

UN ESPACIO JUDICIAL PARA EL DERECHO NATURAL: DOCTRINA Y SENTENCIAS EN EL CONTEXTO DE FORMACIÓN DEL ESTADO¹

Gabriela Dalla Corte²
Universidad Nacional de Rosario

Introducción

En la actualidad estamos acostumbrados a concebir el derecho en términos de sistema autorreferenciado y codificado, emergente en primer lugar del Poder político legislativo y sólo de manera secundaria de la doctrina y jurisprudencia. Representando el realismo jurídico, Olivecrona ha señalado que existen diversas maneras de establecer normas: la principal es la vía legislativa, pero también podemos citar el derecho consuetudinario y el jurisprudencial, a pesar de que hay quienes, desde el más puro positivismo jurídico (“iuspositivismo”), niegan esta posibilidad.³ Sin embargo, cuando queremos descubrir la lógica jurídica lo hacemos acudiendo de manera directa a las normas expuestas disciplinada y sistemáticamente en la legislación, la vía más breve y simple para conseguir las soluciones a nuestras preguntas sobre el ejercicio del control y el desarrollo de la dinámica social. Dejamos de lado, efectivamente, las otras maneras en que se

¹ Este trabajo forma parte de un proyecto mayor titulado “Intelectuales rosarinos entre dos siglos. Serafin, Juan y Clemente Álvarez. Identidad local y esfera pública”, dirigido por Elida Sonzogni, y financiado por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, PIP CONICET, Argentina.

² Quiero agradecer aquí las alentadoras sugerencias de los/as dictaminadores/as anónimos/as de la revista *Signos Históricos*.

³ Karl Olivecrona, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1980, pp. 89 y 104, *passim*.

crea y ejerce el Derecho, esto es, vías extrajudiciales, precedentes judiciales, prácticas consuetudinarias, doctrina, porque, en apariencia, estas otras fuentes carecen de la característica fundamental que buscamos en el derecho: su derivación de la autoridad soberana y legítima, de la voluntad del legislador, del ámbito que el ordenamiento jurídico reputa como idóneo. No es una casualidad que, tal como escribió Pío Caroni, la época de la legislación haya sido también la de la codificación y del “estatalismo”, ya que las dos primeras necesitaban un aparato coercitivo para imponer sus tentáculos de manera uniforme.⁴

Al concebir el derecho como un fenómeno social fáctico, es decir, desde un realismo inserto en el “iuspositivismo” pero más vinculado al paradigma de Llewelyn y de Hoebel, el escandinavo Karl Olivecrona ha podido incorporar nuevas dimensiones de análisis mediante las analogías con el *common law*. Afirma Olivecrona que, cuando se habla del soberano, se piensa en el derecho estatutario, desconociendo que en la Commonwealth, por ejemplo, el sistema jurídico no se basa en la legislación sino en el “caso precedente”, que funciona como regla deducida por los juristas con base en la resolución de casos y aplicable a futuro. En este sistema, el término derecho, como ya apuntaba Bentham, adquiere un campo de aplicación amplio para incluir expresiones de voluntad provenientes de diversas instancias, es decir, órdenes judiciales, militares, ejecutivas, familiares, patronales.⁵ Desoyendo estos importantes aportes, y aun coincidiendo en el rechazo al “iuspositivismo” en nuestra vida cotidiana, caemos fácilmente en sus redes a la hora de acercarnos a los documentos históricos y contrastarlos lisa y llanamente con las disposiciones legales buscando su conmensurabilidad.

Una extensa tradición historiográfica, por otro lado, se centra en el estudio de las instituciones carcelarias como fase de aplicación de penas, y en los juicios y procesos penales como documentos históricos, pero desdibuja el significado de las prácticas jurídicas en sí mismas y el universo intelectual articulado en la jurisprudencia y en la doctrina.⁶ Interesados en estudiar la codificación positiva como

⁴ Pío Caroni, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 59.

