y plurales tipos de relaciones

13 Vid. RUIZ-GIMÉNEZ, “Derecho y diálogo”, pp. 20 a 34.

14 “Ábrese seguidamente el campo de la función del Derecho en la estructuración del diálogo normal y cotidiano entre los hombres de cada grupo social. Ese cauce se llama, en la terminología de la ciencia del Derecho, el «negocio jurídico». La estructura de todo negocio jurídico es coloquial; descansa en el conocimiento y en el consentimiento recíproco por el cual varias personas intercambian prestaciones para conseguir bienes jurídicamente protegidos”. RUIZ-GIMÉNEZ, “Derecho y diálogo”, p. 39.

15 “La función primordial del Derecho es resolver los conflictos que surgen cuando dos hombres quieren la misma cosa y no se ponen pacíficamente de acuerdo. O sea, el Derecho es un mecanismo que la sociedad se inventa para poner paz entre sus miembros. Nos encontramos, por tanto, con estas palabras clave: conflicto, orden y paz. El Derecho es una respuesta al conflicto. Impone el orden en el grupo social. Y con ello consigue la paz.”. ROBLES, Gregorio (2015). *Teoría del derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 58.

sociales (relaciones todas ellas, en cualquier caso, comunicacionales): padres con hijos, socios de una empresa, trabajadores y empleadores, alumnos y profesores etc., resulta imprescindible la mediación de un sistema de interlocución jurídica. En este sentido puede afirmarse que, a lo largo de tales relaciones comunicacionales, el conflicto (la falta de correcta comunicación) puede aparecer como resultado de la disputa de competencias (pretensiones y mecanismo de concreción de intereses) entre dos o más partes “Una de las partes puede ser una persona, una familia, un linaje, o una comunidad entera; también puede ser determinada clase de ideas, una organización política, una tribu o una religión”.¹⁶ El conflicto tendrá lugar cuando ambas partes pretendan conservar con exclusividad una misma cosa para sí con exclusión del otro, creando así tendencias o deseos incompatibles que pueden resultar más o menos intensos (según la agresividad y acometimiento de las partes) y cuya duración dependerá del interés que las partes demuestren en el triunfo de su voluntad. La comunicación, a efectos de la resolución del conflicto, se convierte entonces en absolutamente imperiosa y obligatoria.

Como sostiene Ihering, “la conservación de la existencia es la suprema ley de la creación animada, y así se manifiesta instintivamente en todas las criaturas. Pero la vida material no es toda la vida del hombre: tiene que defender, además, su existencia moral, que tiene por condición necesaria el derecho; es, pues, condición de tal existencia que posea y defienda el derecho. El hombre sin derecho se rebaja al nivel de bruto”,¹⁷ así se refiere, este ya clásico jurisprudente alemán, a la naturaleza del Derecho, concibiéndola, en el fondo, como *litis* entre aquellos que consideran que han de defender sus pretensiones en el seno de la convivencia social; unas pretensiones (interés legítimo) que deberán ejercitarse dentro de un marco jurídico social, concretamente en el marco del Derecho que el pueblo, a través de su historia, se ha ido atribuyendo y cuyo ordenamiento e instituciones resultan esenciales para el correcto, equilibrado y seguro funcionamiento del sistema de resolución de conflictos. “Ahora bien, el derecho no es más que el conjunto de las diferentes instituciones que lo componen, cada una de las cuales incorpora una condición particular para la existencia moral; en la propiedad como en el matrimonio, en el contrato como en las cuestiones de honor, en todos estos casos resulta jurídicamente imposible renunciar a uno

16 NADER, Laura (1979), “Conflicto: Aspectos antropológicos”, en SILLS, David L. (dir), *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, vol. III, Aguilar, Madrid, p.20.

17 JHERING, Rudolf von (2018), *La lucha por el Derecho*, Dykinson, Madrid, p. 65.

de ellos sin renunciar al derecho en general. Pero lo que sí puede suceder es que seamos atacados en una u otra de esas esferas, y este ataque es el que estamos obligados a rechazar. Porque no basta con colocar estas condiciones vitales bajo la protección del derecho en abstracto; es preciso, además, que el individuo descienda a la esfera de la práctica para defenderlas, y la ocasión para ello se presenta cuando la arbitrariedad osa atacarlas".¹⁸ De manera tal que, el Derecho se hace verdaderamente útil cuando funciona en un marco institucionalizado y permanente que permite, por ello, interpretar con cierta precisión los actos sociales (que podrán ser, sólo tras esa institucionalización, conformes a derecho o podrán constituir una amenaza a éste, más allá de representar, a su vez, ataques concretos de intereses jurídicamente protegibles); en ese marco y gracias a él, es posible desarrollar una actividad comunicativa (no agresiva) que conduzca al restablecimiento de la paz social; un marco de institucionalización que precisará ser bien conocido y dominado (en su uso) por quienes sean los interlocutores (los representantes de las partes en *litis*) encargados de dirimir (dialogar jurídicamente) el problema.

En este sentido, el Derecho personifica el conjunto de reglas que sirven para interpretar la conducta del ser humano en sociedad. Es decir, el Derecho es un código de interpretación (jurídica) que confiere significado a los actos que los sujetos realizan en sociedad, da sentido a todas nuestras acciones, de modo tal que gracias a tales "patrones" o "cánones" jurídicos podemos atribuir significado jurídico (dotar de significado) a la mayor parte de las actividades mediante las que las personas materializan su comportamiento (jurídico). El Derecho se nos manifiesta como una forma de lenguaje especializado que permite dotar de significación a la actividad que desarrollamos en sociedad y, por ello precisamente, resulta posible interactuar socio-jurídicamente. Como sostiene Robles Morchón: "Sólo hay sociedad allí donde los hombres están en disposición de entenderse entre sí, y eso sólo sucede merced a la existencia de un lenguaje común que lo permita. Toda acción colectiva o acción en común (y acción de este tipo es el mero convivir) precisa de la existencia de un sistema de signos (eso es el lenguaje) que asegure la comunicación entre sus miembros. Sin comunicación, la sociedad no es posible. Es más, en un sentido muy contundente podemos afirmar que la sociedad es un sistema de comunicación, un sistema comunicativo entre sus miembros".¹⁹ Por este mismo razonamiento, sin un sistema de normas que en sociedad confiera sentido jurídico a nuestras

18 JHERING, *La lucha por el Derecho*, p. 66

19 ROBLES, *Teoría del Derecho*, vol. I, p. 89.

acciones, no sería posible la juridicidad y faltando el dialogo o la comunicación jurídica sería prácticamente imposible la paz social.

6. Por supuesto que entre la lengua y el derecho (ambos evidentemente productos culturales)²⁰ existe un gran paralelismo; este paralelismo²¹ se ha puesto de relieve, por un buen número de autores,²² desde hace ya considerable tiempo; muy particularmente es de destacar, en este sentido, el parecer de Savigny, que señaló que ambos (Lenguaje y Derecho) son productos culturales elaborados por el *Volkgeits*,²³ de ahí sus grandes similitudes (y de ahí la importante, por indicativa, correlación existente entre derecho-ley/ lengua-gramática). Ahora bien, aun teniendo ambos "lenguajes" un común

- 20 Baste recordar aquí la opinión que a este respecto manifiesta Burke acerca del discurso racionalista de los derechos cuando sostiene su formulación abstracta y racional, en este sentido afirma: "esa clase de gentes están tan imbuidas de sus teorías de los Derechos del Hombre, que han olvidado totalmente la naturaleza humana. Han conseguido cegar las avenidas que conducen al corazón, sin abrir una nueva hacia la comprensión. Han pervertido en sí mismos y en quienes les escuchan todas las simpatías nobles del pecho humano". BURKE, Edmund (1942), "Textos Políticos", trad. Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México, p. 97. Para Burke Los únicos derechos efectivos son los creados por una historia, cultura y tradición particular. A este respecto, marcando las diferencias, claro está, no deja de ser oportuno citar aquí el libro más cercano, en el tiempo, de KAHN, Paul W. (2001), "El análisis cultural del Derecho - Una construcción de los estudios jurídicos", Gedisa, Barcelona.
- 21 MEDINA, Diego (2020), "El jurista como operador social. La función del Derecho", *Boletín de la Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes de Córdoba*, n° 169, pp. 557-573.
- 22 Véase MORELLI, Mariano G. (2005), "Derecho, historia, lengua y cultura en el Pensamiento de Savigny", *Revista del Centro Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Colombia, n° 28, pp. 69-100.
- 23 "No es la casualidad ni la voluntad de los individuos, sino el espíritu nacional el que crea las lenguas; pero su naturaleza sensible hace que este origen aparezca más evidente y comprensible que el del derecho. Las diversas manifestaciones del espíritu general de un pueblo, son otros tantos rasgos característicos de su individualidad, entre los cuales, la lengua, como el más notable, ocupa, el primer lugar... Tanto las lenguas como el derecho, ofrecen en su existencia una serie de transformaciones no interrumpidas, cuyas transformaciones proceden del mismo principio que su origen, están sometidas a la misma necesidad y son igualmente independientes del acaso y de las voluntades individuales. Estos desenvolvimientos continuos siguen una marcha regular, obedecen a un encadenamiento de circunstancias invariables, cada una de las cuales se liga de una manera especial con diversas manifestaciones del espíritu, en el seno del cual el derecho toma su nacimiento". SAVIGNY, Friedrich Karl von (1875), *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. Mesía y Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid 1875, t. I, pp. 70 y 71.

origen cultural y popular, y siendo importantes ambos mecanismos de comunicación para la sociedad (sin los cuales, como es más que evidente, la cohesión social sería imposible), parece preciso tener muy presente que entre ellos existe una gran diferencia, consistente fundamentalmente en que, aun siendo uno y otro una realidad en parte textual, tienen, sin embargo, muy diferentes objetivos, pues, mientras que el objetivo de la lengua (o del lenguaje según se prefiera denominar) es transmitir y conservar ideas, pensamientos, conceptos, nociones, significados, percepciones, sensaciones, sentimientos, etc., el objetivo del derecho, empero, es muy distinto, pues consiste en transmitir o conservar todo aquello a lo que los juristas denominan bienes jurídicos (fortunas, riquezas, patrimonios, peculios, rentas, heredades, posesiones, valores, mercancías, negocios, transacciones, utilidades, provechos, etc.).

7. El idioma, al igual que el Derecho, se ejercita, es decir, tienen una vocación práctica; su uso (también en ambos lenguajes coincidente) consiste en la destreza en el manejo de determinados instrumentos (regulativos) y, sobre todo, en la práctica de la palabra (incluso mediante lenguaje de signos), que consiente la comunicación, como manifestación de aquellos recursos que las diversas culturas (los pueblos, con sus hábitos y tradiciones) han elaborado a lo largo de la historia para denominar a "las cosas", referirse a ellas y, lo más importante, entenderse en sociedad transmitiendo o conservando ideas que representan a "tales cosas" y que las ponen en relación con el hombre. En general, el lenguaje humano consiste en una serie de símbolos (complejos) que estando articulados entre sí (mediante ciertos principios combinatorios formales) pueden articularse mecánicamente (mediante la voz o los signos gestuales o escritos) y que permiten, por mediación de una complicada combinación lógica, razonar y hacer referencia a la realidad para transmitir/conservar información. El hombre es capaz de utilizar estos símbolos mediante el habla y a través de ellos comprender y explicar el mundo de manera incluso muy sofisticada, creando así cultura. Por tal motivo, las lenguas, en las culturas, han sido y son los soportes lógicos para la comunicación humana y el elemento vehicular para la transmisión del conocimiento.²⁴ Dicho de otro modo, el lenguaje,

24 DELGADO, Feliciano (2001), "Lenguaje y Cultura", *Ámbitos. Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades de Córdoba*, n° 5-6. "Pero el lenguaje se recibe y se entrega. Nacemos en un lenguaje determinado. Transformamos en lenguaje nuestra peculiar visión del mundo. La vamos perfilando en un diálogo que define el ser del hombre. «Desde que somos un diálogo», escribió Hölderlin y añadía Heidegger, «desde que somos», simplemente. Y esa nueva visión de la realidad es la que entregamos cuando nuestra palabra se hace silencio no elegido. Ésa es la cualidad fundamental del lenguaje como creación", p. 13.

es, ante todo, un arte,²⁵ pues de su buena aplicación o de su correcto uso depende el que podamos tener éxito en nuestra pretensión de comunicar una idea cuando la exponemos o de conservarla cuando la escribimos. Así pues, el lenguaje ordinario es una habilidad (un arte) tendente a transmitir y conservar ideas. Que tal resultado se alcance dependerá de la habilidad que para ejercitar la oratoria o la redacción (retóricos ambos ejercicios) tenga el sujeto que la ejercite, así, por ejemplo, en nuestro caso, con este trabajo que presento al lector, pretendo transmitir una serie de ideas acerca del Derecho y su finalidad, ahora bien, el hecho de que finalmente logre transferir al lector, cuando lo lea, ciertas ideas y que, incluso, se lleguen a conservar éstas pasados los años (para un hipotético lector del futuro) dependerá de la habilidad (del arte) que yo, modestamente, demuestre en ello (en redactar), visto lo cual, como primera condición (de tal habilidad) deberé procurar respetar, al componer la redacción, las reglas gramaticales de la lengua española, así como las reglas de estilo.

Del mismo modo en que, como vemos, viene usado el idioma en la sociedad para transmitir ideas, el Derecho es un lenguaje especializado que constituye otra diferente forma de comunicación social. El Derecho es un lenguaje imprescindible (que precisamos usar) para cuando pretendemos en sociedad transferir o conservar “las cosas” (aquello que denominamos bienes jurídicos). Entonces, cuando se trata de transferir o conservar un bien (supongamos un inmueble), lo hacemos mediante el uso del Derecho, materializando o ejecutando acciones (con significado jurídico) a través de las cuales trasferimos o mantenemos ese bien en concreto (ese inmueble referido). El correcto resultado de cada acción (compleja jurídicamente) dependerá de la correcta ejecución del conjunto de acciones (jurídicamente simples) que dan lugar a la trasmisión (del inmueble, en este caso) y, en consecuencia, el correcto resultado (el que consigamos alcanzar el objetivo jurídico que pretendíamos) dependerá del “buen hacer” del jurista, de su habilidad (o arte) para practicar el Derecho.²⁶ El jurista, en consecuencia, como primer requisito para su “buen hacer”, al igual que ocurre con el lingüista y la práctica de un idioma, deberá procurar respetar y seguir las reglas jurídicas (las leyes en este caso) orientadoras de la acción jurídica —del ordenamiento jurídico español (sí, claro está, lo practica en

25 Usamos esta expresión en el sentido que el término arte adquiere para el mundo clásico, es decir, practicar una habilidad que nos conduce a un resultado. De ahí que en el *Diccionario de la Real Academia Española* se recoja como primera acepción de este término: “Virtud, disposición y habilidad para hacer algo”. En el caso del lenguaje podría decirse que es el arte de comunicar, pues es la “virtud, disposición y habilidad para comunicar ideas”.

26 MEDINA, “El jurista como operador social”, pp. 65-66.

España) — a los efectos de conseguir un resultado adecuado a su objetivo. Al igual que cuando dialogamos en un idioma concreto (con pretensión de conseguir un resultado comunicativo), consciente o inconscientemente, seguimos sus reglas gramaticales y usamos sus vocablos, el jurista cuando pretende conservar un bien o transmitirlo, sigue en sus acciones (con pretensión de conseguir un resultado comunicativo) las normas del ordenamiento jurídico correspondiente y hace riguroso uso de las instituciones jurídicas de esa comunidad.²⁷ De este modo, el Derecho se manifiesta en la vida social como un sistema de comunicación entre los humanos que la componen y cuyo objetivo fundamental es la organización de la convivencia social, constituyendo un mecanismo de dialogo tendente a solucionar, en la medida de lo posible, los conflictos que pudieran originarse por el uso o distribución de bienes en el ámbito de la convivencia. Así pues, al igual que el idioma ordinario, el Derecho se manifiesta como un conjunto de signos, cánones, protocolos, de acción (que dirigen la acción humana, en la medida en que queramos que nuestros actos adquieran un concreto significado jurídico)²⁸ que permite la comunicación jurídica en sociedad.

8. La vocación práctica del Derecho es implícita a su utilidad en sociedad y al hecho de que mediante su uso los especialistas (los juristas) pueden hacer posible el dialogo jurídico. Es decir, que si el Derecho, como ya hemos explicado, sirve para comunicarnos (sobre todo, acerca de nuestros intereses sobre la posesión y la titularidad de bienes en general) evitando, así, los posibles conflictos —o, si éstos surgen, para el caso de que hayan sido inevitables, resolverlos—, tal posibilidad de diálogo (jurídico) depen-

27 “A lo que voy ahora es a subrayar la idea de que el Derecho es un sistema de organización social que penetra todos los ámbitos de la vida humana. Esto puede expresarse también diciendo que el Derecho es el sistema de comunicación social más relevante en nuestros días. Gracias al Derecho podemos entendernos en nuestras relaciones, aunque varíen nuestras mentalidades y nuestras costumbres personales”. ROBLES, *Teoría del Derecho*, vol. I, p. 90.

28 En este sentido, si cualquiera de nosotros nos acercamos a una ventanilla de una ferrovía y solicitamos que nos den un billete para un determinado destino, estamos (más allá de la conciencia que de ello tengamos) jurídicamente, manifestando que queremos perfeccionar un contrato de transporte con una compañía que nos ofrece la oferta que nos interesa; así, nuestros actos cobrarán significado bajo su interpretación mediante unas normas que lo regulan y que constarán en el Código de Comercio y en otras leyes especiales de naturaleza mercantil sujetos al derecho comunitario, y a nuestra relación jurídica (la que dimana de nuestros actos) la podremos denominar una relación derivada de un contrato de transporte de personas por ferrocarril.

derá invariablemente de la habilidad que en el manejo de ese “sistema de comunicación” (lenguaje jurídico) se demuestre por parte de aquellos especialistas que, en todo caso, han de ejercerlo (en justa representación de quienes les den el correspondiente encargo para ello). El Derecho resulta así un “quehacer” de especialistas.

Es decir, que el Derecho es un arte, una habilidad (que se estudia y se perfecciona en el ejercicio cotidiano del mismo), un arte del que se requiere destreza y maña en el ejercicio, por lo que reiteramos, constituye un trabajo de especialistas en tal lenguaje.²⁹ Tales especialistas (juristas en general) cumplen una función social esencial, como interlocutores y representantes de las partes en conflicto (o de las partes en cualquier tipo de negociación jurídica), por lo que, ante todo, deben estar capacitados (en el ejercicio de ese lenguaje) para auxiliar a la ciudadanía en esa misión de mantener la paz social y saber satisfacer los intereses de sus representados evitando, a su vez, en lo posible, el conflicto entre las partes interesadas. Como sostuvo Ihering, el derecho existe sólo para materializarse,³⁰ o lo que es lo mismo, el Derecho existe para materializarse o concretarse en la vida real (permitiendo así la comunicación jurídica) y ello únicamente es posible a través de sus operadores (los juristas) y siempre, eso sí, que éstos se muestran capaces de ello (de ahí la diferencia que, sobre todo en la literatura, se ha resaltado entre el “abogado” y el infortunado “picapleitos”).

En consecuencia, como podrá fácilmente deducir el perspicaz lector, todo aquel jurista que pretenda sensatamente dedicar su vida a la práctica forense necesitará conseguir una considerable aunque templada (por prudente) destreza en el manejo de los instrumentos y de los recursos en los que se cimienta el arte del Derecho; destreza que, una vez conquistada, habrá de

29 “El subtítulo responde a la concepción de fondo que subyace a lo aquí expuesto: entiendo la Teoría jurídica como una teoría «comunicacional», en el sentido de que contempla el Derecho como un conjunto de procesos de comunicación (o de mensajes) que se articula en torno a los diversos lenguajes de los juristas. Éstos participan en la generación del ordenamiento y actúan también como intermediarios privilegiados en la construcción del sistema, el cual refleja el «texto bruto» del ordenamiento. Al caracterizar la Teoría del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas, se pretende entender el Derecho como texto, analizable tanto en sus aspectos formales como pragmáticos y semánticos, con lo que no sólo se aborda el problema de la estructura formal del Derecho, sino también los aspectos formales y materiales de las decisiones, lo cual conlleva un desarrollo de la teoría de la justicia, así como el análisis del modo de proceder de la dogmática en la construcción y presentación del sistema”. ROBLES, *Teoría del Derecho*, vol. I, p. 34.

30 JHERING, Rudolf von (1899), “Das Recht ist dazu da, dass es sich verwirklicht”, en *Geist des römischen Rechts*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, vol. II/II, p. 322.

poner al servicio de la práctica de ese lenguaje que referimos, para el correcto desempeño de su vocación profesional —al servicio de los intereses de aquellos a los que preste su defensa—. Sin embargo, como podemos constatar, por lo general, en nuestras Facultades de Derecho —es decir, allí donde, supuestamente, se forman los juristas que a la postre, en su mayor número, deberán, a lo largo de sus vidas, prestar sus servicios jurídicos a la sociedad— no se viene ofreciendo —no son nuestras Facultades excesivamente generosas en tal oferta— una formación práctica (que estimule la destreza y la habilidad) sobre este saber —sí práctico— a quienes por ellas pasan en sus períodos de aprendizaje. Por lo general el estudiante de Derecho, pasa la mayor parte de su etapa de formación universitaria estudiando básicamente dogmática jurídica,³¹ sin prestar, sin embargo, demasiada atención al desarrollo de las destrezas prácticas que el ejercicio de la profesión jurídica le va a exigir posteriormente en la vida real;³² vida profesional que le impelerá a intervenir, de conformidad a su función de especialista en comunicación jurídica, en tantos casos como encargos le sean conferidos. Todas esas destrezas, que no se suelen estudiar en nuestras Facultades de Derecho, se adquieren mediante el ejercicio práctico del manejo de repertorios legales, jurisprudenciales, bibliográficos, el buen empleo de la argumentación, de la hermenéutica, de la tópica o la retórica, la redacción jurídica y otros muchos ejercicios prácticos que aunque no citados expresamente, por no extendernos mucho más en ésta muestra enumerativa de habilidades, cabe presumir por quien tenga un mínimo conocimiento del Derecho.³³

31 Como sostiene Robles, los estudiantes de Derecho durante su formación estudian Ciencia Jurídica y “la Ciencia de los juristas tiene por objeto de estudio o investigación los textos jurídicos ordinamentales; cuyo conjunto conforma una totalidad textual: el ordenamiento jurídico. Este texto «en bruto», resultado de las decisiones creadoras de quienes están habilitados para generar texto jurídico ordinamental, es objeto después de tratamiento dogmático mediante el cual se genera la construcción del sistema jurídico, esto es, del texto jurídico «elaborado», que es donde realmente aparecen formuladas las normas del Derecho vigente. Para llevar a cabo esta tarea la Dogmática dispone necesariamente de una Teoría del Derecho previa, que le posibilita el análisis de los conceptos jurídicos y la ordenación de los sentidos de las frases que aparecen en el ordenamiento. Todo jurista, al disponer en orden la materia del Derecho, sea o no consciente de ello, presupone una determinada Teoría del Derecho”. ROBLES, *Teoría del Derecho*, vol. II, p. 380.

32 “Teoría y práctica, por consiguiente, van entrelazadas indisolublemente. Por eso, constituyen un desatino los planes de estudio que no saben aunar convenientemente ambas dimensiones”. ROBLES, *Teoría del Derecho*, vol. II, p. 218.

33 Algunas Universidades españolas (generalmente privadas) y otras extranjeras han ensayado la implantación de “clínicas jurídicas”, un interesante mecanismo para acercar a los estudiosos al ámbito de la praxis jurídica. No obstante, los intereses de algunas corporaciones

9. Así pues, la pericia, la habilidad, el “saber hacer” jurídico constituye un aspecto fundamental en quien quiera como especialista dedicar su vida a la comunicación jurídica, al arte de saber entenderse mediante el Derecho, a la actividad consistente en evitar el conflicto social, o lo que es equivalente, quien quiera dedicarse a potenciar el diálogo y el entendimiento entre partes que, por cualquier circunstancia, “no se entienden” (jurídicamente). El Derecho es, ante todo, una habilidad, una maestría o un “saber hacer” que, como ya he puesto de manifiesto en algunas otras ocasiones,³⁴ permite al profesional de la comunicación jurídica cumplir su cometido como experto práctico, es decir, como buen conocedor del arte que práctica; dependiendo tal habilidad, según casos concretos, de la circunstancia y el papel que, en cada supuesto, le corresponda al jurista como operador jurídico —en el ámbito de la administración de justicia o en cualquier otro con éste relacionado—; pues, según sabemos, el “escenario jurídico” es plural y hay en él muchos y distintos operadores sociales y cada uno de ellos deberá, en cada caso, saber desempeñar adecuadamente la función determinada que le haya tocado desplegar; quien como jurista participe en el diálogo jurídico que se haya entablado (siempre, por supuesto, bajo la perspectiva hermenéutica del Derecho)³⁵ deberá responder con solvencia a las expectativas que aconsejaron su intervención en el marco del diálogo o discusión jurídica de que se trate. Así, por ejemplo, el abogado, mediante el adecuado uso de la retórica, la argumentación, la oratoria, etc., por lo general, actúa en el ámbito de la administración de justicia, defendiendo los intereses de sus clientes (que por encargo representa);³⁶ el fiscal, por

no favorecen que la implantación de este mecanismo de aprendizaje se difunda en nuestras Facultades.

- 34 Vid, entre otros, MEDINA, Diego (2015), , en AA.VV., *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de Diputados, Madrid, pp. 560 y ss.; MEDINA, Diego (2018), “Introducción”, *Ordenamiento y Sistema en el Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 11 y ss.; y MEDINA, Diego (2017), “Comunicación y Derecho. Trascendencia de una Teoría”, en *La teoría comunicacional del Derecho a examen* ThomsonReuters/Civitas, Navarra, pp. 23 y ss.
- 35 Como bien informa Jhering este saber queda reducido a la, no poco importante, función de hacer útil a la ciencia jurídica (Jurisprudence) quedándose sus dominios reducidos al lado formal de lo jurídico, al «rein formaler Art», al arte meramente formal de manejar el material del cual el Derecho nace. JHERING, vol. II/II, p. 325.
- 36 “Sin que su empleo por parte de los abogados suponga el menor desdoro para nobilísima profesión, porque al utilizarlos usan de la técnica jurídica buscando egregiamente la defensa de los clientes, a cuya confianza han de responder como juristas y como hombres de honor”. ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, t. II, pp. 22-23.

otra parte, defenderá los intereses públicos (los intereses de la sociedad en general); el abogado del Estado los de esta Institución pública (en sus muy variadas organizaciones que la componen) y el Juez, haciendo ejercicio del "*quod iustum est*", propondrá y decidirá —con mayor o menor acierto, pues el arte jurídico no es una ciencia—³⁷ lo "que es justo"; de otra parte, en un ámbito, también jurídico, pero algo distinto al de los tribunales (pese a que, popularmente, se considere que el Derecho encuentra su campo de acción principalmente en los juzgados), otros operadores jurídicos consagrarán también el ejercicio de su "saber técnico jurídico" (su habilidad en la comunicación jurídica) al servicio de otras muchas funciones, como, por ejemplo, los notarios respecto de "la fe pública", los registradores respecto a la publicidad que los actos jurídicos deben alcanzar para contribuir a la seguridad del tráfico jurídico y, así, todas y cada una de las profesiones jurídicas³⁸ necesitan de una especial técnica y una habilidad (un lenguaje jurídico especializado), generalmente muy depurada, que permite el desarrollo del ejercicio de las funciones de las muy distintas profesiones jurídicas en que se descompone el mundo del Derecho —incluida, claro está, toda la masa de autoridades administrativas y órganos que componen la estructura del Estado, pues la administración (como brazo ejecutivo del Estado) exige a todos sus actores (órganos) un mínimo de conocimiento y destreza en el manejo de este especial lenguaje y de las normas que lo rigen (las normas administrativas), para asegurar el correcto funcionamiento de cada una de tales secciones de la administración.

37 Entre otras muy ilustres opiniones que han manifestado, con modestia, la escasa naturaleza científica de la *Jurisprudencia* y la necesidad de concebir a ésta como (al modo de los juristas romanos) una doctrina, véase, por todos, CASTELLANO, pp. 179-190.

38 Siguiendo a Elías de Tejada, podemos clasificar a los sujetos del saber técnico del derecho: "A) En sentido estricto: los jueces o magistrados de los llamados tribunales de justicia, con facultades decisorias. B) En sentido amplio: quienes de algún modo ayudan a la aplicación de la norma a los casos concretos. a) De modo directo: los auxiliares de la administración de justicia: abogados defensores, abogados fiscales, acusadores, secretarios y agentes judiciales, procuradores, peritos, funcionarios de prisiones. b) De manera indirecta: los que de algún modo prestan su concurso en la aplicación de las normas. Pueden hacerlo: 1. Con carácter oficial inmediato: los encargados de la administración en general. Pueden ser: con funciones decisorias, de asesoramiento o de aportación de materiales. Con signo político o con técnica propia. 2. Con carácter oficial mediato: los que proporcionan garantías de seguridad legal: notarios, registradores de la propiedad, agentes de cambio y bolsa, agentes comerciales. 3. Con carácter privado: asesores, consejeros, abogados de dictámenes, etcétera". ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, t. II, p. 41

Todo ello, como puede comprenderse, convierte al Derecho en el instrumento de interlocución (jurídica) entre particulares (Derecho privado) o entre éstos y el Estado (Derecho Público) o entre los propios órganos del Estado (Derecho también público) en el que la labor del jurista y su participación se convierte en esencial y sin la cual el Derecho perdería todo su sentido o razón de ser. Quien quiera intervenir en ese espacio comunicativo (con cualquier objetivo) necesitará, en consecuencia, del auxilio de los especialistas, de los expertos, en ese sistema de comunicación, que conocedores de la técnica necesaria —especialistas en ese “saber jurídico práctico”— serán capaces de poner tal sistema comunicativo al servicio de la utilidad de su representado y conseguir, con el diálogo de la contraparte (o contrapartes) evitar el conflicto social y permitir, lo más eficazmente posible, hacer prosperar los intereses de quien le haya dado el encargo de representación y la encomienda para resolver el “asunto”.

LA IGUALDAD JURÍDICA. UNA ASPIRACIÓN HISTÓRICA DE LA LUCHA FEMENINA (1975-1981)

JURIDICAL EQUALITY. A HISTORICAL ASPIRATION OF THE WOMEN'S FIGHT (1975-1981)

SARA MORENO TEJADA

(Universidad Miguel Hernández)

RESUMEN

El 20 de noviembre de 1975 constituyó una fecha determinante en la historia contemporánea española. La muerte del dictador ponía fin a un periodo caracterizado por la represión y la ausencia de libertades. La mayor parte de la población recibió la noticia con inquietud, ante el futuro incierto que se avecinaba y el temor a que reviviese el conflicto civil que arrasó el país entre 1936 y 1939. Afortunadamente estos vaticinios no se cumplieron. Al contrario, reinó el consenso entre las principales fuerzas políticas, y la ocasión fue aprovechada para el establecimiento de un sistema democrático, en el que quedaron garantizados los derechos fundamentales de los ciudadanos. En esta coyuntura destaca la ardua labor que se llevó a cabo para la configuración de un ordenamiento jurídico igualitario que dejase atrás la discriminación de la mujer, tanto en el espacio público, como en el ámbito familiar o privado. A esta última cuestión se ha destinado la presente investigación, ahondando en el trabajo desarrollado por juristas tan destacadas como María Telo Núñez, quien participó en dos modificaciones trascendentales del Código Civil, de un lado, la operada en 1975 y, de otro, la que implicó la reimplantación de la institución del divorcio en España.

Palabras clave: Igualdad. Mujer. Derecho civil. Transición. Constitución española.

ABSTRACT

20th November 1975 was a decisive date in Spanish contemporary history. The death of the dictator put an end to a period characterised by repression and the absence of freedom. Most of the population received the news with trepidation, given the uncertain future that lay ahead and the fear of a revival of the civil conflict that had ravaged the country between 1936 and 1939. Fortunately, these predictions did not come true. On the contrary, consensus reigned among the main political forces, and the opportunity was seized to establish a democratic system in which the fundamental rights of citizens were guaranteed. At this juncture, it is important to highlight the arduous work that was carried out to shape an

egalitarian legal system that would leave behind discrimination against women, both in the public sphere and in the family and private spheres. This research has focused on the latter issue, delving into the work carried out by outstanding jurists such as María Telo Núñez, who took part in two transcendental modifications to the Civil Code. On the one hand, there was the change made in 1975 and, on the other, the modification that led to the reintroduction of the institution of divorce in Spain.

Keywords: Equality. Women. Civil law. Spanish Transition. Spanish Constitution.

RESUM

LA IGUALTAT JURÍDICA. UNA ASPIRACIÓ HISTÒRICA DE LA LLUITA FEMENINA (1975-1981)

El 20 de novembre de 1975 constituí una data determinant en la història contemporània espanyola. La mort del dictador posava fi a un període caracteritzat per la repressió i l'absència de llibertats. La major part de la població rebé la notícia amb inquietud, davant el futur incert que s'aveïnava i el temor al fet que reviscolés el conflicte civil que destruï el país entre 1936 i 1939. Afortunadament, aquests presagis no es compliren. Al contrari, regnà el consens entre les principals forces polítiques, i l'ocasió va ser aprofitada per a l'establiment d'un sistema democràtic, en el qual van quedar garantits els drets fonamentals dels ciutadans. En aquesta conjuntura destaca l'àrdua labor que es va dur a terme per a la configuració d'un ordenament jurídic igualitari que deixés de banda la discriminació a la dona, tant en l'espai públic, com en l'àmbit familiar o privat. A aquesta última qüestió s'ha destinat la present investigació, aprofundint en el treball desenvolupat per destacables juristes com María Telo Núñez, qui va participar en dues modificacions transcendents del Codi Civil, d'una banda, l'operada en 1975 i, d'altra banda, aquella que implicà la reimplantació de la institució del divorci a Espanya.

Paraules clau: Igualtat, dona, dret civil, transició, Constitució espanyola.

Este trabajo constituye una versión depurada y traducida del artículo científico publicado en el Núm. 11 de la revista *Rechtskultur*. La investigación se encuadra en los proyectos titulados *Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea* referencia PID2020-113346GB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema I+D+i del Plan de Investigación científica y técnica de innovación 2017-2020 (MCIN/AEI/10.13039/501100011033) y *El Estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo*, referencia PID2021-124531NB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco de los Proyectos de Generación de Conocimiento.

LAS REIVINDICACIONES FEMINISTAS: NOTAS SOBRE UNA BATALLA LARGA Y TORTUOSA

La igualdad constituye, junto a la libertad, la justicia y el pluralismo jurídico, un valor superior del ordenamiento jurídico español.¹ Se trata de fundamentos esenciales de la vida política, en tanto en cuanto constituyen un criterio para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines.² Así se plasma en la propia Constitución española de 1978. Entre otros, el artículo 14 prohíbe “discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Además, con objeto de asegurar la aplicación de este mandato, la Carta Magna exige que los poderes públicos dirijan su actividad a garantizar la real y efectiva equidad entre los individuos.³ De esta forma, se configura, igualmente, como un derecho fundamental que permi-

- 1 Artículo 1 de la Constitución Española de 1978. Disponible en línea en: boe.es [Fecha de última consulta: 16 de agosto de 2022].
- 2 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1987), “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº4, p. 141. Rafael González-Tablas indica que el término ‘igualdad’ constituye una de las palabras-clave o descriptores significativos del texto constitucional, pues aparece recogida hasta en trece ocasiones, GONZÁLEZ-TABLAS, Rafael (1987), “Una propuesta de thesaurus informatizado de la Constitución española de 1978”, en PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (coord.), *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica: actas del coloquio internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986*, Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, pp. 231-236.
- 3 Sobre la diferencia entre “igualdad formal” e “igualdad material”, y su plasmación en la Constitución de 1978, Vid. MORAGA, M^a Ángeles (2006), “La igualdad entre mujeres y hombres en la Constitución Española de 1978”, *Feminismo/s*, nº8, pp. 58 y ss.

te a los ciudadanos recabar de los Tribunales su tutela y protección en los ámbitos familiar, laboral y público.⁴

La consagración de los señalados principios supuso un innegable avance para la sociedad, finalizando con la opresión franquista y abriendo la puerta a importantes cambios legislativos.⁵ Estos logros se deben, en buena medida, a la lucha feminista por la igualdad.⁶ Aunque esta hun-

- 4 Nos referimos, en concreto, a los artículos 9.2, 23.2, 31, 39, 68.1, 69.2, 139.1, 140 y 149.1.1º. El Tribunal Constitucional ha destacado este carácter de derecho fundamental en la Sentencia 49/1982, de 14 de julio. Dice: “el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas”, citada en GÓMEZ CUENCA, Patricia (2008), “Mujer y Constitución: los derechos de la mujer antes y después de la Constitución de 1978”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº8, p. 86.
- 5 Si bien, como destaca Lousada Arochena, este reconocimiento adoleció de las carencias propias de los ordenamientos patriarcales moderados, pues continuaron existiendo los estereotipos de género presentes en el “derecho masculino”, LOUSADA, José F. (2002), “Evolución de la igualdad desde la Constitución de 1978”, *iQual. Revista de Género e Igualdad*, nº 5, pp. 1-27. Muestra clara de estas lagunas es la propia discusión parlamentaria del texto constitucional. De acuerdo con Mar Esquembre, a pesar de la efervescencia del movimiento feminista y de la inclusión de sus reivindicaciones en la agenda política de los partidos, estas no encontraron gran reflejo en las intervenciones parlamentarias, ESQUEMBRE, Mar (2013), “La igualdad de género en la legislatura constituyente: Notas sobre la elaboración de la Constitución española de 1978 respecto de las cuestiones relacionadas con la situación de las mujeres”, *Cuestiones de Género: de la igualdad y la diferencia*, nº8, p. 23. Pese a lo dicho, la importancia del paradigma de la igualdad de género resulta incuestionable pues, como pone de manifiesto Pamela Radcliff, ayudó a apuntalar el consenso que caracterizó a la transición hacia la democracia. De esta forma, las necesidades específicas que las mujeres pudiesen tener como grupo fueron socavadas a favor del interés de “todos los españoles”, RADCLIFF, Pamela (2012), “El debate sobre el género en la Constitución de 1978: orígenes y consecuencias del nuevo consenso sobre la igualdad”, *Ayer*, nº88, pp. 203-204.
- 6 En opinión de Pilar Toboso, podría hablarse de “la revolución de la mujer” si entendemos por tal un “proceso de transformación social, que afecta fundamentalmente a los oprimidos”, si bien esto debe entenderse con matices, pues no se trata de un proceso violento y corto en el tiempo, sino, al contrario, una batalla pacífica que comenzó hace casi un siglo, que ha sufrido múltiples avances y retrocesos, y que todavía no ha concluido, TOBOSO, Pilar (2009), “Las mujeres en la transición. Una perspectiva histórica: antecedentes y retos”, en GONZÁLEZ RUIZ, Pilar, MARTÍNEZ TEN, Carmen y GUTIÉRREZ LÓPEZ, Purificación (eds.), *El movimiento feminista en España en los años 70*, Cátedra, Valencia, pp. 71-98. Un completo esquema de la evolución del feminismo en España, en AYALA, Mª Ángeles y QUILES, Amparo, “Cronología de mujeres españolas” [<https://www.cervantesvirtual.com> (26 de septiembre de 2022)].

de sus raíces en los últimos años de la etapa decimonónica, lo cierto es que alcanzará su cénit en el siglo XX, de la mano de mujeres tan ilustres como Carmen de Burgos, Concepción Arenal, Regina Lamo, María de Echarri, María Domínguez o Clara Campoamor.⁷ Sus reivindicaciones sobre la equidad en el ámbito laboral, educativo y jurídico se vieron, en

- 7 Estas importantes figuras femeninas y la labor que desarrollaron han sido objeto de multitud de estudios. Entre otros, cabe citar aquí, sin ánimo de ser exhaustivos, los trabajos de ALARCÓN, Julio (1914), *Una celebridad desconocida: Concepción Arenal*, Razón y Fe, Madrid; ÁLVAREZ LIRES, Mari (2006), *Clara Campoamor: homenaxe no 75 aniversario da consecución do dereito ao voto feminino: 1 de outubro de 1931, II República*, Concello de Pontevedra, Pontevedra; ASTELARRA, Judith (1990), *Participación política de las mujeres*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid; ANDERSON, Bonnie S. y ZINSSER, Judith P. (1991), *Historia de las mujeres: una historia propia*, Crítica, Barcelona; BALLARÍN, Pilar (2001), *La educación de las mujeres en la España contemporánea (siglos XIX-XX)*, Síntesis, Madrid; CABEZAS, Juan A. (1942), *Concepción Arenal o el sentido romántico de la justicia*, Espasa-Calpe, Madrid; CAPEL, Rosa M. (2010), *Mujer, Familia y Trabajo. Madrid (1850-1900)*, Universidad de Málaga, Málaga; CAPEL, Rosa M. (1986), *Mujer y Sociedad en España (1700-1975)*, Ministerio de Cultura, Instituto de la Mujer, Madrid; CAPMANY, M^a Aurelia (1970), *El feminismo ibérico*, Oikos, Barcelona; CASAS, Manuel (1936), *Concepción Arenal: su vida y su obra*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid; CRUZ CASANOVA, Eduardo (2016), *Mujeres (con) mayúsculas: Homenaje a Clara Campoamor (2012-2015)*, Ayuntamiento de Salobreña, Granada; CRUZ DEL AMO, María (2010), *Mujer, Familia y Trabajo. Madrid (1850-1900)*, Universidad de Málaga, Málaga; DÍAZ SÁNCHEZ, Pilar (2006), *Clara Campoamor (1881-1972)*, Ediciones del Orto, Madrid; DUPLÁA, Cristina (1989), *Homenaje a Victoria Kent*, Universidad de Málaga, Málaga; ESPIGADO, Gloria (2005), "Mujeres «Radicales»: utópicas, republicanas e internacionalistas en España (1848-1874)", *Ayer*, n^o60, pp. 15-43; FAGOAGA, Concepción (1981), *Clara Campoamor: la sufragista española*, Dirección General de Juventud y Promoción Socio-Cultural, Subdirección General de la mujer, Madrid; FLECHA, Consuelo (1996), *Las primeras universitarias en España (1872-1910)*, Narcea, Madrid; GARCÍA MÉNDEZ, Esperanza (1979), *La actuación de la mujer en las Cortes de la II República*, Almena, Madrid; LAFFITTE, María (1973), *Concepción Arenal: 1820-1893: Estudio biográfico documental*, Revista de Occidente, Madrid; LAFUENTE, Isaías (2006), *La mujer olvidada: Clara Campoamor y su lucha por el voto femenino*, Temas de Hoy, Barcelona; LÓPEZ CORDON, Victoria y CARBONELL, Monserrat (eds.) (1997), *Historia de la mujer e Historia del matrimonio*, Universidad de Murcia, Murcia; LÓPEZ DE LOS MOZOS, Alicia (2017), "Igualdad de género en la Constitución de 1931: la obtención del voto femenino y otras medidas a favor de la igualdad", en MARTÍN MARTÍN, Sebastián, GORDILLO, Luis I. y VÁZQUEZ, Víctor J. (coords.), *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Marcial Pons, Madrid, pp. 349-362; LÓPEZ SOUTO, África (2004), *Concepción Arenal*, Baia Edicions, A Coruña; MÁRQUEZ, Francisco

gran medida, consagradas con el advenimiento de la Segunda República.⁸ En este momento, el Gobierno provisional tomó la firme determinación de confeccionar un ordenamiento jurídico que dejara atrás convencionalismos arcaicos, posicionando al país al nivel de las sociedades más avanzadas. Con este fin, elaboró un programa de actuación destinado a solucionar los tradicionales *males de la patria*.⁹ Entre estos ocupaba un lugar prioritario la

(2015), *Nueve mujeres en las Cortes de la II República. El perfil humano y político de las primeras diputadas españolas*, Ediciones Áltera, Madrid; MARTÍN DE PUBUL, Elvira (1994), *Concepción Arenal*, Confederación Española de Gremios y Asociaciones de Libreros, Madrid; MARTÍN Lluís y BERBOIS, Josep (2015), *Ignoradas pero deseadas. La mujer política durante las elecciones de la Segunda República en Cataluña*, Icaria, Barcelona; MORÁN, Remedios (2013), "Cuestión social y liberación de la mujer. La propuesta de Rafael M^o de Labra en presencia de Concepción Arenal", en MARTÍNEZ MORÁN, Narciso, MARCOS, Ana M. y JUNQUERA, Rafael (coords.), *Derechos humanos: problemas actuales*, Universitas, Madrid, pp. 925-945; MORENO, Sara (2022), "Los albores del feminismo en España: la obra de Concepción Arenal", *e-Legal History Review*, n^o25; NASH, Mary (1981), *Mujer y movimiento obrero en España*, Editorial Fontamara, Barcelona; RAMOS, María Dolores (1991), *Victoria Kent (1892-1987)*, Ediciones del Orto; RIVAS, Ana M. (1999), *Concepción Arenal*, Fundación Emmanuel Mounier, Madrid; RODRIGO, Antonina (2014), *Mujeres para la historia. La España silenciada del siglo XX*, Ediciones Carena, Barcelona; SALAS, Juana (1920), *D^o Concepción Arenal: sus ideas, sus obras y sus méritos*, Salvador Hermanos, Zaragoza; SÁNCHEZ REAL, M. Carmen (1999), *Concepción Arenal en su tiempo: estudio biográfico y doctrinal*, Ayuntamiento de Vigo, Vigo; SCANLON, Geraldine M. (1986), *La polémica feminista en la España contemporánea (1868-1974)*, Akal, Madrid; SCANLON, Geraldine M. (1990), "El movimiento feminista en España (1900-1985): logros y dificultades", en ASTELARRA, M. Judith (comp.), *Participación política de las mujeres, Siglo XXI / Centro de Investigaciones Sociológicas*, Madrid, pp. 83-100; SERNA, Margarita (2015), "Reivindicación de la igualdad entre mujeres y hombres en los siglos XVIII y XIX", en PACHECO, Francisco L. (coord.), *Mujeres y derecho. Una perspectiva Histórico-Jurídica. Encuentro de historiadores del Derecho. Actas*, Associació Catalana d'Història del Dret "Jaume Montjuïc", Barcelona; TELO, María (1993), *Concepción Arenal y Victoria Kent: las prisiones, su vida, su obra*, Instituto de la Mujer, Madrid; VÁZQUEZ, Raquel (2012), *Mujeres y educación en la España contemporánea. La Institución Libre de Enseñanza y la Residencia de Señoritas de Madrid*, Akal, Madrid; VILARDEL, Víctor (2007), *Clara Campoamor, la sufragista*, El Rompecabezas, Madrid; y VILLENA, Miguel Á. (2007), *Victoria Kent: una pasión republicana*, Debate, Madrid.

8 Un recorrido sobre la evolución de la historiografía jurídica femenina en MORENO, Sara (2019), "Notas sobre la historiografía jurídica de la mujer en España", *e-Legal History Review*, n^o 30.

9 CASTAÑO, Máximo (2015), "La iglesia católica ante la Ley del divorcio de 1932", en CABALLERO, José A, MÍNGUEZ, Raúl y RODRÍGUEZ-FLORES, Vega (coords.), *Culturas políticas en la contemporaneidad. Discursos, prácticas y políticas desde los márgenes de las élites*, Universitat de Valencia, Valencia, p. 84.

cuestión religiosa, cuestionándose la influencia de la Iglesia en instituciones tan relevantes como la familia. En este sentido, la Constitución de 1931 eliminó el carácter sacramental del matrimonio, estableciendo el civil como obligatorio e incorporando la disolución del vínculo como una potestad de los cónyuges.¹⁰ Se consignaba, de esta forma, por primera vez en la historia de nuestro país, el principio de igualdad entre ambos sexos.¹¹ Esta equidad encontró sus manifestaciones no solo en el espacio privado, también en el público. El citado Texto fundamental reconoció derechos políticos y civiles a la mujer. Al respecto, destaca la protección del trabajo femenino y la maternidad, al tiempo que permitía su acceso a los empleos y cargos públicos en las mismas condiciones que a los hombres.¹²

Estas libertades, sin embargo, resultaron efímeras. Tan pronto como el régimen franquista quedó establecido se derogaron todos los derechos igualitarios concedidos por la República, recuperando el carácter religioso de la unión marital y prohibiéndose la disolución conyugal.¹³ La instauración del Estado dictatorial supuso una violenta regresión en la condición jurídica de las españolas. El nuevo *corpus* normativo las apartó del ámbito público, relegándolas al hogar doméstico, donde quedaron totalmente sometidas a la potestad del padre o el marido.¹⁴ En este sentido, la legislación civil limitó al máximo su capacidad, estableciendo que solo podían abandonar el domicilio paterno una vez cumplidos los veinticinco años, con la única excepción de que fuera para contraer matrimonio o tomar los hábitos.¹⁵

10 Artículo 43 de la Constitución española de 1931. Bajo este marco constitucional serán promulgadas las leyes de divorcio y matrimonio civil. Sobre esta cuestión, Vid. MORENO, Sara (2022), *La Ley de divorcio de 1932. Un análisis normativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona; y MORENO, Sara (2021), "La Ley del divorcio de 1932. Entre la culpabilidad y la causalidad", *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XCI, pp. 381-408.

11 Artículos 2 y 25 de la Constitución española de 1931.

12 Artículos 36, 40 y 46 de la Constitución española de 1931.

13 Sobre la nulidad del divorcio, Vid. MORENO, Sara (2021), "La nulidad del divorcio. Un proceso especial del régimen franquista", en PÉREZ JUAN, José A. y MORENO, Sara (coords.), *Justicia y represión en los estados totalitarios. España, Alemania e Italia (1931-1945)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 271-306.

14 Se trata de una consecuencia más de la práctica política de un Estado dictatorial basado en unos principios ideológicos reaccionarios y androcéntricos, donde autoridad y jerarquía, implican dominación y subordinación, DOMÍNGUEZ, Pilar y GARCÍA-NIETO, M^a Carmen (1991), "Historia de las mujeres en España", en ANDERSON, Bonnie S. y ZINSSER, Judith P. (coords.), *Historia de las mujeres: una historia propia*, Crítica, Barcelona, pp. 640-641.

15 Artículo 321 del Código Civil, modificación de 1939 [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&tn=1&p=19391009#art321>] (26 de septiembre de 2022)].

Una vez casadas, quedaban supeditadas al esposo, a quien se nombraba administrador de los bienes del matrimonio y representante de los intereses de la mujer, quien tenía el deber de obedecer a su cónyuge.¹⁶ De esta forma, se instituyó la licencia marital, obligatoria para comprar y vender bienes, abrir una cuenta bancaria, obtener el pasaporte, celebrar contratos o, incluso, para ser empleadas y percibir la remuneración resultante de su trabajo.¹⁷ En relación con la patria potestad eran relegadas a un segundo plano al establecer, el artículo 154 del Código Civil, que “el padre y, *en su defecto la madre*, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados”.¹⁸ Es fácil concluir, en este sentido, que el sistema jurídico de la dictadura no contemplaba a las españolas como sujetos de derecho, sino como seres obligados por una función social específica.¹⁹ La causa de este

16 Artículo 57 del Código Civil, modificación de 1939. Por su parte, el artículo 60.1 prescribía que la mujer no podía comparecer en juicio sin autorización de su marido, a salvo de los casos en los que la parte contraria fuese su propio cónyuge [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&tn=1&p=19391009#art321> (26 de septiembre de 2022)]. En este mismo sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil consignaba que “el domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que estos tengan”. Artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1881-813>]. De esta forma, se otorga la titularidad de la vivienda al esposo, lo que suponía que cuando una mujer presentaba demanda de separación, estaba obligada a abandonar su casa y quedar “depositada” en el hogar de un familiar con previo conocimiento de su cónyuge. Se trata, de un claro ejemplo de que el ordenamiento jurídico consideraba a las ciudadanas como un objeto o mercancía y no como una persona con capacidad de obrar, TOBOSO, “Las mujeres en la transición”, p. 75. Esta apreciación se ve reforzada si acudimos al artículo 58 del Código Civil, que fija la obligación de la española a seguir a su consorte dondequiera que fije su residencia. Más allá, el artículo 22 del mismo texto legal consignaba que “la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido”.

17 Artículos 59 a 62 del Código Civil, modificación de 1939. El artículo 11.d) de la Ley de Contrato de Trabajo limita su capacidad para celebrar contratos de esta índole, señalando expresamente que “Podrán concretar la prestación de sus servicios: d) La mujer casada *con autorización de su marido*, salvo el caso de separación de derecho o de hecho, en el que se reputará concedida por ministerio de la Ley para todos los efectos derivados del contrato, incluso el percibo de la remuneración” [<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1944/055/A01627-01634.pdf> (26 de septiembre de 2022)]. El subrayado es nuestro. Sobre esta normativa, Vid. ESPUNY, María J. (2008), “Aproximación histórica al principio de igualdad de sexos (IV): De la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas”, *Iuslabor*, nº1.

18 La cursiva es nuestra.

19 CUENCA, Patricia (2008), “Mujer y Constitución. Los derechos de la mujer antes y después de la Constitución de 1978”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº8, p. 80.

hecho se encontraba, de acuerdo con la doctrina de la época, en la debilidad física y psicológica de las mujeres, la *fragilitas sexus*, que exigía un complemento masculino, necesario para mantener la unidad de dirección doméstica.²⁰ Se las apartó así “de la plenitud del derecho”, concedida exclusivamente a los hombres.²¹ En esta misma línea, se articuló un entramado normativo que, de acuerdo con esta concepción, limitó su presencia en el mundo laboral. Este era, en concreto, uno de los principales compromisos del régimen franquista. En estos términos se expresaba el Fuero del Trabajo, al consignar que el Estado se proponía libertar “a la (...) casada del taller y de la fábrica”.²² El cometido primordial de la población femenina era la maternidad y, con objeto de protegerla, se impuso la excedencia forzosa al contraer matrimonio.²³ Con este mismo fin se implantaron el

En el mismo sentido, RUIZ, Rosario (2007), *¿Eternas menores?: las mujeres en el franquismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, p. 27.

- 20 De acuerdo con Alfonso De Cossio y Corral, esta autoridad marital no era un mero derecho subjetivo, sino una potestad familiar “exigida por la institución jurídico-moral que es la familia misma, y que determina un estado jurídico, que no es otro que el de marido y mujer. En este sentido se nos ofrece como fuente de derechos y obligaciones, inalterables por la autonomía privada y orientadas a una finalidad trascendente, que excede del personal interés de los mismos cónyuges”, DE COSSIO, Alfonso (1948), “La potestad marital”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1:1, pp. 13-19. Matilde Alonso y Elies Furio extractan algunos ejemplos del adoctrinamiento que el franquismo se esforzó en inculcar a la población respecto a la condición de la mujer. Entre otras afirmaciones, encontramos la siguiente que copiamos aquí por considerarla realmente ilustrativa: “las mujeres nunca descubren nada; les falta talento creador, reservado por Dios para inteligencias varoniles; nosotras no podemos hacer nada más que interpretar lo que los hombres nos dan hecho”, ALONSO, Matilde y FURIO, Elies (2007), “El papel de la mujer en la sociedad española”, *HAL SHS sciences humaines et sociales*, p. 9 [<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00133674> (24 de septiembre de 2022)].
- 21 CUENCA, “Mujer y Constitución”, p. 80. En el mismo sentido, RUIZ, *¿Eternas menores?*, p. 27.
- 22 Declaración II.1. del Fuero del Trabajo. Más en concreto, en la declaración I incluía una definición de trabajo, considerándolo como “(...) la participación del hombre en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, según la personal vocación, en orden al decoro y holgura de su vida y al mejor desarrollo de la economía nacional”, *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 10 de marzo de 1938, pp. 6179. La cursiva es nuestra..
- 23 Alonso Olea cita como ejemplo de este escenario lo dispuesto en la Reglamentación Nacional del Trabajo en las Empresas de Seguros, aprobada por orden ministerial de 28 de junio de 1947, según la cual “la mujer que contrae matrimonio pasa a la situación de excedencia forzosa, percibiendo como indemnización o dote tantas mensualidades como años lleve al servicio de la Empresa, con el tope de doce mensualidades si ha ingresado a partir del 1

“Subsidio Familiar” y el “Plus de Cargas Familiares”, concebidos como complementos salariales para aquellos hogares que solo contasen con el jornal del hombre.²⁴ Al respecto, la propia normativa disponía que este subsidio estaba destinado “(...) a reintegrar al hogar a las mujeres casadas que trabajan por cuenta ajena”.²⁵ Sin embargo, en la práctica, la exclusión fue mucho más amplia, impidiéndoles el ejercicio de todas las profesiones liberales, con la única excepción del magisterio.²⁶

Afortunadamente, esta situación experimentará sutiles cambios en la década de los sesenta. Las alteraciones sociopolíticas y económicas que sufrió

de julio de 1959”. En el mismo sentido, se legisló en el área de la siderometalúrgica, la de Patrimonio Forestal del Estado o, incluso, en la de Televisión Española. Esta última era, incluso, mucho más restrictiva, al no establecer compensación alguna, ALONSO OLEA, Manuel (1961), “La Ley de 24 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer”, *Revista de Administración Pública*, nº36, p. 339.

- 24 Ley de Bases creando el Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares, *BOE*, 19 de julio de 1938, pp. 272-275 y orden de 29 de marzo de 1946 por la que se unifican las normas para la aplicación del Plus de Cargas Familiares. El artículo 10 de esta última disposición establecía que: “Para que el trabajador pueda cobrar los puntos por razón de matrimonio es requisito indispensable que su esposa no trabaje (...) Cuando ambos cónyuges trabajen, percibirá el marido solamente los puntos que correspondan por los hijos que otorguen tal beneficio, salvo que en la actividad en que se ocupe el esposo no exista Plus (...)”, *BOE*, 30 de marzo de 1946, p. 2433 [<https://www.boe.es> (26 de septiembre de 2022)].

- 25 Exposición de motivos de la orden de 29 de marzo de 1946 por la que se unifican las normas para la aplicación del Plus de Cargas Familiares, *BOE*, 30 de marzo de 1946, p. 2433.

- 26 Bajo el marco del Fuero del Trabajo se publicaron un conjunto de normas destinadas a impedir el acceso de las mujeres a determinados cargos ejecutivos y de responsabilidad en la Administración Pública. A modo de ejemplo, el Reglamento notarial de 2 de junio de 1944 señala, entre las condiciones de los aspirantes al cargo, la de “ser español, varón y de estado seglar”. Artículo 6, apartado 1º. Años antes, por orden de 27 de septiembre de 1939 se estableció, como destinos que no podían ser asumidos por las mujeres el de “Jefe de Administración (...) Delegado e Inspector provincial de Trabajo”, orden de 27 de septiembre de 1939 señalando los cargos que no podrán ser desempeñados por los funcionarios femeninos de la plantilla del mismo, *BOE* 3 de octubre de 1939, p. 5539. En este mismo sentido, se exigía la previa licencia marital, consignada en escritura pública, para el ejercicio de cualquier profesión comercial, autorización que podía ser revocada en cualquier momento. Artículos 6 a 12 del Código de Comercio, *Gaceta de Madrid*, 16 de octubre de 1886, p. 169. Además, se les impidió el acceso a los puestos de abogado del Estado, agente de Cambio y Aduanas, inspector técnico del trabajo, fiscal, juez, magistrado o registrador de la propiedad, SCANLON, *La polémica feminista en la España contemporánea*, p. 321. En el mismo sentido, RUIZ, Rosario (1995), “Nuevos horizontes para las mujeres de los años 60”, *Arenal*, nº2, p. 252.

el régimen durante esos años determinaron que, de forma paulatina, se comenzase a admitir la legitimidad de ciertas reivindicaciones feministas, permitiéndose la incorporación de algunas ciudadanas a la esfera pública.²⁷ Si bien, continuó muy presente el mensaje de que la mujer no debía competir con el hombre en el ámbito laboral. Al contrario, esta actividad tenía que concebirse como subsidiaria, de manera que conservasen su feminidad y su vocación maternal y familiar.²⁸

En este contexto se implementaron una serie de modificaciones en la legislación franquista que, de manera tímida, mejoraron la situación jurídica de las españolas. Entre otras, cabe destacar aquí por su importancia la reforma del Código Civil en 1958, o la promulgación de las leyes de 1961 y 1966, que permitieron su acceso a empleos y cargos públicos que, hasta el momento, les estaban vedados.²⁹ La especial relevancia de estas reformas legislativas requiere que nos detengamos, aunque sea de forma somera, en su examen. En este punto, nuestro análisis no se limitará al texto final promulgado, sino que, además, nos detendremos en el proceso que llevó a su elaboración. Consideramos que este último aspecto resulta trascendental, en tanto en cuanto ha sido escasamente abordado por la historiografía. De esta forma, es posible afirmar que esta investigación trata de cubrir una laguna historiográfica cuyo conocimiento resulta fundamental para la comprensión de la lucha histórica del feminismo en España.³⁰

27 Rosario Ruiz Franco enumera de forma muy clara las alteraciones sufridas en este periodo, entre los que destaca el Concordato de 1953, los pactos con Estados Unidos y el ingreso en organizaciones internacionales, como la UNESCO, la OIT, y la ONU, lo que favoreció la consolidación del régimen en el interior y su apertura al exterior. En este mismo sentido, la llegada de los tecnócratas al gobierno y el desmantelamiento de la política autárquica, posibilitaron una mayor internacionalización del país, RUIZ, "Nuevos horizontes para las mujeres de los años 60", p. 254.

28 SCANLON, *La polémica feminista en la España contemporánea*, p. 339.

29 Si bien muchos otros continuaron siendo inaccesibles por considerarlas incapaces para desempeñarlos. Es el caso del listado de profesiones recogidas en el decreto de 26 de julio de 1957 sobre *Industrias y Trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos o insalubres*. La exposición de motivos justificaba esta exclusión en la voluntad de protegerlas, al estimar estos empleos como 'especialmente penosos' y con alto grado de accidentabilidad. Así, a modo de ejemplo, se prohibía su contratación para el cuidado de reses bravas o en las minas, canteras y hornagueros, BOE, 26 de agosto de 1957.