⁵ Olivecrona, *op.cit.*, p. 34.

⁶ Piere Vilar, “Historia del derecho, historia total”, *Economía, derecho e historia*, Barcelona, Ariel, 1983. Carlo Ginzburg, “Pruebas y posibilidades. En los márgenes del regreso de Martín Guerre y Natalie Zemon Davis. Postfacio de Carlo Ginzburg a su obra”, *Cuadernos de historia moderna I*, Editorial Biblos, 1989. Philippe Robbert y René Lévy, “Historia y cuestión penal”, *Historia*

expresión autorreferenciada, no es usual encontrar trabajos que se centren en la caracterización del pensamiento de quienes dieron cuerpo a la codificación y, como consecuencia, escasos trabajos insisten en las biografías de los intelectuales que diseñaron la normativa.⁷ El presente artículo estudia la doctrina de un jurisconsulto español, Serafín Álvarez, exiliado en Argentina en 1873 en el contexto de la crisis del sistema político republicano español. La particularidad de este autor es que, al haberse formado en las carreras de Historia y Derecho, fue muchas veces denominado “juez literato”. Desde su primer libro, *El credo de una religión nueva, bases de un proyecto de reforma social*, publicado en Madrid en junio de 1873, demostró interés por la crítica constructiva del mundo judicial pero también por la escritura; se desempeñó como camarista y participó del ideal socialista mientras afirmaba su independencia y autonomía de todo partido político. Su actividad como jurisconsulto no le privó de editar el periódico *El Rosario*, desde el cual cuestionó firmemente el aparato judicial e informó a la población de los dictámenes de los juzgados locales. La gran utopía en la que se inscribe mi trabajo es el socialismo en el que se insertó Serafín Álvarez como intelectual, un universo de ideas que confluyó con el mar de fondo de su formación jurídica, tanto en el iuspositivismo como en el derecho natural.⁸ Por sobre todo este debate, el factor aglutinante que encuadra al autor es el proceso de modernización estatal de la Argentina de finales del siglo XIX que, al igual que en otros países latinoamericanos surgidos de la larga crisis del modelo colonial, hizo frente a la construcción de lo que la teoría política ha llamado Estado nacional y que forma parte, en realidad, de la consolidación del Estado liberal.

Social, núm. 6, invierno, 1990; Dario Melossi y Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Barcelona, Siglo XXI, 1987. Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1991; G. Rusche y Otto Kirchheimer, *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis, 1984; Ricardo Salvatore, “Criminology, Prison Reform and the Buenos Aires Working Class”, *Journal of Interdisciplinary History*, vol. XXIII, núm.2 (otoño), 1992, pp. 279-299; Natalie Zemon Davis, *El retorno di Martin Guerre. Un caso di doppia identità nella Francia del Cinquecento*, Torino, Einaudi, 1984.

⁷ Francisco Tomás y Valiente, *Códigos y constituciones (1808-1978)*, Madrid, Alianza Universidad, 1989.

⁸ Gabriela Dalla Corte, “Hacia la modernidad jurídica en Argentina: derecho y administración en la doctrina de Serafín Álvarez”, ponencia presentada al 50 Congreso ICA (Internacional de Americanistas), Simposio *Trabajo intelectual, pensamiento y modernidad en América Latina, fines del siglo XIX y siglo XX*, coordinado por Hugo Cancino Troncoso, Varsovia, 2000.