30 En este sentido se expresaba María Telo al señalar que: "Toda reforma legal, como todo hecho humano, tiene una preparación más o menos larga, más o menos complicada, que es su gestación. Esta gestación generalmente se olvida, lo que a mi modo de ver es una falta no exenta de importancia, pues es en ella donde está la raíz y la savia que da vida a los textos

UN TÍMIDO AVANCE HACIA LA LIBERTAD: LA DÉCADA DE LOS SESENTA

A finales de abril de 1957, y con objeto de “acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado el veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y tres entre la Santa Sede y el Estado español”, asistimos a una de las reformas más amplias de la normativa civil, que afectaba, principalmente, al régimen del matrimonio. En concreto, el cambio legislativo abordaba el problema de la capacidad jurídica de la mujer “que hace mucho tiempo se hallaba planteado”. Para el legislador, “el sexo por si no debe dar lugar a diferencias y menos a desigualdades de trato jurídico civil (...)” aunque justificaba “ciertas diferencias orgánicas derivadas de los cometidos que en ella incumben a sus componentes para el mejor logro de los fines morales y sociales que conforme al Derecho natural, está llamada a cumplir”.³¹ En este sentido el nuevo marco normativo conservaba intacta la potestad de dirección del marido, al considerarla inexpugnable “por exigencias de la unidad matrimonial”.³² Al respecto, se mantenía la licencia marital para la aceptación de cargos tutelares.³³ De la misma forma, permanecía la subordinación de la mujer al hombre en lo relativo al ejercicio de la patria potestad, reservándose al padre la autorización para el matrimonio de los hijos legítimos.³⁴ Por otro lado, quedaron intactos los preceptos que establecían una clara discriminación entre hombres y mujeres. A modo de ejemplo, mientras los primeros adquirirían la mayoría de edad a los veintiún años, las segundas debían esperar hasta los vein-

legales.= Hay casos en los que la gestación resulta tan dura, tan penosa y al mismo tiempo tan trascendental desde el punto de vista jurídico, histórico y social, que el olvidarla o tergiversarla, me parece imperdonable, máxime cuando afecta tan directamente a la mujer, ser humano al que siempre se le hurtó su historia a lo largo de los siglos, precisamente por estar enclavada en la gestación de los hechos, más que en la recolección de finales triunfalistas (...).”, TELO, María (2009), *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, p. 24.

31 Exposición de motivos de la ley de 24 de abril de 1958 *por la que se modifican determinados artículos del Código civil* [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-6677>] (22 de septiembre de 2022)].

32 Exposición de motivos de la ley de 24 de abril de 1958 *por la que se modifican determinados artículos del Código civil*.

33 Artículo 237 apartado 7 alterado por el primero de la ley de 24 de abril de 1958 *por la que se modifican determinados artículos del Código civil*.

34 La única excepción venía constituida por aquellas unidades familiares que no contaban con un padre. Solo en este caso se tenía en cuenta el parecer de la mujer sobre este extremo, Artículo 46 alterado por el primero de la ley de 24 de abril de 1958 *por la que se modifican determinados artículos del Código civil*.

ticinco. Asimismo, se prohibía a las jóvenes abandonar el hogar paterno antes de dicho momento, salvo que fuese para casarse o tomar los hábitos. Pese a lo manifestado, la condición jurídica de la mujer sufrió ciertas modificaciones. La misma norma suprimía el arcaico mandato según el cual la viuda que contraía ulteriores nupcias perdía, automáticamente, la patria potestad.³⁵ Igualmente, aunque el varón conservaba la facultad de administrar los bienes gananciales, se exigía el consentimiento de la esposa para enajenarlos y gravarlos, sin que en ningún caso estos actos de disposición pudiesen perjudicarla.³⁶ Cabe destacar, igualmente, la alteración introducida en el artículo 67. De acuerdo con esta disposición, se permitía a las mujeres solicitar diversas medidas provisionales en los procesos de separación o nulidad del matrimonio. Entre todas destaca la posibilidad de que se le asignase la tutela sobre sus hijos menores de siete años o que se les señalara un domicilio, además de los auxilios económicos necesarios, que corrían a cargo de su cónyuge.³⁷

Resulta curioso el hecho de que el legislador utilice, manipulándolo a su antojo, el principio de no discriminación para justificar las modificaciones que se realizan en este periodo. A modo de ejemplo, destaca la ley 56/1961, de 22 de julio, *sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer*, donde se afirma:

35 Exposición de motivos de la ley de 24 de abril de 1958 *por la que se modifican determinados artículos del Código civil*.

36 Artículo 1413 alterado por el primero de la ley de 24 de abril de 1958 *por la que se modifican determinados artículos del Código civil*.

37 Artículo 67 alterado por el primero de la de 24 de abril de 1958 *por la que se modifican determinados artículos del Código civil*. Esta última medida se atribuye a la acción de Mercedes Formica, quien denunció la injusticia de la regulación vigente. Resulta oportuno traer aquí las manifestaciones que vertió en el diario ABC con ocasión de un episodio de violencia de género. Sentenciaba: "Nuestro Código Civil, tan injusto con la mujer en la mayoría de sus instituciones, no podía hacer una excepción con la esposa, y la casada que se ve en el trance de pedir la separación; aun en aquellos supuestos en que su inocencia está comprobada, ha de pasar por el previo depósito, que en este caso habrá de ser realizado fuera del domicilio conyugal, y ya el proceso de separación en marcha, el juez le entregará, o no le entregará, los hijos, los bienes muebles, fijará una pensión alimenticia, pero lo que ningún magistrado sentenciará —entre otras razones por que carece de facultades para ello— es que sea la esposa la que permanezca en el domicilio común y sea el marido culpable el que lo abandone. (...) Los señores jueces deberían tener facultades para otorgar la titularidad del domicilio conyugal al cónyuge-inocente, en este caso a la esposa, ya que, en definitiva, el domicilio conyugal es la casa de la familia y no "la casa del marido", como dice la Ley (...)", ABC, Madrid, 7 de noviembre de 1953.

*“El principio de no discriminación por razón de sexo ni estado en la titularidad y ejercicio por los españoles de los derechos políticos y profesionales y laborales está terminantemente reconocido por el Fuero de los Españoles: su artículo once declara que «todos los españoles podrán desempeñar cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad» y el artículo veinticuatro establece «que todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de ocuparse en alguna actividad socialmente útil». La presente Ley no tiene por objeto otra finalidad que la de desarrollar y dar aplicación efectiva a tales principios, suprimiendo restricciones y discriminaciones basadas en situaciones sociológicas que pertenecen al pasado y que no se compaginan ni con la formación y capacidad de la mujer española ni con su promoción evidente a puestos y tareas de trabajo y de responsabilidad”.*³⁸

Todo parecía indicar que, a partir de la entrada en vigor de esta norma, las españolas recobraban el ejercicio de “toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo” e, incluso, se prescribía la igualdad del salario.³⁹ En este sentido, se establecía que éstas podían formalizar libremente un contrato de trabajo por cuenta ajena, sin necesidad de permiso masculino.⁴⁰ Además, se admitía que fuesen designadas para ocupar determinados cargos públicos, así como que participasen, en igualdad de condiciones, en los sistemas para la provisión de plazas públicas.⁴¹ No obstante, a renglón seguido la ley realizaba una serie de precisiones.

38 Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y trabajo de la mujer, BOE, 24 de julio de 1961, p. 11004 [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1961-14132> (23 de septiembre de 2022)]. La cursiva es nuestra.

39 La disposición final primera señalaba que la ley no entraría en vigor hasta el 1 de 1962, Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y trabajo de la mujer, BOE, 24 de julio de 1961, p. 11005.

40 Artículo 4 de la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y trabajo de la mujer, BOE, 24 de julio de 1961, p. 11004.

41 Alonso Olea calificaba a esta ley como de ‘clases medias’, porque “en cuanto a los cargos políticos, según se ha visto, no introduce innovación sustancial importante, y en cuanto a la regulación de los contratos de trabajo, según se verá, y especialmente en la forma como se enfoca la autorización marital, sus disposiciones son en algún punto más restrictivas que las contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo. En cambio, respecto de la mujer en posesión de títulos de enseñanza media o superior, que son los normalmente exigidos para el ingreso en los distintos cuerpos y carreras del Estado (y probablemente es la posesión de estos títulos el dato aislado más característico de pertenencia a la clase media en nuestro país), el avance que se da por la Ley de 22 de julio de 1961 es realmente trascendental”, ALONSO OLEA, “La Ley de 24 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer”, p. 334.

Quedaba vedado su acceso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, siempre que el servicio implicase el uso de armas. Igualmente, se les impedía desempeñar cualquier oficio en la Marina Mercante que no estuviera relacionado con la función sanitaria.⁴² Tampoco podían ocupar los destinos de magistrado, juez o fiscal “salvo en las jurisdicciones tutelar de menores y laboral”.⁴³ Por último, esta ampliación de la capacidad jurídico-pública no se aplicaba a las casadas, quienes continuaban sujetas a la previa autorización marital, debiendo constar esta licencia de forma expresa.⁴⁴

Lo expuesto hasta el momento no debe llevarnos a error. La historiografía, en diversas ocasiones, ha señalado que estas reformas responden a un contexto histórico determinado. No es posible obviar que fueron impulsadas por sujetos afectos a la ideología franquista y que, sin duda, fueron una respuesta del régimen a la necesidad de obtener cierta aceptación

42 Artículos 2 y 3 de la Ley 56/1961, de 22 de julio, *sobre derechos políticos profesionales y trabajo de la mujer*, BOE, 24 de julio de 1961, p. 11004.

43 En opinión de Alonso Olea la salvedad a la que hemos hecho referencia, según la cual las mujeres sí podían ser magistradas de la jurisdicción laboral resultaba difícil de comprender, “pues los procesos de trabajo tienen como una de sus características más señaladas el de la inmediatitud o presencia física directa del Juez y partes en los actos fundamentales del proceso, que puede generar situaciones que son las que posiblemente se hayan querido evitar a la mujer (...)”. De sus palabras se infiere, de forma clara, la pervivencia del carácter paternalista en el que se amparó el régimen franquista para impedir a las españolas el acceso al mundo laboral. Además, vaticinaba las pocas oportunidades que, en la práctica, iban a tener las mujeres de acceder al Cuerpo de Magistrados de Trabajo, puesto que “se ingresa por concurso restringido entre funcionarios de las carreras judicial o fiscal y sólo por oposición entre licenciados en Derecho mayores de veintitrés años, si no se pueden cubrir las plazas conforme al procedimiento anterior, lo que, según nuestras noticias, no ha ocurrido nunca, por lo que si a la mujer le está vedado el ingreso en aquellos Cuerpos, conforme al propio artículo 3º. 2 c), mal podrá desempeñar nunca el puesto de Magistrado de Trabajo”, ALONSO OLEA, “La Ley de 24 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer”, p. 336.

44 Artículo 5 de la Ley 56/1961, de 22 de julio, *sobre derechos políticos profesionales y trabajo de la mujer*, BOE, 24 de julio de 1961, p. 11004. Este extremo fue destacado por la doctrina. Entre otros, Manuel Alonso Olea señalaba que “el artículo 5.º, que es, por consiguiente, y por así decirlo, un artículo común a los cuatro anteriores y que se encarga de precisar la forma como la condición de casada puede influir y de hecho influye sobre el acceso y desempeño por la mujer de cargos políticos, puestos administrativos y prestaciones de servicios”. De esta forma, de acuerdo con el referido iuslaboralista, la declaración del artículo 1º se refería a la eliminación de limitaciones por razón del sexo, pero no del estado civil, las cuales continuaban vigentes, ALONSO OLEA, “La Ley de 24 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer”, p. 329.

y reconocimiento internacional.⁴⁵ Empero, no debemos olvidar que estas medidas legislativas constituyeron un punto de partida, un primer paso que permitió tomar conciencia de la situación femenina. De este modo se explica que fuera en estas fechas cuando asistimos a un cierto resurgir del movimiento asociacionista feminista, cuyas reivindicaciones ya no pudieron ser acalladas.⁴⁶ En este sentido, desde mediados de los sesenta encontramos a mujeres que, ya sea a título individual, ya a través de organizaciones, hicieron explícito su inconformismo y reclamaron la igualdad a través de los escasos resortes permitidos.⁴⁷ En el campo del Derecho destacaron juristas tan emblemáticas como Mercedes Formica, María Telo, Pilar Jaraiz, Lidia

45 Al respecto, CUENCA, "Mujer y Constitución", p. 81; IGLESIAS, Julio y RUIZ, Juan José (1982), "Mujer y Derecho", en DURÁN, M^a Ángeles (ed.), *Liberación y Utopía*, Akal, Madrid, pp. 143-168; o RUIZ, "Nuevos horizontes para las mujeres de los años 60", p. 254.

46 Como señala María Adelina Codina Canet, en la década de los setenta se produce el acceso de las primeras mujeres feministas en la Administración Pública del Estado. En concreto, Pilar de Yzaguirre, Suzel Bannel, María Corral, Mabel Pérez-Serrano, Rosa Posada, Anna Úbeda y María del Mar Vanaclocha formaron parte del Ministerio de Cultura del primer gobierno democrático, CODINA, M^a Adelina (2021), *Archivo y memoria del feminismo español del siglo XX*, Instituto de las Mujeres, Madrid, p. 25. Hasta 1975 no se puede hablar en España de un movimiento feminista en *stricto sensu*, aunque sí se aprecia un proceso de toma de conciencia, en tanto en cuanto se tiene constancia de mujeres militantes vinculadas a la lucha de izquierda contra la dictadura y de una serie de asociaciones que fueron toleradas por el régimen al considerarlas inocuas, AMORÓS, Celia (1986), "Algunos aspectos de la evolución ideológica del feminismo en España", en BORREGUERO, Concha, CATENA, Elena, DE LA GÁNDARA, Consuelo y SALAS, María (coords.), *La mujer española: de la tradición a la modernidad (1960-1980)*, Tecnos, Madrid, pp. 48-51. En el mismo sentido, CABRERA, José M. (2005), *Derechos humanos y derechos de las mujeres en la democracia española (1975-2000)*, Universidad de Salamanca, Salamanca.

47 TOBOSO, "Las mujeres en la transición", p. 84. Sobre el movimiento feminista en la transición española, *Vid.*, sin ánimo de ser exhaustivos, AGUADO, Ana M^a (1999), *Mujeres, regulación de conflictos sociales y cultura de la paz*, Universitat de Valencia, Valencia; CODINA, *Archivo y memoria del feminismo español del siglo XX*; ESCARIO, Pilar, ALBERDI, Inés y LÓPEZ-ACCOTTO, Ana I. (1996), *Lo personal es político: el movimiento feminista en la transición*, Instituto de la Mujer, Madrid; LARUMBE, María Á. (2002), *Una inmensa minoría: influencia y feminismo en la transición*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza; LARUMBE, María Á. (2004), *Las que dijeron no. Palabra y acción del feminismo en la transición*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza; MARTÍNEZ TEN, Carmen, GUTIÉRREZ, Purificación y GONZÁLEZ RUIZ, Pilar (2009), *El movimiento feminista en España en los años 70*, Cátedra / Universitat de Valencia, Valencia; MORENO, Mónica (2012), "Feministas y ciudadanas. Las aportaciones del feminismo español a la construcción del Estado democrático", *Alcores*, n^o13, pp. 85-100; MORENO, Mónica (2014), "Revolución, democracia

Falcón o Cristina Alberdi.⁴⁸ Menos conocida por la historiografía es Ana Justa Vicente Tornero. La que fue jefa del Departamento Femenino de la Mujer y abogada del Ilustre Colegio de Barcelona utilizó su posición para reclamar la equidad en la esfera pública y privada. Al respecto resultan muy ilustrativas algunas de sus intervenciones en la prensa de la época. Entre otras, destacamos una entrevista editada a finales de mayo de 1966 en la sección “Mano a Mano” del diario *La Vanguardia*. Decía:

“Por la Ley de 22 de julio de 1961 se estableció el derecho de equiparación de la mujer al varón a todos los efectos, a excepción del servicio de las armas, cuerpo de fiscales y la administración de justicia. Si bien se reservó la posibilidad de poder ejercer la magistratura del trabajo y la de menores. *Hoy no hay ningún magistrado de trabajo, ni juez de menores, y mucho menos fiscales, ni jueces de tribunales del sexo femenino.* Pero en las Cortes se ha presentado un proyecto de Ley en el que se pide se suprima el apartado C) del artículo tercero de la Ley de 22 de julio de 1961(...). Desde 1960 la abogada Ana Justa Vicente Tornero lucha por que la mujer pueda desarrollar los mismos trabajos que el hombre en el campo del Derecho”.⁴⁹

y feminismo: las mujeres de la extrema izquierda en la transición”, en AGUADO, Ana Mª y SANFELIU, Luz (coords.), *Caminos de democracia: ciudadanías y culturas democráticas en el siglo XX*, Comares, Granada, pp. 133-148; NASH, Mary y TORRES, Gemma (2009), *Feminismos en la transición*, Universitat de Barcelona / Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, Barcelona; NIELFA, Gloria (2003), “El debate feminista durante el franquismo”, en NIELFA, Gloria (coord.), *Mujeres y hombres en la España franquista: Sociedad, economía, política, cultura*, Editorial Complutense, Madrid, pp. 243-268; SEVILLA, Julia, VENTURA, Asunción, ESQUEMBRE, Mª del Mar, SOLER, Margarita y DEL RINCÓN, Mª Fernanda (2006), *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*, Cortes Generales / Ministerio de la Presidencia, Madrid; o VENTURA, Asunción (1999), *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*, Instituto de la Mujer, Madrid.

- 48 Julián Gómez de Maya realiza un recorrido sobre la formación y posterior actividad profesional de algunas de estas juristas, GÓMEZ DE MAYA, Julián (2020), “Femenino singular: algunas juristas españolas en primera persona”, en RUIZ RESA, Josefa Dolores (ed.), *Las mujeres y las profesiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, pp. 231-247. De la misma forma, para conocer el testimonio de otras relevantes mujeres víctimas de la represión, resulta de obligatoria consulta la obra de RODRIGO, *Mujeres para la historia*.

- 49 *La Vanguardia Española*, Barcelona, 31 de mayo de 1966, p. 33. La cursiva es nuestra.

En esta publicación destaca, en nuestra opinión, una de las preguntas que el periodista, Manuel del Arco, formuló a Ana Justa Vicente, pues refleja la mentalidad de la sociedad española de antaño. En concreto, la interpelaba sobre los motivos que llevaban a las mujeres a "(...) complicarse la vida (...)", dejando desatendido el hogar y abandonando su tradicional labor de cuidadoras. La respuesta de la letrada fue contundente:

*"Porque no todas las mujeres españolas tienen posibilidad de contraer matrimonio, debido, al parecer, a que existen tres millones más que de hombres, en edad de casarse. Y por otra parte, porque creo que la mujer española tiene perfecto derecho a proyectar su vida en la actividad profesional a la que se sienta llamada. Y además, porque es preciso dar reconocimiento legal a un principio establecido en nuestras leyes fundamentales de que todos los españoles somos iguales ante la ley".*⁵⁰

La propuesta legislativa a la que se refería el rotativo fue finalmente aprobada en las Cortes, con la conformidad de la Comisión de Leyes Fundamentales y Presidencia del Gobierno.⁵¹ A partir de su promulgación, las

50 *La Vanguardia Española*, Barcelona, 31 de mayo de 1966, p. 33. La cursiva es nuestra.

51 La Ponencia designada para su estudio estuvo formada por Tomás Allende y García-Báxter, Jesús Fontán Lobé y Rafael García-Valiño Marcent, *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, 11 de noviembre de 1966, p. 20095. La encargada de defender el proyecto fue Pilar Primo de Rivera. Su intervención fue concisa, si bien la consideramos especialmente interesante, al reflejar de forma clara, determinados aspectos de la realidad que vivían las ciudadanas. Decía: "(...) la supresión de estas limitaciones se justifica en cuanto que, transcurridos más de cinco años desde la promulgación de la Ley anterior y tal como va el mundo, se considera a la mujer española con madurez suficiente para afrontar incluso los trabajos más penosos, si siente vocación hacia ellos.= El haber establecido la Ley anterior estas limitaciones, que se referían concretamente a prohibir el acceso de la mujer a los puestos de la Administración de Justicia, tales como magistrados, jueces y fiscales, salvo en las jurisdicciones Tutelar de Menores y Laboral, era en razón de considerar estas profesiones, en algunos casos, como demasiado duras y desagradables para la mujer. Pero como quiera que el acceder a ellas es elección absolutamente voluntaria, la mujer que no se sienta capaz de afrontar sus riesgos no los elegirá en modo alguno, pero no parecía justo, ni en todo caso lógico, privar, aunque sólo fuera a una mujer, de este ejercicio de su vocación.= Bien sabemos que los que a esto se oponían lo hacían con razones muy estimables y con el limpio deseo de proteger a la mujer —eso tenemos que agradecerles—, pero quedaba la Ley como coja, como insuficiente, como desordenada, siendo así que el orden es uno de los principios del equilibrio". Entre los fundamentos que utilizaba para el apoyo de la referida propuesta, destacaba: "(...) la aparición masiva en el mundo entero de la mujer en los puestos de trabajo. A esta realidad,

españolas podían acceder a los cargos de magistrado, juez y fiscal. Pese a todo, el preámbulo de la ley insistía en la idea de que la prohibición que había regido hasta el momento respondía a la protección de los sentimientos femeninos, pues pretendía evitar que se enfrentasen a “determinadas actuaciones que el cumplimiento del deber haría ineludibles”. No obstante, a renglón seguido se admitía que dichos motivos habían quedado superados por la realidad social, por lo que su transformación era ya tanto innegable como inevitable.⁵²

Otra importante protagonista de la lucha por los derechos de las mujeres fue María Telo Núñez, fundadora de la “Asociación Española de Mujeres Juristas”.⁵³ Entre sus numerosos méritos, destaca su participación en la Comisión General de Codificación, donde intervino activamente en la elaboración de distintas proposiciones, como la modificación del Código Civil, el anteproyecto de igualdad jurídica de los cónyuges o la ley del divorcio.⁵⁴ Al estudio de estas propuestas dedicaremos las siguientes páginas.

con sus ventajas y sus inconvenientes, no puede sustraerse España, menos en unos momentos en los cuales el esfuerzo de todos los españoles, hombres y mujeres, es necesario para el desarrollo político y económico que nuestra Patria necesita (...) Por este camino va el mundo y ésta es, me parece, la política del Gobierno, la idea del Caudillo (...)”, *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, 27 de diciembre de 1966, pp. 20326-20327.

52 BOE, 29 de diciembre de 1966, p. 16392.

53 El acta fundacional de la Asociación, señala, como miembros de su Junta Directiva a María Telo Núñez, presidenta; Sofía Cascajo Tajadura y Ascensión de Gregorio Sedeño, vicepresidentas primera y segunda; Elena Castro Abad-Conde, secretaria; Dorita Finalé Sosa, tesorera; y, como vocales, Amalia Franco Granado, Ángeles Álvarez Rubio, Carmen Martín García y Pilar Borragán Pastor, TELO, *Mi lucha por la Igualdad*, p. 63. Puede consultarse la bibliografía de María Telo Núñez en la Real Academia de la Historia [<https://dbe.rah.es/biografias/17776/maria-telo-nunez> (24 de septiembre de 2022)]; de la misma forma, Vid. RUIZ, Rosario (2006), “María Telo y la participación de mujeres juristas en la Comisión General de Codificación (1973-1975)”, *Asparkia*, nº17, pp. 165-180.

54 La entrada en este organismo no fue tarea fácil. La designación no fue iniciativa del Gobierno. Al contrario, nuestra jurista tuvo que elevar una solicitud con este objeto, apelando a lo dispuesto en el decreto de 23 de octubre de 1953, que facultaba al ministro de Justicia para nombra vocales. Sin embargo, su petición fue inicialmente denegada. No obstante, la abogada no estaba dispuesta a abandonar su pretensión. En este sentido, envió al referido Ministerio una carta en la que le hacía ver la injusticia de realizar una aplicación rigurosa de la ley, pues esta interpretación excluía a las mujeres por no tener los méritos profesionales suficientes. En opinión de María Telo este hecho era sangrante, teniendo en cuenta que hasta hacía bien poco había estado prohibida su entrada en la Magistratura y otras profesiones de nivel superior. Sus palabras resultan clarificadoras: “Excmo. Sr.= María Telo Núñez, abo-

DOS IMPORTANTES MODIFICACIONES EN EL DERECHO DE FAMILIA

En 1972, en el seno de la Comisión de Codificación, se creaba una *Sección Especial para el estudio de las incidencias que los cambios sociales puedan haber producido en el Derecho de Familia y la formulación, en su caso, de las correspondientes propuestas*. La misma se integraba por nueve hombres y cuatro mujeres, a saber: Belén Landáburu González, Carmen Salinas Alfonso, Concha Sierra Ordóñez y la propia María Telo Núñez.⁵⁵ Sin duda, la presencia femenina en esta alta institución del Estado constituyó un verdadero avance para su emancipación. Por primera vez, desde la instauración de la dictadura, las ciudadanas pudieron participar de forma activa en la elaboración y discusión de proyectos legislativos que afectaban a la familia y, por extensión, al común de la población.⁵⁶ Sor-

gado del Ilustre Colegio de Madrid, como Presidente de la AEMJ (asociación Española de Mujeres Juristas) (...) ante V.E. comparece y respetuosamente.= Expone.= Que ha tenido entrada en esta asociación, contestación de V.E. al escrito que en 18 de marzo último le elevamos en solicitud de que fuesen designados miembros de la Comisión de Codificación, un número de mujeres juristas tal que su voz y voto se hiciese sentir en las decisiones de tan alto Organismo, especialmente cuando se estudiasen en él leyes que afecten a la mujer o a la familia (...) Excmo. Sr. nosotras somos las primeras en lamentar –por ser las más afectadas directamente. El que *ninguna mujer jurista pueda haber tenido la oportunidad de acceder a los puestos que para ser vocal nato de dicha Comisión de Codificación se requiere, a causa de estar prohibido en España hace 5 años en magistratura y 10 años en otras profesiones el ingreso de la mujer (...)* También lamentamos se lleve la interpretación de las disposiciones antes citadas con una rigurosidad tal, que se considere no existe en España ni en la Cátedra ni en el Foro, ni en el Consejo Nacional, ni en las profesionales que ejercen actividades jurídicas al servicio del Estado, etc. *ninguna mujer jurista con méritos suficientes para ser designada vocal permanente de la repetida Comisión de Codificación, en ninguna de sus secciones*”, Archivo Histórico Nacional (AHN), Diversos-General, 604, n°10, pp.1-3. LA cursiva es nuestra. Como es sabido, pese a los obstáculos a los que hubo de enfrentarse, su insistencia surtió efecto, TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, p. 74.

55 Los vocales varones eran: Francisco Bonet Ramón, Beltrán Heredia Castaño, Pío Cabanillas Gallas, José M° Castán Vázquez, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Francisco Escrivá de Romaní, Amadeo de Fuenmayor Champin, Pablo Jordán de Urries, Santiago Pelayo Hore, y Antonio Reverte Moreno, TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, p. 78.

56 Para María Telo Núñez la importancia de este órgano del Estado es indudable. En él se estudiaban los anteproyectos de ley que, después de ser aprobados en Consejo de Ministros, pasaban a las Cortes franquistas para su debate. En este sentido, aunque los procuradores en Cortes podían presentar enmiendas, por regla general, según indica, no solían ser demasiado discordantes con los estudios realizados en la Comisión, TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, pp. 79-80.

57 TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, p. 25.

prendentemente, esta noticia fue tratada con indiferencia por los medios de la época. En nuestra opinión, la razón de este desinterés estriba en los arcaicos valores que continuaban rigiendo la sociedad del momento. Pese a las referidas transformaciones, lo cierto es que todavía quedaba un largo camino por recorrer para poder hablar de una verdadera conciencia igualitaria. En todo caso, como tendremos ocasión de comprobar, la impronta que dejaron estas mujeres es incuestionable. Indudablemente, las juristas de aquél entonces “abrieron cauces, derribaron tabúes, mostraron la injusticia del Derecho de Familia, logrando su democratización, antes, incluso, de que finalizase el régimen dictatorial”. Sin su laudable labor, decía Telo Núñez, “se hubiese retrasado en años el grado de independencia y desarrollo que hoy la mujer tiene”.⁵⁷

Son múltiples las transformaciones que se llevaron a cabo a lo largo del periodo objeto de este trabajo. Por su importancia, nos referiremos concretamente a dos, por un lado, las reformas de los preceptos del Código Civil y del de Comercio en 1975 y, por otro, la implantación del divorcio en 1981.

Los cambios legales de 1975

La anacrónica situación jurídica a la que había estado sometida la población femenina durante siglos tenía los días contados en España. La labor desarrollada, en este sentido, por María Telo Núñez resulta encomiable. Sus esfuerzos se remontan a 1969, fecha en la que elevó al ministro de Justicia, Antonio María de Oriol y Urquijo, y al director general del mismo ramo, Acisclo Fernández Carriedo, una petición de cambio en la regulación en materia de familia.⁵⁸ Lamentablemente la propuesta cayó en saco roto. Como ella misma relata, las referidas autoridades la rechazaron rápidamente alegando “que las discriminaciones jurídicas desventajosas para la mujer, que se apreciaban en las conclusiones, estaban tomadas en un plano de Derecho Comparado, y que por fortuna no se daban íntegramente en el Derecho Español y otras estaban en vías de desaparición”.⁵⁹

Pese a todo, la referida negativa no fue suficiente para arredrar el ánimo y la determinación de nuestra jurista cacereña. Al contrario, su empeño le permitió reunirse con el Jefe del Estado, si bien el asunto no se consideró

58 Conviene precisar que llevó a cabo esta iniciativa como presidenta de la Comisión de Estudios Jurídicos, que funcionó hasta la creación de la Asociación Española de Mujeres Juristas, TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, pp. 58-59.

59 TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, pp. 57-58.

de primer orden por el Gobierno y hubo que esperar hasta mediados de los años sesenta para que la referida modificación legal se ejecutara.⁶⁰ En aquellas fechas, nuestra insigne letrada presentaba un nuevo proyecto de reforma del Código Civil, auspiciado por la Asociación Española de Mujeres Juristas. La propuesta buscaba una transformación parcial de la normativa, limitada a determinados extremos que requerían una urgente alteración.⁶¹ En concreto, solicitaba la eliminación de la licencia marital, incluso en la parte que afectaba a los bienes parafernales; el establecimiento de una reserva patrimonial en favor de la esposa, dentro del régimen de gananciales; y la concesión de validez a las capitulaciones matrimoniales, tanto si se celebraban antes como después del matrimonio.⁶² El apremio que envolvía a esta reforma se justificaba al "(...) abarcar materias que afectan profundamente al equilibrio de la familia (...)".⁶³ Al afrontarlas, defendía, "(...) se resolvería gran número de problemas matrimoniales y situaciones injustas, nacidas del desfase que la marcha del tiempo produce entre la caducidad de las Leyes y el avance social".⁶⁴

De todas las medidas planteadas, sin duda, la supresión de la autorización marital era la más acuciante. Resultaba necesario erradicar cualquier limitación legal de la capacidad de la mujer casada, permitiéndole comparecer en juicio por sí, aceptar herencias y prestar su consentimiento en todo tipo de contratos con libertad.⁶⁵ Dentro de esta propuesta, se encuadraba la modificación del artículo 22, según el cual "seguía la condición y nacionalidad de su marido". En concreto, se contemplaba la posibilidad de que las ciudadanas en esta situación pudiesen adquirir la doble nacionalidad, evitando, de esta forma, la pérdida de la española. Se pretendía acabar con los múltiples problemas que generaba esta cláusula para la mujer, al no poder "utilizar los Títulos y Diplomas que con tanto esfuerzo obtuvo en el tiempo que duró su educación, ello por ser considerada extranjera, aunque nunca haya pisado el país de su marido (...)".⁶⁶ Otro cambio trascendental consistía en la supresión de los deberes de obediencia y protección que se

60 Según relata la propia María Telo Núñez, en su exposición puso de manifiesto la necesaria de revisión del Derecho de Familia, ante su falta de conexión con la realidad social del momento. Una vez hubo finalizado, el Caudillo contestó: "Os lo habéis ganado", TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, p. 59.

61 TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, pp. 93-94.

62 El texto de la propuesta puede consultarse en AHN, *Diversos-General*, 607, n°1, pp. 1-40.

63 AHN, *Diversos-General*, 607, n°1, pp. 1-40.

64 AHN, *Diversos-General*, 607, n°1, pp. 1-40.

65 TELO NÚÑEZ, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, p. 97.

66 AHN, *Diversos-General*, 607, n°1, p. 5.

imponía a los cónyuges, sustituyéndolos por la "responsabilidad de ambos ante la familia".⁶⁷ Por otro lado, se buscaba conferir la mayor libertad a ambos contrayentes, permitiendo que celebrasen capitulaciones matrimoniales, y "(...) adaptarlas a las distintas etapas de su vida (...) en común."⁶⁸ En este mismo sentido se abogaba por la concesión a ambos consortes, en plano de igualdad, del pleno dominio del patrimonio familiar. En todo caso, se establecía una "reserva de bienes" a favor de la esposa, a quien se le confería la libre administración de su ganancias y propiedades.⁶⁹

Si bien este proyecto no llegó a buen puerto, lo cierto es que su importancia es innegable. De un lado, fue base para la reforma que se ejecutó más tarde. De otro, funcionó como un claro empuje para el resto de los integrantes de la Comisión, quienes se decidieron por modificar el marco legal vigente con la máxima urgencia. En este sentido, elaboraron otra propuesta, cuyo fin, decían, era atender "a las corrientes de opinión sentidas en nuestros días en el ámbito del Derecho Privado, como a los cambios que en la sociedad se han producido por la mayor intervención de la mujer como sujeto activo en la misma".⁷⁰ Con este objeto se abordaban tres puntos necesarios para reconocer "a la mujer un ámbito de libertad y capacidad laboral en el

67 AHN, Diversos-General, 607, n°1, p. 5.

68 En relación con este extremo, se preveía la creación de un registro especial donde pudiese darse publicidad a estos pactos de cara a los terceros interesados, AHN, Diversos-General, 607, n°1, p. 5.

69 Las razones que Telo Núñez utilizaba para defender este punto resultan elocuentes. Decía: "Insisto en que hoy la mujer trabaja fuera del hogar y hay que reconocerle este derecho como ser humano, que tiene garantizado en el Fuero de los españoles y en la Ley de Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer, lo que como consecuencia lógica, produce el que esta mujer pueda administrar lo que ella gana, en beneficio de la familia, al igual que el esposo.= Pero tampoco podemos olvidar que es muy elevado el número de mujeres que se dedican al cuidado del hogar, exclusivamente, durante toda su vida; y aquellas que trabajan, tampoco pueden librarse de esta obligación, lo que se traduce en una sobrecarga de trabajo y en un fuerte freno para su promoción profesional.= Por ello considero justo que la mayoría casi absoluta de las legislaciones extranjeras, aun considerando a la mujer obligada a sostener a la familia y educación de los hijos en proporción a sus ingresos, dicha exigencia ocupe un segundo plano, haciendo pesar la carga de esta obligación sobre el marido. En Cataluña, donde rige la separación absoluta de bienes, es también el marido quien la lleva. En este proyecto que presento, se ha seguido el mismo sistema; por ello, el marido está obligado a facilitar a su mujer las cantidades necesarias para el sostenimiento del hogar y la educación de los hijos, de acuerdo con el nivel económico que ostente", AHN, Diversos-General, 607, n°1, pp. 6-7.

70 AHN, Diversos-General, 607, n°1, p. 41.

orden jurídico que resultan consustanciales con la dignidad que en sentido jurídico y total programan las Leyes Fundamentales”,⁷¹ a saber: en primer lugar, el arbitrio de un sistema flexible en relación con la ciudadanía de la casada “de tal manera que no sea inexcusable seguir la nacionalidad del cónyuge cuando ello implique disminución de las posibilidades de la mujer para desempeñar puestos de trabajo, cargos o empleos en país distinto al de su nacionalidad inexcusable”.⁷² En segundo término, la reforma del régimen jurídico de la capacidad laboral de ésta, recogiendo “la diferencia teórica (...) entre el consentimiento para actos y negocios jurídicos de carácter común y la licencia para actos o derechos privativos”.⁷³ En este punto, además, se contemplaba la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales, modificando “el régimen económico matrimonial por voluntad de ambos cónyuges en cualquier momento de la vida en común”.⁷⁴ Por último, se confería a las españolas la libre administración de los bienes de la sociedad conyugal y se modificaba el articulado del Código de Comercio, otorgándoles independencia en la esfera mercantil.⁷⁵

El anteproyecto fue objeto de una intensa discusión en la Sección Especial de la Comisión de Codificación a la que pertenecía María Telo. No podemos detenernos en los debates que se plantearon, si bien cabe destacar la intensa labor que la jurista desarrolló con el fin de que se suprimiesen los artículos 57 y 58 del Código Civil, relativos a la obediencia debida por la mujer a su marido y a la obligación de esta de seguir a su esposo donde quiera que éste fijase su residencia.⁷⁶ Tanto es así que, ya en el seno de las Cortes, dichas discriminaciones desaparecieron definitivamente gracias a la iniciativa de la indicada abogada.⁷⁷

71 El artículo 21 del anteproyecto señalaba: “El matrimonio por sí sólo no modifica la nacionalidad de los cónyuges, ni, en general, limita o condiciona su adquisición, pérdida o recuperación, por cualquiera de ellos con independencia del otro”. Este era complementado por el precepto siguiente, al apuntar: “La mujer por razón de matrimonio con extranjero sólo perderá su nacionalidad española, si adquiere por su voluntad la del marido”, AHN, Diversos-General, 607, nº1, pp. 47-48.

72 AHN, Diversos-General, 607, nº1, p. 42.

73 AHN, Diversos-General, 607, nº1, p. 42.

74 AHN, Diversos-General, 607, nº1, p. 42.

75 AHN, Diversos-General, 607, nº1, p. 42.

76 TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, pp. 108-110.

77 Telo Núñez relata que se dirigió por escrito a los Procuradores, enviándoles un conjunto de enmiendas que podían presentarse a los artículos 57, 58, 225, 1389, 1391 y 1443 del Código Civil. Propuestas que fueron aceptadas por un significativo número de los miembros de las Cortes, quienes se ofrecieron para apoyarlas, TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, pp. 113-115.

El texto final fue promulgado el 2 de mayo de 1975, coincidiendo con el “Año de la Mujer” proclamado por la ONU.⁷⁸ Su exposición de motivos reconocía que la limitación de la capacidad de obrar de las españolas había perdido todo fundamento, y era de justicia reconocerle un mayor ámbito de libertad en el orden jurídico, consustancial a la dignidad de la persona. De esta forma, en cuanto a la nacionalidad, se seguía la propuesta que en su día había elaborado María Telo, estableciendo que el matrimonio, por sí solo, no implicaba su pérdida. En este sentido, se afirmaba:

“(...) la multiplicación de las relaciones internacionales, tanto a escala de los Estados como de las personas, y el decidido tránsito hacia comunidades más amplias que las nacionales, hacen que aquellas premisas se hayan alterado, de manera tal que no se ve ya razón suficiente para que una misma familia no pueda estar compuesta por personas de diferentes nacionalidades (...)”.⁷⁹

De igual modo, se modificaban los artículos 57 a 65, suprimiendo el deber de obediencia de la mujer al marido y estableciendo una obligación de mutuo respeto y protección. Por fin se alcanzaba la tan ansiada equiparación entre ambos cónyuges. En este sentido, se eliminaba la tradicional representación legal del hombre sobre su esposa, concediéndola a esta la libre disposición sobre el patrimonio matrimonial. A partir de este momento, gozaba, en igualdad de condiciones, del derecho a la administración de las propiedades, muebles e inmuebles, pertenecientes a la sociedad ganancial, así como de las parafernales.⁸⁰ Por lo que respecta al domicilio familiar, se eliminaba la presunción de que era aquél donde residía el paterfamilias, y se consignaba la necesidad de fijarlo de mutuo acuerdo. Por último, en caso de separación por sentencia firme, se determinaba que ambos ex cónyuges adquirirían la plena propiedad de aquellos bienes que

78 Ley 14/1975, de 2 de mayo, *sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges*, BOE, 5 de mayo de 1975, pp. 91413-9419 [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1975-9245> (18 de agosto de 2022)].

79 BOE, 5 de mayo de 1975, pp. 91413-9419.

80 Artículos 1387 y 1444 modificados por el 2 de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, *sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges*, BOE, 5 de mayo de 1975, pp. 91413-9419.

le hubiesen sido adjudicados como consecuencia de la liquidación.⁸¹ En el mismo acto se alteraba el Código de Comercio, suprimiendo la licencia marital y fijando, en su defecto, la denominada “autorización conyugal” en los casos en los que quedase obligado el patrimonio común.⁸²

En nuestra opinión, la transformación verificada en este año supuso un profundo avance para la capacidad jurídica de las españolas. No cabe la menor duda de que su principal valedora fue María Telo Núñez, quien llevó a cabo una labor incansable para conseguir la transformación del Derecho de Familia. A partir de este momento, la población femenina lograba la igualdad en el hogar, adquiriendo la independencia plena de su persona. Quedaban atrás, de esta forma, al menos en lo que respecta al plano normativo, los preceptos que imponían la autoridad marital.⁸³ Un nuevo escollo había quedado sorteado, rompiendo tabúes y preparando voluntades para nuevos y más amplios cambios.

La disolución del matrimonio

El fallecimiento del Caudillo supuso el impulso necesario para la completa revisión del ordenamiento jurídico español. El nuevo contexto jurídico-político permitió la implantación de instituciones que, hasta hacía bien poco, eran objeto del más profundo rechazo. Un claro ejemplo de este extremo viene constituido por el divorcio. Mientras que en 1975 su instauración hubiese sido poco menos que un imposible, tan solo dos años más tarde se

81 Artículo 73 modificado por el 2 de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, *sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges*, BOE, 5 de mayo de 1975, pp. 91413-9419.

82 Artículos 6 a 9 del Código de Comercio modificados por el 5 de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, *sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges*, BOE, 5 de mayo de 1975, pp. 91413-9419. Se modificaron, en concreto, los artículos 6 a 9 del Código de Comercio.

83 La realidad del día a día, sin embargo, tardaría en cambiar. La propia María Telo nos relata cómo existió una triste tendencia consistente en obviar lo dispuesto en la Ley de 1975. Ella misma fue testigo de cómo se aconsejó a dos señoras en una Notaría “[...] para que dejaran de entorpecer la labor de sus maridos con sus observaciones sobre la venta de bienes parafernales, diciéndoles que ellos sabían de estas cuestiones mucho más que ellas.”, TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, p. 144.

incluía como una promesa electoral, integrada en el programa político de los principales partidos de izquierda.⁸⁴ Su consagración se hizo efectiva en el artículo 32 de la Constitución de 1978 que remitía a una ley de desarrollo la fijación de las causas de separación y disolución, así como los efectos de las mismas. Como ya ocurrió durante la II República, la introducción de esta figura en el ordenamiento jurídico español no fue una cuestión pacífica.⁸⁵ De este hecho se lamentaba Fernández Ordóñez, cuando afirmaba:

- 84 MARTÍN DE SANTA OLALLA, Pablo (2001), "La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica", *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea*, n°14, p. 520. En mayo de 1979 el Partido Comunista presentaba al Congreso de los Diputados una proposición de ley de divorcio que tenía como base "(...) no tanto la determinación de una culpa imputable a uno u otro cónyuge, sino la ruptura irreversible –según una previsión racional- de la relación conyugal o la existencia de conductas unilaterales que hagan virtualmente imposible el pacífico mantenimiento de tal relación". En este sentido, se contemplaban como causas legitimadoras de la disolución, las siguientes: la cesación voluntaria o involuntaria, por cualquier causa, de la vida conyugal, durante los dos años inmediatamente anteriores a la demanda de divorcio; el incumplimiento grave de los deberes propios del matrimonio; la enfermedad de cualquiera de los cónyuges que afecte gravemente a la vida en común; la infidelidad y los malos tratos, injurias y ofensas graves a la integridad, dignidad y libertad, imputable a uno de los cónyuges, en relación al otro o a los hijos; y, finalmente, la imposibilidad de la normal convivencia entre los esposos por incompatibilidad de caracteres, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie B: Propositiones de Ley, Núm. 20-I, 25 de mayo de 1979, en AHN, Diversos-General, 609, n°46, pp. 5 y 6. Un mes más tarde se presentaba otra propuesta sobre la misma materia, en esta ocasión por el Grupo Parlamentario Socialista, que contemplaba un listado mucho más amplio de causas de divorcio, alternando motivos de carácter culpable y objetivo. En nuestra opinión, en este punto la proposición tenía un espíritu semejante al que inspiró la Ley de marzo de 1932. En concreto, se alegaban como fundamentos de esta solución jurídica, la separación de hecho libremente consentida y en distinto domicilio; razones de carácter sexual, como son la falta de consumación y la negativa permanente a la procreación o al acto conyugal, o la esterilidad; la conducta perturbadora de la paz matrimonial de uno de los consortes, el quebrantamiento de la fidelidad no consentido ni perdonado, la bigamia, el alcoholismo o toxicomanía, los malos tratos, el desamparo, el abandono, o la desaparición sin noticia, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie B: Propositiones de Ley, n°34-I, 13 de junio de 1979, en AHN, Diversos-General, 609, n°45, p. 2.
- 85 Pablo Martín de Santa Olalla Saludes relata los distintos embates que se sirgieron al mismo desde la jerarquía católica, MARTÍN DE SANTA OLALLA, "La ley del divorcio de junio de 1981 en perspectiva histórica", pp. 521 y ss.

"No es posible desconocer las diversas reacciones que la introducción del divorcio ha suscitado en España. A veces *parece que el divorcio es para los españoles el problema de los problemas, como si no hubiera en nuestra convivencia decenas de temas de mayor gravedad o de urgencia más vital, como si fuera el punto que concentra la mayor densidad de apasionamiento o el que se ve rodeado de mayor expectación*. Y, sin embargo, este es un hecho absolutamente normal, porque el legislador no trabaja en una sala de estudio ni en un laboratorio, porque las leyes no son monumentos de piedra, sino que nacen como un ser vivo y se aplican en una sociedad determinada. Lo que sucede es que en ocasiones y desgraciadamente, los protagonistas de la historia ignoran su propia perspectiva".⁸⁶

No iba muy desacertado el responsable de la cartera de Justicia. El debate social y político sobre el divorcio era una realidad patente. Al respecto, la prensa nos ofrece una buena muestra de la crisis que la propuesta suscitó en el seno del partido de la Unión de Centro Democrático. El 23 de junio de 1981 el editorial del diario *El País* daba cuenta de dichas desavenencias. Decía:

"El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó ayer el proyecto de ley de Divorcio, sin aceptar prácticamente ninguna de las modificaciones importantes introducidas por el Senado. La ley ha quedado, pues, con un marcado carácter progresista, por el que *UCD ha tenido que pagar el precio de sus discrepancias internas, rozando en ocasiones con la ruptura, y que culminó ayer con la exigencia de dimisión del ministro de Justicia Francisco Fernández Ordóñez, por parte del líder democristiano Oscar Alzaga*. (...) decenas de diputados centristas han tenido que aliarse a la hora de las votaciones con socialistas y comunistas, hecho éste que ha provocado los momentos más tensos vividos en el interior del partido del Gobierno (...)".⁸⁷

Pese a lo expuesto, la sociedad demandaba la legalización de esta institución jurídica. En este sentido, en los escritos de María Telo se denunciaba el elevado número "(...) de matrimonios que vivían en una situación anómala, al margen de la Ley".⁸⁸ Sin duda, los más perjudicados por estas irregula-

86 *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 17 de marzo de 1981, pp. 9393 [https://app.congreso.es/est_sesiones/ (23 de septiembre de 2022)]. La cursiva es nuestra.

87 *El País*, 23 de junio de 1981, pp. 18 y 19. La cursiva es nuestra.

88 TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, p. 201.

ridades eran los hijos que habían sido fruto de dichas uniones ilegítimas que, según señala la referida jurista, se formaban como consecuencia de la inexistencia de un mecanismo eficaz para poner fin, ante el Derecho, a enlaces que, en la práctica, ya estaban disueltos.⁸⁹

La respuesta a dicha aspiración vino de la mano de la Ley 30/1981, de 7 de julio. De acuerdo con esta normativa, la disolución del vínculo tenía lugar en dos supuestos diferenciados, de un lado por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y, de otro, por el divorcio.⁹⁰ En concreto, la regulación de esta última figura se recogía en cinco preceptos, encuadrados en el capítulo VIII.

Entre los motivos por los que se podía optar a esta solución judicial, encontramos el mutuo acuerdo, el atentado contra la vida del otro consorte, sus ascendientes o descendientes, y, finalmente, el cese efectivo de la convivencia conyugal. Para la apreciación de este último supuesto, se exigía que se acreditase fehacientemente que los esposos se hallaban en dicha situación por un periodo que oscilaba entre los doce y los sesenta meses.⁹¹ En concreto, cuando la desavenencia traía origen en una demanda de separación previa, pactada por ambos cónyuges, se requería que hubiese transcurrido, al menos, un año desde la interrupción de la cohabitación. La misma condición se imponía cuando la acción se basaba en las causas establecidas en el artículo 82. Estas eran, específicamente, el abandono,

89 TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, p. 201. Sostenía este extremo, igualmente, el ya citado Fernández Ordóñez. Señalaba: "Ni el Estado puede imponer a todos los miembros de la colectividad unas exigencias morales o religiosas que sólo afectan a la conciencia de una parte de ella, aunque sea mayoritaria, ni puede quebrarse la unidad del ordenamiento jurídico por razones de estas creencias. No tiene, por tanto, sentido la negativa del divorcio basada en la defensa de la familia. A la familia la ha deshecho mucho antes el desamor, el abandono, el adulterio, el desamparo. Como consecuencia de esta ignorancia y de una filosofía antidivorcista, ha florecido en España una situación gravísima de alegaldad, de situaciones de hecho, de anomia. Miles de personas no van a reconstruir su matrimonio porque lo diga la ley, pero sí pueden regularizar un segundo matrimonio si una ley de divorcio lo permite. No podemos impedir que los matrimonios se rompan, pero sí podemos disminuir el sufrimiento de los matrimonios rotos. [...]", *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 17 de marzo de 1981, pp. 9393.

90 Artículo 85 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-16216> (28 de septiembre de 2022)].

91 Artículo 86 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

la infidelidad, la conducta injuriosa o vejatoria, la violación grave de los deberes maritales o parentales, la condena a pena de privación de libertad por un tiempo superior a seis años, el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales. Por otro lado, el plazo al que hacemos referencia se elevaba a los dos años en los supuestos en los que la disolución fuese instada por uno solo de los miembros del matrimonio y, siempre y cuando, se justificase que el otro había incurrido en uno de los motivos señalados, aunque no se hubiese solicitado la separación ante los Tribunales. Por último, la petición de uno de los consortes, sin acreditación de alguno de los extremos a los que hemos aludido, exigía la espera de cinco años desde que terminó la vida en común.

Además, la norma exigía que al escrito que iniciaba el procedimiento se acompañase un convenio regulador en el que se fijasen extremos tan relevantes como la persona a cuyo cuidado debían quedar los hijos que estaban bajo la patria potestad de ambos; el régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor que no conviviese con ellos; la atribución y uso de la vivienda y el ajuar familiar; los alimentos y, en su caso, la pensión debida al cónyuge que quedase en peor situación; o la liquidación del régimen económico. En este sentido, se autorizaba a los jueces para adoptar las medidas que estimasen más justas, siempre y cuando los consortes no hubiesen sido capaces de llegar a un acuerdo o, de existir éste, que no fuese justo.⁹² La legislación añadía una precisión respecto al disfrute del hogar matrimonial. En concreto señalaba que, en defecto de anuencia sobre el mismo, se asignaba a los hijos y a aquél en cuya compañía quedasen. En el caso de que no existiese descendencia del matrimonio, se permitía que la utilización de dicho bien se atribuyese, temporalmente, al cónyuge no titular cuando su interés fuese el más necesitado de protección.⁹³

En conclusión, la ley de 1981 conserva, en línea de lo establecido en la legislación republicana de 1932, una concepción de esta institución como último remedio, cuando se evidencia totalmente frustrado el matrimonio. En este sentido, es necesario resaltar que la norma limitaba seriamente la libre voluntad de los cónyuges, en tanto en cuanto no podían acceder a esta solución jurídica de forma inmediata, aun cuando estuviesen de acuerdo en ello. Al contrario, se les obligaba a probar que habían vivido separados

92 Artículos 90 a 97 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, *por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*.

93 Artículo 95 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, *por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*.

durante, al menos, un año, y solo una vez cumplido este plazo, podían acceder al divorcio.⁹⁴ Este hecho fue objeto de crítica por algunos parlamentarios como Pi-Suñer Cuberta, quienes lo entendían como un defecto de la ley, una “pérdida de tiempo y encarecimiento del procedimiento”.⁹⁵ Cabe destacar, además, el carácter retraído, casi reservado, del que se envolvió a la disolución vincular. Su reintegración en el ordenamiento jurídico español se hizo mediante la introducción de cinco artículos en el Código Civil, pues no se consideró necesaria una ley específica para su regulación. Al respecto, María Telo afirmaba:

“(...) apareció como si ya existiese con anterioridad, camuflada entre normas de procedimiento, lo que refleja el temor que los legisladores tenían a la palabra “divorcio”, como si al no pronunciarla o hacerlo de forma poco destacada, fuese a entrar en la sociedad de forma inadvertida y no como una novedad con protagonismo, petición un tanto ingenua después de venir dicha Ley precedida de fuertes rechazos y acaloradas opiniones favorables, recogidas y divulgadas por los medios de comunicación”.⁹⁶

Más elocuentes resultan las palabras del diputado Pi-Suñer Cuberta durante el debate parlamentario. Decía:

“En su planteamiento general se ha intentado disimular que lo que se está discutiendo en realidad es una ley de divorcio, en base a unas sim-

94 En este mismo sentido, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel (2005), “La modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio”, *Anales de Derecho*, n°23, pp. 129-130.

95 El diputado por el Grupo Parlamentario Mixto manifestaba: “(...) el proyecto que llega hoy a la Cámara adolece de notorios defectos y, probablemente, no es el instrumento jurídico más adecuado para solucionar el grave problema que tiene planteado una parte de la sociedad española, que debe hacer frente y buscar una salida a los graves problemas que existen en los matrimonios truncados y ya prácticamente inexistentes (...) La ley que discutimos no se configura como una auténtica ley de divorcio. En algún modo es cierto que permite llegar a él, pero después de andaduras difíciles y de tener que superar muchos obstáculos con la consiguiente pérdida de tiempo y encareciendo el procedimiento”, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 17 de marzo de 1981, p. 9399 [https://app.congreso.es/est_sesiones/ (23 de septiembre de 2022)].

96 TELO, *Mi lucha por la Igualdad Jurídica de la Mujer*, p. 212.

ples modificaciones de distintos artículos del Código Civil sobre aspectos del derecho matrimonial. A nuestro entender, el Gobierno tenía que haber presentado a las Cortes una simple ley de divorcio, sin perjuicio de modificar también los artículos del Código Civil que fuere preciso y adaptarlos en lo menester al espíritu de dicha ley”.⁹⁷

A modo de epílogo final, nos gustaría recopilar los logros que, gracias a la lucha femenina, alcanzaron las españolas durante la etapa de la Transición política. A finales de los años sesenta se alzaron contra la autoridad masculina, rompieron con su silencio y denunciaron su incapacidad jurídica. En aquellas fechas tomaron la palabra, reivindicando la igualdad de los sexos tanto en el ámbito familiar como en el espacio público. En este sentido, gracias a las disposiciones de 1961 y 1966, ciudadanas tan relevantes como María Telo Núñez fueron accediendo, de forma paulatina, a puestos claves de la Administración del Estado, impulsando reformas que resultaron trascendentales en el ámbito del derecho de familia. A raíz de estas modificaciones fue ampliándose su capacidad jurídica y de obrar, eliminándose el deber de obediencia al marido y, por extensión, la denostada licencia marital. A esto hay que añadir que, a partir de 1975, adquirieron la plena disposición y administración de su patrimonio, así como la libertad para celebrar todo tipo de contratos.

La Transición política supuso el derrocamiento definitivo del sistema jurídico franquista, inspirado en arcaicos principios basados en el androcentrismo. La nueva coyuntura política, jurídica y social, permitió que se ejecutasen grandes avances en materia de derechos y libertades de las mujeres. En este contexto constituye un auténtico hito jurídico la aprobación de la ansiada ley del divorcio de 1981. Con esta medida se regularizaban las situaciones familiares anómalas, al tiempo que se daba un importante paso para la equiparación de los cónyuges, ya que ambos podían optar a esta solución, sin distinción alguna. Empero, no debemos olvidar que esta norma estuvo marcada por un claro conservadurismo. El legislador la concibió como un mecanismo dirigido a remediar las uniones definitivamente frustradas. De otro modo no se explica que se fijara un plazo mínimo para poder interponer la acción, que comenzaba a contar desde el momento en que había cesado la convivencia. Clara muestra de este hecho es que prescribía como causas en las que fundar la demanda aquellas basadas en la culpabilidad. No cabe duda de que fue un gran avance, pero el movimiento feminista aún tenía por delante un largo camino por recorrer.

97 *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 17 de marzo de 1981, pp. 9399.

EL REAL DECRETO DE 4 DE JUNIO DE 1847 SOBRE CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES

THE ROYAL DECREE OF JUNE 4, 1847 ON CONFLICTS OF COMPETENCE BETWEEN ADMINISTRATIVE AND JUDICIAL AUTHORITIES

MIGUEL PINO ABAD
(Universidad de Córdoba)

RESUMEN

El Real decreto de 4 de junio de 1847 vino a aclarar el confuso panorama existente antes de él en la sustanciación y resolución de los conflictos de competencia entre las autoridades administrativas y judiciales. Desde entonces, se adjudicó la exclusividad a los jefes políticos, más tarde gobernadores provinciales, para promover tales contiendas, con exclusión de cualquier otra autoridad administrativa o judicial. Asimismo, esta norma sirvió para establecer el modo en que debían tramitarse los referidos conflictos que, en caso de no alcanzar acuerdo previo entre los contendientes, eran resueltos por el monarca previa consulta al Consejo Real.

Palabras clave: contiendas, competencias, autoridades administrativas, jueces, Consejo Real.

ABSTRACT

The Royal decree of 4 June 1847 clarified the confusing panorama that existed before it in the substantiation and resolution of conflicts of competence between administrative and judicial authorities. From then on, the political leaders, and later provincial governors, were given exclusive authority to settle such disputes, to the exclusion of any other administrative or judicial authority. This rule also served to establish the way in which such disputes were to be handled. If no prior agreement was reached between the disputants, they were resolved by the monarch after consulting the Royal Council.

Keywords: Disputes, competences, administrative authorities, judges, Royal Council.

RESUM

EL REIAL DECRET DE 4 DE JUNY DE 1847 SOBRE CONFLICTES DE COMPETÈNCIA ENTRE AUTORITATS ADMINISTRATIVES I JUDICIALS

El Reial decret de 4 de juny de 1847 aclarí el confós panorama existent abans del mateix decret en la substanciació i en la resolució de conflictes de competència entre les autoritats administratives i judicials. Des d'aleshores, es va adjudicar l'exclusivitat als caps polítics, més endavant governadors provincials, per a promoure determinades conteses, amb exclusió de qualsevol altra autoritat administrativa o judicial. Així mateix, aquesta norma va servir per a establir el mode en el qual calia tramitar els esmentats conflictes que, en cas de no aconseguir un acord previ entre els contendents, eren resolts pel monarca sota consulta prèvia al Consell Reial.

Paraules clau: Conteses, competències, autoritats administratives, jutges, Consell Reial.

Este trabajo de investigación pertenece al proyecto titulado "Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea", referencia PID2020-113346GB-C22, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

MOTIVOS QUE JUSTIFICARON LA PROMULGACIÓN DE ESTE REAL DECRETO

Al objeto de encuadrar correctamente nuestro objeto de estudio, conviene aclarar que cuando aquí hablamos de competencia no nos estamos refiriendo a un término proveniente del verbo competir, sino de competer como sinónimo de corresponder o pertenecer. De esta manera, la competencia se definía como la facultad de conocer y fallar sobre ciertos negocios que la ley atribuía u otorgaba a una autoridad. Mientras que por contienda de competencia había de considerar el debate suscitado entre dos o más autoridades que se creían autorizadas para conocer de un negocio, a fin de avocarlo a un tribunal o averiguar a quien correspondía.¹

Estas cuestiones sobre el derecho de juzgar un asunto se distinguían, a su vez, entre las contiendas de jurisdicción y de competencia. Dentro de las primeras estaban las controversias suscitadas entre jueces de diferente clase sobre el conocimiento de una cuestión que, por su naturaleza, era

1 PELÁEZ DEL POZO, Julián (1849), *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Imprenta de D. B. González, Madrid, p. 408; y VICENTE Y CARAVANTES, José (1856), *Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, t. I, p. 305.

propio de un orden jurisdiccional determinado, mientras que los segundos se referían a las controversias promovidas entre jueces del mismo orden.

Si seguimos profundizando, también conviene aclarar que las cuestiones de competencia se subdividían en positivas y negativas. Aquéllas se producían cuando los dos tribunales, que se consideraban competentes, pretendían conocer del negocio. Por su parte, éstas se generaban cuando ambas autoridades se inhibían o declaraban incompetentes y, por tanto, se hablaba de contienda negativa porque resultaba una negación de competencia.²

De todas las opciones posibles, en estas líneas nos vamos a ocupar, de forma concreta, de las promovidas entre las autoridades judiciales y administrativas.

Como precedente más inmediato a la norma que constituye el eje de nuestro estudio se encontraba el real decreto de 6 de junio de 1844. En palabras de un autor de la época, “antes de él todas las competencias que existían entre las autoridades administrativas y judiciales se resolvían por la buena fe de ambas y por la armonía que de ordinario había o debía haber al menos entre los jueces de la Administración en los respectivos ministerios”.³

Fue el ministro de Gracia y Justicia de entonces, Luis Mayans, quien propuso que, para dirimir las contiendas, se fijasen unas mínimas reglas sencillas y generales tanto por el interés público como particular.⁴ En respuesta a esta petición, en el decreto de 1844 se previno que, cuando ocurrieran conflictos entre autoridades judiciales y administrativas, se remitiesen respectivamente las diligencias a los Ministerios de que dependían para que, reunidos ambos ministros, se pusieran de acuerdo en el modo de decidir la competencia o, en el caso de no estar conformes, lo hiciese el Consejo de Ministros.⁵

2 GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín (1852), *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, Madrid, t. VI, p. 582; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos judiciales*, t. I, p. 307.

3 POSADA DE HERRERA, José de (1845), *Lecciones de Administración*, Imprenta de la Sociedad de Operarios del mismo arte, Madrid, t. I, p. 115.

4 SÁINZ MORENO, Fernando (1996), “La participación de miembros del Consejo de Estado en el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales”, *Documentación Administrativa*, nº 244-245, p. 241.

5 GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel (1861), *Tratado académico forense de los procedimientos judiciales*, Librería de Sánchez, Madrid, vol. 1, p. 41.

Aunque el decreto de 1844 supuso un importante avance en la resolución de las contiendas de competencia, ante el vacío normativo anterior, ofrecía destacados problemas, debido al retraso que se producía en la resolución de las mismas. Además, no se había indicado en el decreto el tipo de asuntos sobre los que podían plantear competencias los jefes políticos. Tampoco se habían previsto los perjuicios que resultarían si todas las autoridades se creyesen con derecho a suscitárlas. Finalmente, se hallaban revestidas sus disposiciones del carácter de provisionales porque este decreto fue promulgado en un momento en el que todavía no se habían concretado las atribuciones de los jefes políticos, al faltar los Consejos provinciales.⁶

Un nuevo panorama se abrió tras la publicación de las leyes de 2 de abril de 1845,⁷ sobre las facultades de éstos, y el real decreto de 22 de septiembre de ese mismo año, que detalló las del Consejo Real, entre las que se hallaba la de conocer de las contiendas de competencias. Desde ese instante, se estimó indispensable promulgar una nueva disposición, que viniese a actualizar y mejorar lo consignado en el real decreto de 6 de junio de 1844.⁸

En resumidas cuentas, era preciso manifestar quiénes debían promover los incidentes de competencia entre autoridades judiciales y administrativas, así como el modo de entablarlos. Consecuencia de esto se promulgó, con una incuestionable influencia francesa,⁹ el real decreto de 4 de junio de 1847.

Con claridad se recogió en su preámbulo esa necesidad de que fuese promulgado por “la reciente separación de las atribuciones judiciales y administrativas, acumuladas y confundidas anteriormente en los alcaldes mayores y tribunales de justicia” y por la provisionalidad del anterior decreto de 1844.¹⁰

6 MORENO TEJADA, Sara (2020), *El Consejo provincial (1845-1868). Estudio particular de la corporación alicantina*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 107, recuerda que era “el cuerpo consultivo de la autoridad superior de la provincia y el tribunal de primera instancia para la decisión de los asuntos contencioso-administrativos. Su creación respondía al fin de que se refundiesen en ellos las atribuciones que venían siendo desarrolladas por las Diputaciones provinciales”.

7 Ibidem, p. 149 y ss.

8 PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico*, p. 412; y ESCRICHE, Joaquín (1874), *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, vol. 2, p. 375.

9 LOZANO, Blanca (1989), “Los conflictos entre la Administración y los tribunales. Perspectiva histórica y nueva configuración”, *Revista de Administración Pública*, nº 118, p. 189.

10 Continuaba el preámbulo señalando que “en el anterior real decreto de 1844 no se pre-

EXCLUSIVIDAD DE LOS JEFES POLÍTICOS O GOBERNADORES PROVINCIALES PARA PROMOVERLAS

Uno de los principales asuntos que el decreto de 4 de junio de 1847 vino a resolver fue, como hemos apuntado, determinar quién debía promover estas contiendas de competencia. Anteriormente, ninguna norma decía nada al respecto, ni siquiera el decreto provisional de 1844. De manera que, previamente a su entrada en vigor, se reconocía que todas las autoridades tenían la facultad de provocar conflictos siempre que estimaran que el conocimiento y resolución de un asunto les correspondían. Así, pudieron promoverlos las Diputaciones provinciales, los Consejos provinciales, los Juzgados ordinarios, las Audiencias, las Subdelegaciones de rentas, etc. Frente a ello, el interés público demandaba que se suscitasen pocos conflictos para la pronta y expedita administración de justicia. Esto es, era necesario impedir que todas esas autoridades tuvieran facultad de promover conflictos y que se encargase a una sola, a fin de lograr una mayor unidad y mejor orden.

De todas las autoridades se decidió que solo los jefes políticos pudieran promover los conflictos que se originasen entre las administrativas y judiciales. La razón esgrimida fue que ellos aparecían como los únicos que más oportuna y convenientemente podían ejercitar estas acciones en representación del Estado y de las atribuciones del poder ejecutivo, dada su condición de principales agentes en las provincias.¹¹

Esa exclusividad provocó que, entre otros, se denegara a los Consejos provinciales, por tratarse de cuerpos compuestos o colegiados. Así, se dijo que éstos adoptaban soluciones con lentitud por las largas deliberaciones entre sus miembros, algo que no se produciría con los jefes políticos. Éstos debían ser los únicos facultados para suscitar y promover los conflictos de atribuciones y jurisdicción entre los funcionarios de la Administración y los tribunales y juzgados por aparecer como la autoridad más imparcial, en atención al lugar elevado que ocupaban y por no tener que conocer del asunto que daba ocasión a la competencia, a través de la cual se buscaba la recuperación y el restablecimiento de los límites de una jurisdicción pública que se vieron invadidos por otra.¹²

vieron los males que resultarían de que todas las autoridades se creyesen con derecho a entablar las competencias, sucediendo que las administrativas se encuentran y pueden verse embarazadas continuamente en sus funciones más interesantes cuando la naturaleza de estas mismas funciones exige, para producir el bien, que se ejerzan con rapidez y libertad".

11 PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico*, pp. 413 a 416; y PARADA VÁZQUEZ, "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", p. 100, nota 43.

12 Decisión del Consejo Real de 26 de mayo de 1846 (colección legislativa, 1846, t. 37, n° 6):

En cualquier caso, había de quedar patente que el jefe político o gobernador no podía provocar competencias si lo hacía en su condición de presidente del Consejo provincial, ya que, en tal supuesto, había riesgo de parcialidad, al conocer del asunto reclamado, lo que impedía que participase como verdadero agente de la Administración y representante de los intereses del Estado, sino como parte del referido Consejo provincial.

Así lo declaró, por ejemplo, el Consejo Real al indicar que no había lugar a resolver la competencia planteada por el jefe político de Granada, en su condición de máximo representante del Consejo provincial, contra el juez de primera instancia de Guadix por haber protegido éste al marqués de Cortes en la posesión del término de Graena y sus terrenos colindantes con los de Peza. Decisión judicial que fue desobedecida por el alcalde de esta localidad. Se fundó la resolución del sínodo en haberse vulnerado el decreto, puesto que no fue solo el jefe político, sino el Consejo provincial quien se dirigió al juez, ignorando la garantía que la norma concedía a la independencia y libertad de la autoridad judicial en el hecho de concretar a los jefes políticos la atribución de plantear competencias a la misma. El Consejo Real remitió el expediente y los autos tanto al jefe político granadino como al juez de primera instancia de Guadix para que aquél la propusiera nuevamente, si así lo estimaba conveniente.

Asimismo, por decisión de 16 de febrero de 1848 se resolvió que no procedía pronunciarse sobre la contienda generada en 1846 por el juez de primera instancia de Las Palmas contra el jefe político de Canarias relativa a la enajenación de parte del riego en Zorongo, término perteneciente a Santa Brígida. Apoyó su decisión, no solamente en la ausencia de permiso en el juez para dirigir al Consejo provincial la reclamación del asunto en que se encontraba, sino en no existir atribución en el jefe político para admitir la competencia, puesto que debió ceñirse como tal y no como presidente del Consejo a rechazar tal reivindicación.¹³

Otra cuestión que debemos plantearnos es si las autoridades judiciales podían provocar también las contiendas de competencia. En principio, había

“compete exclusivamente a la Administración, por medio de los jefes políticos, la facultad de provocar contiendas de jurisdicción y atribuciones a la autoridad judicial, careciendo de ella por lo mismo los Consejos provinciales. También decisiones de 26 de noviembre de 1846 (col. Leg. 1846, t. 39, n° 72) y 30 de enero de 1847 (col. Leg. 1847, t. 40, n° 3); y ESCRICHE, *Diccionario razonado*, vol. 2, p. 378.

- 13 Arts. 1 y 2 del real decreto de 4 de junio de 1847; Decisión del Consejo Real de 30 de enero de 1847 (col. Leg. 1847, tomo 40, n° 3). Sobre esta cuestión, GARCÍA GOYENA, *Febrero o librería de jueces*, vol. VI, p. 584; y VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico*, t. I, p. 310.

que entender que sí, ya que desde el momento en que la autoridad administrativa estaba autorizada para reivindicar los asuntos de su competencia pendientes en los tribunales de justicia, debía otorgarse el mismo criterio de reciprocidad a éstos para reivindicar los temas de su jurisdicción. Y ello conforme a la distinción de los poderes administrativo y judicial y la equiparación de derechos de ambas jurisdicciones para mantener su competencia y eludir las injerencias que pudiera temer el orden judicial provenientes del administrativo. Además, el decreto de 6 de junio de 1844 no indicó expresamente que el jefe político tuviera la exclusividad en el planteamiento de este tipo de contiendas.

Sin embargo, hubo razones para excluir a la autoridad judicial esa posibilidad de generación de competencias. Así, se aseveró que no cabía fijar tal reciprocidad sobre esta cuestión porque eran diversas las circunstancias que concurrían en los actos propios de la autoridad administrativa y en los de la judicial. La mayoría de aquéllos requería celeridad en su tramitación y resolución porque se buscaba remediar cuestiones urgentes, lo que no era extensible generalmente a los negocios judiciales. Además, se esgrimió que, si la autoridad judicial pudiera promover la contienda de competencia, estaría en disposición de obstaculizar y suspender, en cualquier momento, la actuación administrativa, con indudable perjuicio para los intereses generales.

A fin de evitar estos inconvenientes, se admitió como principio esencial que dicha facultad debía concederse solo a la autoridad administrativa y así lo dejó sentado el Consejo Real cuando sostuvo que “la adopción de este principio no puede perjudicar a los interesados particulares, porque pudiendo proponer ante los tribunales ordinarios la excepción de declinatoria, obtienen el mismo resultado que podrían obtener por medio de la competencia; ni tampoco puede mirarse como contraria a Derecho que tienen los tribunales de defender la integridad de sus facultades, porque esta integridad se encuentra garantizada por la imparcialidad del rey, jefe del poder ejecutivo, fuente y origen de toda jurisdicción y natural regulador de su competencia”.¹⁴

Precisamente, si en atención a la señalada rapidez de la acción administrativa se negaba a los tribunales la facultad de provocar competencias a la Administración, se hizo preciso reducir al mínimo la desigualdad gene-

14 Decisión del Consejo Real de 6 de mayo de 1846 (col. Leg. 1846, t. 37, n° 1). Con similares términos, decisiones de 23 de febrero de 1848 (col. Leg. 1848, t. 43, n° 20) y de 24 de octubre de 1849 (col. Leg. 1849, t. 48, n° 61); GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado académico-forense*, vol. 1, p. 43; y ESCRICHE, *Diccionario razonado*, vol. 2, p. 380.

rada, lo cual sólo podía lograrse concediendo la exclusividad a los jefes políticos, con exclusión absoluta de los demás agentes y cuerpos administrativos.¹⁵ Por todo ello, estando otorgada únicamente a los jefes políticos la propuesta de inhibición de jueces y tribunales, no había duda de que solo a ellos correspondía plantear las competencias, teniendo que rechazar las que aquéllos promoviesen.¹⁶

Esa exclusividad de los jefes políticos afectó incluso a los ministros, pese a su condición de jefes supremos de la Administración. En este supuesto, la exclusión se explicaba por el hecho de que, siendo el Gobierno quien decidía las competencias, no podía ser también el que las provocase, lo que equivaldría a ser juez y parte en su propia causa, de forma que se generaba un riesgo de parcialidad indiscutible.¹⁷

Para que los jefes políticos o gobernadores provinciales pudieran hacer uso de esta facultad de promover contiendas de competencia hacía falta que concurriesen las circunstancias siguientes:

1ª. Que hubiese tomado conocimiento el juez o tribunal de un negocio que correspondía a la Administración. Eso significaba que mientras existieran solo providencias de un juez que no constituían aún conocimiento, en sentido estricto, no podía el gobernador provocar la competencia. Así sucedía, por ejemplo, cuando un juez reclamaba actuaciones administrativas que le servían de base para proceder.¹⁸

2ª. Que el conocimiento que el juez hubiese tomado fuese verdaderamente judicial, esto es, en conformidad a la tramitación prescrita por las leyes. De forma que las gestiones que solo se dirigían a entorpecer la acción administrativa no daba lugar a competencia.¹⁹

3ª. Que la cuestión suscitada versase sobre actos de jurisdicción contenciosa, no de voluntaria o de otra índole que por la ley le correspondía.²⁰

4ª. Y que el negocio en que conocía el juez no estuviese terminado por ejecutoria, porque las partes hubiesen desistido o por cualquier otra causa, pues, como el objeto de la competencia era la reintegración de

15 Decisión del Consejo Real de 29 de junio de 1846 (col. Leg. 1846, t. 38, nº 35).

16 Decisión del Consejo Real de 30 de agosto de 1846 (col. Leg. 1846, t. 38, nº 47).

17 GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado académico-forense*, vol. 1, p. 46.

18 Decisión del Consejo Real de 26 de noviembre de 1846 (col. Leg. 1846, t. 39, nº 72).

19 Decisión del Consejo Real 13 de julio de 1853 (col. Leg. 1853, t. 59, nº 22).

20 Decisión del Consejo Real de 12 de julio de 1849 (col. Leg. 1849, t. 47, nº 37).

la jurisdicción administrativa, había cesado ya la usurpación que se cometía.²¹

Sin embargo, en determinadas circunstancias excepcionales esa facultad privativa de los jefes políticos se compartía con alguna otra autoridad administrativa. En este sentido, a los intendentes tocaba suscitar competencias cuando actuaban como jefes provinciales en el ramo de Hacienda, pues en las cuestiones de esta clase y en las relativas a bienes nacionales o fincas del Estado se encontraban equiparados a los jefes políticos, conforme a lo dispuesto en un real decreto promulgado el 3 de enero de 1849.

Aunque aparentemente pudiera parecer otra cosa, esto último no estaba en contradicción con el decreto de 4 de junio de 1847, pues si bien el artículo 2º decía que los jefes políticos debían ejercer la facultad de suscitar conflictos y reclamar los negocios cuyo conocimiento correspondía a la administración civil en general, por lo cual parecía que los intendentes debían acudir al jefe político siempre que entendieran que sus atribuciones o jurisdicción eran invadidas para que promoviese el conflicto, lo cierto es que el mismo artículo terminaba diciendo que “consiguiente a lo determinado en el artículo 9 de la ley de 2 de abril de 1845”, es decir, que los Consejos provinciales conocerían en todo lo contencioso de los diversos sectores de la administración civil, siempre que para ellos no se hubiesen fijado tribunales especiales.

Conforme a todo lo expuesto, siendo los intendentes jueces especiales de la Administración en los negocios de rentas, los conflictos que pudieran ocurrir entre ellos y los demás tribunales y autoridades, que no fuesen los de la administración civil, a ellos y no al jefe político correspondía promoverlos,²² aunque esta excepción desapareció pronto tras refundirse los cargos de jefe político e intendente en el de gobernador de provincia, conforme al real decreto de 27 de diciembre de 1849.²³

Además de los casos en que la facultad de promover conflictos de competencia correspondió a los intendentes, hubo otros en que los jefes políticos

21 Decisión del Consejo Real de 25 de agosto de 1849 (col. Leg. 1849, t. 47, nº 45); y GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado académico forense*, vol. 1, p. 49.

22 PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico*, p. 417; y GARCÍA GOYENA, *Febrero o libre-ría de jueces*, vol. 6, p. 583.

23 ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, vol. 2, p. 380.

debían abstenerse de poner en uso la que les estaba concedida. Fueron los siguientes:

1°. Por razón de la naturaleza del asunto: En los juicios criminales, a fin de que no se demorase el pronto castigo de los delitos o la absolución de los inocentes. Esta regla presentaba dos importantes excepciones: a) cuando afectase a funcionarios públicos; b) cuando, conforme a la ley, había de resolverse por la autoridad administrativa alguna cuestión anterior que supeditara el fallo de los tribunales.

No obstante, es importante subrayar respecto a la primera excepción que la Administración en ningún caso ejercía una verdadera jurisdicción criminal. Las atribuciones concedidas se limitaban a corregir gubernativamente las infracciones de las disposiciones administrativas y reprimir disciplinariamente los abusos, excesos o negligencias de sus agentes cuando no llegaban a constituir delitos o faltas que tuviesen sanción determinada en el Código penal. Respecto a la segunda, se exigió que la Administración sostuviera la competencia si la autoridad judicial pretendía entender en el negocio sin esperar al resultado de las diligencias administrativas.²⁴

2°. Por razón de la cuantía. Tampoco podían los jefes políticos ni los intendentes promover conflictos acerca de los pleitos o cuestiones de que se hallaban conociendo los alcaldes como jueces de paz, por ser éstos de tramitación más breve que el incidente de competencia.

3°. Por falta de agente necesario. No podía promoverse competencia en los pleitos de comercio durante la primera instancia. Ello se debió a la ausencia de representante del ministerio fiscal que pudiera cumplir los requisitos y llenar los trámites necesarios en la provocación y preparación de los conflictos. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la jurisdicción ordinaria conoció de los asuntos mercantiles y, por tanto, a partir de entonces los gobernadores sí que podían provocar competencias en los pleitos de comercio que estuviesen en primera instancia.²⁵

24 GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado académico forense*, vol. 1, p. 51; y ESCRICHE, *Diccionario razonado*, vol. 2, p. 402.

25 ESCRICHE, *Diccionario razonado*, vol. 2., p. 413.

4^ª. Por razón del estado del litigio. Se reconoció límites a la atribución de los gobernadores, pues no podían ejercitarla en pleitos concluidos por sentencia firme.²⁶ Según parece, el respeto a la verdad legal que representaba una ejecutoria era el fundamento de esta limitación. Por tanto, si la cosa juzgada no se volvía a cuestionar, tampoco se debería discutir la facultad de la autoridad que la resolvió. No obstante esto último, si se interpusiera recurso por alguno de los litigantes, sí que sería viable la competencia porque se abría otra vez el proceso y el interés de la Administración en plantearla era idéntico que en la instancia previa.

Como ejemplo relacionado con esto, podemos traer a colación que, habiendo protestado los empleados de la localidad de Almadén la forma de repartir entre ellos el producto de cierto destajo e incoado el oportuno juicio verbal, pronunció el juez su fallo. A renglón seguido, el superintendente de rentas provocó competencia. El Consejo Real declaró no haber lugar a decidirla, considerando que “el bien público exigía que se otorgase a la cosa juzgada un respeto absoluto” y recordó que el decreto de 6 de junio de 1844, al abordar esta cuestión, se ciñó a los negocios pendientes o no fenecidos y que el de 4 de junio de 1847 excluyó los que habían sido concluidos mediante sentencia ejecutoria.

Asimismo, resulta de interés sobre esta cuestión la decisión del Consejo Real de 23 de febrero de 1848 donde aseveró que “cuando la causa formada a un alcalde no está comprendida en ninguno de los dos casos del párrafo 1^º del artículo 3 del real decreto de 4 de junio de 1847 es infundada la reclamación por parte del jefe político. El hecho de acudir al jefe político antes que al juez los agraviados y mandar aquél que suministren la información de los excesos denunciados no puede darle un conocimiento preventivo, que no cabe ni puede haber cuando media el conocimiento privativo que a los tribunales corresponda”.²⁷

Esta regla que comentamos también tuvo su propia excepción. Así, podía entablarse competencia, aun cuando las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales sobre el asunto hubieran recaído en autoridad de cosa juzgada, con relación a los juicios posteriores que tuvieran

26 Decisión del Consejo Real de 27 de mayo de 1846 (col. Leg. 1846, t. 37, n^º 7).

27 Artículo 3 del decreto de 4 de junio de 1847; Decisiones del Consejo Real de 27 de octubre de 1847 (col. Leg. 1847, t. 42, n^º 80); 23 de febrero de 1848 (col. Leg. 1848, t. 43, n^º 20); 20 de agosto (col. Leg. 1852, t. 56, n^º 52) y 31 de marzo de 1852 (col. Leg. 1852, t. 55, n^º 14); GARCÍA GOYENA, *Febrero o librería de jueces*, vol. 6, p. 586; y VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico*, t. I, p. 313.

por finalidad la ejecución de aquéllas si se perseguía, entre otros supuestos, el cobro de las deudas de pueblos, diputaciones provinciales, establecimientos de beneficencia u otros públicos. En tales casos, no se elevaba la competencia sobre el fondo, que era de naturaleza judicial, sino sobre la ejecución del mismo o modo de hacer efectivo el derecho declarado en éste.

5°. Por informalidad no sustancial. Se producía cuando se habían dejado de cumplir ciertos requisitos previos que la ley consideraba y exigía como necesarios para la legalidad del fallo judicial. Así, por no haber precedido el correspondiente permiso para sancionar en juicio a los empleados.²⁸ Aquél tenía por finalidad impedir intromisiones del ámbito judicial en el administrativo. Tal sistema se instauró en la ley de 2 de abril de 1845 para el gobierno de las provincias. Competía a los jefes políticos la facultad de conceder o no la autorización para procesar a los funcionarios por hechos perpetrados durante sus funciones.²⁹

- 28 Artículo 3 del Real decreto de 4 de junio de 1847. En el análisis de este precepto Lozano resalta la prevalencia de la Administración, tanto en el planteamiento como en la resolución de los conflictos. Agrega que “esta prevalencia, consecuencia de la preocupación por salvaguardar la actuación administrativa de las injerencias judiciales, se manifiesta en la regulación de las cuestiones prejudiciales administrativas”, LOZANO, “Los conflictos entre la Administración y los tribunales”, p. 189. Hace unos años González Rus definió la cuestión previa administrativa como aquella que “debía ser resuelta previa y necesariamente por la Administración mediante una decisión que era vinculante para el juez penal y de la que dependía su fallo. Ante la decisión administrativa de que no se había realizado la conducta delictiva, el juez penal se veía obligado a no continuar el juicio, lo que tenía especial incidencia en el caso de los delitos de funcionarios, pues eran los superiores jerárquicos de éstos quienes finalmente decidían sobre si sus extralimitaciones eran o no constitutivas de delito”, GONZÁLEZ RUS, Juan J. (2010), “Los conceptos jurídico-administrativos y las cuestiones prejudiciales administrativas en el ámbito penal”, en *La responsabilidad penal en la Administración Pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, p. 109.
- 29 Como recuerda IÑESTA PASTOR, Emilia (2018), “Los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos en la codificación penal española del siglo XIX”, DE RIQUEUR, Borja, PÉREZ FRANCESCH, Joan Lluís, RUBÍ, Gemma, FERRAN TOLEDANO, Lluís y LUJÁNS, Oriol (dirs.), *La corrupción política en la España contemporánea*, Marcial Pons, Madrid, p. 590, “durante la discusión del Proyecto de Código Penal de 1848, se opuso a la regulación establecida el senador Agustín Armendáriz por considerar que el Código invadía materias que deberían quedar reservadas a la Administración y no a los tribunales, conculcándose el principio de separación de poderes porque en estos delitos solo el Gobierno es el juez competente, debiendo ser requisito previo para que el poder judicial conozca de los mismos y evitar que entre a juzgar actos de pura administración una autorización previa del Gobierno o de sus agentes, fundándose en los artículos 1° y 2° del Código Penal”.

Dicha facultad era discrecional. De forma que, por ejemplo, en los casos de malversación de caudales públicos³⁰ era atribución de la Administración examinar previamente las cuentas, porque sin comprobar los hechos declarados en la denuncia y sin calificar el presunto abuso, no había motivo para la formación de causa judicial. Lo cierto es que, durante gran parte del siglo XIX, los conflictos entre jueces y gobernadores provinciales se generalizaron con resultados dispares. Los primeros interesados en procesar y castigar a los corruptos. Los segundos, justamente en todo lo contrario, apareciendo como encubridores de conductas escasamente lícitas.

En este sentido, el Consejo Real resolvió en 1853 a favor de la Administración la competencia suscitada entre el gobernador de Burgos y el juez de Medina de Pomar sobre un proceso instruido contra varios individuos del Ayuntamiento del Valle de Tobalina por malversación de fondos municipales.³¹

Idéntica solución se arbitró en la causa incoada a raíz de la denuncia interpuesta por un vecino de Llagostera. El juez del partido procesó al Ayuntamiento por malversación de caudales públicos. Cuando, una vez terminado el sumario, el juez elevó las actuaciones a la Audiencia y ésta dispuso la apertura del juicio oral, el gobernador de la provincia, a petición de los procesados, requirió de inhibición a la autoridad judicial, alegando que, mientras no se probase que los procesados habían sido declarados malversadores de fondos de la Administración, no procedía que se les persiguiese criminalmente por haber una cuestión previa que resolver. La Audiencia sostuvo su competencia, por estimar que pertenecía a los tribunales ordinarios la sustanciación de los pleitos penales, salvo los reservados al Senado, a los juzgados de Guerra y Marina y a las autoridades administrativas. En cuanto a lo referente a la cuestión previa, que se decía existir, manifestaba la Audiencia que no podían convertirse en asunto de competencia entre la Administración y los tribunales los hechos que, por su índole y sin necesidad de decisión anterior, presentaban las singularidades de comportamientos delictivos, consignados y sancionados en el Código Penal. Agregó que no podía admitirse la doctrina de que para que la jurisdicción ordinaria pudiera conocer de un hecho con los caracteres de delito de malversación de fondos municipales fuese necesario que la Administración remitiese el correspondiente tanto de culpa, no sólo porque ésta care-

30 Sobre este delito a lo largo del siglo XIX puede verse PINO ABAD, Miguel (2019), *La malversación de caudales públicos en la España decimonónica*, Tecnos, Madrid.

31 Decisión del Consejo Real de 14 de enero de 1853.

cía de competencia para hacer la declaración de delitos, sino porque equivaldría su declaración a prejuzgar la resolución de los tribunales. Pese a estos argumentos, se resolvió que, mientras la Administración no censurase y aprobase las cuentas de gastos e ingresos, existía una cuestión administrativa que dilucidar, de la cual podía depender en su día la sentencia del juez.³²

En otros casos, aunque más excepcionales, sí se concedió la razón a la autoridad judicial. A modo de ejemplo de lo que afirmamos, podemos traer a colación que en la competencia promovida entre la Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona y el gobernador de dicha provincia resultó que el alcalde y los concejales de Santa Eulalia de Riuprimer acudieron ante el Juzgado de Vich denunciando el hecho de que Ramón Dalmau, recaudador que había sido de los fondos comunales de dicho pueblo y que fue requerido varias veces de que rindiera las correspondientes cuentas de su recaudación y administración, sin que lo verificase, habiéndose limitado a presentar una parte de los documentos, pero sin entregar los demás. La denuncia manifestaba que el acto podía representar un delito de desobediencia grave y otro de malversación por haber aplicado a usos propios los fondos públicos puestos a su disposición y haberse negado a entregar los documentos que tenía el recaudador en su poder. La competencia se resolvió considerando que los referidos hechos constituyeron, de un lado, un delito de desobediencia a la autoridad, recogido en el Código penal, cuya aplicación correspondía a los tribunales, sin que se pudiera hablar de la existencia de una cuestión previa, que tuviera que resolver la Administración y, de otro, que la aprobación de las cuentas tampoco era aplicable en el presente caso respecto al segundo de los hechos denunciados, puesto que la responsabilidad de Dalmau era independiente del resultado que podían tener las cuentas municipales del Ayuntamiento. Conforme a ello, como hemos adelantado, se resolvió la competencia a favor de la autoridad judicial.³³

En otras ocasiones la autorización de procesamiento se concedió tan solo parcialmente. Así sucedió el 6 de mayo de 1853 cuando se denegó en parte la pedida por el Juzgado de rentas de Salamanca para incoar procesamiento contra el Ayuntamiento y la junta pericial de Santiago de la Puebla por fraudes en los repartos y cobranzas de contribuciones. A consecuencia de la queja dada al jefe provincial

32 *El Día*, n° 2654, 24 de septiembre de 1887, p. 1.

33 Real decreto de 28 de septiembre de 1891 (*Gaceta* de 3 de octubre de 1891).

de Salamanca por varios vecinos de la citada localidad, en la que se suponían abusos cometidos por el Ayuntamiento en el reparto y exacción de contribuciones, tomó las medidas que creyó convenientes para conocer el hecho denunciado. El Consejo Real consideró que eran tres los hechos por razón de los cuales intentó la subdelegación de rentas de Salamanca actuar contra el consistorio y junta pericial de la referida localidad: haber exigido mayores cantidades que las autorizadas y consignadas en las listas cobratorias del pueblo; ocultar la suma en que fue rematada la taberna de la villa y servirse para la cobranza de repartos diferentes de los legales. En su resolución, indicó que los dos primeros no constituyeron delitos aislados, cuya averiguación podía verificarse por medios que estaban privativamente en manos de la potestad judicial, sino que, por la naturaleza de los mismos, su probanza era inseparable del examen detenido de las cuentas de las contribuciones y de las municipales. Se recordó que este examen correspondía a la Administración, que lo ejecutaba por medio del gobernador de la provincia respecto de las cuentas municipales cuando el presupuesto respectivo no llegaba a 200.000 reales y por conducto del Tribunal de Cuentas, establecido en la ley de 25 de agosto de 1851, respecto de las cuentas generales de contribución y de las municipales, cuyo presupuesto llegara al tipo referido. En atención a todo lo expuesto, falló que no correspondía al Juzgado proceder a la formación de causa, sin que una decisión previa de la Administración, subsiguiente al examen de las cuentas, no le pusiera en camino de verificarlo. Sin embargo, no concurrían las mismas razones respecto al tercer hecho, verdadero delito de falsificación, pues su investigación era independiente del resultado de las cuentas y respecto del cual no existían, por otra parte, méritos capaces de detener la acción de los tribunales. Por tal motivo, y como antes apuntábamos, se denegó el permiso pedido por la subdelegación de rentas de Salamanca, salvo en lo tocante al tercer extremo.³⁴

De otro lado, había cuestión previa cuando se procedía contra funcionarios por delitos cuya sustanciación correspondía a los tribunales de justicia y que consistían en abusos en el acatamiento de las órdenes de sus superiores. La Administración debía resolver si hubo o no exceso y solo en caso afirmativo podía proceder la autoridad judicial. No cabía promover la competencia porque ésta se refería a disputar el derecho a conocer y solo hubo omisión o faltas de tramitación contra las que se podía interponer recurso de nulidad ante el mismo juez. Tal recurso era

34 *El Faro Nacional: revista universal de la Administración pública*, año III, n° 238, 23 de octubre de 1853, pp. 6 y 7.

un remedio mucho más breve, eficaz y procedente que el de incompetencia.³⁵

6º. Por ausencia de permiso que debían otorgar los gobernadores cuando se refería a causas en que pleiteaban los pueblos u organismos públicos. En estos casos también tenían los interesados la opción de presentar recurso de nulidad. La ley no permitía pleitear contra aquéllos sin que los jefes políticos concedieran la autorización correspondiente, a fin de que la Administración pudiera estudiar si era posible amparar la acción o si se debía allanar, pero, con independencia de cual fuera su parecer, el tribunal conservaba el derecho a resolver sobre el fondo del asunto.³⁶

7º. Finalmente, los jefes políticos, en ningún caso, debían suscitar conflictos a no ser que estuviesen apoyados en disposición expresa de ley, conforme a la cual correspondía el conocimiento del tema a los mismos jefes políticos, a las autoridades que de ellos dependieran en sus respectivas demarcaciones o a la administración civil en general cuando no tenían tribunal especial determinado.³⁷

MODO DE PROVOCAR Y SUSTANCIAR LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Hemos de partir de la premisa de que siempre que a la decisión de un juez o tribunal se sometía algún asunto cuya sustanciación no le pertenecía y sí a la Administración debía oírse al fiscal, para, seguidamente, declararse incompetente, aunque no interviniese reivindicación de autoridad ni petición de parte. En su defecto, los representantes del ministerio público habrían de instar a los jueces a que lo verificasen, interponiendo de oficio la declinatoria cuando estimasen que el asunto caía bajo la órbita de la Administración.³⁸

35 Decisión del Consejo Real de 26 de marzo de 1847 (col. Leg. 1847, t. 40, nº 33). También decisiones de 10 de mayo (col. Legl. 1847, t. 41, nº 43), 18 de agosto (col. Leg. 1847, t. 41, nº 66) y 27 de octubre de 1847 (col. Leg. 1847, t. 42, nº 80); de 25 de agosto (col. Leg. 1849, t. 47, nº 45) y 26 de septiembre de 1849 (col. Leg. 1849, t. 48, nº 55); GARCÍA GOYENA, *Febrero o librería de jueces*, vol. 6, p. 587; y VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico*, t. I, p. 314.

36 Artículo 5 del decreto de 4 de junio de 1847; y ESCRICHE, *Diccionario razonado*, vol. 2, p. 410.

37 Artículo 2 del decreto de 4 de junio de 1847 y 9 de la ley de 2 de abril de 1845; y PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico*, pp. 420 a 424.

38 Artículos 4 del decreto de 4 de junio de 1847; PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico*, p. 426; GARCÍA GOYENA, *Febrero o librería de jueces*, vol. 6, p. 588; y GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado académico-forense*, vol. 1, p. 54.

Del escrito de tal declinatoria se daba traslado a las partes litigantes cuando el juez o tribunal no decretase su inhibición una vez pasados tres días después de que fuese requerido. También se tenía que informar al jefe político de la provincia, pasándole una relación somera de todo lo que se llevaba realizado. Las partes, ya fuesen particulares o corporaciones dependientes de la administración civil interesadas en un negocio de que se hallase conociendo un juzgado o tribunal, podían proponer las declinatorias que creyesen convenientes, pero solo habían de deducirlas ante la autoridad administrativa, esto es, el jefe político o el intendente de la provincia a que el juzgado correspondía porque solo éstos, como ya hemos reiterado, podían promover las contiendas de competencia.³⁹

Si ni la instancia de la parte ni la excitación del fiscal habían existido o no produjeron el efecto deseado, el gobernador debía oficiar al juzgado por medio de exhorto, exigiéndole para que se inhibiera, con expresión de los motivos que le asistían y citando siempre la norma en que se basaba para reivindicar el asunto.⁴⁰

Cuando la autoridad, que creía que el negocio era de su competencia, dependía del jefe político o gobernador, debía dirigirse a él manifestando las razones en que se fundaba. Si el gobernador las hallaba convincentes, hacía suyo el recurso. En caso contrario, lo desechaba y, desde entonces, solo los interesados quedaban habilitados para oponerse a la continuación del negocio en los tribunales, usando del remedio de la declinatoria de jurisdicción.⁴¹

El juzgado debía suspender toda actuación en el proceso mientras no se determinase la competencia por renuncia del jefe político o, en su caso, por decisión real, bajo pena de nulidad de cuanto después acordase. Así, podemos traer a colación sobre este punto la decisión del Consejo Real de 9 de julio de 1852, que anuló el procedimiento por haberse faltado a lo dispuesto en el citado artículo 7º. Concretamente, se interpuso interdicto contra una providencia del juez privativo de aguas de Orihuela, por la que mandaba quitar una losa que servía de puente sobre el azarbe de Palmera. Se inhibió de su conocimiento el juez de primera instancia, tras ser requerido por el gobernador de Alicante. Seguidamente, interpuso recurso de

39 Artículo 12 de la ley de 19 de abril de 1813, restablecida el 30 de agosto de 1830; y PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico*, p. 427.

40 Artículo 6 del decreto de 4 de junio de 1847; PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico*, p. 428; y GARCÍA GOYENA: *Febrero o librería de jueces*, vol. 6, p. 588.

41 GÓMEZ DE LA SERNA: *Tratado académico-forense*, vol. 1, pp. 55 y 56.

apelación de su auto a la Audiencia y ésta lo revocó. Tras remitir los autos al ministerio público para que sustanciase el incidente de competencia, la Sala mandó que se atuviese aquél a su primera sentencia. Dictado el auto restitutorio y puesto en conocimiento del gobernador, ofició éste al juzgado para que dejase sin efecto dicho auto. Pero el juez no accedió, declarándose competente. Se interpuso, en consecuencia, apelación de este auto y del restitutorio, siendo ambos revocados por la Sala, menos en lo relativo a la reposición de la losa. Al llevar ésta a efecto, se resistió el juez privativo de aguas, lo que apoyó el gobernador, quien elevó el expediente al Gobierno. El Consejo Real declaró que la Audiencia había infringido el artículo 7º citado y el 309 del Código Penal; anuló lo actuado desde el auto en que la Audiencia mandó al inferior proceder después de requerido de inhibición; condenó en costas a los magistrados que votaron este auto y ordenó devolver los autos para que se fallara sobre la competencia.⁴²

Es necesario indicar que el juez debía avisar del recibo del exhorto al jefe político y también había de comunicarlo al fiscal y a cada una de las partes dentro de tres días como máximo.⁴³ Este trámite de audiencia era indispensable porque sólo entonces las partes podían intervenir en la sustanciación de la competencia. Su omisión, lo mismo que la del promotor fiscal, se estimaba que era un vicio sustancial, que provocaba la anulación de todo lo actuado con posterioridad.⁴⁴

Una vez citados los litigantes y el fiscal, con indicación del momento para la vista del artículo de competencia, el requerido proveía auto motivado por el que se declaraba competente o, en su caso, inhibido del conocimiento, dejando a la Administración, en este segundo supuesto, expeditas sus funciones. Si se interponía apelación contra dicho auto judicial, se sustanciaba la competencia en segunda instancia de la misma forma que en la primera. El nuevo que se dictase no se podía recurrir.⁴⁵

42 Artículo 7 del decreto de 4 de junio de 1847. El artículo 309 del Código penal de 1848 castigaba con multa de 20 a 200 duros al empleado público que continuare procediendo después de requerido legalmente de inhibición. Decisión del Consejo Real de 9 de julio de 1852 (col. Leg. 1852, t. 56, nº 43).

43 Artículo 8. La omisión de este trámite es causa de nulidad. Decisiones del Consejo Real de 18 de agosto de 1847 (col. Leg. 1847, t. 41, nº 66), 20 de junio (col. Leg. 1849, t. 47, nº 32) y 12 de julio de 1849 (col. Leg. 1849, t. 47, nº 32), 19 de junio (col. Leg. 1850, t. 50, nº 31), 18 de octubre de 1850 (col. Leg. 1850, t. 51, nº 49) y 20 de agosto de 1852 (col. Leg. 1852, t. 56, nº 52); y GARCÍA GOYENA, *Febrero o librería de jueces*, vol. 6, p. 589.

44 Decisión del Consejo Real de 3 de enero de 1849 (col. Leg. 1849, t. 46, nº 9).

45 Artículo 10 del decreto de 4 de junio de 1847; y GARCÍA GOYENA, *Febrero o librería de jueces*, vol. VI, p. 589.

Si la declaración de incompetencia se había producido por sentencia firme, se había de enviar los autos, dentro del segundo día, al jefe político. El escribano de la causa tenía realizar un breve resumen de ellos con certificado de su remesa. En caso contrario, si el tribunal se declarase competente, exhortaba al jefe político para que dejase libre el ejercicio de su jurisdicción o, en su defecto, tuviese por formada la competencia. En el referido exhorto se tenían que incluir los informes del fiscal en cada instancia y los autos con que, en cada una, se hubiese concluido el artículo.⁴⁶ El motivo que justificaba el por qué se hacía esto era para que el gobernador conociese las razones que el tribunal había tenido presentes para dictar su fallo y así contara con suficientes argumentos para decidir si seguía o no con la contienda. La falta de estos datos se estimaba que era un defecto sustancial, que imposibilitaba resolver la competencia.⁴⁷

Una vez escuchado el parecer del Consejo provincial, dirigía el jefe político, dentro de los tres días de haber recibido el exhorto, nueva comunicación al requerido, insistiendo o no, en estimarse competente.⁴⁸ Bien es cierto que el citado término era susceptible de ser ampliado, siempre que concurriera una justa causa.⁴⁹

En el supuesto de que el jefe político tomara la determinación de desistir de la competencia, quedaba despejado el ejercicio de la jurisdicción al requerido y, por ende, podía continuar conociendo del negocio, como si nunca se hubiera intentado la competencia.⁵⁰ No obstante, si durante el

46 Artículos 9 al 12 del decreto. Decisión del Consejo Real de 3 de enero de 1849; y GARCÍA GOYENA, *Febrero o librería de jueces*, vol. VI, p. 589.

47 Decisión del Consejo Real de 3 de enero de 1849 (col. Leg. 1849, t. 46, n° 9); y GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado académico-forense*, vol. 1, p. 58.

48 Artículo 13 del decreto de 4 de junio de 1847. Decisión de 3 de enero de 1849 (col. Leg. 1849, t. 46, n° 13): "Siendo el objeto principal del real decreto de 4 de junio de 1847 evitar competencias infundadas, no puede menos de calificarse de vicio sustancial la inobservancia de los artículos 12 y 13 del mismo"; y PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico práctico*, pp. 427 a 432.

49 Decisión del Consejo Real de 27 de octubre de 1847 (col. Leg. 1847, t. 42, n° 82). Como aclara GARCÍA GOYENA, *Febrero o librería de jueces*, vol. 6, p. 589: "el requerimiento de inhibición y la persistencia del gobernador son dos actos distintos que no pueden confundirse en una diligencia, bajo nulidad, aunque las autoridades rivales tuvieren pendiente otra competencia anterior que versare sobre hechos de igual naturaleza y en la hubieren cumplido con ambas formalidades separadamente, pues el segundo proceso no puede considerarse como continuación del primero".

50 Artículo 14 del decreto de 4 de junio de 1847; y GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado académico-forense*, vol. 1, p. 59.

transcurso del procedimiento, rectificase la autoridad administrativa, creyendo que había lugar a la promoción de la competencia, podía plantearla nuevamente. En cualquier caso, es preciso aclarar que no estaba autorizado a entrometerse en el conocimiento del asunto por medio de providencias distintas a la competencia, pues si el jefe político incurría en este abuso, el juez quedaba autorizado a plantear una queja formal sobre lo acaecido al Ministerio de la Gobernación, informando también al de Gracia y Justicia.⁵¹

Si, en cambio, el jefe político manifestase que insistía en sus pretensiones, ambos contendientes debían enviar al Ministerio de Gobernación las actuaciones que ante cada cual se hubieren instruido, con aviso recíproco de haberse verificado la remesa.⁵² Conviene subrayar sobre este punto que aquí se produjo una importante variación respecto a lo que se hacía antes de la entrada en vigor del decreto que comentamos porque, tradicionalmente, tanto la autoridad judicial como la administrativa lo hacían a aquel de quien directamente dependían. Indudablemente, este cambio se hizo con la intención de que se mejorase la unidad y brevedad de las actuaciones.⁵³

Profundizando en esta cuestión, surge la incertidumbre de si podría declarar su incompetencia un juez tras la notificación al gobernador donde insistía en justo lo contrario. En principio, habría que estimar que sí, ya que, siendo la finalidad de la reclamación del jefe político evitar las injerencias de la autoridad judicial en cuestiones propias del orden administrativo, si el tribunal reconocía su incompetencia, estaba implícitamente aceptando la de la autoridad administrativa. Sin embargo, algún autor estimó que no cabía tal opción, ya que no se concebía que pudiera decidir un tribunal sobre un asunto previamente resuelto y que, por tanto, una vez formalizada la contienda solo podía decidirse por el rey.⁵⁴

Cuando ninguno de los contendientes desistía, el conflicto se formalizaba y, por ende, era necesario dirimirlo por decisión de la autoridad competente, que no era otra que el rey a consulta de su Consejo.⁵⁵ Conviene aclarar que no decidía el monarca estas competencias como jefe del orden administrativo, sino como jefe supremo del Estado, en su condición de fuente y regulador de todas las jurisdicciones.

51 ESCRICHE, *Diccionario razonado*, vol. 2, p. 425.

52 Artículo 15 del decreto. Decisión del Consejo Real de 25 de agosto de 1849 (col. Leg. 1849, t. 47, n° 45).

53 GÓMEZ DE LA SERNA, *Tratado académico-forense*, vol. 1, p. 60.

54 ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, vol. 2, p. 429.

55 Artículo 1 del decreto de 4 de junio de 1847.

La manera de preparar esta decisión era sencilla. Como hemos apuntado, los contendientes debían remitir los autos al Ministerio de la Gobernación, que serían remitidos dentro de los dos días siguientes al Consejo Real.⁵⁶ La secretaria de éste los reenviaba a la sección de Gracia y Justicia, que por sí sola o en unión de la de lo contencioso, instruía el expediente y preparaba la resolución definitiva en la forma que estimaba más oportuna, la cual, en su día, se sometía a la discusión y resolución del Consejo pleno, dentro de dos meses a partir del instante en que se entregaron al sínodo los autos.

La resolución tenía fuerza normativa de real decreto y se remitía al monarca por medio del Ministerio de la Gobernación, acompañando todas las diligencias que se hubiesen realizado durante el transcurso de la contienda. Igualmente, debía dirigirse copias literales de la consulta formulada al ministro o ministros de quienes dependieran los otros jueces y autoridades que también hubiesen participado en el conflicto. Si no se conformasen con la decisión consultada, podían reivindicar los autos originales, a fin de defender más adecuadamente las facultades propias de su ramo. Esta reclamación debían verificarla dentro de los quince días posteriores a aquel en que el Consejo Real les hubiese pasado las copias de su consulta, pues transcurridos, sin que se hubiese hecho la referida reclamación al ministro de la Gobernación, se entendía que los demás ministros interesados estaban conformes con el dictamen del Consejo Real.

Hecha la reclamación antes de expirar dicho término y no conformándose con la decisión motivada del Consejo debían, a la mayor brevedad, transmitirlo al titular de Gobernación, si ya no lo hicieron desde luego al pedirle los autos para que éste sometiera la decisión consultada al Consejo de Ministros.

En éste se discutía y aprobaba por mayoría de votos para proponer al rey la decisión. Dicha propuesta del Gabinete no se podía recurrir. Para su cumplimiento y al objeto de que sirviera de referente en casos similares se comunicaba a los contendientes dentro de un mes, que empezaba a computarse desde el momento de la consulta elevada por el Consejo Real. Finalmente, se devolvían los autos a aquél a cuyo favor se decidiera.⁵⁷

Los términos de las actuaciones en las contiendas de competencia eran

56 Artículo 17 del decreto de 4 de junio de 1847; y GARCÍA GOYENA, *Febrero o librería de jueces*, vol. 6, p. 590.

57 Artículos 18 al 21 del decreto de 4 de junio de 1847; Decisión de 4 de agosto de 1847; PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico*, pp. 436 y 437; GARCÍA GOYENA, *Febrero o librería de jueces*, vol. 6, p. 590; y VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico-filosófico*, t. I, p. 317.

improrrogables, si bien no invalidaba lo que autoridades judiciales o jefes políticos practicaran conforme a las disposiciones del mencionado decreto, después de transcurridos, ni hacía expirar el derecho respectivo de ellos.

Con claridad se expresó sobre este asunto el Consejo Real en el conflicto planteado por el gobernador de Lugo contra el juez de primera instancia de la capital lucense a raíz de haberse ordenado la expropiación, por causa de utilidad pública, de la casa de baños minero-termales que allí existía. Aunque el jefe político tenía que haber dirigido al juez, conforme a lo consignado en el artículo 13 del real decreto que nos ha ocupado en estas líneas, dentro de los tres días de haber recibido su exhorto, la comunicación reclamando su competencia, no lo hizo hasta que pasaron nueve. Pretendió justificar su demora en que el Consejo provincial había estado centrado en las operaciones de la quinta y no pudo abordar ese asunto con anterioridad. El Consejo Real declaró sobre el particular que el carácter improrrogable que el artículo 21 del decreto daba a los términos señalados en él tanto a los jefes políticos como a los jueces y tribunales no invalidaba lo que cualquiera de ellos realizase conforme a esa norma, una vez transcurridos, ni hacía caducar el derecho de los mismos, porque "el decreto no lo declaraba expresamente así y también porque estos términos se concedían no para el uso de un derecho renunciante, sino para el cumplimiento de un deber que tenía por principal fin conservar la mutua independencia entre la autoridad judicial y la administrativa".⁵⁸

A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos indicado en las líneas anteriores, tradicionalmente los conflictos competenciales que pudieran surgir entre autoridades administrativas y judiciales se resolvían apelando a la "buena fe" de ambas. Ante la indudable inseguridad jurídica que ello provocaba, el decreto de 6 de junio de 1844 dio un primer paso al establecer que fuesen los ministros de quienes dependían las autoridades en conflicto los que acordasen la mejor solución y, en caso de discrepancia, invocasen la intervención del Consejo Real. Fue a raíz de la promulgación de las leyes de 2 de abril de 1845, que fijó las atribuciones de los Consejos provinciales, y el real decreto de 22 de septiembre de ese mismo año, que detalló las del Consejo Real, cuando

58 Decisión del Consejo Real de 27 de octubre de 1847 (col. Leg. 1847, t. 42, n° 80).; GARCÍA GOYENA, *Febrero o librería de jueces*, vol. 6, p. 590; PELÁEZ DEL POZO: *Tratado teórico-práctico*, p. 438; y ESCRICHE, *Diccionario razonado*, vol. 2, p. 430.

se estimó imprescindible promulgar una nueva disposición que viesese a actualizar y mejorar al citado real decreto de 6 de junio de 1844.

Para dar respuesta a esta reivindicación se promulgó el real decreto de 4 de junio de 1847, con el que se determinó quien debía promover estas contiendas de competencia. De todas las autoridades se decidió que solo los jefes políticos, más tarde gobernadores provinciales, pudieran promover los conflictos que se originasen entre las administrativas y judiciales, pues se estimaba que eran los únicos que más convenientemente podían ejercitar estas acciones en representación del Estado y de las atribuciones del poder ejecutivo, dada su condición de principales agentes en las provincias. Asimismo, este decreto sirvió para concretar las circunstancias que debían concurrir para que se promoviera una cuestión o contienda de competencia, así como el modo de provocarla y sustanciarla.

JUSTICIA POPULAR VERSUS JUSTICIA LETRADA EN LOS INICIOS DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL (1812-1823)

POPULAR JUSTICE VERSUS LEGAL JUSTICE IN THE EARLY DAYS OF SPANISH CONSTITUTIONALISM (1812-1823)

ROCÍO RODRÍGUEZ MÁS

JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN

(Universidad Miguel Hernández)

RESUMEN

En este trabajo se analizan las tensiones que suscitó el reconocimiento del Jurado en el status quo de la Justicia en los albores del Estado constitucional en España. En concreto, se analiza el papel desempeñado por las Cortes, a las que se encomendó su establecimiento, y la Justicia togada en la errática implantación de este Tribunal. Advertir las dificultades que surgieron en la puesta en funcionamiento de la Institución en este periodo, resulta fundamental para entender en buena medida su posterior evolución.

Palabras clave: Jurado, constitucionalismo, Justicia profesional, Cortes.

ABSTRACT

This paper analyses the tensions that the recognition of the Jury raised in the status quo of Justice at the dawn of the constitutional State in Spain. Specifically, it analyses the role played by the Parliament, which was entrusted with its creation, and the judiciary in the erratic implementation of this Tribunal. It is essential to note the difficulties that arose in setting up the institution during this period in order to understand to a large extent its subsequent evolution.

Keywords: Jury, constitutionalism, professional justice, Courts.

RESUM

JUSTÍCIA POPULAR VERSUS JUSTÍCIA LLETRADA ALS INICIS DEL CONSTITUCIONALISME ESPANYOL (1812-1823)

En aquest article s'analitzen les tensions que va suscitar el reconeixement del Jurat en l' *statu quo* de la Justícia en les albors de l'Estat constitucional a Espanya. En concret, s'analitza el paper desenvolupat per les Corts, a les quals s'encomana el seu establiment, i la Justícia togada en l'erràtica implantació d'aquest Tribunal. Advertir les dificultats que sorgiren en la posada en funcionament de la Institució en aquest període, resulta fonamental per a entendre en bona part la seua posterior evolució.

Paraules clau: Jurat, constitucionalisme, justícia professional, Corts.

Este trabajo forma parte del Proyecto Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea referencia PID2020-113346GB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

El principio de separación de poderes, piedra angular del constitucionalismo, obligó a definir los ramos en los que se concretaba el ejercicio de la soberanía. Qué entender por Justicia y qué lugar ostentaba el Jurado dentro de ella, fue una cuestión tratada en importantes ensayos de relevancia para la historia constitucional en países como Inglaterra, Francia, Italia o Estados Unidos.¹ En España, el fenecimiento del Antiguo Régimen constituirá la ocasión para plantear esta forma de enjuiciamiento. En efecto, el texto fundamental de 1812 presenta un organigrama judicial en el que tienen cabida los jueces de hecho. Si bien, tendremos que esperar al inicio del Trienio Liberal para constatar su puesta en práctica.² Al respecto,

- 1 Clavero, en su obra *Happy Constitution*, hace un recorrido de los principales textos fundamentales en el ámbito del Derecho comparado, a fin de analizar el tratamiento que en ellos se hizo del Jurado. Precisamente, las experiencias americana y francesa permitirán contemplar dos modelos distintos de Jurado en atención a su consideración constitucional, CLAVERO, Bartolomé (1997), *Happy constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid.
- 2 PÉREZ JUAN, José A. (2021), "Los primeros pasos del Jurado en España. La causa contra Matías Vinuesa", en MORÁN, Remedios (dir.) *Trienio liberal, vintismo, rivoluzione (1820-1823): España, Portugal e Italia*, Aranzadi, Pamplona.

no debemos olvidar que los jueces legos y togados, como fórmulas concurrentes que son en la administración de Justicia, se encuentran vinculados. De esta forma, se explica que el debate en torno al Jurado implicara, a su vez, el examen de la propia judicatura. En este sentido, el siglo XIX será testigo del nacimiento y desarrollo de la Justicia iletrada, que tomará como continuo punto de referencia al personal integrante de la carrera judicial. De esta opinión era, entre otros, Antonio Rodríguez Martín, magistrado, quien en 1911 afirmaba:

“Para enaltecer al Jurado se ponen de manifiesto los vicios y defectos de los Jueces profesionales, de modo que la bondad de una cosa se pregona, no por las ventajas que en sí puede llevar la misma cosa, sino por los inconvenientes de la otra”.³

La finalidad de este trabajo es analizar las tensiones que suscitó el reconocimiento de los jueces de hecho en el status quo de la Justicia en los albores del Estado constitucional. Se trata de conocer las dificultades que surgieron en la puesta en funcionamiento de este Tribunal en relación a dos agentes: las Cortes, a las que se encomendó su establecimiento, y la judicatura, receptora directa de la nueva fórmula de impartir Justicia. Comprender qué papeles desempeñaron uno y otro ente en el origen de la Institución resulta fundamental para entender en buena medida su posterior evolución.

Para acometer este estudio ha sido imprescindible la consulta de los Diarios de Sesiones de Cortes. Las intervenciones de los parlamentarios durante la discusión de la nueva configuración del Estado, y con él, su sistema de Justicia, han resultado muy ilustrativas de cara a concretar los puntos débiles del aparato judicial. Asimismo, el análisis de la doctrina científica nos ha permitido advertir los desafíos a los que tuvo que hacer frente esta nueva forma de enjuiciamiento. Finalmente, hemos acudido a la prensa con la finalidad de conocer la opinión pública al respecto. Las distintas fuentes a las que hemos recurrido han permitido pergeñar las líneas clave de la cuestión que nos ocupa, a saber: examinar el papel de las Cortes y de la Justicia togada en la errática implantación del juicio por Jurados en la España de principios del siglo XIX.

3 RODRÍGUEZ MARTÍN, Antonio (1911), *Los vicios irremediables del Jurado (es preciso suprimirle)*, Centro editorial de Góngora, Madrid, p. 70.

LA “JUSTICIA DE HOMBRES” DEL ANTIGUO RÉGIMEN

La reformulación del Estado conforme a los postulados del constitucionalismo, implicó grandes cambios en cada una de sus Instituciones. La Justicia fue, sin duda, una de las grandes afectadas. En efecto, el sistema del Antiguo Régimen no casaba con las nuevas directrices que habían de regir el Estado liberal. No debemos olvidar que el principio de división de poderes entraba en conflicto con la tradicional acumulación, en unos mismos órganos, de funciones de gobierno, administración y jurisdiccionales.⁴ La Justicia como emanación de la soberanía regia respondía a un esquema absolutista del que se derivaba, entre otras consecuencias, que el monarca asumiera la facultad de designar libremente a los jueces y magistrados.⁵ Esta dependencia no sólo se manifestaba en el momento de efectuarse la investidura, sino también en lo que atañe a la duración del cargo. De este modo, entre las notas de la función judicial, podemos destacar su temporalidad. Una falta de estabilidad que constituía fuente fácil de presiones e influencias. Al respecto, resulta bastante ilustrativo el Discurso Preliminar de la Constitución de 1812:

“Como la integridad de los jueces es el requisito más esencial para el buen desempeño de su cargo, es preciso asegurar en ellos esta virtud por cuantos medios sean imaginables. Su ánimo debe estar a cubierto de las impresiones que pueda producir hasta el remoto recelo de una separación violenta. Y ni el desagrado del monarca ni el resentimiento de un ministro han de poder alterar en lo más mínimo la inexorable rectitud del juez o magistrado. Para ello, nada es más a propósito que el que la duración de su cargo dependa absolutamente de su conducta, calificada en su caso por la publicidad de un juicio”.⁶

- 4 Desde el Consejo de Castilla, pasando por las Chancillerías y Audiencias, hasta los Alcaldes y Corregidores, en todos ellos era nota común esta superposición de funciones, ROLDÁN, Roberto (1989), *Los jueces de la monarquía absoluta*, Universidad de la Laguna, La Laguna, p. 17.
- 5 “La selva rebotante de juzgados y tribunales del más variado origen y condición se resolvía aduciendo que, a la postre, todos los juzgados y tribunales se reducían a dos jurisdicciones básicas la espiritual (eclesiástica) y la temporal (dimanante del Rey). Y, dando un paso más, los autores al servicio de la dogmática jurídica del absolutismo monárquico acababan concluyendo que toda Administración de Justicia existía por reflejo de la voluntad regia”, ALZAGA, Óscar (2011), “Justicia en la Constitución de 1812”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº28, p. 250.
- 6 ARGÜELLES, Agustín (2011), *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812. Con una introducción de Luis Sánchez Agesta*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 100-101.

En consecuencia, los constituyentes gaditanos se esforzaron por eliminar la amovilidad y la discrecionalidad de los jueces en su actividad.⁷ En este sentido, la cuestión relativa al ejercicio arbitrario de la función judicial en el Antiguo Régimen, se encuentra ligada a la no motivación de sus resoluciones como “mecanismo de protección de la sentencia y del propio juez que la dictaba, ante el posible error de la causa”.⁸ Pese a esta práctica castellana, y de acuerdo con un importante sector doctrinal, no puede afirmarse que estas resoluciones carecieran de garantías.⁹ En efecto, siendo desconocidos los motivos en los que se fundaba la decisión, su rectitud estaba determinada por la conducta “exquisitamente imparcial de los jueces”. Nos encontrábamos, en opinión de Garriga y Lorente ante “(...) una justicia de hombres y no una justicia de leyes”.¹⁰ La preocupación porque el juez inspirara confianza fue una constante en este periodo histórico. A este fin responde el conjunto de normas que, de forma meticulosa, regulaban el comportamiento del personal judicial, así como los distintos mecanismos de control arbitrados, tales como la residencia, la visita y la pesquisa.¹¹ Se trata, sin duda, de instrumentos de protección frente a los posibles abusos de poder de los órganos jurisdiccionales. Lo determinante de estas herramientas de supervisión es que ponían el foco de su atención en los magistrados, perfilando las características que habrían de predicarse de éstos para garantizar y alejar de sus actos toda sospecha de arbitrariedad.¹²

7 “Dos grandes escollos son los que hacen peligrar la administración de justicia, según el orden establecido en nuestra jurisprudencia. Escollos que no es posible evitar del todo mientras las luces no se difundan y en tanto que la libre discusión de las materias políticas no ponga a la nación en estado de comparar el sistema judicial de otras naciones con el que se observa en España. Los tribunales colegiados, y perpetuidad de sus jueces, y la facultad que tienen éstos de calificar por sí mismos el hecho sobre que han de fallar, sujetan sin duda alguna a los que reclaman las leyes al duro trance de hallarse muchas veces a discreción del juez o tribunal”. ARGÜELLES, *Discurso Preliminar*, pp. 97-98.

8 SOLLA, Julia (2007), “Finales como principios. Desmitificando la Ley orgánica de tribunales de 1870”, *Anuario de Historia del Derecho español*, nº77, p. 429.

9 MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando (1999), *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 157.

10 GARRIGA, Carlos A. y LORENTE, Marta (1997), “El juez y la ley La motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº1, 1997, p. 111.

11 PÉREZ JUAN, José A. (2002), “La visita de Ramírez Fariña a la Audiencia de Sevilla (1623-1632)”, *Historia. Instituciones. Documentos*, nº29, p. 357.

12 GÓMEZ RIVERO, Ricardo (2001), “Los jueces del pasado el pasado de los jueces”, *Lección inaugural pronunciada en el Solemne Acto de Apertura del Curso Académico 2001-2002 de la Universidad Miguel Hernández*, Universidad Miguel Hernández, Elche.

De este modo, articulada la Justicia como regalía, y concretada en el “buen juez” que la administrase, el cambio de paradigma que supondría la llegada del liberalismo afectaría a ambos niveles: normativo y funcional. La consolidación de la nueva planta no se agotaría con una remodelación legislativa. El Antiguo Régimen se había apoyado en buena medida en la magistratura, hasta el punto de haberla erigido como garante del buen funcionamiento de la Justicia. Este elemento no podía ser obviado en la construcción del nuevo sistema judicial.