Mi intención es comprender las propuestas de Álvarez en torno a la redefinición del sistema judicial, del significado del derecho y de la orientación de la administración pública en el marco de esa modernización del Estado. Su permanente soledad política, así como los conflictos con el resto de jueces y abogados, que le llevaron en algunas oportunidades a acudir a la justicia reclamando resarcimiento por injurias,⁹ permiten pensar a este personaje en toda su particularidad. Induzco ciertas líneas interpretativas a partir del análisis de una de las sentencias penales que redactó, durante 10 años de continuado ejercicio como magistrado del único juzgado de sentencias de la ciudad de Rosario, en Argentina. Del conjunto de sentencias que dictó como juez del crimen, estudio de manera particular el homicidio de la maestra Aquilina Vidal de Brus a fines del siglo XIX, un caso que sobresale por su significatividad en torno a los temas que analizaremos aquí, esto es, los debates entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo en el contexto de la consolidación del Estado liberal, cuyo diseño exigía un proyecto codificador homogéneo y unitario. A través de la exégesis de sus escritos dogmáticos, así como de la contrastación con la jurisprudencia, analizo la manera en que Álvarez fundó su particular construcción del aparato jurídico con base en su adhesión a la tradición “iusnaturalista” en el contexto de la definición positiva del Estado.

Iuspositivismo-iusnaturalismo

Este tema permite abrir nuevos horizontes reflexivos sobre la articulación de la sociedad civil y el Estado en la doctrina de Álvarez, pero también replantear la analogía a la que estamos habituados, esto es, considerar el derecho y el Estado como la misma cosa. Sobre estos problemas quiero hacer un breve paréntesis de tipo teórico basándome en especial en una obra que considero central para discutir acerca de las corrientes jurídicas de los últimos dos siglos, me refiero a *El positivismo jurídico*, de Norberto Bobbio. En el pensamiento jurídico occidental, señala Bobbio, ha primado la distinción entre el derecho positivo y el natural, una dicotomía ya presente en el capítulo VII del Libro V de la *Ética a Nicómaco* —en el que Aristóteles presenta la justicia política en sus dos vertientes, la natural y la legal,

⁹ Serafin Alvarez, *La Suprema Corte de Santa Fe ante la Legislatura de la Provincia. Acusación del juez de sentencias de Rosario*, Rosario, Imprenta El Imparcial, 1898.

la primera no sujeta al parecer humano, y la segunda establecida y prescrita por este último— y que persiste hasta finales del siglo XVIII. Durante este extenso lapso no existió una idea de superioridad por parte de uno de los dos tipos de derecho, cuyas diferencias, sin embargo, eran significativas. La más importante es quizás la vinculada con su grado de mutabilidad y su capacidad de aplicación. En este sentido, a diferencia del derecho positivo, el derecho natural sería inmutable y universal en el tiempo y en el espacio. Bobbio menciona otros criterios de distinción, uno relacionado con la fuente del derecho, es decir, el origen en la naturaleza o en la potestad del pueblo, y otro con su posibilidad de aprehensión, esto es, la razón, en el caso del derecho natural, y el conocimiento a través de la declaración de voluntad de una autoridad legítima en el caso del derecho positivo. La valoración de este último como una esfera superior a la del derecho natural coincidió con la consolidación de la modernidad de la mano de las monarquías absolutas y con la formación de los Estados. Por obra del iuspositivismo, entonces, todo el derecho queda reducido a derecho positivo, esto es, al ámbito normado por la autoridad competente y legítima, el legislador, dependiente de un órgano monopolizador de la producción jurídica, el Estado.¹⁰

La concepción iusnaturalista, si bien ha perdido cierta fuerza, no ha desaparecido de la reflexión sobre el derecho. Esta pervivencia se presenta clara pero intermitentemente en la obra de Álvarez en el contexto de la codificación normativa en manos del Estado, y del ideal de que el juez sólo interpreta la norma pero no tiene capacidad de crearla.¹¹ El ordenamiento jurídico era para él un simple conjunto de reglas factible de ser utilizado por el juez —un postulado contra el que se ha resistido el derecho positivo— en función de principios equitativos y de la razón, propios del derecho natural. El rechazo de Álvarez hacia el derecho positivo escondía, en realidad, su opinión de que no era el Estado el que debía hacer frente al ejercicio de la justicia, a pesar de que la intención centralizadora del Estado moderno y soberano había sido proceder contra la libertad del juez y contra su facultad de resolver las controversias con base en su criterio. Quizás por ello se interesó por definir en su doctrina el aparato judicial mucho más que el legislativo y el ejecutivo.