LA JUSTICIA TOGADA A EXAMEN (1810-1814)

Como sabemos, la Constitución política de la monarquía promulgada el 19 de marzo de 1812 articula una nueva concepción de la Justicia independiente del monarca.¹³ De esta forma, los Tribunales asumían con carácter exclusivo la potestad de aplicar las leyes, no pudiendo ni las Cortes ni el rey “ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos”.¹⁴

No podemos detenernos en el estudio detallado del nuevo organigrama judicial, si bien, es necesario destacar que su estructura piramidal respondió a un intento por deslindar las funciones propias de cada ramo del Estado. En efecto, el sistema adoptado por el texto fundamental gaditano es de carácter vertical jerarquizado, en cuya cúspide encontramos un Supremo Tribunal de Justicia. Inmediatamente después, las Audiencias aparecen como órganos de carácter provincial con competencias y atribuciones homogéneas como norma general. En cualquier caso, sus funciones eran exclusivamente judiciales, eliminándose cualquier relación en materia gubernativa. La base del sistema se concretaba en los jueces municipales.¹⁵

13 El decreto de 24 de septiembre de 1810 distinguir entre “el Poder legislativo, el ejecutivo y el judicial”. Si bien, el articulado del texto constitucional adopta una nomenclatura más pacífica “Siguiendo la sugerencia de Espiga, se mudan en el articulado «los epígrafes que determinan la división de los tres poderes poniendo, por ejemplo, en vez de poder legislativo, Cortes o representación nacional; en el de Poder o potestad ejecutiva, del Rey o de la dignidad real; y en vez de poder judicial, de los Tribunales»”, ALZAGA, Óscar (2012), “La Justicia en la Constitución de 1812”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº89, pp. 347-388.

14 “Art. 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales. Art. 243. Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos”. *Constitución política de la monarquía promulgada el 19 de marzo de 1812*.

15 PÉREZ JUAN, José A. (2020), “La Organización de la Justicia en España durante la primera mitad del siglo XIX”, *Amnis. Revue d'Études des Sociétés et Cultures Contemporaines Europe-Amérique*, nº19.

Empero, la citada reforma no se agotó en la remodelación de la estructura judicial. La aplicación práctica de los nuevos principios liberales requería la articulación de mecanismos que garantizaran su cumplimiento. De este modo, se erigió en torno al personal judicial una serie de atributos que blindaran su actividad. En efecto, conscientes de que “la integridad de los jueces es el requisito más esencial para el buen desempeño de su cargo”,¹⁶ la inamovilidad se propugnaba como verdadero resorte de su ejercicio imparcial e independiente. En estos términos se expresaba el articulado de la Carta Magna de 1812.¹⁷ En todo caso, y esto conviene resaltarlo, además del referido conjunto de garantías, e inexorablemente ligado a ellas, se estableció un sistema de responsabilidad acorde con los axiomas del sistema constitucional que quedó regulado en el decreto de 24 de marzo de 1813 al señalar el régimen de obligaciones y sanciones de la judicatura.¹⁸

16 ARGÜELLES, *Discurso Preliminar*, p. 100.

17 “Art. 252. Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos en sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada, ni suspendidos, sino por acusación legalmente intentada. Art. 253. Si al Rey llegaren quejas contra algún magistrado, y formado expediente, parecieren fundadas, podrá, oído el Consejo de Estado, suspenderle, haciendo pasar inmediatamente el expediente al Supremo Tribunal de Justicia, para que juzgue con arreglo a las leyes”, *Constitución política de la monarquía promulgada el 19 de marzo de 1812*.

18 En concreto, Argüelles, destacaba la urgencia por establecer los supuestos de imputación. Decía: “Mas la misma seguridad que adquieren los jueces en la nueva Constitución exige que su responsabilidad sea efectiva en todos los casos en que abusen de la tremenda autoridad que la ley les confía, y la Comisión no puede menos de llamar con este motivo la atención del Congreso hacia la urgente necesidad de establecer con claridad y discernimiento por medio de leyes particulares la responsabilidad de los jueces, determinando expresamente las penas que correspondan a los delitos que puedan cometer en el ejercicio de su ministerio”, ARGÜELLES, *Discurso Preliminar*, pp. 100-101. En este sentido, el decreto de 24 de marzo de 1813, tipificaba como prevaricadores, “a los jueces que á sabiendas juzgan contra derecho por afecto ó desafecto hácia alguno de los litigantes ú otras personas”. La norma contemplaba los supuestos de cohecho y abuso de autoridad, marcando límites en la conducta de jueces y magistrados al castigar también, aquéllas que impidiesen el correcto desempeño de sus funciones. La responsabilidad se hacía extensiva a las faltas e incumplimientos de sus subalternos por omisión o tolerancia. El articulado preveía, además, una sanción especial para aquellos profesionales del derecho que, por falta de instrucción o descuido, dictasen sentencia contraria a la ley. En este sentido, aunque, como regla general, no serían separados de su cargo, estaban obligados a asumir personalmente el pago de las costas y perjuicios del proceso. Artículos 16 a 18, 19, 22 y 23 del *Decreto de 24 de marzo de 1813 sobre Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos* [<https://legishca.edu.umh.es/1813/03/24/decreto-24-marzo-de-1813-sobre-reglas-para-que-se-haga-efectiva-la-responsabilidad-de-los-empleados-publicos> (consulta 2 de octubre de 2022)].

La puesta en funcionamiento de este entramado no estuvo exenta de serias dificultades. El reciente Estado constitucional requería que los encargados de enjuiciar los litigios y causas criminales fueran afectos al mismo. Lo contrario impediría la consolidación del proyecto gaditano. La cuestión pasaba entonces por examinar si la magistratura heredada del Antiguo Régimen se hallaba en condiciones para proseguir en la incipiente estructura liberal.¹⁹ En un primer momento, la interinidad fue la fórmula acogida por la disposición de 11 de agosto de 1812,²⁰ dándose continuidad al personal judicial de la etapa anterior. Respecto a los miembros de nuevo ingreso, su designación correspondía al rey, si bien, se haría a propuesta del Consejo de Estado.²¹ En cualquier caso, el Ejecutivo también influía en la promoción de estos funcionarios.²² Empero, la puesta en práctica del modelo liberal permitió articular medidas que, de un modo u otro, ayudarían

- 19 Esta cuestión es abordada por Gómez Rivero, que estudia los trámites en el establecimiento de los antiguos magistrados en las Audiencias territoriales constitucionales. GÓMEZ RIVERO, Ricardo (2009), *Los magistrados del primer constitucionalismo*, Thomson/Aranzadi, Pamplona.
- 20 "La conservación de la antigua magistratura se basó en la presunción de su aptitud y adhesión", MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad*, p. 82.
- 21 El advenimiento del Estado liberal puso fin al sistema polisinodial. El único Consejo del reino se configuraba como una Institución totalmente nueva de inspiración francesa, que actuaría como órgano asesor, MORENO, Sara (2018), "El Consejo de Estado Gaditano", *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº19, p. 130. Entre las funciones encomendadas a este órgano, se encontraba la de realizar en terna, las propuestas, para la provisión de cualquier plaza de judicatura. De este modo, a diferencia del absolutismo, en este momento el nombramiento regio se veía limitado por el alto órgano asesor, GÓMEZ RIVERO, Ricardo (2006), *Los jueces del Trienio Liberal*, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 15.
- 22 "Todas las Constituciones incluyen entre los poderes de la Corona el de nombrar a los empleos civiles y militares. Es más, tal facultad que procedente de 1812 reproducen mecánicamente todos los textos viene ligada en el debate público de la época a la responsabilidad del Gobierno: si éste es responsable ante el Parlamento por su gestión debe contar con los instrumentos necesarios para desarrollarla, y uno de éstos, de carácter fundamental, es precisamente el de disponer de los empleos para colocar en ellos a personal de confianza, punto en el que nuevamente el Estado Liberal hereda el sistema del Antiguo Régimen", MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (1996), "El Juez-funcionario y sus presupuestos el nacimiento del juez ordinario reclutado por oposición (el art: 94 de la Constitución de 1869 y el sistema de la LOPJ de 1870)", *Revista de las Cortes Generales*, nº39, p. 14. En el mismo sentido Aparicio señala: "De ahí que el Juez del primer liberalismo siga siendo una figura mixta que no se desprendió (en el mismo plano de puro "diseño" teórico-normativo) de importantes adherencias del antiguo régimen, APARICIO, Miguel (1995), *El "status" del poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Universitat de Barcelona, Barcelona, pp. 30-31.

a mitigar la presencia del poder Ejecutivo sobre el aparato de Justicia. En efecto, asignado a las Cortes el papel de representantes de la soberanía nacional, la Constitución las configuraba como supervisoras del Supremo Tribunal.²³ Además, el Congreso se granjeó la labor de inspección sobre los jueces, quienes debían rendir ante él cuentas sobre su actuación.²⁴ Junto a estos mecanismos encontramos la reformulación de la figura del “buen juez”. El personal judicial actuaba como agente crucial en el cambio que se estaba operando. De este modo, la exigencia en ellos de la concurrencia de un mínimo de fidelidad al régimen constitucional aparecía, a todas luces, como un elemento necesario.²⁵ En consecuencia, por decreto de 17

23 El apartado quinto del artículo 261 de la Constitución de 1812 establecía que “si llegare el caso en que sea necesario hacer efectiva la responsabilidad de este Supremo Tribunal, las Cortes, previa la formalidad establecida en el artículo 228, procederán a nombrar para este fin un Tribunal compuesto de nueve jueces, que serán elegidos por suerte de un número doble”.

24 “Aunque el Decreto de 24 de septiembre no hacía referencia al personal judicial, los acontecimientos demostraron que su contenido, y en concreto, el aspecto referido a la responsabilidad, era extensivo también a aquéllos. De este modo, las Cortes conocerían de las quejas elevadas por el funcionamiento de la Justicia”, MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad*, pp. 162-163. Este hecho motivó que las Cortes se erigieran no sólo como garantes y defensoras del texto constitucional, sino también de las leyes que de él emanaban, concurriendo en este punto, con la labor de inspección llevada a cabo por el Supremo Tribunal de Justicia. Ahora bien, esta tarea de inspección fue asumida de manera conjunta por el Parlamento y poder ejecutivo. En efecto, el artículo 171 de la Constitución gaditana contemplaba como una de las facultades del rey, “cuidar que en todo el reino se administre pronta y cumplidamente la justicia”. En cumplimiento de este precepto, el ya citado decreto de 24 de marzo de 1813, contemplaba el recurso de las visitas como facultad del monarca o el poder legislativo, “siempre que lo crean conveniente en virtud de quejas que reciban”, para el examen de las causas civiles y criminales fenecidas. Artículo 16 del *Decreto de 24 de marzo de 1813 sobre Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos*.

25 La adhesión política a las ideas propugnadas en Cádiz era recabada mediante dictámenes expedidos por las Diputaciones provinciales. Los méritos y pericia eran igualmente conocidos mediante informes emitidos por el Tribunal Supremo y las Audiencias. A ellos se sumaban otros como los de eclesiásticos sobre el concepto de moralidad del candidato en cuestión. Ayuntamientos y jefes políticos podían ser asimismo, consultados. MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad*, pp. 55-90, 123, 130, 135 y 136. En este sentido Estarán Peix comenta: “Sin embargo a pesar de estas reformas, los liberales siguieron desconfiando de los Tribunales de justicia en estos primeros tiempos (...). Esta desconfianza se tradujo en la práctica en un mayor control parlamentario de la actividad de los Tribunales constituyéndose en las Cortes un propio Tribunal con competencias para revocar aquellas decisiones judiciales que afectaran a los derechos constitucionales (...). Además de ello, se establecieron estrictas reglas para el nombramiento de cargos judiciales, a fin de garantizar un mínimo de

de abril de 1812 se exigió a los miembros del Supremo Tribunal de Justicia “ser letrados, gozar de buen concepto en el público, haberse acreditado por su ciencia, desinterés y moralidad, ser adictos a la Constitución de la Monarquía y haber dado pruebas en las circunstancias actuales de estar por la independencia y la libertad de la Nación”.²⁶ Posteriormente, por decreto de 3 de junio, tales requisitos se extenderían para todos los magistrados y jueces de primera instancia.²⁷

Llegados a este punto, podemos reseñar la escasa confianza que el legislador gaditano depositó en la judicatura. Como ya hemos señalado, a pesar de las garantías de independencia e inamovilidad, “un único cuerpo de jueces y magistrados profesionales, «sometidos al Poder Ejecutivo» cuestionaba la propia independencia y el correcto funcionamiento de la Justicia”.²⁸ En este contexto el Jurado hará las veces de herramienta protectora frente a los posibles abusos cometidos por el funcionariado. En concreto, en palabras de sus defensores, su implantación tenía una clara finalidad preventiva, poniendo coto a la actuación del juez técnico limitando sus funciones a aplicar el derecho vigente a la situación constatada por la sección de hecho. Pese a su relevancia, los Tribunales iletrados no pudieron establecerse en este periodo inicial. Los constituyentes justificaron esta decisión en la inmadurez de la Justicia, que presentaba un estado demasiado prematuro para afrontar la implantación de una nueva figura procesal. En estos términos se pronunciaba Argüelles:

fidelidad constitucional por parte de los integrantes de la judicatura. Cuestión que nada sorprende, ya que es propio de cualquier régimen cuando consigue el poder y no solo exclusivo de una época determinada. La prioridad de los liberales, pues y en palabras de Argüelles, era garantizar una pronta e imparcial justicia en una que no brillaba precisamente por ella”, ESTARÁN PEIX, Joan (2007), *La Justicia a finales del siglo XIX. Un caso concreto: La Audiencia de lo Criminal de Manresa (1882-1892)*, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, p. 49.

26 Decreto de 17 de abril de 1812. Calidades que deben concurrir en los que han de ser nombrados ministros del Supremo Tribunal de Justicia [https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/coleccion-de-los-decretos-y-ordenes-que-han-expedido-las-cortes-generales-y-extraordinarias-desde-24-de-septiembre-de-1811-hasta-24-de-mayo-de-1812-tomo-II-0/html/0027bda0-82b2-11df-acc7-002185ce6064_215.html] (consulta 15 de octubre de 2022)].

27 Decreto de 3 de junio de 1812. Sobre las calidades que deben tener los empleados en la judicatura [https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/coleccion-de-los-decretos-y-ordenes-que-han-expedido-las-cortes-generales-y-extraordinarias-desde-24-de-mayo-de-1812-hasta-24-de-febrero-de-1813-tomo-III-0/html/0027c598-82b2-11df-acc7-002185ce6064_31.html] (consulta 15 de octubre de 2022)].

28 PÉREZ JUAN, José A. (2014), “Marco legal del jurado en el primer constitucionalismo español”, en AA.VV., *Historia iuris. Estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, Universidad de Oviedo, Oviedo, vol. 2, p. 1172.

“Mas al paso que no duda que algún día se establezca entre nosotros la saludable y liberal institución de que los españoles puedan terminar sus diferencias por jueces elegidos de entre sus iguales, en quienes no tengan que temer la perpetuidad de sus destinos, el espíritu de cuerpo de tribunales colegiados y, en fin, el nombramiento del Gobierno, cuyo influjo no puede menos de alejar la confianza por la poderosa autoridad de que está revestido, reconoce la imposibilidad de plantear por ahora el método conocido con el nombre de juicio de jurados (...).”²⁹

En efecto, el artículo 305 del texto fundamental establecía tan sólo una previsión del Jurado al afirmar que “si con el tiempo creyesen las cortes que conviene que haya distinción entre los jueces de hecho y del derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente.” De este modo, quedaba condicionada la Institución a “un estado mas tranquilo [que] permita mas desinterés en la administración de justicia”.³⁰ En consecuencia, la articulación de los jueces legos quedó en el plano de lo meramente formal, al arbitrio de futuras Cortes para que quedasen definitivamente instalados.³¹

29 “Mas al paso que no duda que algún día se establezca entre nosotros la saludable y liberal institución de que los españoles puedan terminar sus diferencias por jueces elegidos de entre sus iguales, en quienes no tengan que temer la perpetuidad de sus destinos, el espíritu de cuerpo de tribunales colegiados y, en fin, el nombramiento del Gobierno, cuyo influjo no puede menos de alejar la confianza por la poderosa autoridad de que está revestido, reconoce la imposibilidad de plantear por ahora el método conocido con el nombre de juicio de jurados. Este admirable sistema, que tantos bienes produce en Inglaterra, es poco conocido en España. Su modo de enjuiciar es del todo diferente del que se usa entre nosotros, y hacer una revolución total en el punto más difícil, más trascendental y arriesgado de una legislación no es obra que pueda emprenderse entre los apuros y las agitaciones de una de una convulsión política. Ni el espíritu público ni la opinión general de la nación pueden estar dispuestos en el día para recibir sin violencia una novedad tan sustancial (...). Por tanto, la Comisión ha creído que, en vez de desagradar a unos e irritar a otros con una discusión prematura o acaso impertinente, debía dejar al progreso natural de las luces el establecimiento de un sistema, que sólo puede ser útil cuando sea fruto de la demostración y del convencimiento. Por eso deja a las Cortes sucesivas la facultad de hacer en este punto las mejoras que crea convenientes”, ARGÜELLES, *Discurso Preliminar*, pp. 111-113.

30 *Semanario Patriótico* (Madrid), 16 de enero de 1812, p. 188 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=312a2b1d-243b-4fd5-99fa-fef10c4def92&page=20> (consulta 23 de marzo de 2023)].

31 Clavero califica este comportamiento de las Cortes de Cádiz de *esquizofrénico* “El primer constitucionalismo de marca española, aquel al que se debe la Constitución de 1812, también conocida por el lugar de producción como Constitución de Cádiz, aprecia la significación constitucional y pondera el alcance constituyente de la institución del jurado y del

JUNTAS DE CENSURA Y JUECES DE HECHO

Junto al Tribunal iletrado, la libertad de escribir se consagró en los primeros albores del constitucionalismo como un elemento fiscalizador de la actuación del Estado y, por ende, de la propia Justicia.³² Dotado de una

principio que representa de ejercicio ciudadano de una justicia de iguales hasta el extremo de atemorizarse por la novedad y no decidirse por el establecimiento. ¿Cómo y por qué se producía tamaña esquizofrenia?”. Siguiendo a este autor la clave para comprender el vaivén de nuestra Institución a lo largo del siglo XIX radica en la concepción que, de la misma, tuvieron los constituyentes gaditanos, de influencia francesa. De este modo, a diferencia de la versión inglesa originaria, en la que el Jurado se erige como derecho limitativo del abuso real y, por ende, elemento sustancial del Estado liberal, a España llegará como mera Institución procesal de forma que habrá Jurado en España, al igual que lo habrá en Inglaterra, pero uno y otro tendrán una significación muy distinta que se traducirá en un desigual tratamiento por las Cortes. En el primer caso, en tanto derecho de los ingleses, se encontrará fuera del alcance del Parlamento, mientras que, en el segundo caso, consistirá en una Institución de creación legislativa, “(...) podemos seguir diciendo que la primera Constitución española es la que se produce reactivamente en Cádiz en 1812. Ahí asistimos a un planteamiento del jurado con tanta fuerza como escaso fuelle. Una tendencia constitucional de inspiración inglesa de cierto predicamento inicial ha sido postergada. No había puesto además especial empeño en el jurado como derecho. Prevalecerá la de inspiración francesa no particularmente revolucionaria, en la que, con una programación de legislación codificada y justicia profesional ambas además bastante inciertas, encaja peor la institución. Tenemos como resultante la comparecencia que anuncié al principio como esquizofrénica. La encontramos y no encontramos precisamente en el momento constitucional mismo. el derecho, un derecho al jurado, no lo tenemos”, CLAVERO, *Happy constitution*, pp. 41 y 90.

- 32 Al respecto resulta muy ilustrativa la intervención de Muñoz Torrero en las Cortes. El diputado se manifestaba en estos términos: “la Nación tiene el derecho de celar y examinar la conducta de todos sus agentes y Diputados, como juez único que debe saber si cumplen sus obligaciones, derecho del que no puede desprenderse mientras sea Nación”. Era pues, necesaria una “salvaguardia para enfrenar la voluntad de las Cortes y del Poder ejecutivo, en caso de que quisiesen separarse de la voluntad de la Nación”. La libertad política de la imprenta, entendida como “tribunal pacífico de la opinion pública; es decir, la facultad de hablar y de escribir”, actuaría de este modo como “barrera del despotismo y del poder inmenso de la Corona”. *Diario de Sesiones de Cortes (DSC)*, 17 de octubre de 1810, n.º23, p. 49. En el mismo sentido, la prensa se hacía eco de la misión por ella desempeñada. En concreto, el diario *El Observador*, decía en su número de 25 de septiembre de 1810: “(...) Últimamente, para asegurar todas estas ventajas y el acierto en las deliberaciones de los empleados en los tres poderes mencionados, y para fixar la opinión pública que debe ilustrarlos acerca de lo justo, del bien y de la verdad, es absolutamente precisa la libertad de escribir, el mayor estímulo del saber, anexa á la libertad política y civil; la qual es un beneficio con que se compensa superabundantemente la censura de los Romanos, dice Delolme, poniéndola en manos del público, que es el censor mas despreocupado, inflexible y recto. Y yo concluyo

dimensión política indudable, este derecho constituyó el canal idóneo para construir una opinión pública acorde al constitucionalismo.³³ Reconocido en el artículo 371 de la Constitución de 1812, la libertad de prensa se configuraba como una “consecuencia del derecho irrenunciable de la nación a examinar y juzgar el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los diputados”.³⁴ El decreto de 10 de noviembre de 1810, en el que se consagra inicialmente el derecho a la libertad de imprenta,³⁵ extraía de la

diciendo que conviene mucho recordarse de que luego que César acabó con la libertad de la república, las primeras providencias de los emperadores fueron vincular exclusivamente en el senado, envilecido ya hasta el extremo de ser el instrumento de su tiranía, la facultad de juzgar, que anteriormente ejerció también el orden eqüestre y plebeyo, y mandar quemar las obras que les desagradaban, comenzándose este escándalo hasta allí nunca visto ni oído en Roma por las del insigne Labieno”. *El Observador* (Cádiz), n°15, 25 de septiembre de 1810, pp. 260- 261 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=51888da3-e1aa-4c5f-9491-627354b2705e&page=30> (consulta 23 de marzo de 2023)].

- 33 “De los debates parlamentarios que van del 27 de septiembre al 8 de noviembre de 1810 se destaca un argumento central, la configuración de una opinión pública, pero no una opinión pública libre, sino una dirigida. La misma que pretendía difundir una línea ideológica determinada, que no fue otra que la constitucional (...). En síntesis, la libertad de imprenta surgió como un derecho político que posibilitó la participación de intelectuales en debates políticos, contribuyendo simultáneamente en la transformación del pensamiento dominante (...)”, ESQUIVEL, Yessica (2016), “Sueños de libertad y censura: la libertad de imprenta de 1810”, *Revista de estudios políticos*, n°174, pp. 166-167. En el mismo sentido, Navarro Merchante: “(...) la libertad de imprenta, vinculada al principio de soberanía contribuye a la creación de opinión pública, que dispondrá de un instrumento de control y freno al despotismo y la arbitrariedad de ellos gobernantes”. NAVARRO, Vicente J. (2011), “El Decreto IX de las Cortes de Cádiz de 1810 sobre la libertad de imprenta”, en AA.VV., *El legado de las Cortes de Cádiz*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 344.
- 34 ÁLVAREZ CORA, Enrique (2011), “Libertad, abuso y delito de imprenta en las Cortes de Cádiz”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n°81, p. 495.
- 35 Consagrada esta libertad, proliferaron los periódicos y escritos varios dando lugar a una “diarrea de las imprentas, especie de epidemia que reina actualmente en Cádiz”. En este sentido, destaca el periódico *El Conciso*, de gran tirada en la ciudad gaditana, que comenta los debates de los parlamentarios reunidos en Cortes. “Nace así la auténtica prensa política como manifestación de la lucha ideológica llevada a cabo por los dos bandos en la contienda: absolutistas y liberales”. RAMOS GARRIDO, Estrella (2009-2010), “El recorrido histórico en la legislación española hacia el reconocimiento de la libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz”, *Revista de Sociales y Jurídicas*, n°5 extra, “La Constitución de Cádiz”, pp. 49-50. Sobre la importancia de la prensa de índole jurídica destaca el estudio llevado a cabo por Fernando Liendo Tagle en LIENDO, Fernando (2020), *Prensa jurídica española Avance de un repertorio (1834-1936)*, Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid.

jurisdicción ordinaria los delitos tipográficos.³⁶ De acuerdo con este texto, una Junta suprema de Censura nombrada por las Cortes, y otras tantas provinciales, se encargaban de la calificación de esta clase de ilícitos.³⁷ La labor de estos órganos se limitaba a examinar los escritos denunciados y a determinar si se había cometido algún tipo de infracción penal. En caso afirmativo, su tramitación corría a cargo de los Tribunales competentes.³⁸ Esta división de funciones en el enjuiciamiento de los abusos contra el derecho a la libertad de escribir se asemejaba al modo de operar del Jurado.³⁹

- 36 Algún autor señala en relación con esta norma que “no se ha vuelto á publicar ninguna disposición en que se haya concedido más latitud á la libertad de Prensa”. EGUIZABAL, José E. (1879), *Apuntes para una historia de la legislación española sobre imprenta desde el año 1480 al presente*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, p. 67. Desde entonces, la legislación de imprenta se regirá por normativa específica. No será hasta la llegada de la ley de policía de imprenta de 26 de julio de 1883 cuando los delitos tipográficos se reconduzcan al Código Penal. LÓPEZ DE RAMÓN, María, (2014) *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de Policía de Imprenta de 1883*, Universidad Carlos III, Madrid.
- 37 Las Juntas se encontraban bajo la dependencia de la Cámara de diputados con la finalidad de salvaguardar la independencia de los censores, de las intrusiones del Ejecutivo, PÉREZ JUAN, José A. (2011), “Los procesos de imprenta en las Cortes de Cádiz”, en ESCUDERO, José A. (coord.), *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*, Espasa-Calpe, Barcelona, vol. 2, pp. 232-233. El sistema constituido por las Juntas de Censura no despertó objeción alguna por parte de los diputados, preocupándose más por los requisitos exigidos a los futuros integrantes de las mismas. DSC, 2 de noviembre de 1810, n°37, p. 79.
- 38 “Art. 5 Los jueces y tribunales respectivos entenderán en la averiguación, calificación y castigo de los delitos que se cometan por el abuso de la libertad de la Imprenta, arreglándose á lo dispuesto por las leyes y en este reglamento.” “Art. 15. Será su cargo [de las Juntas] examinar las obras que se hayan denunciado al Poder ejecutivo ó Justicias respectivas; y si la Junta censoria de provincia juzgase, fundado su dictamen, que deben ser detenidas, lo harán así los jueces, y recogerán los ejemplares vendidos”. *Decreto de 10 de noviembre de 1810 de libertad política de la imprenta* [<https://legishca.edu.umh.es/1810/11/10/1810-11-10-libertad-de-imprenta>] (consulta de 23 de septiembre de 2022)].
- 39 “Operaban así solo como un gran jurado, pues precisamente, y como es sabido, desde un principio se pensaron como una alternativa o un sucedáneo del mismo ante la inoportunidad, entonces, de introducir un jurado para estos casos”, MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando (2012), “Juntas de censura y jurado. La aplicación peninsular de la normativa de libertad política de imprenta (1810-1823)”, en LARRIBA, Elisabel y DURÁN, Fernando (coords.), *El nacimiento de la libertad de imprenta: Antecedentes, promulgación y consecuencias del Decreto de 10 de noviembre de 1810*, Sílex, Madrid, p. 328.

Planteado de esta manera, las Juntas de Censura, estaban destinadas a salvaguardar esta libertad, impidiendo al sistema judicial la persecución y castigo de los excesos realizados con ocasión de su ejercicio. Se materializaba de esta forma, una vez más, la desconfianza de los legisladores respecto a la administración de Justicia de aquél entonces.⁴⁰ Al respecto, resulta elocuente un editorial del periódico *El Censor*, publicado durante el verano de 1820. Decía:

“(…) no debemos olvidar que las constituciones mas liberales, es decir, las más favorables á la conservación de los derechos comunes é individuales, no son nada sin la práctica de la libertad de la imprenta, y sin el juicio de las causas criminales por verdaderos jurados. Estas dos excelentes instituciones bastarían, por decirlo así, para lá felicidad pública y privada, si pudieran subsistir sin la garantía de una constitución que las consagrare, y de una representación nacional, libremente elegida, que vela sin cesar por su conservación”.⁴¹

- 40 “De esta manera, las decisiones de las Juntas de censura actuaban a modo de, diríamos hoy, ‘condiciones objetivas de perseguibilidad’ impidiendo al sistema judicial del Antiguo Régimen tomar la iniciativa en la persecución y castigo de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de la libertad de imprenta. Con este sistema mixto entre Juntas y jueces se conseguía un doble objetivo: de un lado se salvaba la profunda desconfianza que, por las razones ya expuestas, tenían los diputados liberales en el sistema de administración de justicia todavía vigente, al reservarse las propias Cortes la facultad de nombrar a los componentes de las Juntas, es decir, de los órganos que tenían en su mano la decisión relativa al inicio o no de los procedimientos penales en esta materia; y al mismo tiempo se respetaba el principio de separación de poderes, puesto que si las Juntas estimaban que en una obra había delito, eran finalmente los jueces y tribunales ordinarios los encargados de aplicar la ley y castigar”, MIRA, Javier (1994), *Los límites penales a la libertad de expresión en el derecho penal español. Análisis histórico-dogmático*, Universitat de València, Valencia, pp. 68-69. En el mismo sentido: “Los fundados temores del doceañismo sobre la resistencia de las maltrechas, pero todavía poderosas, instituciones de la Monarquía tradicional al cambio les llevó a convertir a las Cortes, único poder que detentaban, en motor único de la transformación política y social, en la óptica de un *gobierno de Asamblea*. En este horizonte, la desconfianza hacia el entramado jurisdiccional heredado del Antiguo Régimen llevó a las Cortes de Cádiz a crear una jurisdicción específica y de nueva planta para entender en abusos de imprenta, directamente emanada de ellas y bajo su control: las *Juntas de Censura*”, MARCUELLO, Juan I. (1999), “La libertad de imprenta y su marco legal en la España liberal”, *Ayer*, nº34, p. 67.

- 41 *El Censor*, 12 de agosto de 1820, p. 116 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=c08c3c7f09b2-4689-a1ed-e20600236f4a&page=37> (consulta 23 de marzo de 2023)].

En nuestra opinión, lo inoportuno de presentar a los jueces de hecho en los primeros compases del régimen liberal radica, más allá del posible grado de maduración de la Justicia, en el protagonismo que asumen las Cortes en este periodo. En efecto, el carácter aleatorio de la composición del Jurado colisionaba con el relevante papel que el Parlamento desarrolla en esta etapa como instrumento de salvaguarda del nuevo Estado. De esta forma, haber atribuido a la competencia del Jurado la calificación de los delitos de imprenta, hubiera supuesto extraer al legislativo de este trascendental campo. En estos términos se expresaba el diario *El Español*, en su edición de 30 de diciembre de 1810:

"(...) ¿Porque ha de sujetarse una nacion entera al juicio de nueve hombres?

Nueve hombres, perpetuos en su empleo, nombrados por las Cortes, y residentes cerca del gobierno! No está todo esto en contradicción de los excelentes principios que con tanto vigor y eloqüencia se expusieron en favor de la libertad de la imprenta? (...)

Si estas tan graves y fundamentales imperfecciones del reglamento fueran mui difíciles de evitar, no querria disminuir inútilmente en el público la impresion agradable que causó la declaracion del primer artículo; pero no seria justo callar quando se ve que los remedios estaban á mano, y que el conservar estos *peligros* de la libertad de la imprenta, manifiesta que existe un *influxo poderoso, y temible*, del espíritu que se opuso á ella.

(...) El poder de la imprenta intérprete de la opinion pública, es el *contrapeso del poder de las Cortes*, como el de estas debe serlo del ejecutivo: y tan *absurdo* es que las Cortes nombren los árbitros de la imprenta, como que el poder ejecutivo nombrase los individuos del legislativo. El pueblo debiera nombrar estos jueces; el pueblo debiera confirmarlos ó mudarlos al cabo de cierto tiempo. Que inconveniente habria en hacerlo asi? (...) No hay otro inconveniente que las preocupaciones.

¿Y quien quitaba que para sostener la libertad de la imprenta, y contenerla en sus justos límites, se decretase que estas causas se juzgaran ante un cuerpo de *jurados*? Las preocupaciones".⁴²

42 Lo subrayado es nuestro. El diario prosigue "(...) Yo no digo que las cortes abusarán del reglamento: basta probar (y esto me parece que es claro) que pueden abusar de él sin dificultad alguna. Los jueces son nombrados mediata, ó inmediatamente por ellas: no se les prohíbe admitir empleos: en último resultado todo se reduce a cinco votos, que es la mayoría de

El 10 de junio de 1813 las Cortes aprobarían sendos decretos que modificarían el de 10 de noviembre de 1810.⁴³ En efecto, la puesta en práctica del mecanismo de las Juntas de Censura reveló importantes deficiencias en el marco legal de la imprenta.⁴⁴ Anomalías que propiciaron irregularidades, permitiendo “ambigüedades y excepciones por parte de los jueces del momento”.⁴⁵ En este sentido se pronunciaba *El duende de los cafés* que, en su artículo “Agua va”, publicado el 2 de septiembre de 1813, condenaba

los nueve supremos. Si estos jueces son amovibles por las cortes, son sus eternos dependientes: si no lo son, serán, buenos ó malos, eternos superiores de la opinión de los ciudadanos; y el alago, la seducción, la preocupación en favor de los que mandan, y la inclinación natural de los que gozan qualquier especie de poder, á ejercerlo, pueden hacer de los nueve una inquisición política, tan sometida a la Corté, ó las Cortes (según donde se hallare el poder, ó adonde propenda) como lo ha sido en todos tiempos la Inquisición religiosa (...). *El Español*, nº9, 30 de diciembre de 1810, pp. 221-224 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=80c92114-fc07-47ea-bbad-4cb619880f09&page=43> (consulta 23 de marzo de 2023)].

43 Estas disposiciones son el decreto CCLXIII de adiciones a la Ley de libertad de imprenta, que simplifica el procedimiento a seguir; y el decreto CCLXIV de Reglamento de las Juntas de Censura, que modifica la composición de sus miembros estableciendo su gratuidad y su designación por las propias Cortes. MARTÍNEZ DHIER, Alejandro, (2022), “Consideraciones sobre el ejercicio y la regulación de la libertad de imprenta en la codificación penal española”, *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, nº20, p. 126.

44 En el decreto de 10 de noviembre de 1810 existían lagunas acerca de cuestiones fundamentales como el plazo de duración del expediente, el órgano competente para enjuiciar los casos de injuria contra los propios censores, el procedimiento a seguir en caso de recurso, defectos en la tipificación de los hechos penados, etc., PÉREZ JUAN, “Los procesos de imprenta en las Cortes de Cádiz”, p. 236. A propósito de la irregularidad en el funcionamiento de las Juntas de Censura, traemos a colación la intervención del Diputado Martínez García en Cortes. Decía: “Señor, según las leyes del Reino, no derogadas por la libertad de la imprenta, el juez o tribunal que conoce de la causa, califica por sí mismo de sediciosos el escrito ó papel manuscrito que llega á sus manos. Por dicha nueva ley todo impreso ha de pasar por la calificación de la Junta de Censura, para que pueda decirse que hay verdadero cuerpo de delito. El Consejo de Regencia, á quien por el reglamento del Poder ejecutivo está encargada la pública tranquilidad, con facultad de adoptar cuantas providencias estime convenientes en materia tan interesante, pregunta y dice si podrá ejecutarse, sin llegar a la calificación de la Junta censoria, cuando se le presenta un papel impreso notoriamente sedicioso, subversivo del buen orden, ó que ataca directamente el sosiego público. ¿Qué duda, Señor, puede haber en este caso? Salus populi suprema lex esto; y cuando la Patria peligrar no puede haber otra ley que la que exigen las circunstancias, y pide la misma necesidad”. *DSC*, 25 de junio de 1811, nº266, pp. 1319-1331.

45 ESQUIVEL, “Sueños de libertad y censura”, pp. 155-158.

esta situación. En este sentido, y respecto a los disidentes del nuevo Estado constitucional, afirmaba:

"(...) se pasean y viven sin miedo á Jueces porque saben que á estos ó no les gusta el nuevo método de enjuiciar, ó no han dado entrada en su interior á la decisión patriótica de nuestro nuevo sistema; ni a las leyes, porque saben que sus interpretadores han de ser oídos y han de ganar por este medio tiempo para eludirlas (...).

Pónganse esas varas de justicia en manos de hombres activos y decididos solamente por el bien general, y no por el ascenso á la toga: arrojemos mas allá de los Pirineos a los tibios, y pues que ellos tienen la maldición del Espíritu Santo, echémosela nosotros también ahora para que se sequen por toda una eternidad. — Amen".⁴⁶

De este modo, el descrédito a las Juntas censoras respondía al hecho de ser "demasiado condescendientes con escritos poco respetuosos con el texto constitucional".⁴⁷ Algún autor apunta que, incluso tales defectos eran consecuencia de no haber llevado la dimensión del derecho a la libertad de imprenta hasta sus últimas consecuencias.⁴⁸

46 "Agua va", *El duende de los cafés*, n°33, 2 de septiembre de 1813, pp. 137-139 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=cbad860f-5388-4ed6-add1-07fd0472b9af>] (consulta 23 de marzo de 2023)].

47 "Apenas proclamada esta libertad, surgieron nuevos periódicos, de carácter político, que se adscribieron, ya al bando servil, ya al bando liberal. Algunos de estos periódicos protagonizaron ruidosos incidentes que dieron lugar a interminables (y, a veces, plúmbeas) discusiones en las Cortes, según atestigua el Diario de Sesiones. (...). Tales incidentes, aparte de someter a prueba a los propios textos legales, sirvieron para poner de manifiesto la actitud, no siempre correcta, de las Juntas de censura o, incluso, de las mismas Cortes, así como la interpretación que, a la hora de la verdad, dieron ciertos diputados a la mencionada libertad. El 9 de noviembre de 1810 se nombraron los miembros de la Junta Suprema de Censura (...). Gracias a una serie de maniobras políticas —comenta Albert Dérozier— se había introducido en tan importante organismo «una mayoría de moderados y de reaccionarios» (...) sus decisiones fueron cada vez más arbitrarias hasta el punto de constituir 'un desafío al liberalismo'. En el mismo sentido que Dérozier se manifiesta La Parra, quien acusa a aquella Junta de dar censuras poco claras o condescendientes con los impresos que no respetaban el texto constitucional o la tarea de las Cortes y de retrasar la tramitación de determinados asuntos cuya gravedad exigía inmediata solución", FIESTAS, Alicia (1989), "La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español", *Anuario de Historia del Derecho Español*, n°59, p. 374.

48 "La tramitación de las primeras denuncias de escritos abusivos puso de manifiesto que el diseño institucional previsto no pudo sustraerse a una lógica tradicional de tribunal y juzgado

No hubo tiempo para más. Como sabemos, en 1814 Fernando VII restablecía el absolutismo en España.⁴⁹ Este giro estuvo auspiciado por un “estado de opinión favorable” que se había labrado mediante las campañas de prensa realizadas por los periódicos realistas. La llegada del rey facilitó la neutralización de las Instituciones constitucionales. Para llevar a cabo esta destrucción, junto a la tendencia a la deslegitimación de su autoridad, se implementaron medidas represivas.⁵⁰ En este sentido, la injerencia regia sobre los jueces fue notoria. De este modo, como indica Bachero, “no fue tanto, la justicia *motu proprio* la que actuó contra los detractores del absolutismo por algún presunto delito, sino que fue la Corona la que determinó su culpabilidad y los jueces simplemente tenían que justificarla”.⁵¹

de imprenta. Los problemas detectados en la aplicación de la normativa, que forzaron su corrección con las adiciones introducidas en junio de 1813, tuvieron que ver fundamentalmente (aparte de razones políticas de fondo) con el hecho de que para el diseño de los mecanismos institucionales y procesales arbitrados para la tutela de la libertad de imprenta, no se asumieron todas las consecuencias del reconocimiento de la misma en un sentido político, lo que hubiera conducido al establecimiento de unos jurados de imprenta. Como de lo que se trataba era de generar y encauzar un espíritu público, al que coadyuvasen todas las luces de la monarquía, se pasó, en materia política, de un sistema de censura previa a uno de censura y calificación posterior a cargo de juntas integradas al fin y al cabo por sujetos permanentes e irresponsables, que, además, por su extracción profesional (basta examinar el número de magistrados y ministros que integraron la primera junta suprema de censura) habían necesariamente de reproducir las lógicas y prácticas institucionales de un procedimiento judicial en la calificación de los impresos. MARTÍNEZ PÉREZ, “Juntas de censura y jurado”, p. 329.

49 En efecto, mediante el manifiesto de abrogación constitucional de 4 de mayo el rey negaba todo valor a la Constitución y a lo actuado por las Cortes en su ausencia: “Declaro que mi Real ánimo es no solamente no jurar ni acceder a dicha constitución ni a decreto alguno de las Cortes generales y extraordinarias y de las ordinarias actualmente abiertas, a saber, los que sean depresivos de los derechos y prerrogativas de mi Soberanía, establecidas por la Constitución y las leyes en que de largo tiempo la nación ha vivido, sino el declarar aquella Constitución y tales Decretos nulos de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos, y se quitasen de en medio del tiempo, y sin obligación en mis pueblos, y súbditos de cualquiera clase y condición, a cumplirlos ni guardarlos”. *Real Decreto de Fernando VII derogando la Constitución dado en Valencia, el 4 mayo de 1814* [<https://www.cervantesvirtual.com/obra/real-decreto-de-fernando-vii-derogando-la-constitucion-valencia-4-mayo-1814/>] (consulta 10 de octubre de 2022)].

50 RÚJULA, Pedro V. (2014-2015), “Isidoro de Antillón y la represión de los diputados liberales en 1814”, *Teruel. Revista del Instituto de Estudios Turolenses*, vol. 95-96:2, p. 256.

51 BACHERO, Juan L. (2015), “La represión en el absolutismo entre la ley u la arbitrariedad”, en CANTOS, Marieta y RAMOS, Alberto (coords.), *La represión absolutista y el exilio*, Universidad de Cádiz, Cádiz, p. 73. Este criterio era mantenido por la prensa de la época. Entre otros, de este parecer se mostraba el diario monárquico *El Conservador*, en su número de

EL JURADO DE IMPRENTA

El ocaso del Antiguo Régimen tendrá lugar en 1820, con el comienzo del denominado Trienio Liberal. En este contexto, las Cortes no escatimaron esfuerzos para resaltar el carácter noble y ventajoso de la Justicia popular.⁵² Al respecto, resultan ilustrativas las palabras del diputado Martínez de la Rosa. Decía:

“(…) la institucion del Jurado es la égida que asegura la libertad individual: este es ya un teorema fundamental en las naciones cultas, y seria inutil tratar de demostrar las ventajas de los Jurados sobre jueces ó corporaciones permanentes”.⁵³

18 de abril de 1820, salvando la autoridad real, denunciaba los abusos cometidos por la judicatura en la etapa precedente, al señalar: “Los liberales en 1814 fueron juzgados segun leyes derogadas; el gobierno establecido por el mismo pueblo que para sostener el entusiasmo de la Nacion y salvar á Fernando, se vió obligado á resucitar y mejorar los fueros de ella, usurpados por los gobiernos sucesivos desde Fernando el católico hasta nuestros dias. Sus instituciones se establecieron sin el auxilio de la fuerza armada y por la voluntad general de los pueblos, y por consiguiente sin crimen. No asi los tigres que los juzgaron; infringieron las leyes que habian jurado, engañaron al Rey, y le obligaron á usar de la fuerza para oprimir y ahogar la voluntad del pueblo, y le forzaron á derogar la Constitucion y decretos violados por ellos, y por los cuales debian entonces y ahora ser juzgados. ¡Pero que diferencia! las mismas leyes que hollaron son en el dia su defensa; ellos que acriminaban en comisiones oscuras, ofreciendo destinos y recompensas á las lleras que pidiesen y mandasen la muerte de los buenos que procesaron secretamente y decidieron á puerta cerrada, prueba de que la fuerza arinada y no la opinion y voluntad del pueblo sostenia su infame agresion á los derechos de la Patria, serán ahora públicamente procesados, y el pueblo conocerá su inocencia ó su maldad, y las leyes los protegerán en su justificacion: ellas serán su juez y no los hombres”. *El Conservador*, nº23, 18 de abril de 1820 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=f4a3cb29-212a-4ce3-b16e-028293ae179e> (consulta 23 de marzo de 2023)].

52 “Para entonces el Jurado habría dejado de ser una institución escasamente conocida entre los políticos españoles, como lo era en la primera etapa constitucional. En los años que mediaron desde aquel período y, sobre todo, en los meses iniciales del Trienio tendrían nuevas oportunidades de profundizar en su estudio (...). La experiencia inglesa era aleccionadora: sin una sola ley acerca de la materia hasta 1792 y sin una definición de los escritos criminales sancionables como libelos, el Jurado bastó para conservar en Inglaterra la libertad de imprenta durante un siglo”. ALEJANDRE, Juan A. (1981), *La justicia popular en España análisis de una experiencia histórica: los tribunales de jurados*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 86-87.

53 DSC, 26 de septiembre de 1820, nº84, p. 1262.

Aceptada en este periodo por la clase parlamentaria la relevancia de este nuevo Tribunal,⁵⁴ sin embargo, las discrepancias se generaron entorno al momento más adecuado para su puesta en práctica y la fijación de su ámbito de actuación. De este modo, la primera experiencia juradista en nuestro país tendrá lugar a propósito de la reforma de la legislación de imprenta. La regulación del Tribunal popular se realizó por decreto de 22 de octubre de 1820,⁵⁵ limitando su actuación al conocimiento de los delitos contra el derecho a la libertad de escribir, en sustitución de las antiguas Juntas de Censura.⁵⁶ La medida se fundamentaba en las virtudes de la Justicia popular, al considerarla un instrumento garante de la libertad y, a su vez, un recurso idóneo para el enjuiciamiento de los abusos cometidos por medio de la prensa.⁵⁷

54 El Conde de Toreno pone de manifiesto el designio de las Cortes de establecer el Jurado en España. El diputado se manifestaba en estos términos: "Esperan también las Cortes que la vigilancia del Gobierno de V. M. y la rectitud de los magistrados aseguren la buena y pronta administración de justicia, la cual sujeta ya á reglas más fijas, se mejorará más y más cada dia especialmente cuando los Códigos adquieran la sencillez y perfeccion propia de las luces del siglo, y cuando el establecimiento de jurados, indicado en la Constitución , dé á todos los ciudadanos esta nueva y esencial garantía de su libertad". En un primer término este discurso de contestación a la corona calificaba al Jurado como promesa efectuada por las Cortes al pueblo español. Fue posteriormente a instancias del parlamentario Clemencin cuando se procedió a la sustitución del término "prometido en la Constitución" por el de "indicado". Sin duda con esta modificación quedaba asegurada la vinculación del tribunal popular a la voluntad del Parlamento. *DSC*, 10 de julio de 1820, n°6, pp. 22-23.

55 Norma calificada por algún autor como "el texto más representativo del 'trienio liberal' en esta materia". MARTÍNEZ DHIER, Alejandro (2021), "Breves apuntes jurídicos sobre la regulación de la libertad de imprenta en la codificación penal española", en OLMEDO, Miguel; NÚÑEZ, Miguel A.; SANZ, Nieves y POLAINO-ORTS, Miguel (coords.), *Ciencia penal y generosidad. De lo mexicano a lo universal*, Editorial Bosch, Barcelona, p. 494.

56 Pero también hubo quien solicitó en aquellos años la extensión de los jueces legos al ámbito civil: "(...) De haber los franceses conocido mal el objeto de la prueba por Jurados, ha provenido que solo la hayan aplicado á lo criminal, reduciéndola todavía á los crímenes que traen consigo pena infamatoria, y dejando los delitos que se castigan con prisiones y multas arbitrarias, juntamente con todas las causas civiles, á la discrecion de los magistrados. Mi opinion es enteramente opuesta; yo quiero Jurados para lo civil lo mismo que para lo criminal, para los delitos mas leves lo mismo que para los crímenes mas atroces; pero, si me viese precisado á optar, abandonaría á la discrecion del magistrado, mas bien lo criminal que lo civil, mas bien lo crímenes que los delitos. (...) Acerca de lo civil sentaré un principio que á muchos oidos sonará paradoja y que para mí es un axioma: *el hombre tiene mas amor á sus propiedades que á su misma vida*. Infinitos arriesgan esta última en un combate que no arriesgarían su empleo desairando á un ministro: los mismos secretarios del despacho que se prostituian ante un Ramirez ó un Ugarte aceptarían tal vez un desafio: el general Ney

En este tiempo se alzaron voces en favor de un Jurado que se extendiera más allá del ámbito de la imprenta contemplándolo para el orden penal. Al respecto, destaca la sugerencia del diputado Istúriz, quien contemplaba una Justicia iletrada para la administración penal.⁵⁸ Dicha proposición fue bien recibida por una parte de la prensa de la época. En este sentido, resaltamos el periódico *El Constitucional o sea Crónica científica, literaria y política*, que en su edición de 2 de agosto de 1820 establecía:

“La mayor parte de los jueces no han recibido otra enseñanza que la perversa. de las universidades. A ella es mil veces preferible la sana razón y el juicio maduro; por eso ha sido oportunísima la indicación del señor Isturiz sobre el juicio por jurados. Sería de desear que hiciese uso de ella la comisión especial nombrada para presentar un proyecto de ley, y que de ahora en adelante una institución tan conforme con el espíritu de la Constitución, fuese uno de los fundamentos de nuestra legislación criminal”.⁵⁹

(para no citar hechos demasiado recientes de nuestra misma patria), Ney fue valiente en los combates donde peligraba su vida, y faltóle ánimo cuando una mudanza política que él no había previsto puso en riesgo las cuantiosas rentas que disfrutaba. De ahí deduzco que si los ministros tienen á su disposición los tribunales civiles, y si los tribunales son árbitros de las propiedades del ciudadano; los que tienen que perder, es decir, las personas mas influyentes de la Nación, no se atreverán á obrar ni opinar sino como obren y opinen los jueces y los ministros”. JONAMA, Santiago (1820), *De la prueba por Jurados, o sea Consejo de hombres buenos*, Editorial Imprenta del Censor, Madrid, pp. 21- 23.

57 “No se detendrá la comisión á ponderar las ventajas del establecimiento *de jueces de hecho*, conocidos comunmente con el nombre de jurados; siendo un axioma sancionado ya por la experiencia, que esa institución es la única que puede poner á salvo la libertad individual, corregir por sí misma los funestos efectos de una mala legislación, y hacer menos terrible la idea de fiar en manos de hombres la propiedad, la honra y hasta la vida de sus semejantes. Mas si es tan saludable esta institución en todas las causas criminales, cuando se trata de calificar impresos no es solo provechosa, sino absolutamente necesaria, si se ha de conservar ilesa la libertad de imprenta. Mirada esta con ceño por los que ejercen autoridad, expuesta siempre á todos los tiros del poder y á las encubiertas asechanzas de la tiranía, no podría subsistir largo tiempo, por más precauciones que se tomaran en su defensa, si dependiera de jueces permanentes el fallar sobre una clase de delitos, que lejos de poder sujetarse á reglas fijas por la ley, han de depender en gran manera del juicio particular de cada hombre”. DSC, 15 de septiembre de 1820, p. 1025.

58 DSC, 31 de julio de 1820, n°27, p. 344.

59 *El Constitucional o sea Crónica científica, literaria y política* (Madrid), n°451, 2 de agosto de 1820, p.3 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=a100249f-6657-41bf-95d7-0a279f38a84c> (consulta 23 de marzo de 2023)].

De nuevo, todo lo que afectaba a la Institución del Jurado no estaba exento de controversia.⁶⁰ En el seno del hemicycle resonaban voces disconformes con la idoneidad del Tribunal popular para enjuiciar los delitos de imprenta. La ausencia de un código, la dificultad de desplazamiento al lugar del plenario y la complejidad de los tipos delictivos, constituyeron algunos de los argumentos esgrimidos por quienes consideraban imprudente la implantación de esta nueva forma procesal. De nuevo, los diarios se hicieron eco

- 60 En este punto, debemos destacar, entre las razones que se utilizaron en apoyo de esta iniciativa, por un lado, el argumento de que constituía una oportunidad de adecuación de la ley al caso concreto y, por otro, criterios de Derecho comparado. Este último fundamento lo encontramos en la opinión pública. Entre otros, el diario *El duende de los cafés*, hacía referencia a la administración de la justicia inglesa, expresando su deseo de que el nuevo código de procedimiento criminal imitara sus bondades. Pero, como señala Carmen Muñoz, lamentablemente, no sería así. MUÑOZ BUSTILLO, Carmen (1998), "La justicia no letrada en el primer constitucionalismo", en *Il modello costituzionale inglese a la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800*, Giuffrè Editore, Milán, pp. 293-304. El semanario decía así: "(...) supuesto este principio y que se traza un nuevo Código, sábio, justo, fundamental y equitativo de leyes criminales para la nacion española, de consiguiente solicitar también que se exxtinga radicalmente el actual modo de proceder en las causas criminales, y que se actue el procedimiento en ellas, según se practica en el dia en Inglaterra (...) cuyo sabio y humano procedimiento ha sido siempre el objeto de los panegíricos de todos los filósofos liberales y modernos. Aquí no se trata ni apetecen en general las leyes criminales de Inglaterra, y solo se desea el modo que observan los ingleses de proceder judicialmente en las causas criminales, que es el mejor del mundo, y como sigue. En Inglaterra à nadie se mete en la cárcel sin haberle oído y sin que responda á los cargos que se le hacen por el juez de paz. Si á este no le satisfacen las respuestas del comparecido a su presencia, y el delito que se le acumula merece pena corporal, queda preso hasta la primera audiencia, en la qual un magistrado que se llama Scheriff, preside à la pública administración de la justicia en el condado ò provincia que le corresponde, y nombra lo que se llama la gran Junta de los Jurados. esta se debe componer de mas de doce personas y de menos de veinte y quatro, todas de las mas calificadas. Sus funciones son examinar las pruebas que resultan contra los acusados: si no les parece fundada la acusacion á doce jurados, inmediatamente se pone en libertad al encarcelado (...)", *El Duende de los cafés*, 12 de noviembre de 1813, pp. 457-458 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=4ed523b6-479e-4384-ae10-16835c23db65> (consulta 23 de marzo de 2023)]. Por otro lado, el grado de subjetividad de los ilícitos tipográficos constituía una razón por la que considerar conveniente su atribución a la Justicia no togada. "El juicio por Jurados parecía el más idóneo para este grupo de delitos tipicidad venía determinada por cierto grado de subjetividad. Además, su limitación a este grupo de delitos constituiría una suerte de ensayo y, por otro lado, lograría perfeccionar los procesos en que los delitos tipográficos se cursaban". PÉREZ JUAN, "Marco legal del Jurado en el primer constitucionalismo español", pp. 1174-1176.

de este malestar. A inicios de octubre de 1820 la *Miscelánea de comercio, política y literatura*, publicaba el siguiente titular:

“Pudiera ademas, en nuestro dictamen, dilatarse útilmente el establecimiento de jurados, ósea jueces de hecho, hasta una época mas oportuna. Está por hacer el código penal y el del modo de proceder en los juicios i falta la división territorial, la aplicación de su principio á la organización de tribunales, y por último, apenas restaurado el orden constitucional, que estuvo en ejercicio muy poco tiempo, y no en todas sus partes, no gozamos aun de la tranquilidad completa, que necesitan los espíritus para que se encuentre en todos los puntos ciudadanos que con imparcialidad alternen en los juicios, y especialmente sobre las opiniones políticas, que suelen en tal estado ser el asunto más común de los libros. Todavía será mui difícil encontrar en bastante tiempo, sujetos capaces de juzgar estas materias, y menos aun de determinar si infaman á los particulares o a los empleados en 1º, 2º ú 3º grado, o si son subversivas o sediciosas”.⁶¹

Junto a estas razones, además, la falta de tradición y de ilustración del país,⁶² dificultaron la formación de un consenso amplio sobre la regulación de la Justicia popular en España.⁶³

61 *Miscelánea de comercio, política y literatura* (Madrid), 2 de octubre de 1820, p. 2 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=5d12dd65-ee6e-4b3d-a58f-9049f471086c&page=2> (consulta 23 de marzo de 2023)].

62 Frente al recurrente carácter iletrado de la población española, no considerándose suficientemente preparada para recibir al Jurado, encontramos opiniones que, como la del diputado Moreno Guerra, recogía la prensa: “[...] la institucion de jurados no solo para los juicios de imprenta, sino para todos era no solo posible, sino facilísima, pues nuestro pueblo sabe mas de lo que se cree y de los que muchos quisieran; que está dispuesto para todo, que las clases interesadas en los abusos son las que no estan dispuestas á renunciar á sus goces, á sus conveniencias y á sus privilegios; y si el pueblo no estaba dispuesto para la benéfica institucion de los jurados (sin la cual no puede haber libertad, pues el poder judicial sería el verdadero Soberano y árbitro absoluto de la vida y de las fortunas é intereses de todos los ciudadanos), tampoco lo estaría para nombrar diputados (...)”. *El Universal*, n°147, 5 de octubre de 1820, p. 546 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=e25b3840-0361-46f9-a73a-7da9bd808ca8&page=2> (consulta 23 de marzo de 2023)].

63 En este sentido se pronunciaba Calatrava ante la Cámara “Me parece que no habrá un español ilustrado, un hombre que sepa pensar, que no esté bien convencido de que la mayor salvaguardia de la libertad civil es el establecimiento de los jueces de hecho, ó llámese Jurados. La utilidad de esta institucion ha sido mucho tiempo há un principio para mí, lo es hoy y lo será siempre, y nadie me excede en el deseo de verla introducida y bien organizada en

Pese todo lo expuesto, la norma salió adelante. Lo cierto es que, confirmado el trascendental papel de la prensa, fracasado el mecanismo de las Juntas de Censura, e incrementada más si cabe la desconfianza hacia la judicatura al finalizar el periodo absolutista, el Jurado se presentó como única opción viable para consolidar el régimen liberal. Al respecto, el diputado Florez Estrada apuntaba:

España. Pero á pesar de estar tan penetrado de la conveniencia de este sistema, creo que en los casos y en los términos que lo propone la comision como base de todo su proyecto, puede ser perjudicial al fin mismo á que aspiran los señores que la componen, que es el de asegurar la justa libertad de imprenta, reprimiendo los abusos. En mi sentir, la comision podía haber desempeñado su encargo con solo haber hecho segun la proposicion del Sr. Tapia, aquellas adiciones ó reformas que, por lo que nos ha enseñado la experiencia, se considerasen necesarias en las leyes que hoy rigen sobre la libertad de imprenta, sin que fuese preciso variarlas todas enteramente" (...) "Es muy peligroso hacer esta prueba precisamente en una materia de las más difíciles y delicadas que hay en la legislación criminal, cual es la calificación de ideas y opiniones manifestadas por escrito. Cuando tengamos Código, que espero no tardará mucho, entonces en mi concepto será la ocasión oportuna de introducir el Jurado; pero no generalmente, sino por vía de ensayo en ciertos casos de los más fáciles y con ciertos temperamentos, hasta ver qué ventajas ó desventajas produce entre nosotros, y si el pueblo español en todas las provincias está ó no dispuesto á esta institucion. Para ella se necesita cierto grado de ilustracion, cierto espíritu público, ciertas virtudes y otras circunstancias que cualquiera de los señores del Congreso conoce mejor que yo. Con Código, repito, yo que deseo tanto como el que más este ensayo, querría que se hiciese desde luego en aquellos delitos que por su naturaleza interesan más generalmente a todos los ciudadanos; aquellos en que menos se puede mezclar el espíritu de partido ó la diferencia de opiniones, y aquellos cuya calificacion, como sujeta á pruebas ciertas, está más al alcance de cualquiera de los que pueden ejercer las funciones de jurados." Calatrava, *DSC*, 26 de septiembre de 1820, p.1259. En términos similares la prensa decía "Para que existan jurados ó jueces de hecho es necesario que existan antes tribunales colegiados de primera instancia, que con algunas variaciones se erijan periódicamente en tribunales criminales, segun que se practica en los paises que gozan de esta institucion. Esta preexistencia de los tribunales colegiados, es de una necesidad tan rigurosa como que presentará todo el aire de una monstruosidad el que sobre el hecho fallasen doce ó mas jueces, y uno solo sobre el derecho. Parece pues que mientras no sean colegiados los tribunales que hayan de decidir las causas criminales, no puede haber jueces de hecho entre nosotros (...) el temor de largos viages, de incomodidades y de gastos, disgustaría á los jurados del desempeño de sus funciones augustas (...). En un país donde las posadas y los carruages son tan costosos, es claro que nadie emprenderá tan largos viages por ir á desempeñar funciones gratuitas (...), *Miscelánea de comercio, política y literatura*, 7 de agosto de 1820, p. 4 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=e9bfc9a6-0135-4cf2-8b2f-61b0b56e0a3a&page=4> (consulta 23 de marzo de 2023)].

“No defenderé precisamente el método que la comisión propone para establecer los Jurados; pero sí que estos son esencialmente necesarios á la libertad, y que mientras no los tengamos ésta no pasará de una vana jactancia sujeta á la arbitrariedad del poder judicial, más temible aun en España que el despotismo que hasta la presente época han ejercido nuestros Monarcas durante siglos”.⁶⁴

El decreto de 22 de octubre de 1820 contemplaba el Jurado en dos estadios.⁶⁵ Por un lado, su funcionamiento pasaba por la tarea de acusación que concernía a nueve individuos. El Tribunal popular determinaba si había o no lugar a la formación de la causa, necesitándose los votos de las dos terceras partes de sus integrantes para continuar el proceso. Un segundo momento correspondía a la calificación. En esta fase el órgano lego estaba compuesto por doce miembros, necesitándose al menos ocho votos para condenar un impreso. Por último, al juez de primera instancia correspondía la aplicación de la pena oportuna.⁶⁶ De este modo, con la

64 DSC, 26 de septiembre de 1820, p. 1266. Este también era el sentir manifestado en la prensa: “No ofreciendo pues suficientes garantías nuestro estado social, y teniendo natural tendencia todo gobierno á ensanchar los límites de su autoridad ¿adónde acudir para poner coto á sus extravíos? ¿Cifraráse únicamente nuestra esperanza en la virtud de nuestros representantes? ¿Pero no son hombres? Andando el tiempo ¿no será fácil al ministerio armar sus baterías, y, ayudado de un sistema electoral, que no debe desagradarle, traer á las cortes una representación amoldada á su gusto? ¿Tan distante está la época de 1814? Siendo esto palpable, como lo es, ¿hay acaso otro remedio mas que el de proponer una ley, que amplíe el derecho de peticion, que sancione las reuniones públicas para radicar en ellas un partido de oposicion al ministerio, sin que por eso se deduzca que han de hacer de él espresamente mencion las leyes? Porqué, hablemos con franqueza, sin el juicio por jurados; con la propiedad territorial estancada y acumulada; sin que sea declarado legalmente el derecho de resistencia á la opresion; y en fin con la facultad que puede reclamar el gobierno de prohibir reuniones públicas sin su licencia; ¿qué tabla de salud nos queda para que nuestros derechos sean respetados, sino se adopta el pensamiento que ha provocado esta discusion?”, *Miscelánea de comercio, política y literatura*, nº112, 20 de junio de 1820, p. 2 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=765aa7a4-6bf3-4616-9de0-e21d7f84dc&page=2>] (consulta 23 de marzo de 2023)].

65 *Reglamento acerca de la libertad de imprenta* [<http://legishca.edu.umh.es/1820/10/22/1820-10-22-reglamento-libertada-de-imprenta/>] (consulta 2 de octubre de 2022)].

66 Lo anterior en arts. 45 y 68 del Reglamento de 22 de octubre sobre libertad de imprenta. Por otro lado, sólo en determinados supuestos contemplados por la ley, podía el juez suspender la pena por entender errónea la calificación llevada a cabo por la sección de hecho. En tales casos, actuaría un nuevo Jurado Arts. 64 y 65 del *Reglamento acerca de la libertad de imprenta*.

citada normativa acudimos a una reducción drástica en las competencias de la Justicia profesional. No sólo se contempla la actuación de los jueces de hecho en una primera fase de calificación y, –por tanto–, de control en cuanto a la iniciación del procedimiento. Además, este personal no técnico determinaba si existía en cada caso concreto, el supuesto tipificado por la legislación de imprenta. En nuestra opinión, esta circunstancia responde, una vez más, al recelo que aun suscitaba la judicatura en esas fechas.⁶⁷

El Jurado que surge en el Trienio no funcionaría de forma autónoma. En su cometido le acompañaba la Junta de protección de imprenta. La normativa configuraba este órgano como auxiliar de las Cortes en su tarea constitucional de “proteger la libertad política de la imprenta”.⁶⁸ Se trataba, por tanto, de un mecanismo de garantía en el ejercicio de este derecho, actuando como entes “reguladores o correctores ante posibles extravíos”.⁶⁹ A diferencia de los órganos censores de la época gaditana, esta Junta, cuyos miembros eran designados por las Cortes, no estaría dotada de funciones judiciales sino asesoras. Relegada la judicatura a la estricta aplicación de la ley, esta Institución llevaba a cabo una función de interpretación de la normativa, contribuyendo a despejar las dudas o las lagunas que suscitase la legislación de imprenta.⁷⁰

No nos corresponde analizar de manera detallada la normativa reguladora del Jurado en el Trienio. No obstante, detendremos nuestra atención en aquellas cuestiones que, en nuestra opinión, denotan el interés de los diputados para implantar el Tribunal iletrado con el objeto de corregir determinados excesos de la Justicia profesional. De un lado, debemos reseñar

67 “Las razones que movieron a las Cortes del Trienio a adoptar el jurado para el enjuiciamiento precisamente de los delitos cometidos a través de la imprenta, son prácticamente las mismas a las que obedecía el sistema mixto entre Juntas de Censura y órganos judiciales adoptado por los diputados gaditanos en el Decreto de 10 de noviembre de 1810”, MIRA, *Los límites penales a la libertad de expresión*, pp. 90-94.

68 Esta Junta, que en ningún caso es competente para “ejercer ninguna autoridad judicial”, es un “cuerpo tanto más necesario, cuanto la naturaleza misma de un Congreso nacional y la corta duración de sus sesiones hacen indispensable que haya siempre quien vele en guardar un derecho tan expuesto á las asechanzas del poder como á los extravíos de la licencia”. DSC, Sesión de 15 de septiembre de 1820, núm. 73, p.1027.

69 En un primer momento, esta Junta tutelar de imprenta embebió del personal de las anteriores de Censura pero, posteriormente, se dotó de personal propio designado por las Cortes. BERMEJO, José L. (1998), “La Junta de Protección de la Libertad de Imprenta en el Trienio Liberal”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº68, pp. 11-12 y 21.

70 Junto a esta función asesora, también se encargaba de remitir informes a las Cortes acerca del estado de las causas relacionadas con la imprenta. BERMEJO, “La Junta de Protección de la Libertad de Imprenta”, pp. 25-26.

el sistema de elección. A diferencia de lo estipulado en otros países de nuestro entorno, en España se opta por encomendar a los Ayuntamientos la tarea de confeccionar las listas de candidatos a desempeñar la función de jueces legos. Las Cortes entendieron que la proximidad de la Administración local garantizaba el éxito de la decisión. Además, la composición de los Cabildos dotaba de mayor democracia y, por tanto, de acierto, a la elección.⁷¹ De otro lado, interesa destacar la imparcialidad y el régimen de responsabilidad que conformaban el estatuto de quienes componían la sección de hecho.⁷² Sin duda, con estos rasgos el Jurado superaría buena parte de los vicios que la incipiente Justicia liberal había heredado de la etapa absolutista.

Lamentablemente, los hechos revelaron lo contrario. Los continuos ataques que la prensa infirió al régimen constitucional con evidente impunidad,⁷³

71 La cuestión relativa a la elección de los jueces de hecho suscitó controversia. El ánimo inicial fue el de superar las deficiencias de la normativa inglesa. Entre las posibilidades planteadas, frente a la opción de recurrir a las Diputaciones Provinciales, se entendió más conveniente que la designación fuera competencia de los Ayuntamientos. DSC, 5 de octubre de 1820, núm. 93, p. 1430. Esta premisa también tuvo su reflejo en los boletines de la época: “En cuanto á los jueces de hecho, observaremos solo, que la composición de los ayuntamientos, escelente en general para el desempeño de los negocios puramente municipales, no presenta la menor garantía para la buena elección de jurados. Cuando se ha preconizado el principio, de que basta buena razón para calificar delitos de abuso de imprenta, los ayuntamientos pueden creer que cualquiera de sus mas oscuros dependientes; sin escluir sus carpinteros ó sus albañiles, son á proposito para esa operación; y ya se puede inferir, cuál será la suerte de los hombres de letras, puestos en manos semejantes. Prescindiendo de la influencia que deben ejercer sobre ellos sus amos ó sus gefes (...). ¿Quién nos ha dicho que los ayuntamientos no podrán nombrar muchas veces hombres mal intencionados, vengativos, de opiniones diferentes de las que profese el autor á quien se ha de juzgar? (...). *Miscelánea de comercio, política y literatura*, n°220, 6 de octubre de 1820, p. 2 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=aded99ff-7320-49a4-9320-9821b3157644&page=2>] (consulta 23 de marzo de 2023)].

72 Lo anterior en arts. 40-42, y 67 del *Reglamento acerca de la libertad de imprenta*.

73 PÉREZ JUAN, “Los primeros pasos del Jurado en España”, p. 116. En esta obra se desciende al estudio práctico del Jurado en el Trienio, abordando el enjuiciamiento de Matías Vinuesa, capellán de Fernando VII, acusado de diversos escritos subversivos. En su texto, el autor pone de manifiesto el papel que los distintos editoriales desempeñaron en los desórdenes y tensiones políticas del momento. No obstante, con carácter general, la actuación del Jurado fue tildada de demasiado benévola. El carácter condescendiente del Tribunal popular será empleado por sus detractores como muestra de manipulación del órgano o de inhabilidad por parte de sus miembros. En cambio, sus defensores lo utilizarán como argumento de imparcialidad. En este sentido se pronuncia *El Censor*: “Decimos que de los acusados por delitos políticos serán absueltos plenamente muchos que en el sistema actual serian conde-

obligaron a introducir importantes reformas en el marco legal del Jurado.⁷⁴ De este modo, se llevó a cabo una batería de reformas que incrementaron la presencia y control del poder Ejecutivo en los procesos de imprenta.⁷⁵ Los intentos por erradicar la dispersión legislativa existente culminaron en una obra de refundición que, no obstante, tuvo corta vida como consecuencia de la llegada de los Cien Mil hijos de San Luis.⁷⁶ Por estas fechas se ponía fin a una Institución puesta en entredicho desde sus comienzos. Pese a que el Jurado fue alabado como fórmula eminentemente liberal, sin embargo, no consiguió superar las reticencias a su implantación. La corta vida del

nados, sino á muerte, á gravísimas penas estraordinarias; porque los jueces egercen ahora un poder discrecional, por el cual aun cuando el caso de que conocen no esté espreso literalmente en la ley, le aplican por analogía otra que se refiera á los que tienen alguna semejanza con él; y esta lógica forense va á desaparecer el dia en que se establezcan los jurados". *El Censor*, 11 de agosto de 1821, p. 473 [<https://hemerotecadigital.bne.es/hd/es/viewer?id=f9fea144-90fc-4ca6-af18-c403b3271cb9&page=73> (consulta de 23 de marzo de 2023)].

- 74 Ante esta coyuntura, el Consejo de Estado recomendó encarecidamente su supresión. En opinión de sus integrantes, la salvaguarda del orden público, principal afectado por la deficiente puesta en práctica de la Justicia iletrada, unido al recelo con el que, desde un principio, fue mirado por los jueces profesionales, motivaban la recuperación de las Juntas de censura con las reformas de 1813. MARTÍNEZ PÉREZ, "Juntas de Censura y Jurado", p. 341.
- 75 Estas reformas se aprobaron por decreto de 12 de febrero de 1822 por el que se aprueba el Reglamento de reforma de la libertad de imprenta. Entre las medidas se encontraba la relativa al proceso de designación de los jueces legos, en el cual ahora intervendrían conjuntamente alcaldes y Diputaciones Provinciales (art. 11). Por otro lado, el jurado, esencialmente irresponsable salvo por cohecho, daría a conocer su declaración sobre si había o no lugar a la causa, al publicarse ahora en la *Gaceta de Madrid* junto a la identidad del votante en cuestión (art. 13). Acerca de la envergadura de estos cambios, destaca la intervención del diputado Gascó "¿Es un verdadero Jurado el que se deja existente en este proyecto? A mí me parece que no, y haré despues sobre ello mis observaciones. El otro es la sustracción de la influencia del Poder ejecutivo, ó la independencia en que la libertad de imprenta queda de este poder del Estado. En efecto, parece que cuando la Constitucion puso la libertad de imprenta bajo la égida de las Cortes, quiso sustraerla del influjo del Gobierno, pero la comisión ¿la sustrae realmente? Variando el Jurado, ¿no ha dado á este poder alguna influencia en la libertad política de la imprenta? Variando el Jurado y atribuyendo la nominación de sus dos terceras partes á una corporación que aunque popular existen en ella como individuos natos dos funcionarios del Gobierno que tienen bastante poder para influir en aquella corporación, ¿queda sustraída de la influencia del Gobierno la libertad de la imprenta? Es necesario desconocer todos los medios de que puede hacer uso el Gobierno á fin de que le sirvan las Diputaciones provinciales, para estar por la afirmativa." *DSC*, 4 de febrero de 1822, p. 2147.
- 76 Tras la reforma de 1822, la ulterior de 22 de julio de 1823 comportaba la exclusión del enjuiciamiento de las querellas por calumnias, el establecimiento de plazos a los expedien-

Jurado se vio en estos años aquejada por las inseguridades de un sistema naciente que sólo consiguió vencer el devenir de los acontecimientos.

CONCLUSIONES

La Constitución de 1812 articuló un nuevo modelo de Estado conforme a los postulados del liberalismo. El personal judicial desempeñó un papel fundamental para materializar este cambio. Los constituyentes gaditanos fueron conscientes de dicha relevancia articulando una Administración Judicial independiente con una judicatura revestida de garantías y, al mismo tiempo, sujeta a responsabilidad.

Las Cortes, como representantes de la Nación, eran las encargadas de velar por su soberanía, ejerciendo una labor inspectora de los Tribunales. No obstante, la intromisión del Ejecutivo sobre jueces y magistrados continuó en esta época, participando tanto en su designación como en su promoción.

En este escenario, la libertad de imprenta y, por extensión, la Justicia popular, desempeñaron una labor crucial. Al respecto, las Cortes sustrajeron el enjuiciamiento de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio del derecho a la libertad de escribir a la judicatura. Con esta medida se confirmaba la desconfianza del legislador hacia una Justicia profesional que no había conseguido desligarse de la herencia del Antiguo Régimen. De este modo, primero a través de las denominadas Juntas de Censura y, más tarde, con la implantación del Jurado, el Poder Legislativo trató de minimizar la participación del Gobierno en la conformación de la planta judicial.

Durante el Trienio Liberal, de forma limitada, asistimos a la puesta en funcionamiento del Jurado en España. La participación de los Ayuntamientos en la designación de los jueces de hecho, así como el régimen de responsabilidad al que quedaron sometidos constituyen garantías suficientes para terminar con los excesos de la Justicia profesional heredada de la etapa absolutista. A partir de esta primera experiencia liberal, la disyuntiva entre personal judicial “no lego” y “lego” constituirá una máxima que estará presente durante buena parte de nuestra historia judicial.

tes, la regulación de los mecanismos de suplencia, así como la obligación de presentar la denuncia en el lugar de impresión, a fin de evitar duplicidades. Como consecuencia de tales adiciones al decreto de libertad de imprenta, se produjo una grave dispersión legislativa que fue puesta de manifiesto en sede parlamentaria. Esta deficiencia debía corregirse re-conduciendo la regulación de imprenta a los Códigos penal y procesal. Sin embargo, esta alternativa no pudo ser aplicada al no haberse aprobado todavía la última de las normas referidas. Por esta razón, fue necesario elaborar una Ley adicional. PÉREZ JUAN, “Marco legal del Jurado en el primer constitucionalismo español”, pp. 1185-1888.

DECISIONES JURÍDICAS Y CONFLICTOS SOCIALES. PERSPECTIVA DESDE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

LEGAL DECISIONS AND SOCIAL CONFLICTS. A PERSPECTIVE FROM THE COMMUNICATIONAL THEORY OF LAW

ADOLFO SÁNCHEZ HIDALGO
(Universidad de Córdoba)

RESUMEN

El presente estudio ofrece una perspectiva general de la incidencia de la realidad social en la Teoría Comunicacional del Derecho y, especialmente, en los procesos decisionales jurídicos. El trabajo comienza con un planteamiento introductorio acerca de la difícil relación entre Sociología Jurídica y Teoría del Derecho, valorando la posición al respecto de la Teoría Comunicacional del Derecho. A continuación, se ofrece el estudio de los principales tipos de decisiones jurídicas (decisión constitucional, legislativa y judicial), así como la incidencia de la realidad fáctica sociológica sobre las mismas. Finalmente, se sientan unas conclusiones críticas acerca de la utilidad y rigor de esta Teoría Comunicacional.

Palabras clave: Conflicto social; Teoría Comunicacional del Derecho; Decisión constituyente; Decisión legislativa; Decisión judicial.

ABSTRACT

This study offers an overview of the impact of social reality on the communicational theory of law and, in particular, on the legal decision-making processes. The paper begins with an introductory approach to the difficult relationship between the Sociology of Law and the Theory of Law, assessing the position of the Communicative Theory of Law in this respect. This is followed by a study of the main types of legal decisions (constitutional, legislative and judicial), as well as the impact of the sociological factual reality on them. Finally, some critical conclusions are drawn about the usefulness and rigour of this communicational theory.

Keywords: Social Conflict; Communicative Theory of Law; Constitutive Decision; Legislative Decision; Judicial Decision.

RESUM

DECISIONS JURÍDIQUES I CONFLICTES SOCIALS: PERSPECTIVA DES DE LA TEORIA COMUNICACIONAL DEL DRET

Al present article s'ofereix una perspectiva general de la incidència de la realitat social en la Teoria Comunicacional del Dret i, especialment, en els processos jurídics decisius. El treball comença amb un plantejament introductori sobre la difícil relació entre la Sociologia Jurídica i la Teoria del Dret, valorant la posició pel que fa a la Teoria Comunicacional del Dret. A continuació, s'ofereix l'estudi dels principals tipus de decisions jurídiques (decisió constitucional, legislativa i judicial), així com la incidència de la realitat fàctica sociològica sobre les mateixes decisions. Finalment, s'estableixen unes conclusions crítiques al voltant de la utilitat i el rigor d'aquesta Teoria Comunicacional.

Paraules clau: Conflicte social; Teoria Comunicacional del Dret; decisió constituent; decisió legislativa; decisió judicial.

TEORÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Sistema jurídico y medio social son dos realidades íntimamente unidas, se necesitan mutuamente; porque el derecho es la forma u orden que toma el medio social y, paralelamente, el medio social proporciona las ideas, representaciones colectivas y demás materias necesitadas de organización jurídica.¹ Ahora bien, esta mutua dependencia plantea algunos problemas epistemológicos para la ciencia jurídica en absoluto indiferentes; ya que, si se considera el Derecho como un sistema normativo formalizado y autónomo, la introducción del medio social en la cuestión de su conocimiento únicamente causaría confusión entre la realidad normativa y la realidad social. Por otro lado, si se considera el Derecho como un hecho social, la cuestión de la juridicidad de las normas y la lógica de su sistematicidad sería una cuestión meramente superflua y banal; pues lo relevante sería el estudio de los hechos sociales o la realidad empírica del Derecho, es decir, las relaciones de obediencia y castigo. Aquí se encuentra la causa del desencuentro entre los denominados positivistas normativistas y los llamados

1 ROBLES, Gregorio (2018), *Sociología del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, p. 153.

positivistas sociologistas. Los normativistas consideran que la ciencia jurídica o Teoría del Derecho debe centrar su atención en el concepto de norma y en el estudio del conjunto normativo u ordenamiento jurídico. Los sociologistas o realistas, en cambio, parten de la premisa de que el Derecho es un hecho social y por ello debe comprenderse empleando los métodos de las ciencias sociales, en particular el método sociológico.

Históricamente, la consolidación de la Sociología del Derecho como ciencia vino precedida de una amplia “revuelta contra el formalismo” en Europa y en América,² concretada, en palabras de Renato Treves, en una triple acción: contra el formalismo legalista de la Escuela de la Exégesis en Francia, el formalismo doctrinal de la jurisprudencia de conceptos en Alemania y el formalismo jurisprudencial del “case method” en América.³

Como reacción al legalismo propio de la escuela de la exégesis cabe destacar la figura de François Geny, quien, aparte de denunciar las limitaciones filosóficas del legalismo y la vacuidad de sus conceptos dogmáticos, defiende la libertad y amplitud del conocimiento jurídico por medio de la investigación jurídica de lo dado y lo construido por la ciencia del Derecho. En este sentido afirma: “*lo que yo quiero sobre todo resaltar es la lastimosa reacción de esta discordancia entre el derecho positivo y la vida sometida a su imperio, bajo el rol social y científico de la Jurisprudencia*”.⁴ Así, en el volumen II de *Science et Technique en Droit Privé Positif*, defiende que el derecho objetivo surge como consecuencia de elementos que le vienen dados de diferente modo: racionalmente, naturalmente, históricamente e idealmente.⁵ Geny es uno de los primeros teóricos del Derecho abiertos al conocimiento sociológico, pues su idea de naturaleza de las cosas supone la vía de entrada de la sociología jurídica en la ciencia del Derecho.⁶

2 Conviene precisar que, ciertamente, también puede encontrarse un muy desarrollado formalismo sociológico en los que el estudio social se nutre del método analítico, como por ejemplo en Simmel o Parson, *Vid.*, MOYA VALGAÑÓN, Carlos (1965), “Talcott Parsons y la vocación actual de la teoría sociológica”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 143, pp. 149-164.

3 TREVES, Renato (1978), *Introducción a la Sociología del Derecho*, Taurus, Madrid, pp. 123-132.

4 GENY, François (1900), *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle. Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la 'Université de Dijon le 8 novembre 1900*, Librairie Venot, p.10.

5 GENY, François (1927), *Science et Technique en Droit Privé Positif*, II, Sirey, París, pp. 371-389.

6 GENY, *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, p. 24. “Entonces, puede bien reconocerse que, ni la ley ni la costumbre nacen suficientes para resolver todos los problemas de la vida jurídica, queda un lugar necesario para una investigación independiente, sujeta

La dirección trazada por Geny fue compartida por la denominada Jurisprudencia de intereses (Ihering y Heck) y por el movimiento del Derecho libre. La Jurisprudencia de Intereses criticó el formalismo conceptualista propio de la Jurisprudencia de Conceptos y defendió la necesaria relación del Derecho objetivo con motivaciones prácticas y de índole finalista. Puede comprobarse en las obras de Ihering *El fin en el Derecho* y la *Lucha por el Derecho*, especialmente en esta última señala Ihering que el Derecho objetivo es el resultado de una lucha de intereses entre colectividad e individuo. Entre estos intereses, señala Ihering la preponderancia del sentimiento del derecho, que viene a ser el deber moral individual y social de resistir las injusticias.⁷ Así se puede comprender su conclusión: “No admitimos ciertamente una lucha por nada, pero sí ese noble combate en el cual el individuo se sacrifica con todas sus fuerzas, por la defensa de su derecho personal o de la Nación”.⁸

Esta idea se mantiene en la filosofía jurídica de Heck para quien el Derecho es un producto de los intereses que en el seno de la sociedad luchan por su reconocimiento.⁹ En este sentido, considera Heck pueden distinguirse en el Derecho un sistema interno y un sistema externo, el primero de naturaleza anatómica y conceptual; el sistema externo, en cambio, describe las situaciones de interés, los conflictos de intereses, los juicios de valor y las ideas valorativas. De este modo, la Sociología del Derecho deviene como una ciencia auxiliar de la ciencia jurídica, que permite superar el normativismo y el conceptualismo.¹⁰

El movimiento del Derecho libre no forma una escuela unitaria de pensamiento; más bien se trata de un conjunto de autores diversos que conservan algunas notas comunes. La principal característica compartida es la defensa de un derecho no estatal, un Derecho libre no proveniente de las autoridades estatales; pero qué sea este Derecho libre tiene una respuesta

solamente a esclarecer las soluciones, de acuerdo a un método estrictamente científico, guiado bajo los dictados (donéese) primeros de la razón o de la conciencia, y por el excedente, inspirándose en los resultados surtidos por todas las disciplinas, que analizan el mundo social, nos revelan en su estructura íntima y sus recursos profundos, lo que se puede llamar la naturaleza de las cosas positivas, capaz por sí sola de suplir las falibles fuentes formales, entregándonos un fundamento objetivo a nuestras investigaciones”.

7 IHERING, Rudolf (1985), *La lucha por el Derecho*, Civitas, Madrid, p. 76.

8 IHERING, *La lucha por el Derecho*, p. 135.

9 LARENZ, Karl (2008), *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, Ariel, Barcelona, p. 76.

10 ROBLES, Gregorio (2015), *Teoría del Derecho*. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho, II, Thonsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor *Teoría del Derecho*, p. 156.

diferente en cada autor. Estos autores critican la identificación de Derecho con la ley, el método subsuntivo propio de la escuela de la exégesis y el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico; en cambio, defienden una concepción amplia de Derecho, así como la revisión de la concepción tradicional de las fuentes del Derecho.¹¹

En el otro lado del océano el llamado *American Legal realism* descansaba, igualmente, en una investigación de carácter empírico acerca de las verdaderas motivaciones y causas de las decisiones judiciales, especialmente en las actitudes prelegales e ideológicas del juez y cómo influyen estas convicciones en la decisión judicial.¹² Se trató de una visión pragmatista que reducía el conocimiento del Derecho al momento de su realización, lo que puede comprobarse en las palabras de Holmes: “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law* (la profecía de lo que los tribunales harán y nada más pretencioso es lo que yo entiendo por Derecho)”.¹³

Quizás el mejor representante de esta visión sociológica del Derecho sea Llewellyn, quien propone una ciencia jurídica sociológica o empírica que complemente a la tradicional dogmática del *common law*, mediante el estudio de las conductas de oficiales y legos, tratando de exponer una técnica de predicción de las decisiones judiciales, así como los medios de control de las acciones de los hombres a través de la legislación. En suma, un análisis pragmático del Derecho en el que prime la reflexión acerca de la relación entre Derecho y sociedad.¹⁴

En otro sentido, la Sociología jurídica quiso verse como la verdadera ciencia jurídica y el análisis de los hechos sociales como el único método válido para el conocimiento del Derecho. No se critica, como en autores anteriores, la insuficiencia del legalismo, el formalismo de los conceptos o la improcedencia de consideraciones éticas; sino la propia cientificidad de estas aproximaciones. Este es el giro copernicano, anticipado por Ehrlich,¹⁵ pero que tomaría carta de naturaleza en la escuela de Uppsala a través del conocido como realismo jurídico escandinavo.

11 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, pp. 166-169.

12 SCHAUER, Frederick (2018), “American Legal Realism – Theoretical Aspects”, en SELLERS, Mortimer y KIRSTE, Stephan (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht.

13 HOLMES, William (1897), “The Path of the law”, *Harvard Law Review*, n° 10, p. 461.

14 SÁNCHEZ DÍAZ, Félix (2011), “Algunos aspectos de la sociología jurídica de Karl Nickerson Llewellyn: bases epistemológicas, concepción sociológica del derecho y teoría sociológica de las normas jurídicas”, *Nuevo Derecho*, vol. 6: 8, pp. 158-159.

15 LARENZ, *La filosofía contemporánea del Derecho*, p. 75.

Ciertamente, Ehrlich niega el carácter científico de la ciencia jurídica tradicional alejada de la vida real del Derecho y propone sustituirla por la Sociología jurídica, centrando su atención en la realidad vital y dinámica del Derecho, investigando los hechos de su realización, los factores que inciden en la legislación y, también, en la jurisprudencia de los tribunales.¹⁶ El Derecho deviene en consecuencia como el producto espontáneo de la vida social; es la misma vida colectiva del grupo en cuanto que se manifiesta en normas.¹⁷

Ahora bien, Hägerström, fundador de la escuela realista escandinava o Escuela de Uppsala, es el mejor exponente de este giro epistemológico, que comienza por la condena del neokantismo por haber reducido la realidad sensible a la proyección de la conciencia cognoscente, un idealismo de corte subjetivo. En cambio, considera Hägerström la condicionalidad espacio-tiempo es la que permite la identificación de los seres individuales y de lo real, por lo que es una condición del conocimiento y de la existencia. El filósofo sueco mantiene un concepto estrecho de realidad limitado a la incontrovertible realidad espacio temporal y, en consecuencia, excluye por irreales los valores éticos al igual que lo conceptos formales. Por esta razón, se hace necesario una depuración de las categorías jurídicas que prescinda de la carga ética y metafísica del Derecho y se centre en la investigación de los hechos en que se realiza el Derecho.¹⁸ El Derecho es un hecho que se produce dentro de unas coordenadas espacio-temporales y, como en cualquier otro fenómeno empírico, la tarea de una ciencia jurídica merecedora de tal nombre es hallar el auténtico significado de los conceptos jurídicos, saber cuál es la función que desempeñan realmente, una vez despojados de su carga metafísica.¹⁹

Como ha señalado Dreier, la distinción entre Teoría del Derecho y Sociología jurídica debiera comenzar por precisar que la primera se ocupa del estudio del Derecho válido jurídicamente y la segunda del Derecho válido socialmente.²⁰ En consecuencia, puede afirmarse que Teoría del Derecho y Sociología Jurídica son dos perspectivas diferentes de la misma realidad

16 ROBLES, Gregorio, (2015) *Teoría del Derecho*. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho, I, Thonsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 175-177.

17 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I,, p. 180.

18 FARALLI, Carla (2020), "Theodor Geiger e il realismo giuridico scandinavo", en AA.VV., *L'Eredità di Theodor Geiger per le scienze giuridiche*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, pp. 153-155.

19 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, pp. 356-357.

20 DREIER, Ralf (1978), "Concepto y función de la Teoría General del Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, trad. Gregorio Robles, n. 52, p. 120.

empírica (las normas jurídicas).²¹ Habría que determinar aún si se tratan de dos perspectivas enfrentadas o por el contrario complementarias. La Teoría Comunicacional del Derecho (TCD) asume el acierto de ambas posiciones epistemológicas, pero insiste en la necesidad de separar dos planos del conocimiento jurídico: el de la perspectiva interna o del jurista, propio de la Teoría del Derecho; el de la perspectiva externa o del sociólogo, propio de la Sociología Jurídica. Ambas disciplinas tienen por objeto el estudio del Derecho, aunque difieren en el método de análisis. En este sentido, afirma Robles: *"la Teoría del Derecho y la Sociología jurídica representan dos investigaciones paralelas; lo que se traduce en que manejan, cada una de ellas, categorías propias, que son legítimas en su propio terreno, pero que dejan de serlo en cuanto invaden el campo vecino"*.²²

La Sociología jurídica parte del presupuesto epistemológico de observar el Derecho fundamentalmente como un hecho social y, en consecuencia, emplea para su estudio el método propio de las ciencias sociales. De acuerdo con esta perspectiva del fenómeno jurídico, la validez del Derecho deberá ser comprobada socialmente mediante el examen de los hechos sociales que revelan su existencia y obligatoriedad.²³ La Teoría del Derecho, por otro lado, observaría la validez del Derecho desde una perspectiva lógica formal en virtud de la cual la validez de las normas deriva de su inserción en el ordenamiento jurídico, por lo que es necesario examinar cuáles son las condiciones para la juridicidad de la norma; esto es, qué requisitos debe reunir una norma para ser considerada parte del ordenamiento jurídico. En suma, la Teoría del Derecho se ocupa de estudiar el modo en que se producen las normas jurídicas y las condiciones procedimentales que éstas han de reunir para ser consideradas parte del ordenamiento jurídico.²⁴

Sin embargo, esta separación epistemológica no queda superada en la TCD al tratar de la decisión jurídica y sus diferentes modalidades. A pesar de que el momento decisional del Derecho debiera ser el punto de encuentro o conciliación entre sistema jurídico y medio social. Porque la decisión jurídica no puede quedar reducida a una mera cuestión formal acerca de las condiciones de su validez; como tampoco, puede ser estudiada únicamente como un hecho social, sin atender críticamente a las condiciones de

21 DREIER, "Concepto y función de la Teoría General del Derecho", p. 124.

22 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 363.

23 ROBLES, Gregorio (2020), "Sociologia pura del diritto vs teoria pura del diritto: validità ed efficacia delle norme", en AA.VV., *L'Eredità di Theodor Geiger per le scienze giuridiche*, pp. 135.

24 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, pp. 380-384.

su razonabilidad. El contexto o medio social, en suma, los conflictos éticos, políticos, históricos, étnicos, culturales, económicos, religiosos etc., proporcionan las representaciones colectivas (ideas, valores, convicciones éticas, moral social, etc.) sobre las que se fundamentan más o menos intensamente el conjunto de las decisiones, instituciones y normas jurídicas.²⁵

A continuación, desde la perspectiva de la TCD se detallarán los rasgos característicos de las decisiones jurídicas más relevantes y el modo en que el “medio social” incide en su cometido regulador.

TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS: TIPOLOGÍAS Y RASGOS

Ordenamiento jurídico y Sistema jurídico

Antes de exponer los diferentes tipos de decisiones jurídicas conforme a la óptica de la TCD, conviene precisar que la distinción entre Ordenamiento jurídico y Sistema jurídico es clave para comprender la originalidad de esta reciente teoría. En este sentido, en la TCD, al contrario de lo que ocurre en los autores normativistas, no hay una confusión o identificación entre ordenamiento y sistema. El ordenamiento jurídico o conjunto de disposiciones normativas, aún presentando cierto orden *per se*, adolece de racionalidad y coherencia suficientes como para permitir su inmediata aplicación práctica. Dicho de otro modo, el ordenamiento jurídico se presenta como una totalidad textual de carácter bruto y se identificaría con el conjunto de las disposiciones jurídicas tal y como son publicadas en el BOE.²⁶ Esa materia bruta, que recibe el nombre de ordenamiento jurídico, necesita de una construcción hermenéutica, que permita dotarla de racionalidad y sistematicidad suficientes como para su realización en la vida concreta de una comunidad política, esto es, para que pueda resolver los conflictos particulares que se dan en toda comunidad. El resultado de esta construcción racional es el texto elaborado que recibe el nombre de Sistema jurídico, una totalidad textual que, aunque refleja el ordenamiento jurídico, ofrece un horizonte de racionalidad más elaborado y apto para su aplicación práctica.²⁷

25 ROBLES, *Sociología del Derecho*, pp. 156-158.

26 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 141.

27 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 149.

En este contexto o interacción Ordenamiento-Sistema, Gregorio Robles distingue entre el denominado sistema didáctico-expositivo y el sistema en sentido estricto. El primero, como su nombre indica, tiene una finalidad explicativa, trata de ordenar racionalmente el conjunto del material normativo, estableciendo definiciones, categorías, clasificaciones a propósito de las instituciones, pautas de valor, principios jurídicos que se encuentran en los textos normativos; así como trata de resolver las antinomias y lagunas presentes en estos textos, dotando de coherencia la totalidad textual del ordenamiento jurídico. El sistema didáctico-expositivo persigue principalmente facilitar el conocimiento y estudio del Derecho vigente y, en ello, por supuesto hay una vocación práctica.²⁸ Junto a este sistema didáctico-expositivo de carácter eminentemente dogmático y erudito, el sistema en sentido estricto reflejaría el sentido real y concreto de los textos normativos, así como de las instituciones, relaciones jurídicas, pautas de valor y principios que los conforman. El sistema en sentido estricto se puede encontrar en las sentencias de los tribunales y especialmente en las sentencias de los altos tribunales, concretamente, en la *ratio decidendi* de estas sentencias, que explicitan el sentido real y alcance de las disposiciones normativas; es decir, el contenido auténtico de las normas jurídicas.²⁹ En suma, el sentido de las normas jurídicas es siempre el resultado de un proceso de construcción hermenéutica, que sólo puede comprenderse desde la peculiar interacción Ordenamiento y Sistema.

Contexto, sujetos, modalidades y procesos de la decisión jurídica

Las decisiones jurídicas ostentan la primacía genética en el marco de la TCD, pues, en el principio de toda forma de Derecho posible se encuentra la decisión, entendida como detonante del ordenamiento jurídico, de sus normas e instituciones. Porque, como ha sostenido en todo momento Robles: “las decisiones constituyen el aspecto generador o dinámico del ordenamiento jurídico, ya que son ellas las que generan nueva sustancia, nueva materia. Sin decisiones no habría Derecho, no habría normas ni instituciones”³⁰ En este sentido, la Teoría de las decisiones jurídicas estudia el aspecto dinámico del Derecho, entendido como un contexto heterogéneo de actos de comunicación que inciden en los diferentes operadores jurídicos y sus decisiones. Así, emulando el análisis pragmático del lengua-

28 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 556.

29 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 554.

30 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 105.

je, la Teoría de las decisiones jurídicas debe ocuparse del estudio de los principales sujetos que intervienen en las decisiones jurídicas, los diferentes contextos decisionales, los destinatarios de esas decisiones y las diferentes modalidades de decisiones jurídicas.³¹

De acuerdo con esta propuesta, Robles señala que el contexto comunicacional está delimitado por la idea de *Ámbito jurídico (AMB)*, éste es el espacio virtual en el que se desenvuelve la relación *Ordenamiento-Sistema*.³² Dentro de cada ámbito jurídico se producen múltiples procesos de comunicación jurídica (relaciones jurídicas, derechos subjetivos, acciones, decisiones y hechos jurídicos de diversa índole); pero el proceso comunicacional más relevante sería la interacción entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico. Así, este complejo contexto comunicacional que es el *Ámbito jurídico* como todo espacio, posee una racionalidad intrínseca o principio ordenador sobre el que se desarrolla la espiral hermenéutica *Ordenamiento-Sistema*, tal es la idea de *justicia ambital*: los ideales de convivencia de un ámbito jurídico determinado, o, de otro modo, la idea de *justicia institucionalizada* en un ámbito jurídico concreto.³³ Parece lógico pensar, que la Constitución cumple aquí un papel esencial para la delimitación y ordenación de todo ámbito jurídico, pues no sólo define los sujetos del poder político, sus competencias y procesos de decisión; además, normalmente, verbaliza el compendio axiológico institucionalizado, que el poder constituyente ha considerado básicos para la convivencia dentro del orden establecido.³⁴

Como estamos comprobando, la relación *Ordenamiento-Sistema* constituye el punto de gravitación del conjunto de la Teoría comunicacional del Derecho y se manifiesta nuevamente cuando Robles se ocupa de los sujetos protagonistas de las decisiones jurídicas. En primer término y por su protagonismo en la creación del sistema jurídico, encontramos el poder o sujeto constituyente; en segundo término, deviene el legislador, en sentido amplio, en tanto artífice de la materia jurídica bruta que es el ordenamiento jurídico; a continuación, encontraríamos a los juristas teóricos o dogmáticos que a través de sus decisiones propositivas buscan dotar de racionalidad y coherencia al ordenamiento jurídico; y, en último término, los jueces y

31 ROBLES, Gregorio (2018), *Cinco Estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, pp. 22-23.

32 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 489.

33 ROBLES, Gregorio, (2021) *Teoría del Derecho*. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho, III, Thonsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp 858-890.

34 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 159.

tribunales que a través de sus sentencias concretizan el contenido y sentido de las disposiciones jurídicas y determinan el sistema jurídico en sentido estricto.

En cuanto a las modalidades, Gregorio Robles distingue los siguientes tipos de decisiones jurídicas:

"A) Decisiones ordinamentales: generan texto del ordenamiento jurídico.

B) decisiones propositivas: generan textos doctrinales, con propuestas de normas jurídicas construidas, pertenecientes al sistema didáctico-expositivo.

C) Decisiones sistémicas: generan textos pertenecientes al sistema jurídico.

D) Decisiones implícitas o tácitas: generan textos que, en un primer momento, no son explícitos y que, perteneciendo al ordenamiento, se hacen explícitos en el sistema jurídico.

E) decisiones extra-ordinamentales y extra-sistémicas: generan textos que no son del ordenamiento, ni del sistema, pero sí del ámbito jurídico".³⁵

Se observa con nitidez que el fundamento de esta clasificación es la relevancia de las decisiones en el marco de la relación Ordenamiento-Sistema. De este modo, las decisiones ordinamentales son todas aquellas decisiones normativas que contribuyen a la formación del ordenamiento jurídico, entendido como la realidad bruta sobre la que elabora el sistema. Las decisiones propositivas vendrán constituidas por las investigaciones teóricas, tratados y monografías que buscan ordenar racionalmente y sistemáticamente el ordenamiento jurídico. Las decisiones sistémicas son las sentencias de los tribunales que de un modo u otro incorporan las distintas propuestas teóricas y de un modo efectivo concretan el sentido de las disposiciones jurídicas del ordenamiento; es decir, reflejan el sistema jurídico y el sentido del derecho positivo. Las decisiones implícitas o tácitas vienen constituidas igualmente por las sentencias de los tribunales que reflejan el contenido o sentido de las costumbres jurídicas y principios jurídicos vigentes en el sistema jurídico, aunque no explicitados necesariamente en el ordenamiento jurídico. Finalmente, las decisiones extra-ordinamentales y extra-sistémicas son las decisiones que se generan en el marco del ámbito jurídico de una comunidad política concreta y que no están directamente referidas a la relación ordenamiento-sistema; bien, por referirse a cuestiones técnicas o meramente pragmáticas (interposición de una demanda, jurisprudencia cautelar, negocios y relaciones jurídicas de todo tipo, etc.); bien, por estar referidas a la misma creación del ordenamiento jurídico como es el caso de la decisión constituyente.³⁶

35 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 82.

36 ROBLES, *Cinco Estudios de Teoría*, pp. 26-34.

Cada tipo de decisión posee su propio proceso decisional, es decir, el conjunto de pasos a seguir para la toma de decisión. Así toda decisión jurídica implica necesariamente una deliberación y una toma de posición acerca del ordenamiento jurídico y la realidad social sobre la que actúa; pero el modo en que se produce esta deliberación y toma de posición difiere dependiendo del tipo de decisión que se trate.³⁷ Y lo que no es menos importante, como enseña la teoría hermenéutica, toda decisión refleja más o menos intensamente el contexto social e histórico en el que se desenvuelve el sujeto y frente al cual ha de situarse.³⁸ En este sentido, en todas las modalidades de la decisión jurídica puede apreciarse la incidencia de motivaciones extrajurídicas, que inciden en su formación y realización como consecuencia de la inserción social del sujeto.³⁹

Así las cosas, el estudio comunicacional de la decisión jurídica debe compaginar el análisis teórico de los diversos tipos de decisiones jurídicas y sus particulares procedimientos, con el estudio sociológico de la decisión jurídica entendida como fenómeno social. Se abre, entonces, el camino para una sociología de las decisiones jurídicas, que ha de indagar las causas, incidencia y funcionalidad que cumplen las decisiones jurídicas en el entramado social. De este modo, el análisis teórico proporcionará las categorías o formas abstractas que permiten comprender, ordenar y dominar el dinamismo y variabilidad inherente a los procesos de decisión jurídica; pero, igualmente, la toma de posesión de las motivaciones fácticas y la inserción social de los sujetos hará posible vivificar las formas teóricas y colmarlas de realidad. Como ya se ha señalado, la raíz comunicacional de la Teoría del derecho ofrecida por Robles se muestra más evidente a propósito de la teoría de la decisión, en tanto que exige coherencia la explicación teórica con la sociológica y, además, nos muestra la peculiaridad del método hermenéutico-analítico defendido por el autor.

LA DECISIÓN CONSTITUYENTE

La decisión constituyente, escribe Robles, es el *fiat* del ordenamiento jurídico, su elemento originario, cuenta con una libertad o poder creativo mucho más amplio que el resto de decisiones jurídicas.⁴⁰ En este sentido, la idea de justicia se despliega con mucha mayor intensidad que en el resto de

37 ROBLES, *Cinco Estudios de Teoría*, p. 25.

38 GADAMER, Hans G. (1984), *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, p. 372.

39 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 149.

40 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 107.

decisiones jurídicas, pues será el poder constituyente quien delimitará el contenido material de la misma en la comunidad política.⁴¹ Expresamente, recuerda Robles: “la Constitución verbaliza los principios o valores supremos del orden jurídico constituido, que habrán de inspirar la acción política de los sujetos del poder. Dichos valores son el compendio axiológico institucionalizado que el poder constituyente ha elegido como básicos para la convivencia dentro del orden establecido, y cuyo desarrollo se verificará autopoieticamente mediante los mecanismos institucionales del sistema”.⁴²

Esta decisión originaria acerca de la justicia y el orden político (la decisión constituyente) se divide, conforme al planteamiento de la TCD, en tres posicionamientos nucleares: a) el proceso constituyente; b) las formas de gobierno; y c) los valores constitucionales.

El proceso constituyente

El proceso constituyente puede definirse como el conjunto de actos del poder constituyente, o su delegado, que desembocan en la decisión constituyente. Por lo general, este proceso suele tomar la forma de un debate acerca de los criterios de justicia y de forma política que han de regir la vida de la comunidad en el futuro, con la finalidad de llegar a un consenso o posición común entre los diferentes actores sociales y políticos.⁴³ Ahora bien, deben cuestionarse cuáles han de ser las condiciones mínimas de este debate; éstas son apuntadas en la obra *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, donde Robles señala dos fundamentales: el pluralismo y el consenso político. La primera de naturaleza sociológica y la segunda procedimental.

El pluralismo emerge frente al carácter moral monolítico de las sociedades primitivas, ante el hecho de que en las sociedades modernas coexisten diversidad de posturas morales.⁴⁴ En estas sociedades el individuo posee una suerte de libertades religiosas y políticas que le garantizan una posición propia frente al Estado, pero el proceso de socialización que estas libertades ha experimentado ha conllevado la sustitución del individuo por los partidos políticos. De modo que los partidos se han convertido en los actores de la vida política, a lo que habría que sumar los llamados movimientos

41 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 128.

42 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 159.

43 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, pp. 112-114.

44 ROBLES Gregorio (1992), *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, p. 155.

sociales (ecologistas, feministas, pacifistas, etc.) en la medida que actúan dentro de la vida política.⁴⁵ Paralelamente, la vida económica también ha sufrido una polarización acusada: intereses capitalistas nacionales y transnacionales, la conversión del individuo en consumidor, los movimientos obreros y sindicatos, entre otros.⁴⁶ En definitiva, la decisión constituyente no puede abstraerse del marco social en el que se encuentra, de modo que esta polarización moral, política y económica constituye el contexto en el que el debe delimitarse el contenido material de justicia.

El consenso lo utiliza Robles como diálogo superador del pluralismo desintegrador en que viven nuestras sociedades,⁴⁷ es más, Robles afirma: *"la teoría del discurso o diálogo racional constituye un patrón constante que hay que aplicar a todo proceso de decisión racional"*.⁴⁸

Con la idea de consenso, Robles nos remite a unas condiciones ideales del diálogo que redujeran a cero las posibilidades de engaño, ocultamiento e irracionalidad de los participantes.⁴⁹ Cómo él mismo explica: *"es una teoría procedimental del discurso y como tal no tiene por objeto el desarrollo de los contenidos materiales de la idea de justicia, sino el aspecto formal o procedimiento de ésta"*.⁵⁰

Sin embargo, rara vez las condiciones del diálogo ideal se cumplen en el diálogo político real, que se encuentra contaminado por múltiples interferencias.⁵¹ Será misión de la teoría de la decisión y, más exactamente, de su teoría de la justicia construir una plantilla lo más ajustada posible a este diálogo ideal y examinar a la luz de la misma, las condiciones en que se ha desarrollado el diálogo político real.⁵² Si el procedimiento seguido se ajusta a estas condiciones procedimentales fundamentales, se alcanzará un consenso satisfactorio.⁵³

A continuación, señala Robles estas condiciones procedimentales sobre

45 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 141.

46 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, pp. 143-151.

47 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 155.

48 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 160.

49 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 159. "El diálogo ideal supone la participación de dialogantes plenamente racionales, no movidos en principio por ningún otro interés que no sea el bien de la sociedad, y cuya facticidad dialogante se lleva a cabo con las máximas garantías contra el error o la simplificación".

50 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 160.

51 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 161.

52 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 161.

53 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 163.

las que debe orbitar el diálogo real para asemejarse al modelo ideal: un núcleo irrenunciable de valores sobre los que no cabe discusión; ante la imposibilidad de que todos los individuos sean interlocutores, la intervención de todos los actores sociales (partidos políticos, movimientos sociales, empresas y sindicatos); unos medios de comunicación independientes de las estructuras de poder; una clase de intelectuales independientes; y un modelo de democracia cuyo sentido de la justicia vaya más allá del procedimiento de toma de decisiones y profundice en el sentido de éstas.⁵⁴

Finalmente, el contenido material de justicia dependerá en gran medida del grado de fidelidad del diálogo real respecto de las condiciones ideales del mismo, en la medida que el proceso constituyente se ajuste a estas condiciones procedimentales mayor será el grado de justicia política.⁵⁵ El núcleo de valores acordado como indiscutible en este diálogo, constituirá el núcleo axiológico de una determinada comunidad, de modo que la constitución no tendrá sólo un carácter formal-procedimental, sino, también un contenido material axiológico.⁵⁶ Concluye Robles, el consenso político nunca cumple las exigencias de un consenso ideal plenamente racional,⁵⁷ pero (aunque insuficiente desde el punto de vista ético) un consenso político adoptado bajo un mínimo de racionalidad constituye el único fundamento político de un núcleo axiológico indiscutible.⁵⁸

Formas de gobierno

La decisión constituyente versa esencialmente acerca del establecimiento de la forma de gobierno de un Estado, esto es, la fundación de los poderes supremos del Estado o poderes constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial).⁵⁹ Si bien, desde una perspectiva formal toda decisión a este respecto merece el nombre de constitución;⁶⁰ lo cierto es, como indica Robles, que el mundo actual se caracteriza por la aceptación universal de la democracia como forma legítima de gobierno.⁶¹ Sin embargo, esta situación exige posicionarse acerca de qué deba entenderse por democracia, puesto que

54 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, pp. 163-169.

55 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 170.

56 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 171.

57 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 174.

58 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 173.

59 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 116-117.

60 ROBLES, *Cinco Estudios de Teoría*, p. 47.

61 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 161.

toda forma política intenta autoproclamarse como democrática en el mundo actual, aunque efectivamente esté muy lejos de serlo.⁶²

Robles, siguiendo la clasificación del Tocqueville, entiende que la democracia puede comprenderse como ideal, como forma política y como forma de vida social. En su consideración idealizada la democracia aparece definida como gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. En este sentido, el ideal democrático sirve como horizonte crítico que reclama una mayor participación del pueblo en el ejercicio del poder y en el espacio público, reclamando una mayor transparencia de las actuaciones políticas y, en consecuencia, más información acerca de los procesos de decisión políticos.⁶³

La democracia como forma política ha tomado diversas manifestaciones, Robles considera que la más elaborada histórica y socialmente es la forma política del Estado de Derecho, propia de los Estados occidentales. El Estado de Derecho conjuga las ideologías democráticas por excelencia, el liberalismo y el socialismo. De este modo, considera Robles, la forma política del Estado de Derecho permite unir los avances del liberalismo en la defensa y promoción de los derechos individuales con los éxitos del socialismo a propósito de la corrección de las desigualdades sociales y económicas.⁶⁴

La democracia entendida como forma de vida social es el producto en nuestros días, de acuerdo con el análisis de Robles, de la universalidad de la comunicación. Este fenómeno se caracteriza por una comunicación ilimitada –en un sentido horizontal o vertical– capaz de generar en el individuo opiniones sobre todo lo opinable y hacerlo partícipe de todo lo que sucede. La universalidad comunicativa puede provocar, según Robles, una hiperdemocracia social en la que todas las opiniones tengan el mismo valor y sólo puedan ser juzgadas cuantitativamente por el rasero común o el principio de mayoría. En este contexto, los medios de comunicación emergen como un poder político de primer orden, porque son capaces crear estados de opinión, influir en la opinión ajena y dirigir la vida de los ciudadanos sin que éstos apenas lleguen a enterarse. En consecuencia, uno de los mayores peligros para la convivencia política es la manipulación informativa.⁶⁵

62 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 162.

63 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 162.

65 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 922-924.

65 ROBLES, *Sociología del Derecho*, pp. 163-164.

Los valores constitucionales

Por último, pero no menos importante, la decisión constituyente debe tomar posición acerca del núcleo axiológico sobre el que se edificará el conjunto del ordenamiento jurídico por constituir. En este sentido, la decisión constituyente debe verbalizar cuáles son el conjunto de valores constitucionales que han de presidir la acción de los sujetos del poder, concretamente, deberá precisar cuáles son los principios o valores superiores del ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales de los individuos y los principios sociales y económicos que han de presidir el comportamiento de los poderes constituidos.⁶⁶ A través de la decisión sobre estos valores se instaurará un modelo de justicia para el conjunto del ordenamiento jurídico naciente, que si bien deberá concretarse en instancias posteriores, impone *per se* ciertos límites a las decisiones de los poderes constituidos.⁶⁷

En la decisión constituyente pueden encontrar su lugar los denominados derechos humanos, siendo la misión del constituyente recoger estos principios de justicia dentro de la constitución con la finalidad de garantizar un mínimo de justicia en la comunidad política.⁶⁸ No obstante, los derechos humanos son entendidos por Robles como aspiraciones de la razón ética y no pueden identificarse sin más con los derechos fundamentales, los cuales han sido configurados como resultado del diálogo político real y en vistas de una determinada comunidad política y no desde la óptica de la universalidad del género humano.⁶⁹ La decisión constituyente transformará aquellos ambiguos derechos humanos en concretos derechos fundamentales.

Toda vez que este catálogo de principios morales y de justicia han sido recogidos en la constitución y efectivamente garantizados mediante un procedimiento para hacerlos valer, nos encontramos ante los derechos fundamentales. Éstos se incardinan, ya sí, dentro del ordenamiento jurídico y, más aún, en el marco de la norma primera que es la constitución. En este sentido, delimitan el contenido de las decisiones jurídicas de grado inferior

66 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 189-190. "La parte dogmática de la Constitución puede ser considerada en su conjunto como un texto que refleja el sistema axiológico o sistema de valores, los cuales a su vez se concretan, cada uno de ellos, en un conjunto de principios jurídicos de carácter material y que dotan de sustancia valorativa al ordenamiento jurídico y asimismo dirigen la acción decisora de los tribunales ordinarios y también del Tribunal Constitucional".

67 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 206.

68 ROBLES, *Los derechos fundamentales*, p. 129.

69 ROBLES, *Los derechos fundamentales*, pp. 174-175.

y es posible afirmar que estas decisiones tendrán como marco de referencia obligado el contenido de estos derechos fundamentales. Dicho de otro modo, los principios de justicia material recogidos en la constitución, configurados como derechos fundamentales, son el marco de justicia en el que se desenvuelven las decisiones jurídicas.⁷⁰

Siendo así, la decisión constituyente supone el primer impulso para la institucionalización de los valores o sistema ético que subyace en el conjunto social, que posteriormente habrá de nutrir el conjunto de decisiones jurídicas y, especialmente, las normas que explicitarán y desarrollarán estos valores. Aunque desde una perspectiva sociológica siempre deberá examinarse si realmente estos valores institucionalizados en el texto de la Constitución y demás normas de carácter inferior, son efectivamente respetados por los sujetos del poder y si efectivamente se corresponden con las convicciones éticas de la población general.⁷¹

LA DECISIÓN LEGISLATIVA

Es oportuno recordar que la ley, como toda norma, desde la perspectiva de la TCD es un material textual bruto que necesita de una elaboración posterior, de modo que la decisión de Legislador no agota su sentido o su alcance, puesto que el sentido último de la disposición legislativa se obtiene mediante su reconstrucción hermenéutica o racional en el sistema jurídico.⁷²

Sobre la base de esta realidad, la decisión legislativa puede estudiarse teóricamente como cualquier otra decisión normativa, identificando a quién corresponde la potestad legislativa, cuál es el procedimiento de la legislación y qué puede o no puede decidirse materialmente mediante una ley.

Desde una perspectiva formal estas cuestiones no presentan un problema especialmente difícil de responder, en la medida en que el texto constitucional reflejará qué órgano ostenta la potestad suprema de legislar, cuál es la composición del órgano, el procedimiento para legislar y las directrices axiológicas generales sobre las que debe orbitar la legislación.⁷³

Desde la perspectiva de la teoría de las decisiones jurídicas la cuestión

70 ROBLES, Gregorio (2009), *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Trotta, Madrid, pp. 15-17.

71 ROBLES, *Sociología del Derecho*, pp. 178-179.

72 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 374.

73 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, pp. 380-384.

resulta algo más complicada: primero porque debe explicarse qué es una decisión legislativa, es decir, cuáles son sus peculiaridades respecto de otras decisiones normativas; y, segundo, porque debe tenerse en consideración los elementos fácticos en que se desenvuelven este tipo de decisiones y comprobar en qué medida la teoría se adecua a la realidad.

Robles aborda con detenimiento el estudio de la decisión legislativa en el capítulo 9 del volumen tercero de su obra *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*.⁷⁴ Más allá del estudio histórico de la ciencia de la legislación, Robles concibe teóricamente la decisión legislativa como el acto de voluntad del Legislador de acuerdo con el procedimiento establecido. Como todo acto de voluntad, la decisión legislativa supone una elección del Legislador sobre la realización de unos fines determinados y los medios para alcanzarlos. En consecuencia, con arreglo al esquema de la TCD, el estudio de la decisión legislativa ha de procurar la averiguación de cuál o cuáles eran los fines perseguidos por el Legislador y de qué medios decidió valerse para su consecución.⁷⁵

El estudio de las posibilidades teleológicas de la decisión legislativa debe compaginarse con el hecho de que el Legislador, como todo poder constituido, debe obediencia al texto constitucional, donde se encuentra el núcleo axiológico que ha de orientar la legislación. Aunque más allá del catálogo general de principios, derechos fundamentales y valores constitucionales, Robles es consciente de que las posibilidades de acción del legislador son bastante amplias. En este sentido, la averiguación de la finalidad real perseguida por el Legislador, así como de los fines secundarios, deberá hallarse en función de las circunstancias concretas, de la naturaleza del conflicto social que motiva la ley y de la ideología que informa la acción legislativa.⁷⁶

La elección acerca de los medios precisos para la realización de la finalidad perseguida presenta una dimensión procedimental y otra dimensión técnica. Esta consideración procedimental de la decisión legislativa nos remite al estudio de las normas que se ocupan de establecer quiénes son los sujetos con potestad para legislar, cuáles son las competencias que tienen atribuidas y las normas que señalan el procedimiento a seguir para legislar.⁷⁷ De acuerdo con una consideración meramente técnica, las leyes

74 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 284-412.

75 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 376.

76 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 385-390.

77 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 382.

son textos y por lo tanto deben cumplir un requisito esencial de comunicabilidad, es decir, que sean inteligibles para lo cual deberán respetar las formas gramaticales y demostrar un buen dominio del vocabulario jurídico; pero, también, que combinen acertadamente el uso del lenguaje normal con el lenguaje técnico-jurídico sin perder rigor en las expresiones.⁷⁸ Así, considera Robles que la redacción de la ley no puede desatender el buen uso de los verbos que conforman los diferentes tipos de normas; de modo tal que debe emplearse el verbo ser para las normas ónticas, el verbo tener para las normas procedimentales, el verbo poder para las potestativas y el verbo deber para las normas deónticas.⁷⁹

Además, la decisión legislativa es vista en la TCD como un acto comunicacional y, por ello, presenta naturalmente una dimensión retórica, persigue naturalmente persuadir o convencer acerca de la oportunidad y justicia de su mensaje. En este sentido, teniendo presente que la Ley se exterioriza socialmente en forma de texto, la clave de su adecuada construcción retórica está en el uso de una argumentación completa acerca de las características o naturaleza del conflicto social que la genera, el plan de acción trazado por el legislador y la previsión racional de sus resultados. En suma, esta argumentación puede encontrarse desarrollada en la Exposición de Motivos del texto legal.⁸⁰

Con arreglo a una perspectiva dogmática o institucional de la decisión legislativa, Robles considera que, tanto en la deliberación acerca de la acción legislativa como en la redacción de su texto, el Legislador debe ser consciente del co-texto normativo o sistemático y del contexto social. En gran medida, el éxito o fracaso de la acción legislativa dependerá del grado de adecuación del texto legal al Sistema jurídico y de la corrección de la lectura de la realidad social sobre la que debe operar la ley.⁸¹

Ahora bien, desde una contemplación fáctica o sociológica de las leyes, resulta que la decisión legislativa puede estar movida en múltiples direcciones y no siempre se corresponderán con los fines éticos o axiológicos del ordenamiento jurídico, esto es, lo que en la TCD se denomina justicia ambital.⁸² Una investigación sociológica del contenido de la ley servirá en primer término como control de intenciones del Legislador, en la medida en que permitirá detectar los intereses sectoriales, partidistas o de clase que

78 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 393-395.

79 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 399-403.

80 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 397.

81 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 409.

82 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 858.

desvían la ley de su vocación al interés general.⁸³ Asumiendo la perspectiva externa o del observador que es la propia del sociólogo, el objetivo ha de ser comprobar cuáles son los condicionamientos sociales o fácticos de la decisión legislativa y cuál es la función que cumplen las leyes en el sistema social.⁸⁴ Bajo esta perspectiva es posible encontrar múltiples contradicciones entre los postulados tradicionales de la ciencia política y la realidad de los hechos, que nos revela –como afirma Robles– la debilidad del poder legislativo o del Parlamento, por lo general vinculado estrechamente al poder ejecutivo y movido por los intereses partidistas y de los grupos de presión o lobbies. Así las cosas, no sorprende la escasa iniciativa legislativa de nuestro Parlamento, ni el hecho de que los verdaderos diálogos o debates se produzcan realmente en el interior de las comisiones legislativas que preparan el contenido de las leyes y no públicamente en el Parlamento.⁸⁵

Finalmente, el estudio de la funcionalidad que cumplen las leyes no es otra cosa más que el análisis de su eficacia y su eficiencia, esto es, comprobar si realmente se producen los hechos sociales que revelan el cumplimiento de la norma, su eficacia o la obediencia de sus destinatarios; y si la norma cumple eficientemente con los objetivos o finalidad social perseguida.⁸⁶

LA DECISIÓN JUDICIAL

La decisión judicial es la plasmación o exteriorización del ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que, a juicio de Robles, consiste en decir el Derecho o dar a cada cual lo suyo de conformidad con el sistema.⁸⁷ Mediante la decisión judicial el Derecho se pone al servicio de la vida, abandona la generalidad de las normas y se centra en la realidad fáctica e individual de la vida, estableciendo qué sea el Derecho en relación con un caso concreto.⁸⁸

Robles afirma que la determinación de lo que es Derecho en cada caso es una actividad en parte de hallazgo y en parte de obtención.⁸⁹ El Derecho no se encuentra acabado a la espera de que el juez lo encuentre, sino que exige de éste un esfuerzo por obtenerlo. La obtención del Derecho es una labor constructiva de hechos y normas entendida del siguiente modo:

83 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 165.

84 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 166.

85 ROBLES, *Sociología del Derecho*, pp. 167-169.

86 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 389.

87 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 468.

88 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 467.

89 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 573.

el juez ha de recrear los hechos objeto del proceso al tiempo que comprende hermenéuticamente las normas a ellos referidos.⁹⁰ Esta deliberación constituye el basamento de la sentencia judicial y viene en gran medida determinada por los prejuicios (precomprensión) del juez.⁹¹ La decisión judicial vista analíticamente supone un conjunto de decisiones particulares que desembocarán naturalmente en la decisión final.⁹² Desde los planteamientos de la TCD, este conjunto de decisiones parciales, no suponen un hallazgo del sentido verdadero del texto ordinamental, sino, la toma de posición del juez respecto a los hallazgos de sentido, que ofrece la doctrina científica. La búsqueda de la norma jurídica aplicable (norma sistémica) la realiza el juez mediante la indagación en las diversas posiciones doctrinales y determinando preferencialmente una entre ellas. Al hacerlo incorpora en la *ratio decidendi* de su sentencia la propuesta doctrinal y reconstruye hermenéuticamente el ordenamiento jurídico.⁹³ Juzgar, por tanto, es una actividad que se realiza necesariamente desde una posición hermenéutica determinada por la idea de Sistema jurídico, porque la decisión judicial sólo puede comprenderse en el Sistema y como una concreta toma de posición respecto del mismo.