¹⁰ Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1993, pp. 35-42.

¹¹ Max Weber, *Escritos políticos* (estudio preliminar de Joaquín Abellán), Madrid, Alianza Editorial, 1991.

La simpatía de Álvarez hacia el iusnaturalismo, hacia un derecho superior al proveniente del legislador y emergente de la casuística jurisdiccional, encontró fundamento en su creencia en la trascendencia del derecho internacional por sobre el derecho estatal-nacional. De esa manera, se hizo eco de la tradicional división entre el *jus gentium* y el *jus civile*, y propuso eliminar este último y a sus titulares, los jueces: "...es necesario tirar por tierra todo ese casuismo que se llama procedimiento civil con sus plazos y sus dilaciones, con sus fórmulas y sus gastos, anchas puertas por donde entra triunfante la mala fe en la vida".¹²

Es indudable que, desde esta perspectiva, nuestro autor rechazó indirectamente el progresivo afianzamiento del Estado moderno y su reclamo de monopolizar el *jus puniendi* al proponer, en contrapartida, la creación de la "infrajusticia". Su solución era abandonar delitos de estupro, injurias y heridas, y no sólo los conflictos patrimoniales, a la aveniencia de las partes, en contraposición a la creciente intervención pública y administrativa.¹³ Pero, a pesar de proponer la existencia de árbitros y mediadores, Álvarez no cayó en la trampa de creer en la necesidad de un *jus proprium*, diferente del *común* e inherente a grupos o instituciones sociales determinadas de la sociedad civil, correspondiente al corporativismo caracterizado por los tribunales particulares durante el Antiguo Régimen.¹⁴ Las razones de esta opción extrajudicial de concordia privada deben ser buscadas en el tipo de mentalidad colectiva, que aún pretendía conservar en los límites de la privacidad la tasación del daño y del deshonor y el miedo a la vergüenza pública, en especial en los casos en que se jugaba el honor de las mujeres.

El modelo de organización administrativa alcanzó el ámbito del derecho penal y procedimental. Sus críticas se hicieron extensivas a la función del magistrado, figura muy cuestionada por la literatura peninsular. "Dios en la tierra", el Juez era la encarnación de una justicia inflexible que aplicaba presidio con completa tranquilidad de conciencia. "No es posible que nadie considere como única fórmula del equilibrio social esa lucha del juez que acecha al reo como acecha una bestia

¹² Serafín Álvarez, *El credo de una religión nueva, bases de un proyecto de reforma social*, Madrid, Imprenta de M.G. Hernández, 1873, p. 212. Reproducida parcialmente en *Cuestiones sociológicas*, Buenos Aires, Juan Roldán Ed., 1916, pp. 225-281.

¹³ Iñaki Bazán Díaz, *Delincuencia y criminalidad en el País Vasco en la transición de la Edad Media a la Moderna*, Bilbao, Departamento del Interior del Gobierno del País Vasco, 1995, p. 72.

¹⁴ Gabriela Dalla Corte, *Vida i mort d'una aventura al Riu de la Plata, Jaime Alsina i Verjés, 1770-1836*, Barcelona, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 2000.

cazadora, que le sorprende, que a veces le engaña y le extravía, y otras parece gozarse en su confusión.” El juez que Álvarez tenía en mente no era un mero exégeta de las leyes elaboradas por el legislador, sino una persona con amplia libertad y creatividad legislativa, un juez criminal que, desde la casuística, pudiese romper con la hegemonía del derecho positivo.

¿Cuál era el procedimiento judicial generado a partir de un juez con capacidad de *jurisdictio*, esto es, en el pleno ejercicio de “decir el derecho”? Luego de escuchar la sentencia formulada por el jurado, Álvarez imaginó a un magistrado al que se le abrían dos posibilidades, es decir, la aplicación de prisión indefinida al culpable o la fijación de una multa como indemnización por el daño causado. Frente al modelo judicial imperante, caracterizado por la presencia de la jerarquía judicial, la casación no encontró lugar en el “croquis estatal” de Álvarez. El ideal de este modelo era la simplicidad procedimental, una de las continuas demandas que, como todos sabemos, se ha hecho al Poder judicial emergente del sistema codificado continental a lo largo de los dos últimos siglos. La tarea de la legislación, por ende, era limitar la arbitrariedad de los magistrados, imponiéndoles un marco de acción seguro para garantizar los derechos de los ciudadanos.¹⁵ Pero es importante señalar que, al mismo tiempo, su prédica fue la plena libertad de los jueces en sus propios juzgados, siempre y cuando hubiesen sido elegidos democráticamente.

La trayectoria ideológica y política del juez Álvarez nos presenta a un hombre que en todo momento bregó por la transformación del orden social y por la recuperación de costumbres que aparecían rigidizadas por la propia consolidación del derecho. Su apoyo a la educación laica, sus críticas a la religión y sus ideas socialistas se acompañaron de una formación intelectual basada en los postulados positivistas y en la defensa de la ciencia y de la razón. Al mismo tiempo, se vio influido por ideales del iusnaturalismo. La doctrina que seguía Serafín Álvarez fue representativa de una época que oscilaba entre ambos modelos jurídicos, pero también determinó la índole de sus sentencias penales cuando estuvo en juego la vida familiar. Durante sus años de permanencia como magistrado a cargo del único juzgado de sentencias de los Tribunales Provinciales de Rosario, Álvarez dictó numerosos fallos en los que expuso sus ideas acerca del derecho privado y,

¹⁵ Serafín Álvarez, *La teoría moral del socialismo*, Santa Fe, Imprenta La Elegancia, 1897, p. 15.

específicamente, del derecho de familia, y que permiten contrastar los argumentos vertidos en su doctrina, permeada por una clara preferencia por algunos de los componentes del derecho natural.

El juez, las mujeres y la familia

Llegada a ese punto del relato, quisiera detenerme para reflexionar acerca de las interpretaciones vertidas por Serafin Álvarez en el transcurso de un caso judicial que llegó a sus manos mientras actuaba como juez del crimen en la ciudad. En el año 1898, poco después de editar *la teoría moral del socialismo*, un sonado homicidio provocó la exagerada atención por parte de la prensa local: la conocida docente y poetisa Aquilina Vidal había sido asesinada por su hermano, Jaime, quien la había acusado de cometer adulterio, de atentar contra el honor de su esposo, un enigmático y deslucido señor Brus, y de constituir una mancha para la familia.¹⁶ La sentencia redactada por Álvarez puede ser fácilmente localizada en los Libros de Sentencias de los tribunales de Rosario y ayuda a dibujar un fresco de la sociedad, de los hombres y de las mujeres, porque busca en las conflictivas relaciones personales la causa de los dramas sociales.

El estallido del conflicto familiar se produjo en la casa en la que vivía Aquilina. Una tarde su hermano la increpó y le disparó a quemarropa. Jaime se entregó inmediatamente a las autoridades policiales y confesó abiertamente el crimen. En ningún momento intentó excusar su actitud, lo que ya le valió cierta condescendencia por parte de los funcionarios. Pasadas las primeras averiguaciones y peritajes, y pasada también la sorpresa ciudadana y periodística, el fiscal encuadró la causa en los preceptos del artículo 95 del capítulo dedicado a los homicidios, en tanto delitos contra las personas, regulados por el Código Penal vigente, en lugar de tipificar el hecho en el artículo 94, que contenía un texto más específico.

El artículo 95 era un texto genérico que iba dirigido sólo a quien “mata a otro”, mientras que el artículo 94 sí regulaba el homicidio efectuado por “el que a sabiendas mata a su padre, madre o hijo, legítimo o natural, o a cualquier otro ascendiente, descendiente o a su cónyuge”, que es el caso que nos ocupa aquí.