Con independencia del aspecto material de la decisión judicial, ésta ciertamente es una manifestación del ejercicio de la potestad jurisdiccional y como toda potestad se encuentra delimitada por la idea de competencia; lo que presupone el hecho de que la decisión judicial debe producirse siempre en el marco de las acciones permitidas por las normas que confieren dicha potestad,⁹⁴ en otras palabras, de acuerdo con las normas que establecen la competencia material y territorial de los órganos jurisdiccionales.⁹⁵

Aún más, según las tesis de la TCD, la decisión judicial supone el culmen de la actividad de juzgar, que se concentra en un conjunto de actos realizados en el marco del proceso judicial.⁹⁶ En este sentido, el proceso judicial presenta unas peculiaridades o rasgos definitorios que inciden directamente en el modo de producción y contenido de la decisión judicial. En consecuencia, la decisión del juzgador no puede comprenderse sin la consideración necesaria del proceso en el que se produce.⁹⁷

90 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 355.

91 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 356.

92 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 573.

93 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 515.

94 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 436.

95 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 470.

96 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III,, p. 474.

97 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 477.

El proceso judicial puede ser contemplado normativa e institucionalmente,⁹⁸ la primera perspectiva sería la propia de las normas procesales que regulan el objeto, los presupuestos y actos procesales; la segunda o perspectiva institucional observa el proceso judicial como una unidad de sentido que, conforme a los diversos principios procesales, engloba el conjunto de relaciones y situaciones jurídicas que se producen en el proceso judicial.⁹⁹ Obviamente, el conjunto de las normas procesales inciden en la decisión judicial puesto que establecen las condiciones o presupuestos del proceso judicial, las competencias del juez, el procedimiento a seguir y sus deberes procesales.¹⁰⁰ De otro modo, el sentido institucional del proceso judicial también orienta la decisión judicial bajo la asunción de los principios procesales concretos sobre los que gravita el proceso judicial, a saber: el principio de legalidad, el principio de contradicción, el principio de economía procesal, el principio dispositivo, el principio inquisitivo, la libre valoración de la prueba y el más amplio derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁰¹

Sin embargo, el proceso judicial también debe ser contemplado desde una perspectiva decisonal y entonces se resalta el carácter procedimental del mismo. En este sentido, el procedimiento sería el conjunto de pasos que es necesario seguir para llegar a la decisión judicial, destacando en este punto el carácter dialéctico y controversial del procedimiento judicial; pero, igualmente, su carácter dinámico o secuencial, en el sentido de que el procedimiento judicial puede ser contemplado episódicamente como un suceder de actos que concluyen con la decisión judicial.¹⁰² Tanto es así que el contenido material de la decisión judicial no podrá aprehenderse más que en el marco de este suceder episódico y dialéctico que es el procedimiento judicial.

Al igual que en las decisiones anteriores, el análisis hermenéutico-analítico de la decisión judicial debe completarse con su consideración sociológica para comprobar en qué medida estos postulados teóricos se corresponden con la realidad social del poder judicial. Especialmente, deberá indagarse cuál es la relación del poder judicial con otros poderes políticos y particularmente con el poder ejecutivo; y la influencia del origen social, el medio social y la ideología de los jueces en sus decisiones.¹⁰³ Llegados a este punto Robles se posiciona firmemente en defensa de la independencia del

98 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 473.

99 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 490-495.

100 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 479-488.

101 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 503-507.

102 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 474-476.

103 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 172.

poder judicial respecto a los demás poderes políticos, como presupuesto necesario para la objetividad de sus sentencias.¹⁰⁴ Igualmente, Robles rechaza una incidencia significativa del origen social de los jueces (el hecho de pertenecer por lo general a la clase media alta de la población) en el contenido de sus sentencias, o, de otro modo, la ausencia de intereses de clase en la decisión judicial.¹⁰⁵ Finalmente, constata Robles la ausencia de estudios sociológicos relativos a la influencia del contexto social en las decisiones judiciales; pero, sí niega que exista una notable influencia de las convicciones ideológicas del juez en el contenido de sus decisiones.¹⁰⁶ Apreciaciones diferentes despiertan en Robles la investigación sociológica del proceso judicial, porque el estudio de la realidad fáctica de la administración de justicia revela notables disfunciones que entorpecen el éxito del proceso judicial, concretamente cita este autor: la inundación procesal que sobrecarga los juzgados y dificulta la labor judicial; la dilación de los procesos judiciales que pone en duda la eficacia de la administración de justicia; las barreras sociales y económicas que dificultan el acceso y conocimiento de la administración de justicia por parte del ciudadano; y, en último término, la asimetría entre las partes, ya que las corporaciones o empresas tienen de facto una posición económica y social muy diferente del ciudadano medio y esto influye también en su experiencia respecto del proceso judicial.¹⁰⁷

CONCLUSIONES

Desde la perspectiva estrictamente epistemológica de la TCD se defiende la separación de la Sociología jurídica respecto de la Teoría del Derecho, distinguiéndose netamente el método hermenéutico-analítico propio de la formulación teórica del método empírico propio de la Sociología. Sin embargo, la rigidez de esta escisión queda difuminada cuando Robles se ocupa de las decisiones jurídicas y la causa principal es que éstas se producen siempre en un determinado contexto social e impelidas por las circunstancias o conflictos sociales que las motivan. Es a propósito de las decisiones jurídicas cuando parecen converger la perspectiva interna del jurista y la perspectiva externa del sociólogo. Quizás no pueda ser de otro modo, porque la adecuación y oportunidad de la formulación teórica debe

104 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 172.

105 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 173.

106 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 171.

107 ROBLES, *Sociología del Derecho*, pp. 174-177.

ponerse en correspondencia con la realidad factual y circunstancial de la vida social. Entonces, puede ocurrir que el análisis de los hechos sociales o de la inserción social del Derecho nos demuestre la ingenuidad de la formulación teórica y requiera de una aproximación más crítica y reflexiva. En esta situación, la sociología no puede quedar apartada de la construcción teórica; por el contrario, debe complementar y enriquecer el análisis teórico, reorientándolo hacia la realidad de los hechos y conflictos sociales.

El estudio comunicacional de los procesos de decisoriales en el Derecho nos demuestra la incidencia del medio social de muy diferente modo, ya sea en la propia estructuración de los procesos de decisión como en el mismo contenido material de las decisiones. Esta incidencia del contexto social puede pasar desapercibida en una lectura rápida de los tres volúmenes de la Teoría Comunicacional del Derecho; pero aparece nítidamente en una lectura de conjunto de la obra de Gregorio Robles y, especialmente, en el tercer volumen de su magna obra.

En la obra *Sociología del Derecho*, el autor ya manifiesta la conveniencia de introducir el método sociológico en el conocimiento del Derecho, principalmente, como elemento crítico desde el que valorar la eficacia y eficiencia del sistema normativo en tanto que reflejo del orden político de convivencia. Es en esta obra, precisamente, donde incluye por primera vez una aproximación sociológica a las decisiones jurídicas y demuestra la facilidad con la que el medio social puede desvirtuar las más logradas construcciones políticas.

Ahora bien, en el tercer volumen de su obra *Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, dedicado al estudio de las decisiones jurídicas, se pone de manifiesto nuevamente el importante vínculo que existe entre el análisis hermenéutico-analítico y la sociología jurídica. En primer término, el lector encontrará la idea de justicia ambital, que es la idea de justicia que mueve el conjunto del sistema jurídico. El conocimiento de esta justicia no puede alcanzarse por medio de los dictados de la razón, en el sentido de que ni es el fruto de la racionalidad práctica o prudencia ética; ni, tampoco, una construcción deductiva-racional de carácter universal. Por el contrario, es una noción relativa, diferente en cada sistema jurídico y que viene determinada por el hecho de su positivación en la Constitución y demás fuentes normativas (incluidos los principios jurídicos). En suma, es el dato empírico y social de su explicitación en el texto de las normas el que permite su identificación y será su inserción en el Sistema jurídico lo que permitirá desarrollar y ampliar su vocación rectora. Así las cosas, la justicia ambital puede también comprenderse como una moral social de carácter positivo, es decir, retratada en el texto de las normas del ordenamiento jurídico y en el Sistema jurídico vigente.

En segundo término, cuando Robles se ocupa de los procesos de decisión

jurídica, se relaciona el contenido material de la decisión con el procedimiento en virtud del cual se produce esta decisión. Pues bien, una visión más profunda de este fenómeno dará cuenta de que los distintos procedimientos de decisión son el reflejo de ciertas convenciones sociales, sin las cuales el mismo Derecho no podría comprenderse. En este sentido, la exigencia de que el proceso constituyente siga los pasos marcados por la idea del consenso y el diálogo racional entre los distintos actores sociales y políticos nos muestra, desde una perspectiva social, la aceptación social de la democracia como única forma legítima de dirección social. Más aún, la actual reglamentación normativa del proceso legislativo y del proceso judicial muestra la general aceptación social del Estado de Derecho o Imperio de la Ley como forma legítima del Derecho. En consecuencia, puede concluirse que existen ciertas convenciones sociales, que constituyen la fuente de legitimidad de las normas y sin las cuales no podrían comprenderse los distintos procedimientos de decisión. Las normas que regulan los procedimientos no sólo no son ajenas a estas convenciones o criterios de legitimidad; sino que se construyen desde la asunción de su imperatividad.

En tercer lugar, la influencia del medio social afecta necesariamente al contenido material de las decisiones jurídicas de todo tipo por diversas razones. La primera razón es de corte gnoseológico y puesta de relieve por la filosofía hermenéutica, como es el hecho de la inserción social del sujeto o la necesaria condicionalidad social e histórica del intérprete, de modo que ningún operador jurídico puede eludir el carácter circunstancial de toda decisión. Otra razón no menos importante y de carácter pragmático, viene constituida por la relevancia social de toda decisión jurídica, principiando por la decisión constituyente que no puede prescindir del carácter histórico de su propósito, puesto que está llamada a ordenar políticamente la convivencia social y, por ello, debe dar cuenta del conjunto de movimientos sociales, ideologías, valores y creencias de todo tipo sobre los que gravitará el orden jurídico. También ocurre en el caso de la decisión legislativa, en tanto que viene motivada por una determinada lectura del contexto social y empujada por la fuerza de los acontecimientos o conflictos sociales; pero, igualmente, en la medida en que comporta un determinado plan de acción sobre el conjunto social. Finalmente, el medio social incide del mismo modo en la decisión judicial, pues, el juez es un portador privilegiado de la tradición dogmática desde la que comprende el contenido de las normas y, además, es el responsable de su actualización en cada caso concreto que resuelve. No es extraño, encontrar el fundamento último de los cambios jurisprudenciales más relevantes en los cambios sociales producidos y, especialmente, cuando éstos nos muestran las desigualdades e injusticias sociales que amenazan nuestra convivencia pacífica.

LA AUTORÍA CRIMINAL DURANTE LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA (1923-1930)

CRIMINAL AUTHORSHIP DURING THE DICTATORSHIP OF PRIMO DE RIVERA (1923-1930)

VICTORIA SANDOVAL PARRA
(Universidad de Murcia)

RESUMEN

El trabajo analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el concepto de autoría como principal forma de responsabilidad criminal durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930). Junto a la doctrina jurídica, se han tomado como referencia los Códigos penales de 1870 y 1928 (en vigor desde el 1 de enero de 1929), siendo analizados los diferentes tipos de autoría (especialmente la autoría directa, la inducción indirecta y la cooperación necesaria) y los criterios interpretativos adoptados desde finales del siglo XIX e inicios del siglo XX por el Tribunal Supremo.

Palabras clave: Autoría, Jurisprudencia, Dictadura de Primo de Rivera, Código penal de 1870, Código penal de 1928.

ABSTRACT

This paper analyses the jurisprudence of the Supreme Court on the concept of perpetration as the main form of criminal responsibility during the Primo de Rivera dictatorship (1923-1930). Together with the legal doctrine, the Criminal Codes of 1870 and 1928 (in force since 1 January 1929) have been taken as a reference, analysing the different types of authorship (especially direct authorship, indirect induction and necessary cooperation) and the interpretative criteria adopted by the Supreme Court since the end of the 19th century and the beginning of the 20th century.

Keywords: Authorship; jurisprudence; Dictatorship of Primo de Rivera; Penal Code of 1870; Penal Code of 1928.

RESUM

L'AUTORIA CRIMINAL DURANT LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA (1923-1930)

L'estudi analitza la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre el concepte d'autoria com principal forma de responsabilitat criminal durant la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930). Junt amb la doctrina jurídica, s'han pres com referència els Codi Penals de 1870 i 1928 (en vigor des de l'1 de gener de 1929), sent analitzats els diferents tipus d'autoria (especialment l'autoria directa, la inducció indirecta i la cooperació necessària) i els criteris interpretatius adoptats des de finals del segle XIX pel Tribunal Suprem.

Paraules clau: Autoria; jurisprudència; dictadura de Primo de Rivera; Codi Penal de 1870; Codi Penal de 1928.

Este trabajo forma parte del proyecto coordinado Conflicto y reparación en la Historia jurídica española Moderna y Contemporánea (ref. PID2020-113346GB-C21, Universidad de Murcia), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+I del Plan de Investigación científica y técnica y de Innovación 2017-2020 (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

El Código penal de 1928,¹ promulgado bajo la dictadura de Miguel Primo de Rivera, ley vigente a partir del 1 de enero de 1929, contemplaba hasta cuatro formas diferentes de autoría en la responsabilidad criminal, rompiendo así con la tradición codificadora anterior que, desde los sucesivos códigos de 1848, 1850 y 1870, las había concentrado en tres formas.² A su vez, la precisa concreción definitoria de la autoría característica de los tres códigos penales decimonónicos vendría a ser sustituida por una definición más extensa y compleja que, aun con la intención de no dejar en el aire ningún tipo de autoría sin observar, lo cierto es que parecía dar lugar

- 1 Real decreto-ley aprobando el proyecto de Código penal, que se inserta, y disponiendo empiece a regir como Ley del Reino el día 1º de Enero de 1929, *Gaceta de Madrid*, nº257, 13 de septiembre de 1928.
- 2 *Código penal de España*, Imprenta Nacional, Madrid, 1848, art. 12: "Se consideran autores: / 1º. Los que inmediatamente toman parte en la ejecucion del hecho. / 2º. Los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo. / 3º. Los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado". De forma muy similar, sin apenas variaciones en su contenido, la reforma de 1850 y el Código penal de 1870 contemplaban las tres formas de autoría (*Código penal de España. Edición reformada*, Imprenta Nacional, Madrid, 1850, art. 12: "Se consideran autores: / 1º. Los que inmediatamente toman parte en la ejecucion del hecho. / 2º. Los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo. / 3º. Los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado"; y *Código penal reformado, mandado publicar provisionalmente, en virtud de autorización concedida al Gobierno por la Ley de 17 de junio de 1870. Edición oficial*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1870, art. 13: "Se consideran autores: / 1º. Los que toman parte directa en la ejecucion del hecho. / 2º. Los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo. / 3º. Los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto sin el cual no se hubiere efectuado").

a una ambigüedad en su planteamiento,³ que se asimilaba en mayor medida al que en su momento caracterizó a la primera norma penal codificada de 1822.⁴ En este sentido, además de la autoría directa, el código penal

- 3 Código penal de 1928, art. 46: "Se considerarán autores: 1º. Los que tomen parte directa en la ejecución del hecho. / 2º. Los que empleando coacción, amenaza, abuso de autoridad o poder u otro medio eficaz, fuercen a otros a ejecutarlo. En estos casos, la responsabilidad será íntegra del autor indirecto, a no ser que el ejecutor material no haya sido violentado, a juicio del Tribunal, en grado suficiente para quedar exento de responsabilidad. / 3º. Los que por consejos, dádivas o promesas u otros medios análogos induzcan directamente a otros a ejecutar el hecho, siempre que la inducción, por su naturaleza y condiciones, pueda ser eficaz para determinar al agente, aunque la infracción no llegue a cometerse por causas ajenas a la voluntad del que indujo. / En este último caso, el inductor será equiparado al autor de un delito o de una falta frustrados. / 4º. Los que cooperen a la ejecución de la infracción por un acto sin el cual no hubiera podido efectuarse".
- 4 *Código penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, art. 13: "Son autores del delito ó culpa: Primero: los que libre y voluntariamente cometen la accion criminal ó culpable. Segundo: los que hacen á otro cometerla contra su voluntad, ya dándole alguna orden de las que legalmente esté obligado á obedecer y ejecutar, ya forzándole para ello con violencia, ya privándole el uso de su razon, ya abusando del estado en que no la tenga; siempre que cualquiera de estos cuatro medios se emplee á sabiendas y voluntariamente para causar el delito, y que lo cause efectivamente". Aunque el Código penal de 1822 únicamente contempla la autoría directa y la fuerza o inducción en la ejecución del delito o culpa, obviando la cooperación necesaria, lo cierto es que el estilo adoptado en la elaboración del código de 1928 lo recuerda un tanto, quizá en relación con el contexto político: si el código de 1822 se podría definir como un código de transición, promulgado en una época convulsa a caballo entre el absolutismo y el liberalismo, algo parecido podría decirse del Código penal de 1928 por su respuesta a la crisis generalizada del liberalismo como sistema político y al incipiente crecimiento de los partidos totalitarios europeos que acabarán asentándose. COBO DEL ROSAL, Gabriela (2012), "El proceso de elaboración del Código penal de 1928", *Anuario de historia del derecho español*, vol. 82, pp. 562-563, aunque sostiene que la "profunda revisión" que durante el siglo XX padeció el Estado liberal no afectó significativamente a los mecanismos de creación normativa (al menos como se esperaba), considera que, desde una perspectiva histórico-jurídica, "el régimen del General Primo de Rivera no puede entenderse fuera del contexto de la historia constitucional de la época": si países como Italia o Alemania estaban bajo las secuelas de la Primera Guerra Mundial, en España, por el contrario, sería el "desastre de Annual lo que precipitó la concienciación de la inoperatividad del régimen de la Restauración". Así, el "espíritu profundamente antiliberal" de la dictadura de Primo de Rivera no tuvo que ser contrario a la pretensión de modernizar el "Estado español y su Derecho criminal". CUELLO, Eugenio (1929), *El nuevo Código penal*

de 1928 distinguirá también al “autor indirecto” cuando en la ejecución del hecho delictivo mediara “coacción, amenaza, abuso de autoridad o poder u otro medio eficaz” por la fuerza (y cuyo grado de violencia para la comisión indirecta del hecho, discrecionalmente sería determinado por el tribunal).⁵ En tercer lugar, la inducción directa entendida como una provocación “efectiva” bajo consejo, dádiva, promesa u otras formas análogas para la ejecución del hecho (equiparando al inductor, en caso de no ser

español (exposición y comentario). Libro primero, Librería Bosch, Barcelona, pp. 8-17, sostuvo que el Código penal de 1928 es una “obra de transacción entre criterios y tendencias opuestos” que suma, a los “preceptos del más puro espíritu clásico”, otros “fundados en las modernas orientaciones de la defensa social”, de acuerdo con ciertas concesiones modernas que atienden a la “personalidad del delincuente y asignan a la represión como fin principal la defensa social contra el delito”. Así, una de las innovaciones introducidas en la norma penal obedecía a los “grandes cambios realizados en todos los órdenes de la vida nacional desde 1870, época de la promulgación del anterior código, hasta el momento presente”, transformaciones en su esencia de carácter económico, jurídico, social y moral, junto con los “cambios sobrevenidos en las condiciones materiales de la vida”. SAN MARTÍN, Luis (1928), *El Código penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870*, Imprenta clásica española, Madrid, pp. 25-26, criticó la “urgente necesidad” por promulgar dicho código penal sin esperar a la promulgación de la nueva Constitución (en referencia al anteproyecto primorriverista de 1929, que nunca entraría en vigor), teniendo en cuenta que “con carácter provisional venía rigiendo el de 1870 desde hace 58 años”, de manera que, a su entender, “bien podía (el Código penal de 1870) seguir rigiendo unos meses más, con lo que se daba lugar a que se publicase la nueva Constitución [...]”. Precisamente la anteposición del código penal al texto constituyente trajo consigo una dificultad, “dejando fuera de él todos los delitos de dicha clase, como los que se cometan contra las Cortes y sus miembros, contra la forma de Gobierno, los cometidos por los particulares y funcionarios con ocasión o contra el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución”, remitiendo el código a las leyes especiales que se publicasen y quedando vigentes de forma provisional los artículos correspondientes a este tipo de delitos contemplados por el Código penal de 1870.

- 5 En relación con este tipo de autoría, CUELLO, *El nuevo Código penal español*, pp. 164-165, sostiene que la coacción, la amenaza, el abuso de autoridad o poder a los que hace referencia el Código penal de 1928, habían de ser eficaces, de manera que se produjera un resultado “apetecido por el que coacciona, amenaza o abusa de su autoridad” forzando la voluntad del autor material. En estos casos, el autor indirecto será el único responsable, quedando exento su ejecutor material. No sucede lo mismo con el que ofrece una “débil” o nula “resistencia” a la amenaza, coacción u orden, siendo igualmente responsable del acto delictivo (cabe suponer, pues, que la inexistencia o frágil resistencia implica que el mandatorio, aún de forma tácita, estaría conforme). Dependerá de los tribunales la valoración de la influencia sobre el autor material de dichas amenazas, coacciones u órdenes para eximir, atenuar o equiparar su responsabilidad penal al autor directo.

cometida la “infracción”⁶ por una causa ajena a la voluntad del inducido, al “autor de un delito o de una falta frustrados”);⁷ y la cooperación necesaria mediante actos sin los cuales el hecho delictivo no hubiera podido cometerse, en cuarto lugar.

Cabe preguntarse si los cambios apreciados en la forma y definición de la autoría según el Código penal de 1928, antes de su promulgación, y desde el comienzo de la dictadura (en septiembre de 1923), habrían sido valorados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, atendiendo, en relación con los principales cambios contemplados por el código, a la autoría indirecta conforme a la definición del párrafo segundo del artículo 46, así como a la inducción directa regulada por el párrafo tercero del mismo artículo; o si, por el contrario, la doctrina legal continuó inmersa en la tradición normativa penal (al amparo del Código penal de 1870) sin apenas variaciones, y a grandes rasgos se limitó a la determinación y precisión de la cooperación necesaria como forma de autoría en función de la comisión de actos anteriores o simultáneos a la ejecución del delito sin los cuales no habría podido ser perpetrado, a su distinción de la complicidad como forma menor de participación, o a la inducción directa a la ejecución del delito que el artículo 13 del Código penal de 1870 incluyó sucintamente y sin matices.⁸

- 6 Otra peculiaridad que distingue al Código penal de 1928 del resto de códigos decimonónicos es la sustitución del concepto de “delito” por la expresión “infracción criminal”, que engloba a los delitos graves, menos graves y faltas, según los artículos 26 y 28 (art. 26: “Son infracciones criminales las acciones u omisiones voluntarias, penadas por la ley”; art. 28: “Las infracciones criminales se dividen en delitos graves, menos graves y faltas. / Se reputan delitos graves o menos graves las infracciones castigadas por la ley, respectivamente, con sanciones penales de dichas clases. / Son faltas las infracciones a que la ley señala sanciones leves”).
- 7 CUELLO, *El nuevo Código penal español*, pp. 165-168, subraya, a diferencia de la autoría indirecta contemplada por el nuevo código penal, la voluntariedad existente en el autor material del delito, que sencillamente se encuentra “excitado, instigado o inclinado a la ejecución de un hecho punible, pero conservando una dosis de voluntad suficiente para ser imputable”. Dicha inducción debe ser directa y eficaz, lo cual, admite su autor, no siempre es fácil de determinar. Sobrepasar los límites de la inducción, a raíz de la comisión de otros actos delictivos a propósito del hecho criminal principal o inducido, no conlleva la responsabilidad penal del inductor, respondiendo únicamente por “los actos realizados por el ejecutor material a consecuencia de la inducción”, salvo si la persona inducida “careciere de discernimiento”, dado que el inductor debe prever la posibilidad de que el inducido, habida cuenta de su estado mental, cometa otros delitos paralelos.
- 8 Esta tendencia, con arreglo a los recursos de casación interpuestos ante el Tribunal Supremo, se puede constatar en SANDOVAL, Victoria (2022), *Delitos en litigio. la doctrina legal del Tribunal Supremo en el Sexenio Revolucionario*, Dykinson, Madrid, pp. 303-317.

LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL AUTOR SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1928 (1923-1928)

Autoría directa

Tomando como punto de referencia una sentencia anterior al golpe de Estado llevado a cabo por Miguel Primo de Rivera en septiembre de 1923, se puede apreciar cómo la doctrina legal del Tribunal Supremo valora, en lo que a la autoría como forma de participación delictiva se refiere, la “unidad de pensamiento y de intención entre dos o más individuos”, independientemente de que uno solo sea el “ejecutor directo” del acto delictivo. En este sentido, parece ser el *previo acuerdo* entre los partícipes del delito, al entender que existe un objetivo o finalidad común, junto con los hechos probados (de carácter material, como la rotura de puertas con “ánimo” de efectuar el robo, o personal, atentando contra la integridad física de la víctima al ser sorprendida durmiendo, reduciendo su movilidad siendo atada de manos y pies y envuelta en sábanas, golpeada y amenazada, y finalmente asfixiada) lo que marca la calificación de autores respecto a todos los partícipes, en el supuesto de la comisión de un delito de robo con homicidio. Asimismo, el “acuerdo mutuo” determina la ausencia de “virtualidad jurídica” de posible intento por juzgar separadamente el delito de robo y el de homicidio, dado que según la “constante doctrina” la existencia de un acuerdo anterior no altera el orden de los hechos delictivos, por lo que, en consecuencia, será “indiferente” que un delito anteceda a otro (“es indiferente que el robo anteceda o siga al homicidio”), ni ello contribuirá a cambiar la forma de participación por otra punitivamente inferior como la de encubridor, una vez que el jurado ha afirmado la culpabilidad de sus partícipes en el delito.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1923: “Considerando que la unidad de pensamiento y de intención entre dos o más individuos para cometer un delito los constituye en autores del que se cometa, aunque materialmente sea uno solo de ellos el ejecutor directo del hecho punible, y declarándose probado por la Sala sentenciadora, ateniéndose a las contestaciones afirmativas dadas por el Jurado, que Leopoldo Lara Diego Funes, Manuel Castro y Antonio Ocaña, puestos previamente de acuerdo para la realización del fin común, penetraron fracturando puertas con ánimo de robar en el domicilio de doña Amalia Marina, y arrojándose sobre ella mientras dormía, la ataron los pies y manos, envolviéndola en una manta y sábana, golpeándola hasta hacerle decir dónde guardaba el dinero, del que se apoderaron por fin, dando muerte por asfixia a la referida señora es evidente, con arreglo

a las disposiciones del Código y a la constante doctrina de esta Sala, que el crimen realizado en la forma descrita en las preguntas relativas a los cuatro procesados hoy recurrentes los constituye en autores de un delito de robo con homicidio, sin que puedan tener virtualidad jurídica las pretensiones de la representación legal de aquéllos en cuanto a separar los delitos de robo y de homicidio, tanto porque no les separa la afirmación de culpabilidad hecha por el Jurado, cuanto porque dado el acuerdo mutuo es indiferente que el robo anteceda o siga el homicidio, ni pueden ser por aquella connivencia y por los hechos que realizaron, considerados como encubridores los que según se consigna merecen el concepto y la calificación jurídica de autores”.⁹

En realidad, esta “unidad de pensamiento” en la coautoría a la que hace referencia la jurisprudencia para la calificación de autor directo conforme al párrafo primero del artículo 13 del Código penal de 1870, no era algo novedoso, sino que pareció ser acogida años atrás, empezando a cobrar más fuerza desde 1915.¹⁰ En efecto, la “unidad de pensamiento” se puede entender como una evolución de la “unidad de propósito y acción” a la que hace referencia la doctrina legal del Tribunal Supremo de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX,¹¹ y que tal y como sostiene Cuello Calón “declaró no pocas veces responsables en concepto de autores a personas que no habían ejecutado los actos propios y característicos del delito sino tan solo actos encaminados a facilitar su realización”; para con estos supuestos, “de mero auxilio o ayuda”, se “ha exigido como condición el común acuerdo, la unidad de acción y la cooperación recíproca con los que realizan los actos integrantes y propios del delito”.¹² Siguiendo esta tenden-

9 *Jurisprudencia Criminal. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de casación y competencias en materia criminal, desde la instalación de sus Salas segunda y tercera en 1870, con un índice cronológico y un repertorio alfabético de las cuestiones y puntos de derecho que en unas y otras se resuelven*, t. 109, n.º3, p. 12.

10 Se hace alusión a la “unidad de pensamiento” en *Jurisprudencia Criminal*, t. 94, pp. 26, 225, 242, “unidad de propósito e intención”, t. 95, p. 235, al “concierto” o “común acuerdo”, t. 96, p. 97, o a la “unidad de acción en los momentos de perpetrarla”, t. 97, p. 173.

11 En la coautoría, la jurisprudencia del Tribunal Supremo presta atención a la “unidad de propósito y de acción”, “unidad de propósito y simultaneidad”, al “concierto previo”, “previo criminal acuerdo”, “propósito único”, “común acuerdo” (vid., por ejemplo, *Jurisprudencia Criminal*, t. 77, p. 268; t. 79, pp. 96 y 205; t. 80, p. 230; t. 81, pp. 79 y 115; t. 82, p. 590; t. 88, p. 406 (aludiendo además a la “coincidencia de voluntades”); t. 90, p. 8; t. 92, p. 5; y t. 93, pp. 50 y 309).

12 CUELLO, *El nuevo Código penal español*, pp. 163-164.

cia, el Tribunal Supremo declaraba ya en enero de 1917 que “conforme á repetida doctrina de la jurisprudencia en la aplicación del art. 13, núm. 1º, del Código penal, basta, para reputar autores de un delito, el concierto de los culpables y su concurrencia á la realización del común pensamiento criminal, que establece entre ellos una solidaridad originaria de sus responsabilidades en el mismo grado”.¹³ A su vez, la “repetida doctrina” en torno al pensamiento único y común parecía ir más allá al admitir más adelante que “para ser conceptuados autores los diversos sujetos intervinientes en la comisión de un delito, no es preciso que aparezca demostrado el previo acuerdo entre ellos sobre su resultado total, al realizarle, bastando que el concierto de voluntades y la unidad de propósito surja de momento y se induzca de los hechos ejecutados”.¹⁴ Esta sería la línea de interpretación adoptada por el Tribunal Supremo durante la segunda década del siglo XX, orientada en su esencia a valorar la existencia de un ánimo criminal que, junto con la comisión efectiva del hecho delictivo, generaría en la coautoría una idéntica responsabilidad penal aun siendo evidente una desigual implicación en el delito.¹⁵

Reciente la dictadura, a escasos meses del golpe de Estado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se mantendría constante en dicha tendencia interpretativa, entendiendo que el “común acuerdo entre los delincuentes” para la comisión de un delito es equiparable a la responsabilidad penal por autoría, y las “consecuencias” que de ella se derivan, bien de carácter

13 *Jurisprudencia Criminal*, t. 98, p. 31.

14 *Jurisprudencia Criminal*, t. 101, p. 137. Otras formas similares de expresarlo: “la participación en los hechos punibles, determinante del concepto de autores, a tenor del núm. 1º. del art. 13 del Código penal, se integra, según reiterada doctrina por la acción combinada y consciente que asegure el éxito en el momento del delito, y por el concierto que tales actos suponen, que no requiere ser previo, bastando se preste en el instante de realizarlo, con unidad de resolución” (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1919, en *Jurisprudencia Criminal*, t. 102, nº14, p. 37). Asimismo, en referencia a la “unidad de pensamiento”, se utilizarían expresiones tales como la “identidad de propósito, medios y de fin” o “concierto de voluntades” (*Jurisprudencia Criminal*, t. 101, pp. 131 y 295), o *cooperación moral* (*Jurisprudencia Criminal*, t. 104, p. 216).

15 CUELLO, *El nuevo Código penal español*, pp. 73-74, entiende que la voluntad que exige el Código penal de 1928 “presupone la conciencia de los actos realizados y la libertad de acción”; a la *intención* como sinónimo de voluntad, se opone la *malicia* o bien la “voz maliciosa”. Se pretende que el punto de partida de la unidad de pensamiento, a pesar de su ampliación intencional, resida en la concepción pacífica de la jurisprudencia en el sentido de que “sin voluntad ni intención criminal, no existen los elementos constitutivos de todo acto punible”.

cuantitativo (en atención a la parte material, como en un delito de hurto, en el que la división de la “cantidad global” hurtada no se considera *legal ni lógica*), bien de carácter individual, según el grado de intencionalidad de la persona. En este último supuesto, paradójicamente, el ánimo y el propósito para delinquir, propios del pensamiento, sí son proyectados, desde su *identidad e igualdad*, a la aplicación de un criterio discriminatorio en los hechos concretos de participación, para evitar, se entiende, caer en la arbitrariedad judicial, con más razón aún cuando resultan un criterio objetivo para la valoración de la intención delictiva.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1923: “Considerando que el común acuerdo entre los delincuentes, por la ejecución de un hecho punible, los hace responsables de éste y de sus consecuencias, sea las que sea la parte material que tienen en su realización, sin que, en tal caso, sea legal ni lógico hacer divisiones de la cantidad global que hurtaron o de la participación individual que tuvieron en el hecho a que coadyuvaban con idéntico propósito e igual ánimo de delinquir y de lucrarse, es evidente que el Tribunal “a quo” interpretó con todo acierto los preceptos legales, por cuya razón no es admisible, en ninguno de los dos motivos en que lo fundaba el representante legal de los procesados, el recurso interpuesto”.¹⁶

Por lo tanto, se puede afirmar que la “unidad de acción y de propósito”, aunque refleje una pulsión interna, en cuanto a su pertenencia a la esfera de la subjetividad, queda determinada por la doctrina legal en relación con su manifestación exterior, de conformidad con los hechos probados en la causación del daño y en la perpetración del hecho delictivo. En el siguiente caso, precisamente dicha “unidad de acción y de propósito” es justificada con arreglo a las acciones y comportamientos similares que los calificados como autores llevan a cabo: ambos partícipes, mentalmente alterados (“los dos estaban obcecados y arrebatados”), acuerdan acometer a la víctima apoyados en instrumentos (“el uno, con un chuzo de hierro colocado en el extremo de un palo, y el otro, con piedras”), produciéndole varias heridas hasta causarle la muerte. Ahora bien, la declaración de existencia de “unidad de acción y mutuo acuerdo” paraliza la estimación de las acciones individualmente acometidas y su magnitud, así por la gravedad de las heridas provocadas o el tipo de instrumento empleado (“sin

16 *Jurisprudencia Criminal*, t. 110, nº141, p. 339.

que quepa alegar que por la descripción de las heridas y por la clase de armas empleadas se deduce quién fuera el autor de cada una”) excluida una responsabilidad penal inferior medida de forma individual. En efecto, la declaración de “unidad de acción y de propósito”, el “acuerdo mutuo” o “previo” apareja la calificación de autor que, de manera automática, parece descartar cualquier valoración de responsabilidad individual en función de las circunstancias delictivas.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1926: “Considerando [...]. De los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora aparece claramente la comisión de un delito de homicidio reconocido por la parte recurrente y, por tanto, es indiscutible la acertada aplicación del artículo 419 del Código penal, y en cuanto a la participación en tal delito de los declarados autores, según los hechos probados, los dos salieron al encuentro del interfecto promoviendo cuestión con él, los dos estaban obcecados y arrebatados, los dos le acometieron con unidad de acción y de propósito, el uno, con un chuzo de hierro colocado en el extremo de un palo, y el otro, con piedras, produciéndole varias heridas leves y una incisopunzante y contundente en la región frontal parietal, causante de la muerte, de todo lo que se deduce que los dos tomaron parte directa y voluntaria en la ejecución del hecho, que merecen la consideración de autores con arreglo al número primero del artículo 13 de dicho Código, acertadamente aplicado por el Tribunal “a quo”, sin que quepa alegar que por la descripción de las heridas y por la clase de armas empleadas se deduce quién fuera el autor de cada una, porque aparte de que esa distinción no consta en los hechos probados, este Tribunal tiene reiteradamente declarado que si existe unidad de acción y mutuo acuerdo, los actos individuales son simples accidentes a la acción común que constituye a todos en autores”.¹⁷

La declaración de “unidad de pensamiento común”, probada la “acción ofensiva, directa, simultánea, encaminada al mismo propósito”, resuelve implícitamente cualquier pretensión en requerimiento de una *división* de la responsabilidad penal de los procesados conforme a las “consecuencias” producidas por las acciones delictivas, al equiparar criminalmente la “totalidad del mal causado”. Por consiguiente, la “unidad de pensamiento común” declarada como antecedente, deriva en una misma imputación de los hechos delictivos.

17 *Jurisprudencia Criminal*, t. 113, n°268, pp. 654-655.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1925: "Considerando, respecto al primer motivo del recurso, que al haber ejecutado ambos procesados una acción ofensiva directa, simultánea, encaminada al mismo propósito, con unidad de pensamiento común, al tratar de huir de los Agentes de Vigilancia, a quienes conocían con anterioridad, y al hacerles los disparos que produjeron las muertes y lesiones de que se deja hecho mérito, su participación y responsabilidad en los delitos calificados es la de autores de todos ellos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13, número primero del Código penal. / Considerando que resuelto dicho motivo del recurso en el sentido que lo ha sido, lo está implícitamente el segundo, por no ser procedente, atendiendo los fundamentos expuestos, dividir las responsabilidades entre los dos procesados, imputando sólo a cada uno de ellos las consecuencias que produjeron los proyectiles de arma que disparó, por ser ambos igualmente responsables criminalmente de la totalidad del mal causado".¹⁸

Como se viene advirtiendo, el acuerdo establecido equipara la responsabilidad penal de las partes ("el concepto de la responsabilidad contraída por ambos sea idéntica") de conformidad con los hechos probados. No obstante, la misma responsabilidad penal también se atribuye incluso cuando la ejecución directa es individual ("con independencia de que en la ejecución de los actos convenidos fuera sólo uno de ellos quien los realizara"), al entender que ambos partícipes, *directo* e *indirecto*, están unidos por un mismo propósito o fin ("para llevar a su fin el propósito por los dos perseguido"). Esto es significativo en cuanto a que la doctrina legal del Tribunal Supremo parece alejarse de la objetividad de los hechos probados y el grado de participación de los implicados al ser absorbido por el acuerdo previo. El mutuo acuerdo parece adoptar los rasgos de un contrato consensual perfeccionado ("nacida del acuerdo de antemano establecido") por el que es pactada la persecución de un objetivo común que, por su naturaleza delictiva, implica una "responsabilidad criminal conjunta" que genera la calificación de autoría de sus partes y que se impone a cualquier valoración efectiva e individual de los hechos.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1926: "Considerando que el acuerdo establecido por los acusados hace que el con-

18 *Jurisprudencia Criminal*, t. 112, n.º91, pp. 217-218.

cepto de la responsabilidad contraída por ambos sea idéntica, con independencia de que en la ejecución de los actos convenidos fuera sólo uno de ellos quien los realizara para llevar a su fin el propósito por los dos perseguido, y logrando en los términos que constan de los hechos que, como probados aparecen de la sentencia recurrida, que al afirmar que José Jiménez Reyes tomó parte directa en la ejecución del hecho generador de la simulación y del perjuicio característico del delito, se atuvo, con notorio acierto, a los principios fundamentales de la responsabilidad criminal conjunta, nacida del acuerdo de antemano establecido”.¹⁹

La “unidad de acción” determinada por los hechos perpetrados equiparando la responsabilidad de sus partícipes no significa que el Tribunal Supremo no reconozca o no distinga al autor o responsable directo. Esta “ejecución directa y voluntaria” tiene una especie de función de nexo probatorio de la consumación delictiva que permite objetivar la extensión coparticipatoria de la unidad de acción.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1926: “Considerando que, [...] produciéndole a aquél las lesiones que sufrió, determinan la conjunción de actos a un propio fin o sea una unidad de acción de la que se deriva igual responsabilidad para todos los que intervinieron en la comisión del hecho, máxime cual ocurre en el caso presente, que el juzgador declara en el segundo Considerando de la sentencia impugnada ser el recurrente autor responsable criminalmente del hecho delictivo por ejecución directa y voluntaria del mismo”.²⁰

Además, el acuerdo delictivo puede ser expreso o tácito, según la “reiterada” doctrina legal del Tribunal Supremo. Aunque es presumible la complejidad que para un tribunal de justicia habría de tener la prueba de un “acuerdo tácito”, por el examen del grado de complicidad implícita —que supondría un cambio cualitativo respecto del expreso acuerdo en coautoría—, para el Tribunal Supremo parece ser algo que “se desprende con toda claridad” a la vista de los hechos probados. En efecto, como se aprecia en la siguiente sentencia, según la “narración de los hechos”, quedan *manifestados* “antiguos resentimientos” de las procesadas hacia la

19 *Jurisprudencia Criminal*, t. 113, nº8, p. 22.

20 *Jurisprudencia Criminal*, t. 113, nº290, p. 708.

víctima, generadores de una complicidad emocional entre ambas y materializada en forma de insultos groseros y golpes hacia la víctima, mientras una de ellas lo sujeta. Aunque el “acuerdo tácito” es constatado en virtud de los hechos probados, no se puede negar la discrecionalidad judicial en la interpretación o intuición de emociones, lo que no deja de ser una intromisión en el ámbito cognitivo. A ello habría que añadir otra dificultad en la interpretación emocional, que se concreta en hallar esa coincidencia afectiva necesaria para la perfección del “acuerdo tácito” que, a efectos penales, equipara la responsabilidad penal “de los actos que cada uno de ellos realice”.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1926: “Considerando que, según la reiterada doctrina de esta Sala, todos los que concurren a la comisión de un delito responden por igual de los actos que cada uno de ellos realice, siempre que existiera entre ellos expreso acuerdo o tácito concierto: / Considerando que, esto sentado, aparece por modo evidente que la responsabilidad de las lesiones graves inferidas por Máxima Iglesias a José Súa alcanza, de igual modo que a ésta, a la también encartada Josefa de Frutos, ya que el acuerdo tácito entre ambas se desprende con toda claridad de la narración de hechos que, como probados, da la sentencia recurrida, pues en ellos se manifiesta que las dos mujeres tenían antiguos resentimientos con el Súa, al que insultaron groseramente en la ocasión de autos, y viniendo a las manos, mientras una le sujetaba, la otra le golpeaba duramente”.²¹

El acuerdo previo, matiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no debe confundirse con la complicidad como forma de participación delictiva que obedece a una cooperación en el delito mediante actos anteriores o simultáneos, sobreentendiéndose, pues, sin la necesidad de un previo acuerdo.²² El previo o mutuo acuerdo constituye un *elemento integrante* de la

21 *Jurisprudencia Criminal*, t. 114, nº115, p. 273.

22 Código penal de 1870, art. 15: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el art. 13, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores ó simultáneos”. El Código penal de 1928 define la complicidad en su artículo 48 de una manera un tanto similar a como lo hace el Código penal de 1870, si bien aclarando que a la complicidad como tal se le añade cualquier acción que facilite la ejecución de la infracción: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en ninguno de los casos del artículo 46, cooperaren a la ejecución de la infracción por actos anteriores o simultáneos, o proporcionaren ocasión, vigilancia, medios, armas o datos que la faciliten”.

responsabilidad criminal, al que se le pueden añadir elementos vinculados, como el consentimiento, o accesorios, como la remuneración o recompensa por el cumplimiento efectivo del acuerdo, y del que se derivan las “manipulaciones empleadas” o la ejecución de los hechos. En este sentido, al ser el *daño perfeccionado*, el acuerdo mutuo es cumplido en su totalidad, puesto que incorpora “elementos integrantes de la responsabilidad” (consentimiento, acuerdo y precio), lo que precisa en definitiva la calificación de autor. Con arreglo a la jurisprudencia, no es legal ni *lógico* calificar *benignamente* de cómplice a quien previamente ha concertado la comisión de un delito, dado que la determinación del concierto bajo la misma intención y voluntad y en dirección a un “resultado único de provechos comunes” característicos “enlaza en la misma delincuencia a los que ejecutan el delito que se propusieron realizar”. Empero, la calificación de autor queda reforzada ante la existencia de una “inducción punible” que el Tribunal Supremo parece valorar por separado, marginando la posibilidad de un *concierto inducido*. A tal efecto, cabe decir que es el *simple* “mutuo acuerdo” lo que impera, al parecer sin una exhaustiva precisión o valoración de supuestos vicios que anulen la voluntad de la persona.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1928: “Considerando que, según los preceptos terminantes de la ley y la doctrina constante de esta Sala, el mutuo acuerdo hace que se considere como autor de un hecho punible a quien ejecuta cualquier acto encaminado a la realización de aquél; y declarándose en la sentencia recurrida que ... se puso de acuerdo con –para que mediante precio la hiciese abortar, como lo hizo, llegando al resultado funesto que se declara en el lugar oportuno, es evidente que corresponde a la que recurre el carácter de autora del delito porque se la castiga, y no el de cómplice, pues las manipulaciones empleadas por aquélla en la persona de ... no fueron anteriores ó simultáneas al perfeccionamiento del daño, sino indispensables para realizarlo con el consentimiento, el acuerdo y el precio que aparecen como elementos integrantes de la responsabilidad, que el Tribunal “a quo” asigna a la que recurre”.²³

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1926: “Considerando que además de continuar la inducción punible referida, Manuel

23 *Jurisprudencia Criminal*, t. 118, nº167, p. 371.

García de Castro Aceres se concertó con Teresa Blanco para robar en la casa del expresado señor de aquélla, don Manuel González Parejo, y que tal concierto enlaza en la misma delincuencia a los que ejecutan el delito que se propusieron realizar, puesto que con unidad de intención y de voluntad, se encaminaron a un resultado único de provechos comunes, que es lo que hicieron en el segundo caso en el que plantea el recurso, sin que por mediar el mutuo concierto sea posible legal ni lógicamente, atribuir al García la más benigna calificación de cómplice en el hecho de autos, ya que de los hechos que también declara probados el Tribunal de instancia, sólo aparecen los elementos de juicio sobre que se basa la participación que como autor del delito se le asigna”.²⁴

En ocasiones, la complicidad (que puede ser vista como una forma de participación más próxima a la cooperación necesaria, correspondiente con actos que no producen directamente el hecho delictivo, sino que favorecen su comisión por parte de terceras personas) como forma de autoría, parece *transformarse* en autoría directa si se sobreentiende que ha existido un acuerdo previo. Esto es apreciable en delitos cuya “modalidad” reside en la facilitación de los medios necesarios para que un ajeno *satisfaga sus propósitos deshonestos*. En el siguiente caso, la recurrente, dueña de una casa de lenocinio, es calificada como autora directa por corrupción de menores al admitir en su casa a un tercero con una menor de veintitrés años y facilitar su acceso carnal. A la vista del pronunciamiento, no se hace referencia a prueba alguna que confirme que la recurrente estaba al tanto de la minoría de edad de la joven, el expreso conocimiento del hecho preciso y deshonesto que en el lugar fue practicado, o que se hubiera producido transacción monetaria alguna que en cierta medida manifestase que dicho sitio era puesto a disposición para el acceso y ejecución de tales fines ilícitos. En cualquier caso, cabe pensar que la jurisprudencia parte de que el medio ha sido facilitado para la consumación del acto, confirmando empero su calificación como autora directa y no como cómplice. La simple admisión de la menor “en su casa de lenocinio” implica una responsabilidad directa “con la ejecución de ese acto personalísimo y engendrador de su responsabilidad criminal”, lo que además parece doctrina asentada (“alegación [la de la complicidad] que ya ha sido desestimada anteriormente en otras resoluciones de esta Sala y con relación a la misma clase

24 *Jurisprudencia Criminal*, t. 113, nº231, pp. 569-570.

de delito"). Sea como fuere, la impresión que se obtiene es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo valora no tanto la puesta a disposición del medio, cuanto la mera "admisión", lo que se traduce en el *consentimiento* de entrada para llevar a cabo el propósito deshonesto de la menor. Dicha "admisión" o *consentimiento* implicaría la existencia de un acuerdo previo que propiciaría el acceso al local para consumir el fin ilícito, probablemente a cambio de un precio o remuneración que no ha sido probado; en consecuencia, la "ejecución de ese acto" entraña una "parte directa" por parte de la recurrente como autora de un delito de corrupción de menores.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1926: "Considerando que al sostenerse en el recurso establecido a nombre de... la tesis de que no debe ser estimada como autora del delito por que ha sido condenada, sino que su responsabilidad es tan sólo la de cómplice, y por ende la infracción del artículo 13 del Código penal, por su indebida aplicación, indudablemente no se plantea una cuestión nueva, sino, antes al contrario, se reproduce una alegación que ya ha sido desestimada anteriormente en otras resoluciones de esta Sala y con relación a esta misma clase de delito, en el que la modalidad del mismo, consistente en facilitar medios para satisfacer los deseos de un tercero con propósitos deshonestos, atrae para quien lleva a cabo tales actos la calificación de autor por participación directa, que es en suma la acción ejecutada por..., la que, según los hechos probados, admitió en su casa de lenocinio a una menor de veintitrés años, y, por tanto, es insostenible pretender que la recurrente no tuvo parte directa con la ejecución de ese acto personalísimo y engendrador de su responsabilidad criminal, siendo, en su consecuencia, improcedentes las infracciones legales en que se funda el recurso".²⁵

La inducción directa

Cabe ver ahora, una vez examinados el acuerdo previo y la unidad de pensamiento como condicionantes en la calificación de la autoría directa y la consiguiente equiparación de responsabilidad penal de todos los partícipes en el delito, cómo la doctrina legal del Tribunal Supremo de época primorriverista hace frente a la inducción directa como forma de autoría según el párrafo segundo del artículo 13 del Código penal de 1870.

25 *Jurisprudencia Criminal*, t. 114, n°170, p. 411.

La propia doctrina del Tribunal Supremo reconoce que es “soberano” el criterio judicial de cara a la apreciación de la inducción directa en orden a su consideración como “elemento integrante suficiente” que conlleve la calificación de autor. Desde este punto de vista, parece que, en función de los hechos probados, el tribunal deberá considerar según su “arbitrio prudente” si realmente existe o no una inducción directa en relación con la comisión de un delito. Para ello, se entiende necesario destacar las características elementales y constituyentes de la inducción, y así distinguirla de comportamientos que pueden ser similares pero que no son suficientes para ser admitidos como inducción directa. Para ello, la jurisprudencia aclara que en la valoración de la inducción no es suficiente “sugerir la idea” de cometer el delito, sino que “se integra por la perpetración de éste”. Por tanto, la inducción no es efectiva si no se produce el daño, ya que de lo contrario se correspondería con una mera *sugerencia* que ni siquiera llegaría al valor de una propuesta formal o proposición para delinquir. También se distancia del “repentino consejo” fruto de un momento de ira o arrebató (“momentos de irritación o de lucha”) entendiéndose que en tal caso obedecería a un comportamiento impulsivo condicionado por un trastorno psíquico momentáneo. Muy al contrario, la voluntariedad y la premeditación son componentes inherentes a la instigación, dado que se requiere una instrucción perseverante y bien meditada (una “enseñanza reflexiva”). En su esencia, la inducción debe constituir el factor únicamente influyente en la “voluntad ajena” que, completamente *excitada*, finalmente quedará dispuesta para *perfeccionar el propósito* inicial del inductor (“directamente encaminada a excitar la voluntad ajena y llevarla al término y perfección de lo propuesto”), en orden a la consumación del hecho delictivo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1926: “Considerando que el principal fundamento del recurso interpuesto por Eduardo Ruiz Sierra es el de suponer que se ha infringido por el Tribunal de instancia el caso segundo del artículo 13 del Código penal, por no existir en la sentencia reclamada elemento integrante suficiente para considerar al que recurre como autor, por inducción, del delito castigado, y apareciendo en los hechos que declaran la prueba, de cuya apreciación es soberano el arbitrio prudente del Tribunal que la presencia, que dicho Eduardo Sierra, Secretario que era del Ayuntamiento de Igualaja, indujo directamente a los demás procesados a que realizasen los hechos punibles por que fueron condenados, encaminados a favorecer al hijo de aquél, es evidente que se encuentra incluido en los referidos número y artículo, ya que la inducción no se caracteriza por el repentino consejo dado en momentos de irritación o de lucha, ni por sugerir la idea de

que se cause un daño, sino que se integra por la perpetración de éste, máxime si, como en el caso que se discute, han sido necesarios, para que el delito se realizase, la inducción y la enseñanza reflexiva y directamente encaminada a excitar la voluntad ajena y llevarla al término y perfección de lo propuesto; razones todas que obligan a declarar que por ello no se ha infringido por el Tribunal sentenciador ninguno de los preceptos legales a que se refería la representación del recurrente".²⁶

Insiste el Tribunal Supremo en hacer alusión a una "constante doctrina" asentada que aclara cuáles son los requisitos que habrá que valorar en la determinación de un sometimiento de la voluntad de la persona inducida a la del inductor, y la consiguiente calificación del inductor como autor. La doctrina parte de la comisión de "actos [...] significados y evidentes" que induzcan directamente a la ejecución de "cualquier delito". De esta forma, la *instigación directa* junto con la comisión del acto delictivo por parte de la persona instigada, *transforman* al inductor en responsable criminal por el delito efectuado. Asimismo, *a priori* no parece valorar la jurisprudencia qué tipo de factores subjetivos condicionan la voluntad de la persona que está siendo instigada, sin matizar ni distinguir el consejo, la persuasión o la instigación del mandato u obediencia ("lo que realizó para obedecer las exigencias de dinero que aquél le hacía") –estos últimos podrían dar lugar a vicios de voluntad como el miedo–, atribuyendo a ambos –instigador directo e instigado– la misma responsabilidad penal.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1926: "Considerando que, según los preceptos de la ley y la constante doctrina de esta Sala, es necesario para que se considere a un procesado autor por inducción de cualquier delito que los actos que realice acerca de la persona inducida sean tan significados y evidentes que la voluntad del que induce se imponga a la del inducido, y declarándose probado por el Tribunal de instancia que Manuel García de Castro Aceres, amante de Teresa de Blanco Pina, indujo a ésta directamente para que hurtase al dueño de la casa donde era criada, lo que realizó para obedecer las exigencias de dinero que aquél le hacía, y entregándole las cantidades hurtadas, con ánimo de lucro, es evidente que las instigaciones directas del procesado logrando el propósito con que las hizo, y la realización del hecho punible, constituyen en ambos delinquentes en responsables del delito de hurto, por que han sido condenados".²⁷

26 *Jurisprudencia Criminal*, t. 114, n°11, pp. 31-32.

27 *Jurisprudencia Criminal*, t. 113, n°231, pp. 569-570.

En efecto, la inducción directa sería equiparable al histórico mandato o consejo criminal de acuerdo con las “reiteradas decisiones” judiciales si, según el criterio del tribunal, prevalece sobre la persona inducida, en relación con la persona del inductor, un “decisivo dominio que le obligaba a obedecerla”; se intuye aquí una reminiscencia del régimen *tamquam principalis* del mandato contemplado por el sistema penal moderno. De esta forma, si se produce la comisión del delito (por ejemplo un delito de hurto, como se aprecia en la siguiente sentencia, en el que se destaca la existencia de ánimo de lucro por parte de la inductora) en respuesta al cumplimiento u obediencia del mandato, se *integrará* “en el orden legal” la “participación de autora por inducción”: esta interpretación judicial (inducción y ejecución del acto delictivo), aclara el Tribunal Supremo, opera en función de una “relación de causalidad” entre ambos elementos (la acción de inducir y la consumación efectiva), así que en definitiva la equiparación de la responsabilidad penal del inductor al autor es fruto de una relación causa-efecto porque la inducción constituye el paso previo a la comisión del delito. No obstante, parece que la doctrina legal del Tribunal Supremo tiende a englobar en una única categoría, la de inducción directa, otros comportamientos que, aunque pueden ser similares a la inducción propiamente dicha, podrían presentar matices o variaciones. Así, por ejemplo, no presta atención a una posible relación de obediencia o sujeción entre mandante y mandatario, ni tiene en cuenta elementos que son propios del mandato, o elementos propios de la persuasión, instigación o consejo como formas de inducción. Tampoco parece prestar atención al componente psicológico coercitivo del mandato, que normalmente actúa, en el régimen de responsabilidad, a favor del mandatario, a diferencia de la persuasión, instigación, exhortación o consejo, que admite mayor autonomía en la persona inducida.²⁸ En resumen, las conductas o comportamientos

28 Efectivamente, confirma CUELLO, *El nuevo Código penal español*, pp. 165-166, que la jurisprudencia anterior al Código penal de 1928 “consideró como formas de la inducción el mandato, el acuerdo, el concierto, el pacto, la instigación, la persuasión”, siempre que sea directa y eficaz, debiendo atender para su determinación “a las relaciones existentes entre el inductor y el inducido, así como a la forma de la inducción y a la ocasión en que tuvo lugar”. Las relaciones de parentesco, admite Cuello Calón, parecen ser para el Tribunal Supremo el punto de referencia para precisar una inducción directa y eficaz, como las “sugestiones de una madre sobre su hijo para matar a determinada persona”, “la orden de hacer fuego dada por el padre al hijo”, o “el mandato del amo a sus criados” (esta última más difícil de encajar si existe una relación de obediencia debida que equipararía al amo con el “autor moral” y al criado con el “autor material”). Quizá la pretensión del Código penal de 1928 al contemplar la “autoría indirecta” como una nueva forma de autoría residiera en la necesidad de matizar

aglutinados bajo la inducción directa no parecen recibir un tratamiento específico por parte de la doctrina legal del Tribunal Supremo, que responde atribuyendo la calificación de autor a cualquier tipo de inducción directa. Su jurisprudencia, pues, parece obviar la complejidad que implica la estricta identificación de los diferentes criterios psicológicos que actúan tanto en el proceder del inductor como del inducido, optando por un tratamiento más simple y grueso, con su equiparación.²⁹

y aclarar lo que la jurisprudencia hasta el momento no parecía estar diferenciando, con la finalidad de regular y distinguir (aunque desembocando en la discrecionalidad judicial) entre el mandato (como obligación, bajo coacción, amenaza u orden) y la inducción propiamente dicha (como instigación, exhortación, persuasión, o consejo). A este respecto, mención especial merece el desistimiento o revocación, contemplado por el Código penal de 1928 (como si hubiera quedado latente un recuerdo del régimen *tamquam principalis* absolutista en cuanto al tratamiento de la *persuasio vel consilium*) y regulado en el segundo y tercer párrafos del artículo 47, quedando “exentos de responsabilidad los inductores que espontáneamente, y antes de que se diere principio a la ejecución de la infracción, la impidieren por sí o lo intentasen, dando cuenta de ello a las Autoridades con tiempo suficiente para impedirla”. Efectivamente, el legislador es consciente de que la inducción opera en beneficio del inducido, debiendo el inductor, en caso de desistimiento, comunicar sus malos propósitos a las autoridades o fuerzas de seguridad del Estado, para que sean éstas las que actúen en prevención del delito. A diferencia de lo que sucedía durante el régimen penal absolutista moderno, que eximía de responsabilidad penal al inductor siempre y cuando comunicara el riesgo de delito a la víctima, la finalidad de la norma penal es la de evitar estimular un impulso privado de justicia, considerando que, correspondiendo el monopolio de la justicia al Estado, debe anteponerse la actuación de las autoridades públicas al modo de proceder (quién sabe si con ánimo vengativo) de la víctima. A su vez, la ley atiende a la atenuación de la pena “si el inductor, a tiempo de impedir el delito, se esforzó en persuadir al inducido para que desistiese no pudiendo evitar la infracción”, aunque obviamente todavía “será responsable de inducción”.

- 29 A este respecto apunta GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro (1870), *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, Imprenta de Timoteo Arnaiz, Burgos, t. I, pp. 537-539, las dificultades que genera la inducción, ya que “encierra una idea demasiado vaga”, y que “puede comprender en su acepción gramatical desde la resolución más decidida, desde la seducción más fuerte y pertinaz, hasta actos que solo sean efecto de indiscreción o de ligereza”. Desde este punto de vista, sostiene el autor que “hay casos en que la culpabilidad mayor está de parte del instigador, y otras en que está de parte del autor material; porque ha de ser proporcionada a la importancia de la participación que cada uno toma en el delito”. Precisamente, partiendo de la ambigüedad y de los múltiples factores que se pueden dilucidar en la inducción, este concepto viene acompañado por el adverbio *directamente*, “para considerar como autor del delito al que induce a otro a cometerlo, sea hecha su inducción o seducción por medios directos y eficaces”. En este sentido, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 13, son autores del delito “los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”, lo cual implica que con la *fuerza* se alude a la violencia física y a

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1928: “Considerando que declarado probado por el Tribunal sentenciador que la recurrente se apropió, con ánimo de lucro, de efectos de ajena pertenencia, sustraídos al perjudicado por persona a quien aquélla indujo a la comisión de tal hecho, prevalida de ejercer sobre ella un decisivo dominio que le obligaba a obedecerla, que en el orden legal integran el delito de hurto, sino la participación de autora por inducción que en el mismo corresponde a la procesada, conforme al número segundo del artículo 13 del Código penal, ya que según el texto de dicha norma de ley y de las reiteradas decisiones de esta Sala, interpretándolo cuando existe relación de causalidad entre la inducción al delito y la ejecución de éste, la persona inductora contrae la responsabilidad de autora de hecho criminal por su mandato o consejo realizado, todo lo cual aconseja la desestimación de los dos primeros motivos del recurso, y excusa, además, ocuparse del tercero, virtualmente rechazado en fuerza del anterior razonamiento”.³⁰

La cooperación necesaria

La cooperación necesaria como forma de autoría según el párrafo tercero del Código penal de 1870 no presenta grandes variaciones a ojos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante la dictadura de Primo de Rivera en comparación con épocas anteriores.³¹ Siguiendo una tendencia

la coacción material, mientras que la *inducción directa* hace referencia a la violencia moral. Ahora bien, la cuestión, tal y como la plantea el autor, reside en cuándo esa violencia moral es equiparable a la física ajustando su participación a la autoría, y cuándo obedece a la del cómplice. Aclara Groizard que “de seguro serán menos los casos en que la participación del delito, por *inducción*, pueda considerarse directa, para reputar al que la hizo autor del delito, que aquellos en que deba considerarse como indirecta, y cómplice, por lo tanto, al que indujo a la perpetración del hecho”. En términos jurídicos, ambos, autor material (inducido) y moral (inductor) ocupan el mismo lugar, aunque sea “imposible sentar como regla absoluta, ese beneficio en favor del autor moral”, generador de muchas hipótesis, como los supuestos del que consuma el delito por obediencia o del seducido por pasión (“juguete de quien explota sus pasiones”). No es posible distinguir completamente de manera teórica la inducción directa (autoría) de la indirecta (complicidad), correspondiéndole a los tribunales en función de cada uno de los casos presentados su valoración.