¹⁶ Archivos de los Tribunales Provinciales de Rosario (ATPR), Libros del Juzgado de Sentencias, Jaime Vidal, Homicidio de Aquilina Vidal de Brus, 03/04/1898.

Llamativamente, habiendo insertado el homicidio en el articulado más general, el fiscal no tipificó el hecho en función del inciso primero, que establecía la pena de muerte para el acusado si se demostraba la existencia de alevosía, sino en el segundo, que hacía alusión a la existencia de circunstancias atenuantes. Aludiendo a que Jaime había actuado bajo los efectos del “furor”, el fiscal pudo solicitar la pena de presidio por tiempo indeterminado, liberando a Jaime de la muerte que suponía el castigo por alevosía. También olvidó los preceptos del Artículo 84, que fijaba las condiciones de agravación de las penas, especialmente su inciso décimo, que establecía una pena mayor si se probaba el abuso de la “superioridad por edad, fuerza o sexo”, así como su inciso primero que, prevenía el caso de “ser el agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o afín en los mismos grados del ofensor”.

Es evidente que ya en esta instancia acusativa, la pretensión fue perdonar o disminuir la responsabilidad de Jaime Vidal. Contrariando la decisión del fiscal, el defensor amparó su pedido de absolución considerando que su defendido había obrado con perturbación de su inteligencia. De acuerdo con el artículo 81, primer inciso del Código Penal, era posible la exención completa de pena en caso de estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o beodez completa e involuntaria.¹⁷ El requisito final era que el homicida hubiese resuelto y consumado el hecho en una perturbación cualquiera de los sentidos o de su inteligencia, no imputable a él, y durante la cual no hubiese tenido conciencia de la criminalidad del acto. Para colmo de males, las pruebas sólo se levantaron por orden del juez, del fiscal y del defensor, pero no hubo ningún pedido expreso de la familia de Aquilina Vidal. Durante el proceso, las partes ni siquiera comparecieron porque buscaron resguardar el anonimato: la familia, amenazada en su integridad y en sus secretos, prefirió olvidar el homicidio y también a Aquilina, en tanto que su esposo prefirió dejar la ciudad y llevarse con él a sus dos hijos menores de edad.

Esta causa dio lugar a una de las sentencias más sugestivas dictadas por un juez que gustaba de fundar sus condenas no sólo en las pruebas recolectadas durante el proceso, sino en sus propias concepciones sobre las relaciones humanas, combinando certeramente el interés por los aspectos más positivos y por las reflexiones más subjetivas. El fallo comienza centrándose en las causas que pudieron llevar a Jaime Vidal, un español soltero con un importante cargo en la Aduana de

¹⁷ Eugenio Zaffaroni, *Manual de derecho penal, parte general*, 5a. ed., Buenos Aires, 1986; Roberto Terán Lomas, *Derecho penal, parte general*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1980.