30 *Jurisprudencia Criminal*, t. 118, n°133, pp. 304-305.

31 Por ejemplo, ello es apreciable durante el Sexenio democrático: SANDOVAL, *Delitos en litigio*, pp. 303-319.

pacífica, la equiparación con la autoría deriva de un “acuerdo con el ejecutor material del delito” que implica una ayuda o auxilio en diferentes hechos que son considerados parte del delito. Es más, incluso podría decirse que la jurisprudencia se muestra más severa con ciertas conductas que bajo el Código penal de 1928 serían contempladas bajo la complicidad, tales como proporcionar “ocasión, vigilancia, medios, armas o datos que la faciliten”.³² Así, en el primer caso siguiente se aprecia cómo el Tribunal Supremo ratifica la cooperación necesaria “para quien cooperó espionando los alrededores en evitación de una sorpresa”, considerando pues que las labores de espionaje o vigilancia no forman parte de la complicidad y son cruciales en la efectución del delito. A este respecto, se echa en falta una aclaración que matice la diferencia entre el “acuerdo previo” para la calificación de coautoría directa o bien de cooperación necesaria, dado que si para esta última igualmente se reclama “conocimiento de la razón”, por la que es requerida la ayuda de un tercero, como es expresado en el segundo caso, es de suponer que el ánimo de delinquir está presente en ambos (autor directo y su cooperante). Probablemente sea la ausencia de una colaboración directa (en cuanto a que la cooperación necesaria se traduce en la ejecución de actos externos que facilitan o garantizan la perpetración del delito, un auxilio necesario) el matiz que distinga ambas formas de autoría.³³

32 Código penal de 1928, art. 48: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en ninguno de los casos del artículo 46, cooperaren en la ejecución de la infracción por actos anteriores o simultáneos, o proporcionaren ocasión, vigilancia, medios, armas o datos que la faciliten”. CUELLO, *El nuevo Código penal*, p. 169, sostiene que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque ciertos actos en muchas ocasiones parezcan indiferentes, son “necesarios para la ejecución de la infracción”, calificando de autor al que los efectúa.

33 Idea que confirma CUELLO, *El nuevo Código penal*, pp. 169-171 al tratar de distinguir la complicidad como forma de participación, de la autoría y el encubrimiento. Para ello, según fija el artículo 48 del Código penal de 1928 se deben cumplir dos requisitos: el primero, que la actuación del cómplice no se encuentre comprendida entre aquellas que regula el artículo 46 sobre la autoría, y la segunda, que la cooperación a la acción ha de ser a través de actos anteriores o simultáneos o proporcionando ocasión o medios que faciliten la comisión del delito (lo que le distinguiría del encubrimiento, cuya responsabilidad se ciñe a los actos posteriores a la comisión del delito conforme con el artículo 16 del Código penal de 1870 y el artículo 49 del Código penal de 1928). Expone el autor, que dada la similitud en la definición de la complicidad entre los Códigos penales de 1870 y 1928, no se ha conseguido corregir las diferencias entre autores y cómplices, admitiendo que “los cómplices intervienen en ella (en referencia al delito o infracción criminal) mediante actos no necesarios para su ejecución, aun cuando la faciliten”. El sentido del nuevo código, sostiene Cuello Calón,

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1923: "Que a tenor del artículo 13, número 3º, del Código penal, el acuerdo con el ejecutor material del delito entraña el concepto de autor del mismo para quien cooperó espionando los alrededores en evitación de una sorpresa". / Considerando que los actos realizados por Florencio Blázquez Hernández, de acuerdo con su co-reo, no pueden separarse de los perpetrados por éste y son los de cooperación al delito como autor y no el de cómplice, como estima el recurrente".³⁴

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1925: "Considerando que al facilitar Leonardo Brid las 700 pesetas entregadas a Eduardo Victoriano Egea con conocimiento de la razón con que se le daban y concurriendo y presenciando el acto de la entrega, es evidente que cooperó en la ejecución del delito por un acto sin el cual no se hubiera efectuado, y tiene, por tanto, el concepto de autor, según establece el art. 13 del Código penal, y en su virtud son improcedentes los motivos primero y segundo alegados por su representación".³⁵

LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL AUTOR SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1928

El Código penal de 1928 no entraría en vigor hasta el 1 de enero de 1929,³⁶ siendo aplicado, hasta ese momento, como hemos visto, el Código penal de 1870. Según el informe del presidente de la Comisión General de Codificación, el primer código del siglo XX fue elaborado "pensando sólo en las necesidades legislativas apreciadas y en las realidades sociales y jurídicas de nuestra Patria"; en esencia, de acuerdo con la sección de la asamblea designada para informar sobre el proyecto de código penal, se admitía que dicha norma penal obedecía a una "franca escuela de patriotismo jurídico, donde, de espaldas a todo prejuicio ideológico alternar en sus artículos fórmulas de la más clara estirpe espiritualista y voluntarista,

sería el mismo que el anterior, "que consideraba cómplices a los que no directa, sino indirectamente, cooperan a la ejecución del delito por actos anteriores o simultáneos, a los que contribuyen a dar facilidades y prestar auxilio a los delincuentes, de modo que aun sin su concurrencia fuera posible el delito", excluyendo en la complicidad la participación directa.

34 *Jurisprudencia Criminal*, t. 110, nº100, pp. 240-241.

35 *Jurisprudencia Criminal*, t. 112, nº48, p. 120.

36 "Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, a los Fiscales de todas las Audiencias, sobre la vigencia del nuevo Código penal, Justicia y Culto, 22 de Diciembre. Publicada el 28", *Colección legislativa. Legislación*, t. 112, 1928, pp. 1021-1028.

sobre dolo y culpa, con otras en que el legislador ha de atenerse al criterio real o elemento objetivo del daño, en el resultado; de la causa, en la acción”.³⁷ Desde este punto de vista, las disposiciones que contempla el Código estarían “inspiradas en el criterio de defensa social”, predominante en el Título preliminar y Libro I donde impera el criterio subjetivo en atención a la maldad y a la intencionalidad, sustituidas por la idea, aparentemente más objetiva, del “peligro social”: la primera parte del Código atendería con más profundidad al fuero interno, analizando la “capacidad para delinquir” del individuo, en contraste con el Libro II, más objetivo.³⁸

Este planteamiento sobre la concepción delictiva parece desequilibrar el enfoque que los códigos penales decimonónicos (el Código penal de 1848 y sucesivos) mostraban sobre el concepto de delito, en el que conectaba la intención o voluntad del sujeto con la efectiva realización del acto criminal, prestando atención al daño social como componente esencial del delito. El Código penal de 1928 sustituye ese “daño social” por el “peligro social” y, en consecuencia, no sólo atenderá al daño efectivo producido cuando el ánimo maligno aflore al exterior y sea manifestado en una acción, sino también al ánimo doloso inserto en la intención *dejada caer* a través de ciertas actuaciones cuyo grado de criminalidad es dudoso. En efecto, el “peligro social” que, por primera vez, admite Cuello Calón, observa el Código penal de 1928, supone antes que un fundamento de la imputabilidad, un criterio de medida penal consecuencia de la *maldad* o *perversidad* a la que hacían referencia las leyes anteriores a la promulgación del código. En suma, bajo el “peligro social” se atiende a un “estado de predisposición” que bien “puede provenir ya de una tendencia innata, ya de tendencias adquiridas”.³⁹ Contemplar la *peligrosidad* del sujeto implica el castigo, con carácter general, de la proposición, conspiración y provocación para delinquir,⁴⁰ la tentativa aún indeterminado el delito a cometer,⁴¹ la falta

37 SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, p. 23.

38 SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, pp. 39-40.

39 CUELLO, *El nuevo Código penal español*, pp. 75-76.

40 Código penal de 1928, art. 36: “Salvo disposición contraria de la ley, serán punibles los delitos en todos sus grados de ejecución. / Estos son: la consumación, la frustración, la tentativa, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir”; art. 42: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. / La proposición criminal existe cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo”; art. 43: “Hay provocación criminal cuando se incitare directamente, de palabra o por escrito, o por medio de la imprenta, el grabado u otro medio de difusión, a la ejecución de una

frustrada⁴² o el delito imposible.⁴³ Además, la “comprobación de que el delincuente es socialmente peligroso” implica en determinados supuestos la calificación de autor de un delito consumado, ante un delito frustrado o intentado,⁴⁴ o bien la declaración por parte de los tribunales de “peligro social criminal cuando resulte de la especial predisposición del delincuente probabilidad de volver a delinquir”.⁴⁵

Teniendo en cuenta la escasa vigencia efectiva del Código penal de 1928 (poco más de un año respecto a la proclamación de la Segunda República el 14 de abril de 1931 y su inmediata derogación), es necesario preguntarse si los recursos de casación interpuestos ante el Tribunal Supremo serían resueltos a la luz del nuevo código o si, por el contrario, al tratarse de recursos contra sentencias dictadas con anterioridad a su vigencia, serían resueltos de acuerdo con el Código penal de 1870. Como cabía esperar conforme al principio de irretroactividad penal, la jurisprudencia consultada de este alto tribunal en relación con el régimen de la autoría

o varias infracciones comprendidas en este Código o en leyes penales especiales, salvo el caso de que la provocación constituyere delito propio. / Su gravedad será mayor o menor, según hubiere seguido o no a la provocación la ejecución de la infracción provocada”.

- 41 Código penal de 1928, art. 38: “Hay tentativa, cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y espontáneo desistimiento”; art. 39: “Cuando no apareciese indudablemente determinado el delito que se propuso cometer el culpable, se presumirá que sus actos se dirigían al de menor gravedad entre aquellos a que racionalmente pueda presumirse que iban encaminados. / Cuando se tratase de un reincidente, se estimará que el culpable intentaba repetir el delito que cometió”.
- 42 Código penal de 1928, art. 36: “(...) / Las faltas sólo serán punibles en los grados de consumación y frustración”.
- 43 Código penal de 1928, art. 41: “Cuando el que se proponga cometer un delito hubiere ejecutado todos los actos que a su juicio deberían producirlo, y, sin embargo, no se produjere porque el hecho en sí mismo fuere de imposible realización, o porque los medios empleados para lograrlo fueren por su naturaleza inadecuados al fin propuesto, el Tribunal, apreciando las circunstancias del caso, decidirá si ha de castigarse como delito frustrado o tentativa”.
- 44 CUELLO, *El nuevo Código penal español*, p. 76. Código penal de 1928, art. 153: “Cuando el delito tenga señaladas penas alternativas, el Tribunal, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del hecho, el estado, profesión, condición moral y económica del culpable, así como al grado de perversidad y peligro social que presente, podrá imponerle la que de las dos estime más adecuada al caso, y, dentro de ella, determinará su duración con arreglo a las precedentes normas”.
- 45 CUELLO, *El nuevo Código penal español*, p. 76. Código penal de 1928, art. 71: “El estado especial de predisposición de una persona, del cual resulte la probabilidad de delinquir, constituye peligro social criminal. / En las sentencias condenatorias, podrán los Tribunales

criminal entre 1929 y 1930⁴⁶ confirma la aplicación del código anterior, sin apreciarse, en consecuencia, grandes variaciones o cambios de los criterios expuestos hasta el momento. La doctrina legal del Tribunal Supremo continuó ensalzando y reivindicando su “jurisprudencia asentada”, acaso alejándose de la estricta cita legal que aproximadamente hasta la década de 1880 parecía caracterizarla.⁴⁷ Quizá incluso se avivase la reivindicación de su “reiterada doctrina” si se presta atención al lenguaje utilizado en determinadas sentencias del año 1929 en torno a la autoría directa.

hacer declaración de peligro social criminal cuando resulte de la especial predisposición del delincuente probabilidad de volver a delinquir, dictando en tal caso las medidas de seguridad procedentes”. Asimismo, subraya Cuello Calón (p. 77), por primera vez la ley penal emplea la “voz *perversidad* del delincuente” (aunque ya contemplada por el Código de Justicia militar y de la Marina de Guerra) aglutinando la *maldad* o *depravación* del delincuente o un estado personal de inmoralidad, en representación de un origen principal del peligro social, pudiendo ser la causa de un agravamiento de la pena, bien en su imposición (Código penal de 1928, art. 138: “A los autores de un delito frustrado o de una tentativa de delito se les impondrá la pena señalada al consumado u otra inferior, al prudente arbitrio del Tribunal; teniendo en cuenta en cada caso el desarrollo dado a su intención por el culpable, su mayor o menor perversidad, su condición moral, el peligro social que representa, las circunstancias objetivas del hecho perseguido, y, en especial, las determinantes de que el propósito del delincuente no se haya llegado a realizar”), bien en la forma de ejecución (Código penal de 1928, art. 153: “Cuando el delito tenga señaladas penas alternativas, el Tribunal, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del hecho, el estado, profesión, condición moral y económica del culpable, así como al grado de perversidad y peligro social que represente, podrá imponerle la que de las dos estime más adecuada al caso, y, dentro de ella, determinará su duración con arreglo a las precedentes normas”).

- 46 En referencia al año 1930, se ha consultado el índice y resumen de *Jurisprudencia Criminal. Años 1929 y 1930*, Tribunal Supremo, Madrid, 1930. La obra, a diferencia de los volúmenes de la tan citada *Jurisprudencia Criminal*, no ofrece las sentencias reproducidas textualmente, sino un índice que añade un pequeño resumen de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo durante estos años. En cualquier caso, se confirma que aquellas sentencias que son recurridas ante dicho tribunal cuestionando la calificación de autoría fueron resueltas conforme al Código penal de 1870. Asimismo, tras una revisión de *Jurisprudencia Criminal*, tomo 119, correspondiente a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de enero a marzo de 1929, se verifica que el Código penal de 1928 no fue aplicado, dado que los recursos de casación interpuestos ante dicho tribunal se correspondían con sentencias dictadas con fecha anterior a 1 de enero de 1929, siendo aplicable, en consecuencia, el Código penal anterior.
- 47 Con carácter general, la estricta interpretación de la ley y la continua referencia del Tribunal Supremo a las normas contenidas en el Código penal de 1870 se puede constatar en SANDOVAL, *Delitos en litigio, passim*. En contraste, y conforme a las páginas estudiadas de la obra de CUELLO, *El nuevo Código penal*, la interpretación judicial a partir de la década de

Es significativo observar cómo la alta jurisprudencia obedece a la calificación de autor directo en los delitos cometidos por dos o más sujetos si sobreentiende la existencia de un “previo y mutuo acuerdo” bajo un “fin común”, independientemente de los actos que cada uno de los partícipes en el hecho delictivo ejecute (“cualquiera de los convenidos”). En la siguiente sentencia, incluso, actos que podrían ser calificados en función de su distinta participación como complicidad (algunos de ellos simultáneos: “estuvo esperando en el sitio inmediato”) o encubrimiento (al ser posteriores: “recogiendo y ocultando después unos efectos del delito y dando a guardar otros”), son absorbidos por el previo y mutuo acuerdo que constituye la pieza basilar para la determinación de la autoría directa en detrimento de otras formas de participación cuya responsabilidad penal es menor. Es el condicionante afectivo lo que parece valorarse en la coautoría directa, conforme a la “voluntad de delinquir”, el “ánimo de lucro” o la “mutua y previa convivencia de los malhechores”, obviando las circunstancias *materiales* que demuestren o no una determinada implicación directa y objetiva en el acto delictivo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1929: “Considerando que, según los preceptos legales y la constante doctrina de esta Sala, el previo y mutuo acuerdo para la realización de un delito constituye en autores a quienes de tal modo tienden a un fin común, siquiera ejecute distintos actos, cualquiera de los convenidos; y declarándose probado en la sentencia recurrida que Rafael Sánchez acudió a una señal previamente acordada a recoger el producto del robo que realizaba en el bazar de la Rivera de Curtidores, y que hasta que la señal se le hizo estuvo esperando en sitio inmediato, recogiendo y ocultando después unos efectos del delito y dando a guardar otros a los citados procesados, es notorio que la voluntad de delinquir, el ánimo de lucro y la mutua y previa convivencia de los malhechores, constituye en autor y no en cómplice al referido Sánchez, porque sin estar efectuando materialmente el delito, aceptó el encargo que anteriormente le había asignado en la realización del hecho punible”.⁴⁸

los 80 del siglo XIX, al menos en lo referente a la autoría, parece alejarse de la cita estricta de la norma legal para asentarse progresivamente sobre otros matices judicialmente discrecionales en atención a criterios más subjetivos, algo que por otro lado ya se intuía al analizar la jurisprudencia de inicios del siglo XX y de época primorriverista.

48 *Jurisprudencia Criminal*, t. 119, n°43, p. 97.

El “previo acuerdo” en los delitos cometidos en grupo evidencia aún más la desproporcionalidad a la hora de valorar el grado de participación de cada uno de los implicados, *igualando* la “condición de responsabilidad a todos cuantos hubieren participado en tal convenio” *independientemente* de su participación efectiva u objetiva en relación con el daño ocasionado. De este modo, si el acuerdo previo se entiende que *nace* “por la voluntad de todos”, el mismo ánimo doloso caracteriza tanto al que lo efectúa directamente, como al que no, con independencia del “modo de cooperación”. Por tanto, la jurisprudencia, “según tiene proclamado” y “a los efectos legales”, continúa inserta en el criterio que antepone la voluntad o el pensamiento materializado en un acuerdo consensuado (expreso o tácito, como se ha visto) sin discriminarse, en términos de proporcionalidad, respecto de la actuación efectiva de menor entidad.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1929: “Considerando que el previo acuerdo para la comisión de un delito que más tarde se realiza pone en igual condición de responsabilidad a todos cuantos hubieren participado en tal convenio, según tiene proclamado esta Sala, siendo indiferente, a los efectos legales, la participación que a cada uno de ellos pueda consignarse en la forma y modo de cooperación en la ejecución del acto punible, pues nacido éste por la voluntad de todos, de igual manera debe de alcanzarles la sanción que el Código señala a la infracción cometida”.⁴⁹

De manera similar se muestra la doctrina jurídica del Tribunal Supremo para con el delito de corrupción de menores, disponiendo que un “solo hecho” que contribuya a facilitar la satisfacción de los intereses deshonestos e ilícitos de un tercero ya es suficiente para imputarle el mayor grado de responsabilidad penal. En este caso, ese “solo hecho” al que se hace referencia se identifica con la admisión en el local de lenocinio para la puesta en práctica de tales actos. De nuevo se trata de una “jurisprudencia reiterada”. Tampoco parece tener en cuenta el Tribunal Supremo la condición o el rango de la persona que pone a disposición el local, imputándosele, indistintamente, la responsabilidad criminal por autoría (“bien sea por la dueña o por la encargada del local”). La existencia y disposición de un lugar “destinado a tal inmoral tráfico” es la herramienta clave y determinante, independientemente de quien lo gestione. En cualquier caso, y a diferencia de lo que se ha podido apreciar en la anterior sentencia anali-

49 *Jurisprudencia Criminal*, t. 119, n°56, p. 117.

zada sobre corrupción de menores (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1926), se declara “probado por la sentencia de que se recurre” que la persona que puso el medio a disposición era la dueña del local, facilitando “habitación y lechos para que dos desconocidos tuvieran acceso carnal con las jóvenes de quince años”, con un fin lucrativo (“que por ello cobró la cantidad dicha”). Este último caso parece ceñirse a una interpretación, podría decirse, más rigurosa de la ley (artículo 459 del Código penal de 1870), al probar la *habitualidad* que exige la norma en la tipificación del delito de corrupción de menores⁵⁰ (con la disposición del local y la facilitación de los instrumentos necesarios para la consumación del acto carnal a cambio de una transacción económica).

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1929: “Considerando en cuanto al primer motivo que sirve de base al recurso, o sea la supuesta infracción por parte de la Sala sentenciadora del número segundo del artículo 459 del Código penal, que estima indebidamente aplicado, que el delito de corrupción de menores se comete, entre otros medios, por el solo hecho de facilitar una persona los medios necesarios para la satisfacción de deseos deshonestos por parte de un tercero, bastando para apreciarlo, según la jurisprudencia reiterada de esta Sala, la admisión en casa de lenocinio de una menor de veintitrés años, bien sea por la dueña o por la encargada del local destinado a tan inmoral tráfico, y que por lo tanto, declarado probado por la sentencia de que se recurre, que la.... era dueña de una casa de citas en la ciudad de...., que facilitó habitación y lechos para que dos desconocidos tuvieran acceso carnal con las jóvenes de quince años de que se deja hecha mención, y que por ello cobró la cantidad dicha, es visto el notorio acierto con que el Tribunal sentenciador calificó tales hechos e indiscutible la imprudencia del motivo alegado”.⁵¹

Con todo, en algún caso se reivindicó en los recursos de casación interpuestos ante el Tribunal Supremo la aplicación efectiva del Código penal de 1928, conforme a una interpretación que se pretendía más favorable

50 Código penal de 1870, art. 459: “El que habitualmente ó con abuso de autoridad ó confianza, promoviére ó facilitare la prostitución ó corrupcion de menores de edad para satisfacer los deseos del otro, será castigado con la pena de prision correccional en su grados mínimo y medio é inhabilitacion temporal absoluta, si fuere Autoridad”.

51 *Jurisprudencia Criminal*, t. 119, nº251, p. 582.

al reo. Así se aprecia en el siguiente supuesto, en el que se partía de la calificación del recurrente como autor por un delito de rapto según el anterior código penal, y matizaba el recurso que en la interpretación que se daba a los hechos habría que tener en cuenta a título de atenuante la comprensión por el nuevo código penal de que el rapto no siempre obedece a fines deshonestos (lo que no expresaba el Código penal de 1870),⁵² y que puede ser utilizado como un arma para “obtener un consentimiento para el matrimonio” sin otras impúdicas pretensiones:⁵³

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1929: “Resultando que dicho Tribunal condenó al procesado, como autor, sin circunstancias modificativas, de un delito de rapto, comprendido en el artículo 461 del Código penal, [...]. / Resultando que contra la expresada sentencia, y a nombre de..., se ha interpuesto el presente recurso, [...]: / Primero. Aplicación indebida del artículo 461 del Código penal, por negarse que los hechos de autos constituyen el delito de rapto ni otro alguno, puesto que el único propósito que tuvo el recurrente al sustraer a la menor del lugar donde se hallaba fué el obtener un consentimiento

- 52 Código penal de 1870, art. 461: “El rapto de una doncella menor de veintitres años y mayor de doce, ejecutado con su anuencia, será castigado con la pena de prision correccional en sus grados mínimo y medio”.
- 53 El Código penal de 1928, en su afán por no dejar fuera cualquier matiz de tipo criminal o delictivo, define y tipifica el rapto de manera más extensa, atendiendo a sus posibles significados, edad y estado mental de la víctima (art. 611: “Rapto es el apoderamiento de una mujer con miras deshonestas o de matrimonio, ejecutado contra su voluntad o la de sus guardadores o con engaño. / El delito de rapto de mujer mayor de diez y ocho años se castigará con la pena de tres a seis años de prisión si mediare violencia o si la raptada estuviese privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir. / Cuando el culpable de alguno de los delitos previstos en este artículo, sin haber cometido acto alguno contra el pudor de la víctima, la haya dejado espontáneamente en libertad, devuelto a su domicilio o conducido al de uno de sus parientes o a otro lugar seguro, a disposición de su familia, se le impondrá solamente la pena de multa de 1.000 a 5.000 pesetas”), y añade como novedad una graduación en el régimen penal en función de su finalidad y el grado de “honestidad” de la mujer (art. 612: “Si el rapto se ejecuta sin violencia, pero mediando engaño y con el fin exclusivo de contraer matrimonio, se impondrá la pena de seis meses a un año de prisión, y en el caso del último párrafo del artículo anterior, la multa no podrá exceder de 2.000 pesetas. / El rapto de una mujer honesta menor de veintitrés años y mayor de diez y ocho, no emancipada, que esté obligada por la ley a vivir con su familia o guardador, ejecutado con su anuencia y sin engaño, será castigado con la pena de dos meses y un día a seis meses de prisión”).

para el matrimonio, sin que después fuera enturbiado tal propósito con actos deshonestos. “Si algo faltase —añade el recurrente— para la interpretación que da el hecho de autos, se encontraría en el Código penal de 1928, que define lo que ha de entenderse por rapto en el artículo 611, diciendo que es el apoderamiento de una mujer con guardadores o con engaño”. Imbuído el nuevo Código por espíritu ciertamente más previsor que el antiguo, y atendiendo a que en ocasiones se ha utilizado el rapto como arma para forzar la voluntad de las familias, a fin de acceder a un matrimonio que en otro caso no hubiera sido consentido, establece en los artículos 611 y 612, en relación con las personas mayores de diez y ocho años, y en el 876, en relación con los delitos de otra clase cometidos contra las menores, diversa graduación de responsabilidad, según que el rapto se haya verificado con miras deshonestas o con miras de matrimonio. En el Código penal de 1870 no existe esta diferencia. Por rapto ha de entenderse, con arreglo a la interpretación que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el delito que consiste en llevarse de su domicilio con miras deshonestas a una mujer por fuerza o por modo de ruegos y promesas engañosas. Es decir, que resulta evidente que para el Código de 1870, es indispensable el propósito deshonesto anterior al rapto para que el delito se produzca, sin que basten otros torcidos propósitos, que sin duda son penados en el nuevo Código, pero que no se encuentran sancionados dentro del espíritu del Código del año 1870. Segundo. Falta de aplicación de lo dispuesto en el artículo noveno en relación con el tercero del artículo noveno del Código penal, puesto que el hecho de haber devuelto a la raptada sin atentar contra su pudor debió estimarse como una circunstancia atenuante; y tercero. No haberse aplicado el número noveno en relación con el sexto y séptimo del artículo 64 del Código de 1928, toda vez que el hecho de haber devuelto a la raptada sin atentar contra su pudor, presentándose espontáneamente a las Autoridades, constituye la circunstancia de atenuación antes mencionada, e infringe asimismo, al no reconocer la vigencia del Código penal de 1928, lo dispuesto en los artículos octavo y 857 del mismo”.⁵⁴

54 *Jurisprudencia Criminal*, t. 119, nº61, pp. 138.

Ciertamente, aunque una alegación optara por este *juego* de leyes penales (aprovechando los cambios tipificadores y sistemáticos del nuevo código penal en una curiosa utilización argumentativa de la retroactividad penal favorable al procesado), el Tribunal Supremo distinguió perfectamente la prueba de los hechos y la vigencia de la norma: “es preciso para que pueda tener viabilidad y efecto la función de casación tratándose del recurso por infracción de la ley Penal y que se concreta a la aplicación y recta interpretación de sus vigentes disposiciones referidas sola y exclusivamente a los hechos que se declaran probados en la sentencia reclamada, lo que no se cumple de parte del recurrente en cuanto al tercer motivo invocado desde el momento en que se aducen infracciones de disposiciones que no estaban vigentes y que por ello no fueron aplicadas por el Juzgador”.⁵⁵

55 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1929, *Jurisprudencia Criminal*, t. 119, n°68, pp. 138-139.

Estudis

SAMUEL GARRIDO: UNA CONTRIBUCIÓN FUNDAMENTAL A LA HISTORIA ECONÓMICA Y LA HISTORIA AGRARIA

SAMUEL GARRIDO: A FUNDAMENTAL CONTRIBUTION TO ECONOMIC AND AGRARIAN HISTORY

SALVADOR CALATAYUD

(Universitat de València)

VICENTE PINILLA

(Universidad de Zaragoza)

JORDI PLANAS

(Universitat de Barcelona)

RESUMEN

En este artículo se analiza la contribución de Samuel Garrido, fallecido en 2022, a la historia económica y la historia agraria. Para ello se abordan los tres ejes fundamentales en torno a los cuales se desarrolló su investigación. En primer lugar, se estudia su aportación al cooperativismo agrario, temática principal de su obra. A continuación, se explican sus aportaciones sobre los regadíos, principalmente los valencianos, y las instituciones que los regulaban. Finalmente, se examina cómo analizó algunos cultivos y productos agrarios, en los que las cooperativas o el regadío tuvieron una importancia destacada, principalmente el naranjo, el cáñamo y el vino. Se destaca cómo Samuel Garrido basó su trabajo en cuidadosas investigaciones de archivo, pero también supo combinar el estudio de la documentación de época, con el manejo de técnicas econométricas para el análisis de los datos. También fue notable su preocupación por fundamentar teóricamente sus planteamientos. Reunió así las virtudes del historiador con las del economista, con un resultado muy destacado.

Códigos JEL: N53, N54, Q13, Q15.

Palabras clave: Samuel Garrido, historia agraria, cooperativas agrarias, historia económica, regadíos mediterráneos.

ABSTRACT

This article analyzes the contribution of Samuel Garrido, who passed away in 2022, to economic and rural history. To this end, we address the three fundamental axes around which his research was developed. First, we study

his contribution to agricultural cooperativism, the main subject of his work. Next, we explain his contributions on irrigation, mainly those of Valencia, and the institutions that regulated them. Finally, we study how he analyzed some agricultural crops and products, in which cooperatives or irrigation had an outstanding importance, mainly orange trees, hemp and wine. We highlight how Samuel Garrido based his work on careful archival research, but also how he combined the study of historical documentation with the use of econometric techniques for data analysis. His concern for providing a theoretical foundation for his approaches was also notable. He thus combined the virtues of the historian with those of the economist, with an outstanding result.

JEL codes: N53, N54, Q13, Q15.

Key words: Samuel Garrido, rural history, agricultural cooperatives, economic history, irrigation.

RESUM

SAMUEL GARRIDO: UNA CONTRIBUCIÓ FONAMENTAL A LA HISTÒRIA ECONÒMICA I LA HISTÒRIA AGRÀRIA

En aquest article s'analitza la contribució de Samuel Garrido, que va faltar el 2022, a la història econòmica i la història agrària. Es plantegen els tres eixos fonamentals al voltant dels quals es desenvolupà la seva recerca. En primer lloc, s'estudia la seva aportació al cooperativisme agrari, temàtica principal de la seva obra. A continuació, s'expliquen les seues aportacions sobre els regadius, principalment els valencians, i les institucions que els regulaven. Finalment, s'examina com va analitzar alguns dels conreus i productes agraris, en els quals les cooperatives o el regadiu tingueren una importància destacada, principalment el taronger, el cànem i el vi. Es destaca com Samuel Garrido fonamentà el seu treball sobre una acurada investigació als arxius, però també va saber combinar l'estudi de la documentació d'època amb l'ús de tècniques econòmiques per a l'anàlisi de les dades. També fou notable la seua preocupació per fonamentar teòricament els seus plantejament. Així va reunir les virtuts de l'historiador amb les de l'economista, amb un resultat molt destacat.

Codis JEL: N53, N54, Q13, Q15.

Paraules clau: Samuel Garrido, història agrària, cooperatives agràries, història econòmica, regadius mediterranis.

El fallecimiento de Samuel Garrido en la primavera de 2022 ponía fin a una trayectoria investigadora muy destacada en el ámbito de la historia económica española. Desarrollados a lo largo de cuatro décadas, sus trabajos abordaron varios temas relacionados con la historia agraria, con evidentes puntos de contacto entre ellos y también con una fuerte impronta personal, reconocible en toda su escritura. De estos trabajos, de sus aportaciones y de su modo de afrontar la investigación histórica trataremos de dar cuenta en las páginas que siguen.

Nacido en Vila-real en 1958, Samuel Garrido se doctoró en 1993 en Geografía e Historia por la Universidad de Valencia, con la tesis *El sindicalisme catòlico-agrari al País Valencià (1906-1923)*. Tras impartir clases de Historia Económica en la Facultad de Economía de Valencia a principios de los años 1990, obtuvo la titularidad y, más tarde, la cátedra en la Universidad Jaume I de Castellón, donde ejerció su magisterio desde 1991. Fue asimismo profesor visitante en la Universidad de Bolonia (2002), la London School of Economics

(2007), la Universidad de California en Davis (2008) y la École des Hautes Études en Sciences Sociales de París (2018-2019).

Su obra fue publicándose, inicialmente, en revistas académicas españolas, como *Revista de Historia Económica*, *Recerques*, *Afers*, *Estudis d'Història Agrària*, *Investigaciones de Historia Económica*, *Ayer*, *Hispania*, *Historia Social*, y naturalmente *Historia Agraria*, revista de la Sociedad de Estudios de Historia Agraria (SEHA), de la que fue miembro activo desde primera hora. Sin embargo, a partir de 2007, con un ritmo acelerado, sus trabajos aparecieron en revistas internacionales como *Rural History*, *Economic History Review*, *Journal of Agrarian Change*, *Explorations in Economic History*, *European Review of Economic History*, *Research in Economic History*, *Agricultural History*, *International Journal of the Commons*, *Business History* o *Clio-metrica*.

Sus trabajos iniciales estuvieron dedicados al cooperativismo, una temática que contribuyó a renovar a través, por un lado, de la aplicación de planteamientos teóricos

desarrollados en la literatura académica internacional –que él seguía con una enorme atención– y, por otro, con la utilización de un gran volumen de datos empíricos, tratados en ocasiones mediante métodos econométricos. Lo hizo también cuando se adentró en otras instituciones económicas, como la gestión del regadío comunitario, los contratos de arrendamiento de las huertas valencianas, la *aparcería* y el contrato de *rabassa morta*. En todos estos ámbitos, mostró con agudeza las múltiples formas de combinarse el consenso, la cooperación y el conflicto social, puesto que su aproximación a los hechos económicos entrañaba siempre una preocupación por su trasfondo social. Como veremos, en todos los campos de estudio que abordó sus contribuciones fueron esclarecedoras y ofreció nuevos puntos de vista y enfoques renovadores.

El objetivo de este artículo es analizar su relevante contribución a la historia agraria.¹ Para ello abordaremos sucesivamente lo que consideramos que son los tres ejes fundamentales en torno a los cuales se desarrolló su investigación. En primer lugar, trataremos lo que pensamos que es no solo el núcleo inicial hacia al que orientó su trabajo, sino la temática en torno a la cual se anuda gran parte de su

obra: el cooperativismo agrario. Este ámbito de estudio encontró una extensión natural en el estudio de los regadíos, principalmente los valencianos, y las instituciones que los regulaban. Su trayectoria previa en torno al cooperativismo y una recepción profunda de la obra de la premio Nobel en economía Elinor Ostrom, le condujeron en esa dirección. Finalmente, la tercera parte del artículo aborda una extensión casi obligada de la investigación desarrollada, como es el estudio de algunos cultivos y productos agrarios, en los que las cooperativas o el regadío tuvieron una importancia destacada, ocupándose particularmente del naranjo, el cáñamo y el vino. En ellos entrelaza perfectamente el análisis de las características de estos productos, el funcionamiento de sus mercados y la sociedad en la que se desarrollaron.

El trabajo de Samuel aún muchas virtudes. Supo ser un historiador atento a los archivos, al estudio de la documentación de época, pero también manejó con soltura depuradas técnicas econométricas para el análisis de los datos. Su preocupación por fundamentar teóricamente sus planteamientos fue notable. Reunió así las virtudes del historiador con las del economista, con un resultado sobresaliente.

También trabajó en escalas espa-

1 Recogemos en este artículo las contribuciones realizadas por los tres autores en el acto de homenaje que dedicó a Samuel Garrido la Universitat Jaume I el 25 de noviembre de 2022.

ciales muy variadas, y en todas se movió con comodidad y efectividad. Es inevitable señalar que la Plana de Castelló fue el centro de su mundo no solo físico sino también intelectual. La huerta y su evolución, el mundo agrario y sus transformaciones fue sin duda el centro de sus preocupaciones. Pero desde su entorno más próximo amplió su mirada y su investigación no solo se extendió a espacios próximos, sino que abordó marcos muy amplios, como España, Europa u otros mundos. Su fallecimiento nos priva de todo el trabajo que había realizado durante un año en los archivos departamentales franceses sobre los contratos agrarios en ese país, además de otros proyectos de investigación que ya tenía esbozados individualmente o en colaboración.

1. CONSENSO, COOPERACIÓN Y CONFLICTO: LA CONTRIBUCIÓN DE SAMUEL GARRIDO AL ESTUDIO DEL COOPERATIVISMO AGRARIO

El cooperativismo agrario fue un ámbito de estudio preferente en los trabajos de Samuel Garrido, probablemente el ámbito al que dedicó mayores esfuerzos a lo largo de su carrera como investigador. Con sus contribuciones a este ámbito de estudio, que detallaremos a conti-

nuación, no sólo dejó una huella profunda, sino que también contribuyó a su renovación con nuevas perspectivas y nuevos enfoques.

Samuel Garrido dedicó sus primeros trabajos como historiador al sindicalismo católico, que fue en España el principal movimiento que vertebró el cooperativismo agrario durante la primera mitad del siglo XX. Su tesis de licenciatura estaba dedicada al catolicismo social en las diócesis de Tortosa y Segorbe (que comprendían la mayor parte de la provincia de Castellón, además de algunos territorios de las provincias de Tarragona, al norte, y Valencia, al sur) a lo largo del período entre 1877 y 1923.² En este primer trabajo, también se ocupaba de las entidades católico-obreras; pero el grueso de su contribución se dedicaba al sindicalismo católico-agrario. La razón de ello era que en España, ya desde finales del siglo XIX, los esfuerzos de los propagandistas católicos se centraron fundamentalmente en el campo, puesto que entonces veían el proletariado urbano muy alejado de la Iglesia. Además, la provincia de Castellón, en la que se centraba territorialmente su estudio, era en el período analizado una región fundamentalmente agrícola y había sido el principal ámbito de

2 GARRIDO, Samuel (1984), *La acción social católica en los obispados de Tortosa y Segorbe (1877-1923)*, Universitat de València, 1984.

actuación del jesuita castellonense Antonio Vicent, uno de los máximos propagandistas del movimiento católico.

Como muchos otros historiadores, Samuel dedicó sus primeros trabajos a su entorno vital más próximo. Así, los primeros artículos que firmó se adentraban en el entorno de Vila-real y la provincia de Castellón de los inicios del siglo XX,³ y ya se inscribían en el objeto de estudio de su tesis de licenciatura, que presentó en la Universidad de Valencia en 1984. Desprovisto del grueso de sus apéndices documentales y con alguna corrección, el trabajo dio lugar en 1986 a su primer libro, que llevaba el título bien expresivo de "Los trabajadores de las derechas",⁴ que tomó del político de orientación democristiana Ángel Ossorio y Gallardo (1873-1946), aludiendo a esas sociedades de trabajadores rurales y urbanos que, aun pretendiéndose apolíticas, actuaron como soporte electoral de las formaciones políticas conservadoras y contribuyeron a frenar

la lucha sindical y las reivindicaciones obreristas. Siendo el primer libro que publicó, constituía ya un trabajo muy maduro, que denotaba un conocimiento profundo de la historiografía especializada, con una contextualización adecuada de su objeto de estudio y la utilización de un gran número de datos a partir de fuentes originales, con los que realizaba una aportación substantiva al movimiento social católico.

Un año más tarde publicaría otro libro sobre la misma temática, esta vez tomando como objeto de estudio otra comarca valenciana, puesto que para su tesis de doctorado estaba entonces ampliando su ámbito de estudio al conjunto del País Valenciano. Gracias a una beca de investigación que obtuvo en 1985 del Centre d'Estudis i Investigacions Comarcals 'Alfons El Vell', llevó a cabo un trabajo totalmente inédito sobre el sindicalismo católico (incluyendo tanto el asociacionismo obrero como el agrario) en la comarca de Gandía, pero enmarcándolo en el conjunto del País Valenciano, a

- 3 GARRIDO, Samuel (1983), "El motín de Vila-real de 1908", *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, 59, pp. 343-358; (1984), "1910: Vila-real contra les escoles laiques", *Cadafal*, mayo; (1984), "El Círculo Católico de Segorbe", *Centro de Estudios del Alto Palancia*, nº 3, pp. 23-30; (1984), "El Círculo Cooperativo de Castelló. Una experiencia frustrada de catolicismo social liberal", *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, nº 60, pp. 331-347; (1984), "Obrers contra 'amarillos'. El contracte col·lectiu de treball de la Plana de 1920", *Centre d'Estudis de la Plana*, nº 2, pp. 7-18.
- 4 GARRIDO, Samuel (1986), *Los trabajadores de las derechas*, Diputación de Castellón, Castellón. Antes publicó también un extenso artículo sobre el sindicalismo católico agrario en la provincia de Castellón: (1984-1985), "El sindicalismo católico agrario en la provincia de Castellón", *Estudis Castellonencs*, nº 2, pp. 359-378.

lo largo del primer tercio del siglo XX, que el mismo centro de estudios publicaría dos años después.⁵ Esta línea de investigación culminaría en 1993 con la defensa de su tesis de doctorado ante un tribunal formado por Ramon Garrabou, Carlos Barciela, Carlos Forcadell, Salvador Calatayud y Jesús Millán.⁶

La tesis analizaba el sindicalismo católico-agrario del País Valenciano desde 1906 hasta 1923, es decir desde la promulgación de la Ley de Sindicatos Agrícolas de 1906 (verdadero punto de arranque del cooperativismo agrario en España, como Samuel se encargaría de señalar) hasta el golpe de estado de Primo de Rivera, acaecido en unos años de crisis social y política, en los que el movimiento social católico tuvo su máximo auge. Hay que tener en cuenta que para el País Va-

lenciano este era entonces un campo de estudio apenas explorado.⁷ La tesis de Samuel fue sin duda la primera contribución de calado al sindicalismo católico-agrario valenciano, uno de los más dinámicos del movimiento social católico español. Con ella no sólo realizaba una aportación de información inédita de gran valor, sino que también proponía un nuevo enfoque del sindicalismo católico-agrario. Los historiadores que le habían precedido se habían interesado fundamentalmente por el papel político del sindicalismo católico y su actuación al servicio de la lucha antisocialista, analizándolo como un instrumento de "subordinación política" de los pequeños campesinos a los intereses de los grandes propietarios agrarios.⁸ Era una perspectiva seguramente influida por el momento

5 GARRIDO, Samuel (1987), *Sindicalisme catòlic a la Safor, 1900-1936. Catolicisme social en una comarca del País Valencià*, Centre d'Estudis i Investigacions Comarcals 'Alfons El Vell', Gandia.

6 GARRIDO, Samuel (1993), *El sindicalisme catòlico-agrari al País Valencià (1906-1923). Cooperativisme confessional, millora tècnica i mobilització camperola a Espanya després de la crisi agrària finisecular*, Universitat de València.

7 Con anterioridad a los trabajos de Samuel, sólo algunos artículos habían abordado esta temática en el País Valenciano: LA PARRA, Emilio (1979), "El Círculo Católico de Obreros de Alcoy y la cuestión social (1872-1912)", *Qüestions Valencianes*, nº 1; ÁLVAREZ, Amparo (1982), "El corporativismo, el sindicalismo y la acción social católica en Valencia (último tercio del siglo XIX)", *Estudis d'Història Contemporània del País Valencià*, nº 3, pp. 131-174. Esta última autora, profesora de la Universitat de València, fue precisamente la directora de la tesis de licenciatura y la tesis de doctorado de Samuel Garrido.

8 La obra más emblemática de este enfoque lo hacía explícito en el título: CASTILLO, Juan José (1979), *Propietarios muy pobres. Sobre la subordinación política del pequeño campesino en España (La Confederación Nacional Católico-Agraria, 1917-1942)*, Ministerio de Agricultura, Madrid.

político que se vivía España en los años 1970, entonces en plena transición política de la dictadura a la democracia.

Los trabajos de Samuel de los años 1980 y 1990, desde su tesis de licenciatura a su tesis doctoral, también se ocupaban del papel social y político del movimiento social católico, pero prestaban especial atención a los servicios cooperativos y sus efectos económicos.⁹ Esta nueva perspectiva estaba en consonancia con las contribuciones que se estaban realizando desde la historia agraria. Desde el estudio seminal de Ramon Garrabou sobre la crisis agraria de fines del siglo XIX,¹⁰ se habían empezado a analizar los cambios en la agricultura española después de la crisis finisecular, entre los que destacaban los cambios técnicos para adaptarse a

la nueva situación de los mercados y la consolidación de la pequeña propiedad.¹¹ Samuel Garrido quería indagar en la contribución de las cooperativas agrícolas en este proceso, que creía que era más substantiva de los que hasta entonces se había considerado.

Algunos trabajos publicados a finales de los años 1980 e inicios de los 1990 ya apuntaban en este mismo sentido, poniendo de relieve la contribución del cooperativismo agrario de comienzos del siglo XX a la adaptación de la pequeña explotación a los cambios en los mercados agrarios, a través de la difusión del cambio técnico, la especialización productiva, el crédito o la comercialización del producto.¹² Samuel también destacaba esta contribución del sindicalismo católico-agrario y cambiaba la idea de unos campe-

9 De hecho, el prólogo del libro *Los trabajadores de las derechas* se debía precisamente a Juan José Castillo, quien destacaba su carácter renovador y lo calificaba de “fruto maduro de esa nueva historia [...] que] recupera, además de la complejidad social de un país y de una época, nuevos elementos de comprensión sobre algunos hechos fundamentales de nuestro siglo”.

10 GARRABOU, Ramon (1975), “La crisi agrària de finals del segle XIX: una etapa del desenvolupament del capitalisme”, *Recerques*, n° 5, pp. 163-216; publicado después en castellano en GARRABOU, Ramon y SANZ, Jesús, eds. (1985), *Historia agrària de la España contemporània*, vol. 2: *Expansión y crisis (1850-1900)*, Crítica, Barcelona, pp. 477-542.

11 GARRABOU, Ramon, BARCIELA, Carlos y JIMÉNEZ BLANCO, José Ignacio, eds. (1985), *Historia agrària de la España contemporània*, vol. 3: *El fin de la agricultura tradicional (1900-1960)*, Crítica, Barcelona; GARRABOU, Ramon, coord. (1992), *Propiedad y explotación campesina en la España contemporània*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid.

12 ARRIBAS MACHO, José María (1989), “El sindicalismo agrario: un instrumento de modernización de la agricultura”, *Historia Social*, n° 4, pp. 33-52; FERNÁNDEZ PRIETO, Lourenzo (1992), *Labregos con ciencia. Estado, sociedade e innovación tecnolóxica na agricultura galega, 1850-1939*, Xerais, Vigo.

sinos “manipulados” desde el punto de vista social y político, señalando, en cambio, cómo las cooperativas se adecuaban a los intereses de los pequeños productores.

Si algo caracterizaba a Samuel como historiador era su aproximación a los hechos económicos con una preocupación fundamental por su trasfondo social, y su intento por captar y entender los comportamientos sociales en toda su complejidad. De esta forma de abordar su objeto de estudio –en este caso el cooperativismo agrario confesional– son ilustrativas sus palabras en la presentación de su primer libro:

“A lo largo de las páginas que siguen saldrán muchos nombres de personas y entidades. Que, contra mi voluntad, algunas de esas alusiones puedan herir susceptibilidades es una posibilidad no descartable, pero no quiero dejar de manifestar que en ningún momento he pretendido emitir juicios morales sobre actuaciones individuales. El historiador estudia comportamientos sociales, ni es tarea suya aventurar ese tipo de valoraciones ni quien esto escribe se siente con ánimos para juzgar a nadie”.¹³

Aunque en sus primeros trabajos el marco geográfico de estudio era su entorno más inmediato, ya hemos dicho que se insertaban en un marco de referencia más amplio. Samuel sabía combinar con habilidad las aproximaciones micro y macro, de modo que sus trabajos eran, al mismo tiempo, detallados en su parte empírica y ambiciosos en la forma de responder preguntas relevantes y de insertar su investigación en los debates historiográficos. El libro al que dio lugar su tesis doctoral tres años más tarde,¹⁴ es una buena muestra de ello. Lo tituló “Treballar en comú”, aludiendo al protagonismo de los aspectos cooperativos en su enfoque del sindicalismo católico-agrario y, aunque su trabajo empírico se centraba fundamentalmente en el caso valenciano, añadió como subtítulo “El cooperativisme agrari a Espanya, 1900-1936”, puesto que tenía la ambición de ofrecer una nueva visión del cooperativismo agrario del primer tercio del siglo XX para el conjunto de España. No era sobredimensionar el contenido del libro, ni confundir una parte con el todo, puesto que el marco español de análisis estaba bien fundamentado y las preguntas que lo guiaban eran globales. Prueba de que Samuel salió airoso de su empeño

13 GARRIDO, *Los trabajadores de las derechas*, p. 14.

14 GARRIDO, Samuel (1996), *Treballar en comú. El cooperativisme agrari a Espanya (1900-1936)*, Edicions Alfons el Magnànim, València.

es que aun hoy, casi treinta años después de su publicación, sigue siendo la aproximación más completa al cooperativismo agrario español del primer tercio del siglo XX y sus interpretaciones siguen siendo sólidas.

Con anterioridad a la publicación de "Treballar en comú", Samuel ya había dado a conocer las aportaciones más novedosas de su tesis doctoral en algunos artículos publicados en las principales revistas de historia españolas.¹⁵ Todos ellos abordaban el cooperativismo católico-agrario español en su conjunto, y más tarde publicó otros trabajos con la misma perspectiva globalizadora.¹⁶ El último, publicado en la

revista *Rural History*, fue el primero que abordaba este tema en una revista internacional, lo que también es un indicador de la ambición de su enfoque. Fue también el primer artículo de Samuel Garrido en una revista internacional, una práctica que ya no abandonaría a lo largo de toda su carrera como investigador, incluyendo aquí las revistas académicas más exigentes. Sus posibilidades de éxito en el empeño eran notables, puesto que Samuel tenía la capacidad de insertar su investigación en los debates historiográficos internacionales, que él seguía con atención a través de las revistas (mucho menos en los congresos, que consideraba casi

- 15 GARRIDO, Samuel (1994), "Alentar y obstruir. Las vacilaciones de la política estatal sobre cooperativismo en los inicios del siglo XX", *Noticiario de Historia Agraria*, n° 7, pp. 131-154; (1995), "El cooperativismo agrario español del primer tercio del siglo XX", *Revista de Historia Económica*, vol. 13, n° 1, pp. 115-144; (1995), "El cooperativisme segons l'Església. Els inicis del sindicalisme catòlic-agrari a Espanya", *Recerques*, n° 30, pp. 69-84.
- 16 GARRIDO, Samuel (1998), "Cooperativisme agrari, millora tècnica i mobilitació pagesa: els inicis del moviment cooperatiu espanyol", en BARRULL, Jaume, BUSQUETA, Joan Josep y VICEDO, Enric (eds.), *Solidaritats pageses, sindicalisme i cooperativisme. Segones jornades sobre sistemes agraris, organització social i poder local als Països Catalans*, Institut d'Estudis Ilerdencs, Lleida, pp. 583-602; (2003), "La força de la cooperació. El cooperativisme agrari espanyol al començament del segle XX", *Sindicalisme i món rural a Catalunya, 1900-1975*, Universitat de Girona-CCG Edicions, Girona, pp. 11-48; (2003), "El primer cooperativismo agrario español", *CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, n° 44, pp. 33-56; (2006), "La Ley de Sindicatos Agrícolas de 1906 y la difusión del cooperativismo agrario", en SENENT, María José, GARRIDO, Samuel y ROMERO, Pascual V., *El cooperativisme fins avui*, Universitat Jaume I, Castellón, pp. 39-87; (2006), "El centenario de la Ley de Sindicatos Agrícolas (1906-2006)", *Noticias de la economía pública social y cooperativa*, n° 47, pp. 86-88; PLANAS, Jordi y GARRIDO, Samuel (2006), "Sindicalisme, cooperativisme i conflictivitat agrària en el primer terç del segle XX", en GIRALT, Emili (dir.) i GARRABOU, Ramon (coord.), *Història agrària dels Països Catalans*, vol. IV. *Segles XIX-XX*, Fundació Catalana per a la Recerca i la Innovació-Universitats dels Països Catalans, Barcelona, pp. 555-580; GARRIDO, Samuel (2007), "Why did Most Cooperatives Fail? Spanish Agricultural Cooperation in the Early Twentieth Century", *Rural History*, n° 18/2, pp. 183-200.

una pérdida de tiempo), y que le servían de estímulo para sus trabajos. Estos combinaban una sólida base teórica y la utilización de una gran cantidad de datos empíricos procedentes de fuentes documentales bien diversas y que él sabía manejar con habilidad y perspicacia, utilizando a menudo metodologías econométricas complejas.

Por ejemplo, Samuel estuvo muy atento a las aportaciones que realizó sobre las instituciones colectivas Elinor Ostrom (1933-2012), la primera mujer en obtener el premio Nobel de Economía (2009), como veremos al tratar sus contribuciones al estudio del regadío mediterráneo. También dialogó con la literatura que, desde la economía, la sociología y la ciencia política, en los años 1990 empezaba a utilizar el concepto de “capital social”, como hizo la propia Ostrom,¹⁷ un

concepto teórico que Samuel también incorporó en algunos de sus artículos.¹⁸

Otro debate de la historiografía internacional en el que Samuel insertó sus trabajos sobre el cooperativismo agrario fue en torno a la calidad de los productos agrarios, muy singularmente del vino puesto que en los últimos años se ocupó intensamente de las cooperativas vinícolas. Estimulado por los trabajos de otros historiadores,¹⁹ desvinculaba la calidad del vino que producían las bodegas cooperativas con los problemas de gobernanza y ponía el foco en otros problemas externos relacionados con la dinámica de los mercados o el intervencionismo del Estado.²⁰ Según su interpretación, el hecho de que la producción de vino de calidad en las cooperativas fuera muy excepcional, no debía imputarse a los problemas intrínse-

17 OSTROM, Elinor (1994), “Constituting Social Capital and Collective Action”, *Journal of Theoretical Politics*, n° 6/4, pp. 527-562; (2000), “Social capital: a fad or a fundamental concept”, en DASGUPTA, Partha y SERAGELDIN, Ismail (eds.), *Social Capital: A Multifaceted Perspective*, The World Bank, Washington D.C., pp. 172-214; OSTROM, Elinor Ostrom y AHN, T. K., eds. (2003), *Foundations of Social Capital*, Edward Elgar, Cheltenham; (2003), “Una perspectiva del capital social desde las ciencias sociales: capital social y acción colectiva”, *Revista Mexicana de Sociología*, n° 65/1, pp. 155-233.

18 GARRIDO, Samuel (2014), “Plenty of trust, not much cooperation: social capital and collective action in early twentieth century eastern Spain”, *European Review of Economic History*, n° 18/4, pp. 413-432.

19 Singularmente, un ambicioso artículo sobre el cooperativismo vinícola en Europa a lo largo del siglo XX: FERNÁNDEZ, Eva y SIMPSON, James (2017), “Product quality or market regulation? Explaining the slow growth of Europe’s wine cooperatives, 1880-1980”, *Economic History Review*, vol. 70, n° 1, pp. 122-142.

20 GARRIDO, Samuel (2022), “Cooperatives, opportunism and quality product: Why the early Spanish cooperative wineries produced ordinary wine”, *Business History*, vol. 64, n° 1, pp. 118-133; (2022), “Why Most Wine Comes from Companies with a Bad Reputation: Cooperative Wineries in Spain and Beyond”, *Historia Agraria*, n° 88, pp. 7-40.

cos a su capacidad organizativa. En línea con los planteamientos de Elinor Ostrom, en sus análisis de las cooperativas Samuel defendía las fortalezas de las instituciones colectivas y su capacidad para ser utilizadas como “armas de los débiles”,²¹ es decir la adecuación de las cooperativas a los intereses de los pequeños y medianos agricultores, y su capacidad para hacer frente a los comportamientos oportunistas (*free-rider*), sobre los que se había insistido para advertir de los peligros de la acción colectiva.²²

En uno de sus últimos trabajos sobre el cooperativismo agrario,²³ en que analizaba la localización de las bodegas cooperativas españolas creadas en el período anterior a la Guerra Civil, Samuel volvía a destacar la importancia de los factores sociales y políticos, que creía que habían sido poco atendidos por algunos historiadores económicos. Lo hacía, sin embargo, utilizando el instrumental econométrico y no para volver a las interpretaciones sobre la subordinación social y política de los campesinos a los grandes propietarios en que los historiadores habían insistido en los años 1970, sino para llegar a

una interpretación más matizada y más completa. Este es el objetivo que tienen que perseguir los investigadores sociales y por esta razón Samuel Garrido es un ejemplo y un modelo a seguir.

2. LAS INSTITUCIONES DEL AGUA: EL REGADÍO MEDITERRÁNEO EN LA OBRA DE SAMUEL GARRIDO

En la trayectoria investigadora de Samuel Garrido, el estudio del regadío comparte la preocupación que recorre toda su obra y que ha sido explicada en el apartado anterior: desentrañar los mecanismos de la cooperación. Los sistemas de riego se fundamentan en relaciones sociales presididas por los acuerdos y la cooperación entre los regantes. O, más bien, por una combinación entre cooperación y conflicto. Son, en último extremo, un ámbito destacado de la acción colectiva en la agricultura y, en este sentido, podemos encontrar paralelismos y complementariedades de estos estudios sobre el agua con otras líneas de investigación como las cooperativas o los contratos de arrendamiento y de *rabassa morta*. Sin embargo, las publicaciones de Samuel dedicadas al regadío de

21 SCOTT, James C. (1985), *Weapons of the Weak: Everyday Forms of Peasant Resistance*, Yale University Press.

22 OLSON, Mancur (1965), *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

23 GARRIDO, Samuel (2021), “Inequality and conflict as drivers of cooperation: the location of wine cooperatives in pre-1936 Spain”, *Cliometrica*, nº 15, pp. 443-476.

manera monográfica son relativamente tardías, ya que la primera de ellas apareció en 2010. Por descontado, el uso agrario del agua había estado presente en algunos de sus trabajos previos, como uno de los elementos constitutivos del cambio agrario en el litoral castellonense y mediterráneo en general. En un artículo publicado en el año 2000 dedicado a los inicios de la expansión del cultivo del naranjo en la Plana, Samuel planteaba la importancia del acceso al agua para explicar el cambio de cultivos y la opción por los cítricos en la segunda mitad del siglo XIX.²⁴ Junto a factores como la pérdida de rentabilidad de producciones tradicionales o la demanda creciente procedente de los países industrializados de Europa, el riego habría sido un factor decisivo. A mediados del siglo XIX, los sistemas de riego valencianos, basados en aguas superficiales, habían alcanzado sus límites físicos, a causa de la expansión de la superficie regada y de la adopción de cultivos intensivos. En este contexto, la aparición del naranjo como opción productiva representaba una cierta solución a estos límites: como el árbol era menos exigente en agua que las hortalizas o los cereales, su cultivo paliaba los problemas de suministro que, regularmente, tenían

que afrontar las huertas. Conforme seguía creciendo la superficie regada, este factor tenía un efecto multiplicador: para los agricultores, la adopción del naranjo y el abandono de cultivos anuales permitía satisfacer, de una manera más segura, las necesidades hídricas de sus parcelas.

Sin embargo, como en cualquiera otra de las cuestiones que Samuel estudió, sus explicaciones no eran nunca simples y tampoco lo fueron en el caso que nos ocupa. La argumentación que acabamos de exponer se completaba y se hacía más compleja porque añadía un factor institucional. Las normas consuetudinarias de los sistemas de riego solían privilegiar, en caso de sequía, los cultivos ya establecidos —especialmente los destinados a la subsistencia— y discriminaban aquellos otros de expansión reciente. Hacia la década de 1870, en una coyuntura de escasez de agua en la Plana, esta práctica redujo las dotaciones de agua para las plantaciones de naranjos, que veían así amenazada su continuidad. Sólo la intervención del Gobernador provincial y del Ministerio de Fomento, finalmente, obligó a las comunidades de regantes a alterar sus prioridades tradicionales, en beneficio del naranjo.

24 GARRIDO, Samuel (2000), "El conreu del taronger a la Plana de Castelló: agricultura comercial, propietat pagesa i treball assalariat (1850-1930)", *Estudis d'Història Agrària*, n° 13, pp. 201-227.

En este mismo trabajo, Samuel introducía otra vertiente del riego, especialmente significativa para el área de agricultura intensiva de la Plana de Castellón: los pozos de propiedad colectiva. A diferencia de otras zonas naranjeras valencianas, donde la perforación de pozos y la instalación de máquinas elevadoras habían sido iniciativa de propietarios con gran capacidad inversora, en la Plana los pequeños y medianos labradores accedieron a esta tecnología de riego mediante la asociación: en 1927 había en Vila-real 51 pozos colectivos, que agrupaban la elevada cifra de 4.063 socios.²⁵ De esta manera, Samuel vinculaba la expansión de los cítricos más allá de las huertas tradicionales con las estrategias campesinas para participar del impulso de la agricultura intensiva, en una nueva muestra de cooperación. El proceso de difusión de las sociedades de riego (y también de los pozos de algunos grandes propietarios) se integraba en la explicación global del cambio agrario en la Plana de Castellón en el período de 1750 a 1930, al que estaba dedicado el libro *Cànem Gentil*...²⁶

Y ocuparía un lugar destacado también en la minuciosa interpretación de la sustitución del cáñamo por el naranjo que Samuel publicaría un año después.²⁷

El primer trabajo que situaba el regadío en el centro del análisis es un libro aparecido en 2010, con Manuel Vicent Balaguer como coautor, dedicado a la historia contemporánea de la Comunidad de Regantes de Borriana.²⁸ El estudio en detalle de un sistema de riego importante en el contexto del litoral castellanense introducía una perspectiva nueva en la obra de Samuel. Basada en una documentación local que permitía concretar las características hidráulicas y el funcionamiento cotidiano de la acequia, esta obra anticipaba y preparaba la siguiente etapa en los estudios del autor. En este sentido, es importante el capítulo "Les normes i el Jurat". En él se plantea la necesidad de normas claras para regular el acceso al agua, una idea que enseguida encontraremos en la literatura teórica que habría de inspirar los posteriores estudios de Samuel sobre el regadío. En particular, la documentación de la comunidad de re-

25 Ibidem, p. 219.

26 GARRIDO, Samuel (2004), *Cànem gentil. L'evolució de les estructures agràries a la Plana de Castelló (1750-1930)*, Ayuntamiento de Castellón, Castelló de la Plana, pp. 38-42. La obra había recibido el año anterior el Premi Ciutat de Castelló d'Humanitats.

27 GARRIDO, Samuel (2005), "Cáñamo gentil. Una indagación sobre los condicionantes del cambio técnico en la agricultura", *Historia Agraria*, n° 36, pp. 287-310.

28 GARRIDO, Samuel y VICENT, Manuel (2010), *La Comunitat de Regants de Burriana*, Comunitat de Regants, Borriana.

gantes permitía estudiar en detalle las sanciones impuestas a las violaciones de las normas y, a partir de ellas, analizar los conflictos internos de la comunidad, pero también la formación de los consensos que aseguraban la viabilidad del riego. Pocas veces se había utilizado este tipo de fuente (disponible en los archivos de muchas comunidades de regantes) para obtener una visión del funcionamiento del sistema como la que proponían los autores. De manera complementaria, el libro muestra también la importancia de conocer la estructura física del área regada y de la infraestructura de canales, para comprender los conflictos y las negociaciones de los acuerdos, que se producían permanentemente en el funcionamiento del sistema de riego.

Sin embargo, hay un momento en que el interés de Samuel por el regadío dio un salto adelante de gran trascendencia. Lo podemos acotar entre los años 2010 y 2014, un periodo en el cual publicó, en revistas españolas y anglosajonas, seis artículos que introducirían una perspectiva enteramente nueva para analizar la historia del riego en España. Este enfoque se fundamentaba en la aplicación al caso español de las herramientas metodológicas y los postulados de la economía

institucional, en particular los relacionados con la teoría sobre la gestión de los recursos comunes. Era la primera vez que esto se llevaba a cabo de una manera sistemática en España y, en conjunto, constituye una de las mejores aportaciones de Samuel Garrido a la historia económica y agraria española.

El título de uno de los artículos ("Las instituciones de riego en la España del este: una reflexión a la luz de la obra de Elinor Ostrom"²⁹) nos indica por donde iba esta indagación. La obra de la politóloga norteamericana citada en el título era relativamente poco conocida en España antes de que la concesión del Premio Nobel de Economía en 2009 impulsara la difusión de su obra. Desde entonces, la referencia a sus aportaciones a la acción colectiva en la gestión de los bienes comunes se ha hecho habitual en la historiografía española. En esta tendencia, Samuel inició una contrastación de los planteamientos teóricos de Ostrom con la realidad de la historia de los riegos mediterráneos. Esta tarea tenía mucho sentido porque, como es sabido, la obra principal de la autora³⁰ recurre al caso español como uno de los campos de prueba de su interpretación. La idea se podría resumir así: en el litoral mediterráneo español, los sistemas

29 GARRIDO, Samuel (2011), "Las instituciones de riego en la España del este. Una reflexión a la luz de la obra de Elinor Ostrom", *Historia Agraria*, n° 53, pp. 13-42.

30 OSTROM, Elinor (2011): *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.

de riego de carácter comunitario habían venido operando sin interrupciones desde la Edad Media. La continuidad en el tiempo había sido posible porque estos sistemas reunían las condiciones necesarias para una gestión eficiente y sostenible (social y ambientalmente) del agua. Los regadíos mediterráneos serían, por tanto, uno de los ejemplos en el mundo de cómo la explotación de un recurso de carácter comunal no tenía que derivar necesariamente en la conocida “tragedia de los comunes”. En base al caso español y a algún otro ejemplo de sistemas de riego de Asia, Ostrom establecía cuáles eran las condiciones que se habían de cumplir para alcanzar esta gestión sostenible.

La estrategia investigadora de Samuel a partir de estos planteamientos consistió, por un lado, en integrar en su trabajo el marco teórico de la economista norteamericana y ampliarlo posteriormente con una amplia literatura internacional sobre el tema. Al mismo tiempo, Samuel matizaba o ponía en discusión algunas de las ideas de Ostrom sobre los regadíos mediterráneos, lo cual acababa afectando a las conclusiones de la autora. Este ejercicio, desarrollado durante la segunda década de este siglo, representaba un diálogo muy rico entre la teoría y los datos empíricos y constituye un rasgo muy característico de la manera de investigar de Samuel Garrido.

Un ejemplo, que afecta precisa-

mente a uno de los núcleos de este diálogo, lo puede mostrar. Según la visión de Ostrom, un sistema de riego sólo funcionaría de manera eficaz si los usuarios participaban en la elaboración de las normas que regulaban el uso del agua y en la gestión cotidiana del sistema. Sin embargo, en este punto surgía una sorpresa: la información histórica analizada por Samuel mostraba que, con anterioridad al siglo XX, no se había dado esta participación o lo había hecho de manera limitada. Las acequias estaban, tradicionalmente, administradas por una élite reducida de terratenientes que no eran realmente regantes porque no cultivaban directamente sus tierras. Por tanto, las comunidades de regantes no habían sido esas instituciones “democráticas” o participativas que presentaba una visión idealizada del mundo del regadío y que, en alguna medida, Ostrom había asumido. A pesar de ello, estos sistemas de riego habían operado durante siglos sin demasiados problemas. Habían sido sostenibles en el sentido que la autora norteamericana daba al concepto. Esta aparente paradoja motivó una de las aportaciones más originales de Samuel.

El estudio concreto de varios canales valencianos mostraba que la mayoría de regantes –pequeños propietarios y arrendatarios– no habían participado en el diseño de las normas ni en la dirección de los canales. Ni siquiera podían vo-

tar para elegir a los directivos. En cambio, sus intereses habían sido respetados por quienes realmente dirigían el sistema de riego. Samuel lo explicaba así: para que el conjunto de un sistema de riego funcionara sin obstáculos era necesario el consenso de la mayor parte de los usuarios en torno a las decisiones adoptadas por quienes lo dirigían. Esto se debía a que los sistemas de riego tradicionales se basaban en infraestructuras frágiles, cuyo funcionamiento podía ser perturbado fácilmente por acciones individuales sobre el curso del agua. No respetar el turno de riego, obstaculizar la corriente en los canales secundarios, o deteriorar deliberadamente alguno de los elementos hidráulicos eran conductas al alcance de cualquier regante descontento y conocedor de las características locales del sistema. Como resultado de ello, se podían causar perjuicios importantes a un elevado número de usuarios. Por tanto, el funcionamiento del riego requería que el conjunto de los regantes cooperara, activa o tácitamente. Y, para cooperar, los regantes habían de considerar que sus intereses eran aceptados y respetados.

Samuel definía esta situación como una “participación indirecta”, por la vía de los hechos, que aseguraba el consenso y el acuerdo entre todos los regantes. Esta idea estaba

fundamentada empíricamente mediante un estudio minucioso de la morfología de los sistemas de riego, de las prácticas cotidianas, de los conflictos o de las negociaciones para establecer las normas. En definitiva, los sistemas de riego mediterráneos habían sido sostenibles porque se había dado “participación”, pero de un modo más complejo de lo que el modelo teórico postulaba. Partiendo de la obra de Ostrom, Samuel la había enriquecido desde un enfoque esencialmente histórico.

En esta nueva perspectiva, Samuel fue incorporando al estudio del regadío español la amplísima literatura internacional aparecida durante los últimos treinta años sobre las instituciones de gestión del regadío. Se trata de una literatura dirigida a los países en desarrollo y formaba parte de una nueva orientación de la economía del desarrollo que valoraba el papel de lo comunitario como alternativa o complemento tanto de la acción del Estado como del mercado y la iniciativa privada. Esta literatura tenía un importante contenido teórico y mantenía fuertes debates sobre la mejor manera de gestionar los sistemas de riego.³¹ El mismo año 2011, Samuel contrastaba los resultados de estas investigaciones con su propia indagación, en el que sería, en nuestra opinión, uno de los mejores trabajos suyos, publicado en la revista

31 Entre los principales autores estaban Robert Wade, Pranab Bardhan, Yujiro Hayami, Ruth Meinzen-Dick, François Molle, Mark. W. Rosegrant, Hans P. Binswanger o R. Maria Saleth.

más significativa en el estudio de los comunales, *International Journal of the Commons*.³² Este trabajo partía de la convicción de que la experiencia histórica del regadío mediterráneo podía hacer alguna aportación a los debates actuales sobre la gestión agrícola del agua. Entre los diferentes debates abiertos por la citada literatura, Samuel eligió uno de gran trascendencia: el que plantea la conveniencia o no de introducir mercados y precios del agua para conseguir un uso más eficiente del riego.

Había una buena razón para elegir esta cuestión: en el Mediterráneo español habían convivido sistemas de riego en los que el agua no estaba sujeta a compraventa, con otros donde el agua se vendía y compraba sin restricciones. Los primeros eran los más habituales en las huertas de Valencia o Castellón, mientras los segundos eran minoritarios, pero tenían cierta presencia en Alicante o Lorca. En el citado artículo, Samuel planteaba una comparación de los resultados en ambos sistemas y concluía que la eficiencia en el uso de los recursos hídricos había sido mayor donde no había mercados del agua. Del mismo modo, también había sido mayor el grado de equidad, un resultado que cuestionaba la idea de la difícil compatibilidad entre

eficiencia y equidad. Como era habitual en el trabajo de investigación de Samuel, esta conclusión se fundamentaba en una historia muy meticulosa de los diferentes sistemas de riego. Donde se habían desarrollado mercados del agua, se daba también un predominio de los intereses de los propietarios del recurso escaso, que era el agua. Como estos propietarios eran, muy a menudo, miembros destacados de las élites locales, habían procurado que el área regada se extendiera lo más posible, incluso más allá de la que el agua disponible permitía regar. También se habían opuesto a cualquier iniciativa de captación de nuevos recursos hídricos. De esta manera, se limitaba la oferta y se presionaban los precios del agua al alza, gracias al oligopolio que ejercían sobre el recurso. La consecuencia era que los riegos eran aquí esporádicos y no permitían más que producciones poco intensivas. Al cabo, estos regadíos eran poco más que secanos mejorados, dedicados a los cereales, olivos y poco más.

Por contra, en los sistemas sin mercado del agua, el carácter comunitario (la comunidad de propietarios regantes) era mucho más marcado y el agua no tenía precio: era un derecho que tenía la tierra incluida en el área regable. Además,

32 GARRIDO, Samuel (2011), "Governing scarcity. Water markets, equity and efficiency in pre-1950s eastern Spain", *International Journal of the Commons*, vol. 5, pp. 513-534.

la mayor capacidad de acción de los propietarios de la tierra se había traducido en la restricción de la superficie regada a la que podía abastecer el caudal del río en los años –frecuentes– de penuria. Con esta limitación se aseguraban de que, en esos años de bajo caudal fluvial, habría agua para todos. De esa manera, se daba certeza a los agricultores sobre la disponibilidad de agua y se favorecía la inversión en cultivos que exigían riegos regulares y abundantes y que alcanzaban una mayor rentabilidad en los mercados. La consecuencia final es que se posibilitaba la expansión de los cultivos intensivos, fundamentalmente el naranjo. Se trataba, por tanto, de unas soluciones institucionales que habían impulsado el crecimiento agrario.

¿Y respecto a la equidad? Samuel mostraba que, en los sistemas sin mercado, la posibilidad de regar a lo largo de todo el año y de practicar un cultivo intensivo (de hortalizas o naranjos) favorecía a la pequeña explotación, ya que se trataba de producciones intensivas en trabajo. Por contra, en las zonas con mercados del agua, el predo-

minio de cereales u olivos propiciaba la gran explotación, ya que estos cultivos pueden fácilmente practicarse con trabajo asalariado. Por tanto, allí donde no se habían desarrollado mercados del agua, los pequeños agricultores se habían podido consolidar en la propiedad de la tierra y la desigualdad había sido menor que en otras áreas rurales.

Esta línea de investigación condujo a otros dos artículos, en 2012 y 2014.³³ En ellos Samuel abordaba la lógica de las instituciones de riego desde un punto de vista muy particular, a partir de un hecho bastante sorprendente que apenas había sido estudiado: durante el siglo XIX y principios del XX, varios ingenieros ingleses y franceses realizaron visitas de estudio de los regadíos españoles. Casi todos publicaron los resultados, aunque muy pocos de aquellos informes fueron traducidos ni dados a conocer en España. La motivación de estos viajes, a cargo de los gobiernos respectivos, estaba relacionada con la expansión colonial en la India (alguno de los británicos era funcionario de la Oficina de la India)

33 GARRIDO, Samuel (2012), "Aprendiendo a regar imperios. Ingenieros, España y la India británica", *Historia Social*, nº 73, pp. 41-57. (2014), "Water Management, Spanish Irrigation Communities and Colonial Engineers", *Journal of Agrarian Change*, vol. 14, pp. 400-418. A ellos cabe añadir, GARRIDO, Samuel (2017), "Demythologizing and de-idealizing the commons: Ostrom's eight design principles and the irrigation institutions in eastern Spain", en CONGOST, Rosa; GELMAN, Jorge y SANTOS, Rui (eds.), *Property Rights in Land. Issues in social, economic and global history*, Routledge, Londres, pp. 111-131.

o en el norte de África (en el caso del francés Maurice Aymard) y pretendían recabar información sobre la práctica del regadío español que resultara útil para su aplicación en las colonias. Samuel llevó a cabo un análisis crítico de estos textos y señaló errores de interpretación en los cuales habían incurrido los observadores. Esto le permitió profundizar en su análisis de los efectos de las instituciones y regulaciones del riego. Una de las principales conclusiones obtenidas por los visitantes extranjeros era considerar una ineficiencia de los regadíos españoles el hecho de que los regantes pagaran solamente una cantidad fija por hectárea regable, sin tener en cuenta la cantidad de agua empleada. No supieron ver, sin embargo, que esta solución generaba incentivos para intensificar la producción: como había que pagar la tasa aunque no se empleara el agua (por ejemplo, por haber sembrado o plantado cultivos de secano), el sistema impulsaba a adoptar las producciones más intensivas, ya que el riego era, en cualquier caso, un coste fijo.

Por otra parte, los británicos juzgaron, acertadamente, que existía un grado elevado de cooperación entre los regantes de los sistemas de riego españoles, a diferencia de lo que ellos habían encontrado en los canales que dirigían en la India. De nuevo, sin embargo, no vieron la razón de esta diferencia y –condicionados sin duda

por la mentalidad colonial– la atribuyeron al “carácter” de los habitantes del subcontinente. En este punto, Samuel llevaba a cabo una incursión en la literatura sobre el regadío en la India británica y apuntaba una explicación bien diferente: si los regantes no cooperaban tan frecuentemente en la India, sino que, muy a menudo, se enfrentaban por el uso del agua, era a causa de las normas de diseño de los sistemas de riego que administraban los británicos. Estas normas se diferenciaban en, al menos, un elemento fundamental que sí se daba en los regadíos españoles. En éstos, como acabamos de explicar, el área regable estaba estrictamente acotada, de manera que se establecía claramente quien tenía derecho al agua y quien no. Esta circunstancia facilitaba la cooperación entre los incluidos en el perímetro de riego, mientras que la práctica británica de no establecer límites a las tierras regables generaba conflictividad en torno a los recursos disponibles y, al cabo, un uso poco intensivo del agua. De esta manera, el análisis institucional que Samuel había emprendido iba avanzando con una gran coherencia interna, desarrollando explicaciones que abrían paso a nuevos aspectos relevantes para comprender la lógica del funcionamiento de los sistemas de riego.

De manera simultánea, Samuel se adentró también en el estudio de un sistema de riego de gran im-

portancia en España, como era la Acequia Real del Júcar.³⁴ Las características de este canal de grandes dimensiones y miles de usuarios permitían explorar otros aspectos de las instituciones de riego. Así, la cuestión de la equidad, que había estado presente en todos los trabajos anteriores, tomaba un papel central en estos estudios. El análisis en detalle del funcionamiento institucional de este sistema de riego, el mayor en España a mediados del siglo XIX, mostraba una fuerte desigualdad social de los regantes que formaban parte de él, así como un carácter marcadamente oligárquico de la dirección del canal. A pesar de ello, el reparto del agua tomaba en cuenta los intereses de los pequeños cultivadores, por las razones que hemos señalado más arriba. De ese modo, no se registraban apenas conflictos internos por el reparto del agua y, en cambio, eran muy abundantes los contenciosos de la comunidad con otros usuarios del río. Al mismo tiempo, estos trabajos apuntaban una conclusión nueva: si, por una parte, el canal se administró con una elevada autonomía durante siglos, por otra la intervención estatal se produjo en coyunturas críticas. Esta acción estatal aseguró la continuidad del riego

y permitió conciliar (por la coerción o por propiciar nuevos consensos) intereses opuestos en momentos de conflicto. Por ello, el resultado de la investigación permitía afinar una de las cuestiones clave en la literatura institucional sobre los bienes comunes: la interacción entre la autonomía organizativa de los usuarios y la intervención del Estado.

En definitiva, los estudios de Samuel sobre el regadío tienen todo el aspecto de un programa investigador de largo recorrido y una gran coherencia. Entre sus proyectos, sabemos que había cuestiones nuevas y otros aspectos de la literatura institucional que aspiraba a explorar. Ya no será posible, pero puede decirse sin asomo de exageración que las aportaciones que hemos comentado han modificado la manera de explicar la evolución histórica de los regadíos mediterráneos y, al mismo tiempo, han ofrecido claves más generales sobre la cooperación en el uso de los recursos comunes.

3. ENTRE NARANJOS: LA APORTACIÓN DE SAMUEL GARRIDO A LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA PRODUCCIÓN AGRARIA

Finalizamos este trabajo con el análisis de las aportaciones realizadas

34 GARRIDO, Samuel y CALATAYUD, Salvador (2012), "Negociación de normas e intervención estatal en la gestión del regadío: la Acequia Real del Júcar a mediados del siglo XIX", *Hispania. Revista Española de Historia*, vol. 72, pp. 95-118; (2021), "Desigualdad social y toma de decisiones en los comunales: El gobierno del mayor canal de riego de España (la Acequia Real del Júcar, Valencia) en el siglo XIX", *Historia Agraria*, n° 83, pp. 97-128.

por Samuel Garrido a la investigación sobre la producción agraria. Este no fue un tema preferente para él, pero su forma de abordarlo es un magnífico exponente de la gran coherencia de su trayectoria investigadora. Como ha quedado claro anteriormente, su gran tema fue desde los primeros trabajos hasta los últimos, la cooperación en el mundo agrario, analizada a varias escalas: la más próxima es su propio entorno geográfico cuyo centro es la Plana de Castelló en el País Valenciano; la siguiente viene definida por sus trabajos dedicados a España; y finalmente, alzó su mirada más lejos para preocuparse de lo ocurrido en otros lugares, siempre con referencia explícita o implícita a temas que había trabajado en la escala más pequeña. Su gran proyecto inconcluso sobre los contratos agrarios en Francia, al que dedicó tanto esfuerzo, es un buen ejemplo de esto último.

De la misma forma que hemos visto que centró la mayor parte de su trabajo en el análisis de las cooperativas agrarias, desde diversos ángulos, y desde allí llegó de forma natural al estudio de los regadíos mediterráneos, y muy especialmente los valencianos, también se ocupó en algunas publicaciones de aspectos más relacionados con la producción agraria y la com-

petencia internacional en algunos de sus productos. Era natural que analizando las formas de cooperación o de gestión del regadío, se preguntara también Samuel por los resultados productivos, las dificultades que debían afrontar los agricultores en los mercados y el propio funcionamiento de estos. A pesar de ello, sus trabajos específicos sobre el tema no son muchos y estuvieron circunscritos sobre todo a tres productos: la naranja, el cáñamo y el vino. Es una pena que su fallecimiento truncara su voluntad de trabajar más sobre este último producto en el contexto de la agricultura en el periodo franquista.

Su primera investigación monográfica en temas relacionados con la producción se centraba en la expansión de los naranjos en la Plana de Castelló. Este era un tema casi obligado, dado que esta expansión naranjera fue uno de los elementos claves del desarrollo de la agricultura en el territorio al que mayor atención prestó Samuel. Lo que preocupaba inicialmente a Samuel era la comprensión de la rapidez con la que el cultivo del naranjo se expandió en La Plana.³⁵ En este trabajo muestra a la perfección cómo su interés primordial no era tanto dicha expansión sino entender cómo se había producido en una comarca en la que predominaba

35 GARRIDO, Samuel (2000), "El conreu del taronger a la Plana de Castelló: agricultura comercial, propietat pagesa i treball assalariat (1850-1930)", *Estudis d'Història Agrària*, 13, pp. 201-227.

la pequeña y mediana propiedad. Es decir, se trataba del análisis de un proceso de cambio económico que tenía lugar en una determinada estructura social que además se iba transformando. Esta expansión permitió a una capa relevante de pequeños propietarios mejorar sustancialmente su situación. Ello fue posible también en un marco en el que las cooperativas tuvieron un papel importante para facilitar dicho proceso, enlazando así con su tema fundamental de investigación. No fue el único trabajo que dedicó Samuel a la naranja. Es interesante que su segunda aportación amplió el marco geográfico sobre el que investigó. Su punto de partida fue el artículo publicado por Morilla, Olmstead y Rhode en el que al analizar la expansión y éxito de la hortofruticultura californiana planteaban que ésta había supuesto un grave problema para el desarrollo

económico en los países del sur de Europa, tradicionales productores que habrían perdido importantes posiciones en los mercados internacionales por la mayor calidad de los productos californianos.³⁶ En realidad, este trabajo estaba muy sesgado por los resultados de un único producto, la pasa, en el que efectivamente la innovación que representó producir y exportar pasas sin semillas había asestado un duro golpe a los productores mediterráneos y especialmente a los españoles.³⁷

La hipótesis de estos autores fue primeramente desafiada en un trabajo en el que se ponía precisamente de relieve que la exportación de productos mediterráneos fue fundamental en el desarrollo agrario español y especialmente en el valenciano.³⁸ En este trabajo y en otros posteriores³⁹ se ponía de relieve, por un lado, que, a pesar de la

36 MORILLA, José; OLMSTEAD, A. y RHODE, P. (1999), "'Horn of Plenty': The Globalization of Mediterranean Horticulture and the Economic Development of Southern Europe, 1880-1930.", *Journal of Economic History*, 59, pp. 316-352.

37 MORILLA, José; OLMSTEAD, A. y RHODE, P. (2000), "International Competition and the Development of the Dried-Fruit Industry, 1880-1930", en PAMUK, Sevkett y WILLIAMSON, Jeffrey G. (eds), *The Mediterranean Response to Globalization Before 1950*, Routledge, Londres, pp. 199-232.

38 PINILLA, Vicente y AYUDA, María Isabel (2006), "'Horn of Plenty' revisited: the globalization of Mediterranean horticulture and the economic development of Spain, 1850-1935", DT-AE-HE 0605 Asociación Española de Historia Económica.

39 PINILLA, Vicente y AYUDA, María Isabel (2009), "Foreign markets, globalization and agricultural change in Spain", en PINILLA, Vicente (ed.), *Markets and Agricultural Change in Europe from the 13th to the 20th century*, Brepols Publishers, Turnhout, pp. 173-208; PINILLA, Vicente y AYUDA, María Isabel (2010), "Taking advantage of globalization? Spain and the building of the international market in Mediterranean horticultural products, 1850-1935", *European Review of Economic History*, vol. 14, n° 2, pp. 239-274.

brecha tecnológica entre California y España, tuvo lugar en este último caso, un importantísimo crecimiento de las exportaciones de productos mediterráneos, por lo que dicha crisis no existió. Por otro lado, se concluía que los principales efectos causados por la competencia norteamericana fueron la pérdida del mercado de este país, no solo por su ventaja tecnológica, sino también por su elevado proteccionismo, y unos precios internacionales más bajos de los que hubieran existido de no producirse aquella.

Samuel entró también en este debate preguntándose cuáles eran las razones que habían hecho que los productores mediterráneos innovaran menos y optaran por producir bienes de menor calidad y más bajo precio.⁴⁰ De la misma forma que Pinilla y Ayuda, pero utilizando fuentes diferentes, también Samuel concluía que los Estados Unidos nunca supusieron una gran amenaza para los exportadores valencianos, ya que a estos, sus muy inferiores costes les proporcionaron una notable hegemonía en el mercado británico. En el artículo se explicaba con claridad la racionalidad económica que llevó a los productores

valencianos a sacrificar, desde la segunda década del siglo XX, calidad para ganar en cantidad. Esta era, simplemente, la rentabilidad de esta opción en un mercado en el que fueron hegemónicos y donde el menor precio de sus productos les proporcionaba una gran ventaja. Esto solo cambiaría en los años treinta con la llegada al mercado británico de las naranjas de Palestina producidas por los colonos judíos, muchos de ellos huidos de la Alemania nazi, con una notable ventaja tecnológica sobre los productores españoles y precios muy competitivos.

De este producto, pasó Samuel a analizar el papel que el cultivo del cáñamo había jugado a lo largo del siglo XIX, principalmente en la Plana de Castelló.⁴¹ Este paso puede considerarse como lógico ya que en esta comarca era un cultivo fundamental en el regadío, donde compitió con el naranjo, una vez que este comenzó su rápida expansión desde mediados del siglo XIX. Por otro lado, enlazaba su estudio de la producción con sus aportaciones a los debates historiográficos sobre los contratos de cultivo en España y Europa, en los que entre

40 GARRIDO, Samuel (2010), "Oranges or 'Lemons'? Family farming and Product Quality in the Spanish Orange Industry, 1870-1960", *Agricultural History*, vol. 84, n° 2, pp. 224-243.

41 GARRIDO, Cànem gentil.; (2005), "Cáñamo gentil. Una indagación sobre los condicionantes del cambio técnico en la agricultura", *Historia Agraria*, n° 36, pp. 287-310.

otros se había ocupado del cáñamo.⁴²

Planteaba Samuel, que se apreciaba cómo de forma aparentemente paradójica había convivido un cultivo que solo era viable gracias a la protección aduanera con la creciente especialización en productos masivamente orientados hacia los mercados exteriores. El trabajo hacía un cuidadoso análisis de gastos, ingresos y beneficios no del cáñamo como un cultivo aislado, sino teniendo en cuenta las rotaciones en las que entraba. Estos resultados económicos, unidos a la estructura social de la comarca, formada por arrendatarios y cultivadores directos, características edáficas del te-

rreno y protección arancelaria, permitían entender la racionalidad de su permanencia durante un periodo de tiempo en el que la expansión naranjera parecía imparable. Finalmente, su objetivo era explicar que entender el cambio técnico en la agricultura exige atender a causas variadas y que sin tener en cuenta esta multicausalidad no es posible su correcta comprensión.

Las investigaciones de los últimos años llevaron a Samuel a un producto que había trabajado previamente desde la perspectiva del análisis del movimiento cooperativo y de los contratos agrarios, como era el vino,⁴³ y singularmente de la "rabassa morta" catalana, forma con-

- 42 GARRIDO, Samuel (1999) "Explotació indirecta i progrés agrari: el conreu del cànem a Castelló", *Recerques*, n° 38, pp. 125-150; GARRIDO, Samuel y CALATAYUD, Salvador (2007), "La compra silenciosa: arrendamientos, estabilidad y mejoras en la agricultura valenciana de regadío (1850-1930)", *Investigaciones de Historia Económica*, n° 3/8, pp. 77-108; GARRIDO, Samuel (2010), "Las imperfecciones de la propiedad perfecta. Arrendamientos rústicos e indemnización por mejoras", en DE DIOS, Salustiano et al., *Historia de la propiedad. Servidumbres y limitaciones de dominio*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 77-108; (2012), "La ley de la costumbre. Arrendamientos rústicos y derechos de propiedad en la Huerta de Valencia (siglos XIX y XX)", *Ayer*, n° 88, pp. 149-171; (2013), "Improve and Sit: The Surrendering of Land at Rents Below Marginal Product in Nineteenth-Century Valencia, Spain", *Research in Economic History*, n° 29, pp. 97-144; GARRIDO, Samuel y CALATAYUD, Salvador (2011), "The price of improvements: agrarian contracts and agrarian development in nineteenth-century eastern Spain", *Economic History Review*, vol. 64, n° 2, pp. 598-620; GARRIDO, Samuel (2011), "Fixed-rent contracts and investment incentives. A comparative analysis of English tenant right", *Explorations in Economic History*, vol. 48, n° 1, pp. 66-82.
- 43 GARRIDO, Samuel (2017), "Sharecropping was sometimes efficient: sharecropping with compensation for improvements in European viticulture", *Economic History Review*, vol. 70, n° 3, pp. 977-1003.

tractual sobre la que realizó contribuciones relevantes.⁴⁴ En este caso retoma las preocupaciones planteadas en su investigación sobre los cítricos al entrelazar el análisis del funcionamiento de las cooperativas con la calidad de su producción.⁴⁵ La pregunta que se planteó fue la razón por la que las cooperativas producían normalmente vino de baja calidad.⁴⁶ Partía de las conclusiones del trabajo de Fernández y Simpson en el que se afirmaba que la mala calidad era una consecuencia directa de la incapacidad de las cooperativas para controlar la calidad de la producción por sus elevados costes.⁴⁷ Desde este resultado, se cuestionaba si no podía haber otras razones que explicaran dicho tipo de especialización. El artículo, mostraba que, tanto en Francia como en España, la razón por la que las cooperativas vinícolas activas en el primer tercio del siglo XX, producían vino de baja calidad, no era por los altos costes que

implicaba el control de la calidad de la producción, sino porque la demanda de vino era principalmente de esta calidad.⁴⁸ Sin embargo, estas cooperativas no ofrecieron los incentivos suficientes para que los viticultores, especialmente los más poderosos, se unieran a ellas, lo que lastró sus posibilidades de acceso al crédito y de alcanzar economías de escala.

La persistencia en la producción de vino de baja calidad por las cooperativas españolas sería el tema que le llevaría a realizar el que ha sido su último trabajo de investigación.⁴⁹ Con él, Samuel quería abrir una línea de investigación que planeaba desarrollar con el grupo del proyecto de investigación del plan nacional de I+D+I en el que participaba, compuesto sobre todo por investigadores de la Universidad de Zaragoza. El objetivo era analizar con profundidad la industria vinícola desde el final de la guerra civil hasta la actualidad. Este

44 GARRIDO, Samuel (2017), "¿Desnaturalizados *rabassers*? La *rabassa morta* catalana antes de la filoxera", *Ayer*, n° 107, pp. 155-182; (2017), "El fruto de la inseguridad: Vino, contrato óptimo y derechos de propiedad en Cataluña (1898-1935)", *Revista de Historia Económica*, vol. 35, n° 3, pp. 415-443.

45 GARRIDO, "Oranges or 'Lemons'?"

46 GARRIDO, "Cooperatives, opportunism and quality product".

47 FERNÁNDEZ y SIMPSON, "Product Quality or Market Regulation?"

48 FERNÁNDEZ, Eva (2012), "Especialización en baja calidad: España y el mercado internacional del vino, 1950-1990", *Historia Agraria*, n° 56, pp. 41-76; FERNÁNDEZ, Eva y PINILLA, Vicente (2018), "Spain", en ANDERSON, K. y PINILLA, V. (eds.), *Wine Globalization: A New Comparative History*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 208-238.

49 GARRIDO, "Why Most Wine Comes from Companies with a Bad Reputation".

trabajo, realizado individualmente por Samuel, puede vincularse muy directamente con el que acabamos de comentar. Se centraba en el periodo en el que las cooperativas vinícolas despegaron definitivamente en España y alcanzaron una enorme expansión, es decir en los años coincidentes con la dictadura de Franco, 1939-1975. En realidad, se repetía la pregunta del artículo anterior, aunque se contestaba en esta ocasión principalmente con datos españoles, sin olvidar muchísimas referencias al contexto europeo, y se centraba en un periodo inmediatamente posterior al de aquel. Sin embargo, la respuesta viraba desde el lado de la demanda, al de la regulación del mercado vinícola realizada en dicho periodo. La conclusión del trabajo era que había sido la forma en que se diseñó y aplicó la compra de vino a precios garantizados por parte de un organismo público, lo que animó a la mayoría de los viticultores de algunas de las principales provincias productoras a reducir la calidad del vino producido. Esto ocurrió en La Mancha y en algunas zonas con costes de producción bajos, ya que en el resto de España no resultaba rentable hacerlo. Por lo tanto, Samuel de nuevo se plan-

teaba preguntas que cuestionaban algunas asunciones de la literatura, que se habían generalizado y que en su opinión no eran satisfactorias.

El último artículo publicado por Samuel,⁵⁰ ya tras su fallecimiento, aunque escrito antes que el que acabamos de comentar en los párrafos anteriores, también se ocupa de este tema, pero precisamente para mostrar cómo una de las primeras cooperativas vinícolas fundadas en Cataluña y España, hizo compatible esta forma de organización con la producción de vino de calidad. Se trataba del caso singular del Sindicat Alella Vinícola en el primer tercio del siglo XX, que produjo desde su inicio vinos de calidad reconocidos no solo en el próximo mercado de Barcelona, sino también en los mercados exteriores. Esta temprana orientación hacia la calidad frente a la cantidad y el bajo precio, se explicaría por la especificidad de sus condiciones agroclimáticas, que no permitían obtener altos rendimientos en el viñedo, su pequeño tamaño, que facilitó el desarrollo de una estrategia orientada a la calidad por sus directivos conscientes de que era la mejor alternativa, y su proximidad a un gran mercado urbano, como era el de Barcelona.

50 PLANAS, Jordi y GARRIDO, Samuel (2022), "La protecció del vi d'Alella abans de la Denominació d'Origen: el Sindicat Alella Vinícola (1906-1936)", en COLOMÉ-FERRER, Josep, PLANAS, Jordi y SOLER-BECERRO, Raimon (coords.), *Vins, aiguardents i caves. La comercialització de la producció vinícola catalana (segles XVIII-XXI)*, URV-Vinseum, Tarragona-Vilafranca del Penedès, pp. 139-167.

4. CONCLUSIÓN

El azar ha querido que los dos últimos trabajos de Samuel, publicados ya de manera póstuma, se refieran a la misma temática con la que inició su trayectoria investigadora cuatro décadas atrás: las cooperativas agrarias. Entre uno y otro momento, sin embargo, había renovado la metodología, había profundizado en nuevas conclusiones, y consolidaba ese salto interpretativo que se ha explicado en el apartado primero. Este proceso investigador fue acumulativo, porque en los resultados de los últimos trabajos están, latentes o explícitos, los hallazgos formulados en sus primeros libros sobre el tema. Al mismo tiempo, esta característica resulta elocuente de lo que fue su evolución como historiador: los aspectos sociopolíticos, más presentes al inicio, se combinaron, sin excluirse, con la dimensión económica y con los métodos econométricos de sus últimos trabajos.

Esta simbiosis afectó también a las otras dos temáticas que se han analizado en las páginas precedentes. Así, el regadío, presentado inicialmente como una de las tecnologías agrícolas impulsoras del desarrollo agrario valenciano, pasó a ser analizado, en sus trabajos de la segunda década de este siglo, como una temática autónoma, con sus lógicas internas que prolongaban y ampliaban las nociones de cooperación y conflicto. De modo semejante, al estudiar los cambios en la produc-

ción agraria que hemos expuesto en el apartado tercero, su análisis evolucionó profundizando en los factores que condicionaban esos cambios, con la aplicación de premisas procedentes de la literatura internacional.

Precisamente esta última temática, la del cambio en la producción agraria, muestra con claridad una característica cada vez más acentuada de los trabajos de Samuel: la capacidad para conectar cuestiones cuya lógica, al mismo tiempo, había ido desentrañando por separado. En efecto, una de las mejores aportaciones que nos deja su obra es la visión del cambio agrario como estrechamente arraigado no sólo en las oportunidades de los mercados, sino también en la capacidad de cooperar de los agricultores, en los mecanismos de gestión del agua para riego y en los rasgos que en la práctica adoptaban los contratos de cultivo. Al mismo tiempo que estas piezas de su trayectoria investigadora estaban conectadas entre sí, cada una de ellas se abría a implicaciones más generales e, incluso, de validez universal. Un último ejemplo de ello lo tenemos en la idea, desarrollada por Samuel, de que las condiciones en las que operaba en la práctica el arrendamiento de la tierra –tan habitual en las zonas de agricultura de regadío– podían convertirse en una vía de acceso a la propiedad de la tierra. Según analizó, un colono con derecho –fuera formal o

fuera no escrito— a percibir indemnizaciones por las mejoras realizadas con su trabajo en la tierra de otro se convertía en propietario de una parte de ese activo agrario y esto, eventualmente, facilitaba llegar a ser propietario pleno de la parcela. Este hallazgo, basado en la experiencia histórica de las zonas que estudió, enlaza con la visión renovadora de la historiografía europea que, en los últimos años, ha planteado la propiedad como un haz de derechos más que como una realidad cerrada y unívoca. Así pues, de razonamientos de este tipo, prodigados en las diferentes temáticas que trató y formulados con un estilo indagatorio muy personal, está hecha la aportación de la obra de Samuel Garrido al estudio del pasado agrario

Finalmente, tras este repaso a la obra relativa a la historia agraria, no queremos dejar de recordar en

unas líneas a la persona. Es honesto confesar que en este trabajo historiográfico no solo nos ha movido el respeto y admiración por un trabajo amplísimo y excelente, sino también el cariño a Samuel, al compañero entrañable, al amigo, a quien recordamos, sobre todo, como la gran persona que fue. Queremos destacar especialmente su gran honestidad intelectual, así como su enorme discreción y modestia. Solo los verdaderamente grandes saben ser humildes a la vez. Escuchan con atención a los demás y no dejan que sus indudables logros turben su serenidad y prudencia. En este camino ha estado a su lado su compañera Carmen, que le acompañó infinidad de veces en sus pesquisas como investigador y que ha sido, sin duda, una presencia fundamental en su vida.

PUBLICACIONES DE SAMUEL GARRIDO

Àrea d'Història i Institucions Econòmiques
Universitat Jaume I

GARRIDO, Samuel (1983), "El motín de Vila-real de 1908", *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, vol. 59, pp. 343-358.

GARRIDO, Samuel (1984), "1910: Vila-real contra les escoles laiques", *Cadafal*, mayo.

GARRIDO, Samuel (1984), "El Círculo Católico de Segorbe", *Centro de Estudios del Alto Palancia*, 3, pp. 23-30.

GARRIDO, Samuel (1984), "El Círculo Cooperativo de Castelló. Una experiencia frustrada de catolicismo social liberal", *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, vol. 60, pp. 331-347.

GARRIDO, Samuel (1985), "El sindicalismo católico-agrario en la provincia de Castellón. Notas sobre su implantación (1877-1923)", *Estudis Castellonencs*, 2, pp. 359-377.

GARRIDO, Samuel (1985), "Obrers contra 'amarillos'. El Contracte Col·lectiu de Treball de la Plana de 1920", *Centre d'Estudis de la Plana*, 2, pp. 7-18.

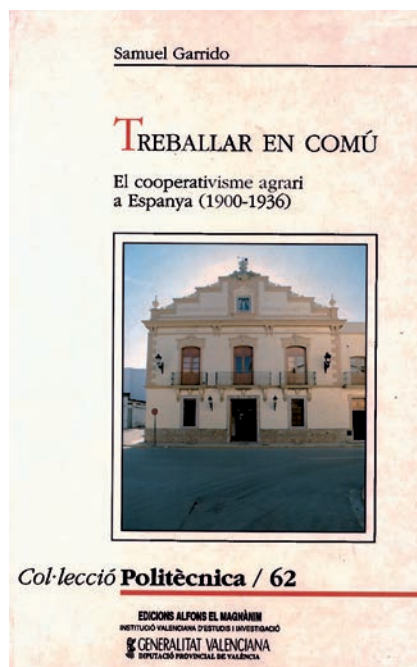
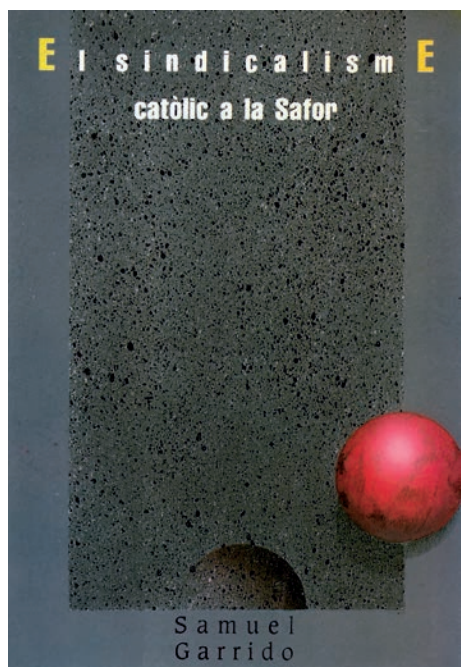
GARRIDO, Samuel (1986), "Les vagues de Benicarló de 1876", en *I Congrés d'Història del Maestrat*, Ajuntament de Vinaròs, pp. 281-287.

GARRIDO, Samuel (1986), *Los trabajadores de las derechas. La acción social católica en los obispados de Tortosa y Segorbe*, Diputación de Castellón, Castelló de la Plana.

GARRIDO, Samuel (1987), "Els efectes de la Primera Guerra Mundial a la Plana: la crisi municipal de Vila-real de 1917", en *I Congrés d'Estudis de la Plana*, Diputación de Castellón, Castelló de la Plana, pp. 123-133.

GARRIDO, Samuel (1987) "Los inicios de la acción social de los católicos", en MESADO, Norberto (dir.), *Burriana en su historia*, vol. 1, Regidoria de Cultura, Borriana, pp. 373-385.

GARRIDO, Samuel (1987), *El sindicalisme catòlic a la Safor, 1900-1936. Catolicisme social i polític en una comarca del País Valencià*, CEIC Alfons el Vell, Gandia.



GARRIDO, Samuel (1994), "Alentar y obstruir. Las vacilaciones de la política estatal sobre cooperativismo en los inicios del siglo XX", *Noticiario de Historia Agraria*, 7, pp. 131-154.

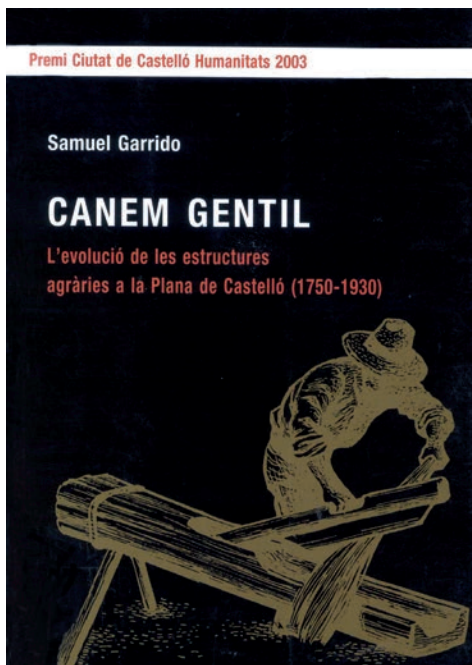
GARRIDO, Samuel (1994), "El cooperativisme segons l'Església. Els inicis del sindicalisme catòlic-agrari a Espanya", *Recerques: història, economia i cultura*, 30, pp. 69-84.

GARRIDO, Samuel (1994), "El marco de aparición del sindicato: una agricultura en transformación", en GIL, Vicent (dir.), *Historia de la Cooperativa Católico Agraria y Caja Rural de Villarreal (1919-1994)*, Caja Rural de Villarreal, Vila-real, pp. 65-91.

GARRIDO, Samuel (1995), "El cooperativismo agrario español del primer tercio del siglo XX", *Revista de Historia Económica*, vol. 13, pp. 115-144.

GARRIDO, Samuel (1996), "Cooperativismo, movilización social y cambio agrario: el Gremio de San Isidro", en *Centenario de la Cooperativa Agrícola San Isidro y Caja Rural Castellón, 1896-1996*, Caja Rural Castellón, Castelló de la Plana, pp. 97-128.

GARRIDO, Samuel (1996), *Treballar en comú. El cooperativisme agrari a Espanya (1900-1936)*, Institució Alfons el Magnànim, València.



GARRIDO, Samuel (1998), "Cooperativisme agrari, millora tècnica i mobilització pagesa: els inicis del moviment cooperatiu espanyol", en BARRULL, Jaume; BUSQUETA, Joan J. y VICEDO, Enric (eds.), *Solidaritats pageses, sindicalisme i cooperativisme*, Institut d'Estudis Ilerdencs, Lleida, pp. 583-602.

GARRIDO, Samuel (1999), "Explotació indirecta i progrés agrari: el conreu del cànem a Castelló (s. XVIII-XX)", *Recerques: història, economia i cultura*, 38, pp. 125-148.

GARRIDO, Samuel (1999), "La evolución económica", en GIMENO, M^a Jesús (dir.), *La provincia de Castellón*, Diputación de Castellón, Castelló de la Plana, pp. 268-279.

GARRIDO, Samuel (1999), "L'evolució en l'estudi del cooperativisme agrari des d'una perspectiva local", *L'Avenç. Plecs d'Història Local*, 84, pp. 44-46.

GARRIDO, Samuel (2000), "El conreu del taronger a la Plana de Castelló: agricultura comercial, propietat pagesa i treball assalariat (1850-1930)", *Estudis d'Història Agrària*, 13, pp. 201-227.

GARRIDO, Samuel (2000), "Realment eren lliurecanvistes? Les peticions aranzelàries de l'agrarisme valencià al començament del segle XX", *Afers: fulls de recerca i pensament*, vol. 15, pp. 379-396.

CALATAYUD, Salvador; GARRIDO, Samuel; MILLÁN, Jesús y ROMEO, María C. (2003), "Repenser le fermage. L'agriculture irriguée dans la région de Valence au XIXe siècle", en BÉAUR, Gérard; ARNOUX, Mathieu y VARET-VITU, Anne (eds.), *Exploiter la terre. Les contrats agraires de l'Antiquité à nos jours*, Association d'Histoire des Sociétés Rurales, Rennes, pp. 241-254.

GARRIDO, Samuel (2003), "El primer cooperativismo agrario español", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 44, pp. 33-56.

GARRIDO, Samuel (2003), "La força de la cooperació. El cooperativisme agrari espanyol al començament del segle XX", en GARRIDO, Samuel y otros, *Sindicalisme i món rural a Catalunya, 1900-1975*, Universitat de Girona, pp. 11-48.

GARRIDO, Samuel (2004), "La eclosión del cooperativismo agrario", en ARROYAS, Magín (coord.), *San Isidro, un siglo de la Vall d'Uixó (1904-2004)*, Caja Rural la Vall y Cooperativa Agrícola San Isidro, la Vall d'Uixó, pp. 21-43.

GARRIDO, Samuel (2004), *Cànem gentil. L'evolució de les estructures agràries a la Plana de Castelló (1750-1930)*, Ayuntamiento de Castellón, Castelló de la Plana.

GARRIDO, Samuel (2005), "Cáñamo gentil. Una indagación sobre los condicionantes del cambio técnico en la agricultura", *Historia Agraria*, 36, pp. 287-310.

GARRIDO, Samuel (2006), "El centenario de la Ley de Sindicatos Agrícolas (1906-2006)", *Noticias de la economía pública, social y cooperativa*, 47, pp. 86-88.

GARRIDO, Samuel (2006), "La ley de Sindicatos Agrícolas de 1906 y la difusión del cooperativismo agrario", en GARRIDO, Samuel; SENENT, Maria J. y ROMERO, Pascual, *El cooperativisme fins avui. Llei de sindicats agrícoles (1906)*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, pp. 39-87.

GARRIDO, Samuel; PLANAS, Jordi y SABIO, Alberto (2006), "Asociacionismo y cooperativismo agrario: España en el contexto europeo", *Historia Agraria*, 40, pp. 609-619.

PLANAS, Jordi y GARRIDO, Samuel (2006), "Sindicalisme, cooperativisme i conflictivitat agrària en el primer terç del segle XX", en GARRABOU, Ramon (coord.): *Historia agrària dels Països Catalans. Vol. 4: Segles XIX-XX*, Universitat de Barcelona, pp. 555-580.

GARRIDO, Samuel (2007), "Why Did Most Cooperatives Fail? Spanish Agricultural Cooperation in the Early Twentieth Century", *Rural History: Economy, Society, Culture*, vol. 18, pp. 183-200.

GARRIDO, Samuel y CALATAYUD, Salvador (2007), "La compra silenciosa. Arrendamientos, estabilidad y mejoras en la agricultura valenciana de regadío (1850-1930)", *Investigaciones de Historia Económica*, vol. 3, pp. 77-108.

GARRIDO, Samuel (2009), "Las imperfecciones de la propiedad perfecta: arrendamientos rústicos e indemnización por mejoras", en DE DIOS, Salustiano; INFANTE, Javier; ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO, Eugenia (coords.), *Historia de la propiedad. Servidumbres y limitaciones de dominio*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 433-469.

GARRIDO, Samuel (2010), "La transformació d'un model econòmic", en GIL, Vicent (ed.), *Història de Vila-real*, Ajuntament de Vila-real, pp. 17-107.

GARRIDO, Samuel (2010), "Oranges or 'Lemons'? Family Farming and Product Quality in the Spanish Orange Industry, 1870-1960", *Agricultural History*, vol. 84, pp. 224-243.

GARRIDO, Samuel i VICENT, Manuel (2010), *La Comunitat de Regants de Burriana*, Comunitat de Regants, Borriana.

GARRIDO, Samuel (2011), "Fixed-rent contracts and investment incentives. A comparative analysis of English tenant right", *Explorations in Economic History*, vol. 48, pp. 66-82.

GARRIDO, Samuel (2011), "Governing scarcity. Water markets, equity and efficiency in pre-1950s eastern Spain", *International Journal of the Commons*, vol. 5, pp. 513-534.

GARRIDO, Samuel (2011), "Las instituciones de riego en la España del este. Una reflexión a la luz de la obra de Elinor Ostrom", *Historia Agraria*, 53, pp. 13-42.

GARRIDO, Samuel y CALATAYUD, Salvador (2011), "The price of improvements: agrarian contracts and agrarian development in nineteenth-century eastern Spain", *Economic History Review*, vol. 64, pp. 598-620.

CALATAYUD, Salvador y GARRIDO, Samuel (2012), "Negociación de normas e intervención estatal en la gestión del regadío: la Acequia Real del Júcar a mediados del siglo XIX". *Hispania- Revista Española de Historia*, vol. 72, pp. 95-118.

GARRIDO, Samuel (2012), "Ampliación del regadío, regulación institucional y sostenibilidad en las huertas tradicionales de la España mediterránea", *Investigaciones de Historia Económica*, vol. 8, pp. 94-103.

GARRIDO, Samuel (2012), "Aprendiendo a regar imperios. Ingenieros, España y la India británica", *Historia Social*, 73, pp. 41-57.

GARRIDO, Samuel (2012), "La ley de la costumbre. Arrendamientos rústicos y derechos de propiedad en la Huerta de Valencia (siglos XIX y XX)", *Ayer*, 88, pp. 149-171.

GARRIDO, Samuel (2013), "El cooperativismo agroalimentario en perspectiva histórica. ¿Por qué no todos los agricultores cooperan?", *Mediterráneo Económico*, vol. 24, pp. 19-32.

GARRIDO, Samuel (2013), "Improve and Sit: The Surrendering of Land at Rents Below Marginal Product in Nineteenth-Century Valencia, Spain", *Research in Economic History*, vol. 29, pp. 97-144.

GARRIDO, Samuel (2014), "Plenty of trust, not much cooperation: social capital and collective action in early twentieth century eastern Spain", *European Review of Economic History*, vol. 18, pp. 413-432.

GARRIDO, Samuel (2014), "Water Management, Spanish Irrigation Communities and Colonial Engineers", *Journal of Agrarian Change*, vol. 14, pp. 400-418.

GARRIDO, Samuel (2017), "¿Desnaturalizados 'rabassers'? La 'rabassa morta' catalana antes de la filoxera", *Ayer*, 107, pp. 155-182.

GARRIDO, Samuel (2017), "Demythologizing and de-idealizing the commons: Ostrom's eight design principles and the irrigation institutions in eastern Spain", en CONGOST, Rosa; GELMAN, Jorge y SANTOS, Rui (eds.), *Property Rights in Land. Issues in social, economic and global history*, Routledge, Londres, pp. 111-131.

GARRIDO, Samuel (2017), "El fruto de la inseguridad. Vino, contrato óptimo y derechos de propiedad en Cataluña (1898-1935)", *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, vol. 35, pp. 415-443.

GARRIDO, Samuel (2017), "Sharecropping was sometimes efficient: sharecropping with compensation for improvements in European viticulture", *Economic History Review*, vol. 70, pp. 977-1.003.

CALATAYUD, Salvador y GARRIDO, Samuel (2021), "Desigualdad social y toma de decisiones en los comunales: El gobierno del mayor canal de riego de España (Ila Acequia Real del Júcar, Valencia) en el siglo XIX", *Historia Agraria*, 83, pp. 97-128.

GARRIDO, Samuel (2021), "Inequality and conflict as drivers of cooperation: the location of wine cooperatives in pre-1936 Spain", *Cliometrica*, vol. 15, pp. 443-476.

GARRIDO, Samuel (2022), "Cooperatives, opportunism and quality product: Why the early Spanish cooperative wineries produced ordinary wine", *Business History*, vol. 64, pp. 118-133.

GARRIDO, Samuel (2022), "Why Most European Wine comes from Companies with a Bad Reputation: Cooperative Wineries in Spain and Beyond", *Historia Agraria*, 88, pp. 1-34.

PLANAS, Jordi y GARRIDO, Samuel (2022), "La protecció del vi d'Alella abans de la denominació d'origen: El sindicat Alella Vinícola (1906-1936)", en COLOMÉ, Josep; PLANAS, Jordi y SOLER-BECERRO, Raimon (eds.), *Vins, aiguardents i caves: La comercialització de la producció vinícola catalana (segles XVIII-XXI)*, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, pp. 139-167.



José J. Albert Márquez

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Córdoba, y del máster interuniversitario en Cultura de la Paz, Conflictos, Educación y Derechos Humanos. Sus principales líneas de investigación son la Retórica Jurídica, Teoría del Derecho, y Derechos Humanos. Es Director del Aula de Oratoria y Debate de la Universidad de Córdoba. Autor de, entre otros trabajos, *Introducción a la retórica jurídica una aproximación desde la filosofía del derecho* (2021).

jevarg@gmail.com

Enrique Álvarez Cora

Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Murcia. Ha investigado sobre temáticas relativas a la historia de la teoría general de las fuentes del derecho y la historia del derecho privado, penal y procesal. Particularmente en el derecho privado, ha estudiado los tipos contractuales y conceptos fundamentales como la buena fe en la Corona de Castilla durante la Edad Moderna. Autor, entre otras obras, de *Dos estudios de historia jurídica sobre la forma y el tiempo* (2028) y *Sedición, rebelión y quimera en la historia jurídica de Europa* (2021).

eacora@um.es

Salvador Calatayud

Profesor titular del Departamento de Análisis Económico de la Universidad de Valencia y miembro del Instituto Interuniversitario "López Piñero". Ha publicado trabajos sobre historia agraria de la época contemporánea, en particular sobre la evolución de las estructuras de la propiedad de la tierra, sobre el cambio técnico en la producción agraria y sobre el papel del regadío en el crecimiento del sector primario.

salvador.calatayud@uv.es

María José Collantes de Terán de la Hera

Profesora Titular de Historia del Derecho en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Su línea de investigación actual se centra sobre todo en el Derecho penal histórico en las épocas moderna y contemporánea. Es autora, entre otras obras, de *La administración de justicia española en la época constitucional, 1812-1936* (2006), *El delito de estupro en el derecho castellano de la baja edad moderna* (2012), *El amancebamiento una visión histórico-jurídica en la Castilla moderna* (2014).

mjcollantes@upo.es

Diego Medina Morales

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Córdoba. Ha centrado sus trabajos en temas de filosofía política, filosofía de la cultura, sociología jurídica, globalización, bioética y derecho del deporte. Director del Anuario Andaluz de Derecho Deportivo y miembro del Tribunal Administrativo del Deporte de Andalucía. Autor de *Ordenamiento y sistema en el derecho* (2018) o *El derecho subjetivo en Hans Kelsen* (2005), entre otras obras.

fdlmemod@uco.es

Sara Moreno Tejada

Profesora de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad Miguel Hernández de Elche. Su producción científica se ha centrado en el Derecho de familia, la Historia de la Administración Pública y la evolución histórica de la Justicia. En este sentido, es autora de *El Consejo Provincial (1845-1868): Estudio particular de la Corporación alicantina* (2019) y *La ley de divorcio de 1932. Un análisis normativo y jurisprudencial* (2022), y coordinadora de *Represión y Orden Público durante la II República, la Guerra Civil y el Franquismo. Una visión comparada* (2019), entre otros artículos y capítulos de libro.

s.moreno@umh.es

José Antonio Pérez Juan

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad Miguel Hernández de Elche. Su producción científica se ha centrado en tres grandes campos de trabajo: La Administración Pública, los Derechos Fundamentales y la Justicia en la Edad moderna y contemporánea. En este último ámbito ha analizado tanto la planta judicial como el funcionamiento del Tribunal del Jurado en la etapa decimonónica, entre otras cuestiones.

jperezjuan@umh.es

Jordi Planas

Profesor del Departamento de Historia Económica, Instituciones Política y Economía Mundial de la Universidad de Barcelona y miembro del Centro de Estudios 'Jordi Nadal' de Historia Económica. Se ha especializado en historia agraria y del sector vitivinícola, y en sus trabajos ha dedicado una especial atención al asociacionismo y al cooperativismo agrarios. Es co-editor de *Historia Agraria. Revista de agricultura e historia rural*.

j.planas@ub.edu

Vicente Pinilla

Doctor en economía por la Universidad de Zaragoza, catedrático de Historia Económica en su departamento de Economía Aplicada, investigador del Instituto Agroalimentario de Aragón (IA2) y director de la Cátedra DPZ sobre Despoblación y Creatividad de UNIZAR. Investiga principalmente sobre comercio internacional agroalimentario, transformaciones agrarias en el largo plazo, despoblación y políticas frente a esta y economía del vino.

vpinilla@unizar.es

Miguel Pino Abad

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de Córdoba. Especializado en estudios de Historia del Derecho Penal y Procesal, es autor de seis monografías sobre temas tan diversos como la pena de confiscación, la tacha de testigos, el recurso de suplicación, el delito de juegos prohibidos, la exportación ilegal de bienes o la malversación de caudales públicos. Entre ellas *La malversación de caudales públicos en la España decimonónica* (2019), *El delito de juegos prohibidos: análisis histórico-jurídico* (2011) o *El recurso de suplicación en Castilla: expresión de la gracia regia* (2006).

miguel.pino@uco.es

Rocío Rodríguez Más

Profesora de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad Miguel Hernández de Elche. Su investigación gira en torno al estudio de la Administración de Justicia, en concreto, en el Jurado como fórmula de participación popular.

rocio.rodruigm@umh.es

Victoria Sandoval Parra

Profesora contratada-doctora del área de Historia del Derecho de la Universidad de Murcia. Sus investigaciones han estado principalmente dedicadas a

la historia de la administración central y de justicia y a la historia del derecho privado y penal. Es autora, entre otros Trabajos, de *Manera de galardón: merced pecuniaria y extranjería en el siglo XVII* (2014), *El crimen de suicidio en la Edad Moderna: tratamiento institucional en la literatura moral y jurídica europea* (2017) y *Déritos en litigio: la doctrina legal del Tribunal Supremo en el Sexenio Revolucionario* (2022).

vsp46180@um.es

Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo

Profesor Contratado Doctor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Córdoba. Sus temas de investigación prestan atención a la metodología jurídica, la Historia de la Filosofía del Derecho, a la relación entre Derecho y Nuevas Tecnologías, a la Teoría Comunicacional del Derecho, y al Derecho deportivo. Es autor, entre otros trabajos, de *Epistemología y Metodología jurídica* (2029) y *Tradicionalismo político y Filosofía del Derecho privado en Vallet de Goytisolo* (2020).

ji2sahia@uco.es

Revisors/es Reviewers

L'equip editorial de la revista *Millars. Espai i Història* vol agrair als/a les investigadors/res que han realitzat les avaluacions prèvies dels articles que han estat presentats per a ser publicats en aquest volum.

Paloma Arrabal Platero (Universidad Miguel Hernández)
Joan Serafí Bernat (Universitat Jaume I)
Eduardo Cebreiros (Universidade da Coruña)
Miguel Angel Chamocho Cantudo (Universidad de Jaén)
Marta Friera (Universidad de Oviedo)
Domingo Gallego (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universitat de València)
Amparo Garrigues (Universitat Jaume I)
Lerdys S. Heredia (Universidad Miguel Hernández)
Antoni Jordà Fernández (Universitat Rovira i Virgili)
Emilio R. Lecuona (Universidad de Málaga)
Alejandro Martínez Dhier (Universidad de Granada)
Manuel Ortiz Fernández (Universidad Miguel Hernández)
María del Carmen Ortiz del Valle (Universidad Miguel Hernández)
Regina M. Polo Martín (Universidad de Salamanca)
Yolanda Quesada Morillas (Freie Universität Berlin)
Antonio Sánchez Aranda (Universidad de Granada)
Francisco Javier Sanjuán Andrés (Universidad Miguel Hernández)
Marías Jesús Torquemada Sánchez (Universidad Complutense de Madrid)
Carlos Tormo (Universitat de València)
Manuel Torres (Universidad de Córdoba)
Manuel José Vial Dumas (Universitat de Girona)
María Francisca Zaragoza Martí (Universitat d'Alacant)

Dossier

JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN (COORD.)

CONFLICTO, SOCIEDAD Y DERECHO EN ESPAÑA (ss. XVIII-XX)

PRESENTACIÓN

JOSÉ J. ALBERT MÁRQUEZ

La retórica como práctica discursiva de resolución de conflictos

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA

Colisión de ordenanzas, costumbres y derechos en un pleito castellano del siglo XVIII

MARÍA JOSÉ COLLANTES DE TERÁN

Análisis histórico-jurídico del delito de sedición en la España del siglo XIX

DIEGO MEDINA MORALES

La labor del jurista en la resolución del conflicto social. El Derecho como sistema de comunicación y de entendimiento social

SARA MORENO TEJADA

La igualdad jurídica. Una aspiración histórica de la lucha femenina (1975-1981)

MIGUEL PINO ABAD

El Real decreto de 4 de junio de 1847 sobre conflictos de competencia entre autoridades administrativas y judiciales

ROCÍO RODRÍGUEZ MÁS, JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN

Justicia popular versus justicia letrada en los inicios del constitucionalismo español (1812-1823)

ADOLFO SÁNCHEZ HIDALGO

Decisiones jurídicas y conflictos sociales. Perspectiva desde la teoría comunicacional del derecho

VICTORIA SANDOVAL PARRA

La autoría criminal durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)

Estudis

JORDI PLANAS, VICENTE PINILLA, SALVADOR CALATAYUD

Samuel Garrido: una contribución fundamental a la historia económica y la historia agraria