la ciudad de Rosario, a matar a su hermana Aquilina. Las razones, era de esperar, debían buscarse en la historia familiar. “El procesado era hermano mayor de Doña Aquilina y se encontraba con facultades paternas sobre ella por las circunstancias en que se había desarrollado la vida de ellos en el hogar común, cuando vivían los padres y Jaime atendía con su trabajo el sostenimiento de todos”. Con este supuesto, ya de por sí exculpatorio, Serafin Álvarez continúa afirmando que la diferencia de edad de ambos era tan importante que explica la actitud tomada por el acusado. Junto a esa distancia etaria, la educación de Aquilina era, para Serafin, “más científica que la ordinaria en su sexo”. En efecto, la joven había obtenido su título de maestra en la única institución que brindaba a las mujeres una posibilidad de salir del espacio doméstico e integrarse al mercado laboral, la Escuela Normal núm. 1 Dr. Nicolás Avellaneda, y fue una de las primeras maestras de Rosario, graduada en 1882 con la segunda promoción junto a otras cuatro jóvenes.¹⁸ Esta preparación la había llevado a participar en diversos periódicos de las provincias de Santa Fe y de Córdoba, en los que publicaba sus poemas de alto contenido patriótico, y a desempeñarse como directora de una Escuela Elemental de Varones, establecimiento en el que supervisaba la actividad de cuatro docentes diplomados y uno sin diplomar. El establecimiento, con más de doscientos alumnos, superaba a la mayor parte de las escuelas municipales y privadas que existían en la ciudad.¹⁹ El diario *La Capital* le daba un importante espacio para la edición de su producción literaria. Para el juez “era una mujer con más personalidad que la que conviene a las que se casan”. En palabras de Serafin Álvarez, su educación fue la causa principal de las disidencias entre la joven y su esposo, el tal “Señor Brus”, de quien la sentencia no da mayores detalles personales. En apariencia, Aquilina solicitó a este último la separación y en el relato del conflicto el juez se inmiscuye en las relaciones de la pareja y en la “aparente ausencia de expresiones de amor” por parte del marido, manifestaciones que, de acuerdo con Álvarez, constituyen el fundamento de toda relación amorosa.

“Enorgullecida porque se sentía con fuerza suficiente para criar a sus hijos ejerciendo la profesión de maestra y con independencia de su marido, quien no

¹⁸ Libro de Oro de la Escuela Normal núm. 1, confeccionado a los 100 años de la fundación del establecimiento.

¹⁹ *Revista Escolar del Rosario de Santa Fe*, fundada en 1891. También la *Estadística de las Escuelas de la Segunda Circunscripción Escolar de Santa Fe*, de mayo de 1895, p. 62.

parece haberla tratado de modo conveniente a su gracia y su cariño”, la decisión de Aquilina trascendió las fronteras del matrimonio y afectó a su hermano, que hasta entonces parecía ajeno a la disputa. Jaime se resistió a la decisión de Aquilina de divorciarse de su esposo, al igual que el abogado Valdéz, a quien la mujer recurrió buscando asesoramiento legal. De manera ambigua (en la historia aparece veladamente una limosnera que Aquilina había albergado en su casa días antes del suceso), Jaime tomó conocimiento de que su hermana estaba relacionada con un poeta de quien sólo conozco su apellido, Montero. Enterado de la posibilidad de la existencia de un vínculo que el magistrado Álvarez se apresura a calificar de “simplemente literario”, Jaime se sintió en el deber y en el derecho de limpiar la “mancha para toda la familia”. La posibilidad del adulterio, escribió Álvarez, decidió al homicida a tomar la justicia por propia mano y, así, Jaime Vidal “puso [el hecho] en conocimiento del esposo y, exagerando sus deberes tutelares, resolvió matar a la que consideraba adúltera, para cuyo objeto compró un revólver la tarde anterior al suceso”. Jaime proyectó el homicidio, compró el arma y fue a casa de su hermana, donde entabló con ella una agria discusión que derivó en acusaciones mutuas y que, posiblemente, trajeron a la superficie odios latentes difíciles de conocer en su origen. Los “deberes tutelares” que Álvarez atribuyó a Jaime Vidal sirvieron a éste para considerarse con el derecho a juzgar y condenar privadamente las actitudes y decisiones de Aquilina. El juez mantuvo en su discurso las ideas de honestidad y de honradez que también se encuentran en Jaime Vidal. Afirmó, reivindicando a Aquilina, que “ni el esposo ni el hermano tuvieron, según el expediente, motivos fundados para dudar de su honradez”, asociando el honor de la mujer a la ausencia de relaciones sexuales fuera del matrimonio. Por otro lado, reconoció la injusticia de la exigencia social de que las mujeres aceptasen la autoridad del marido o del hermano mayor. La actitud de vigilancia fraterna no llamaba la atención de nadie y, de alguna manera, estaba naturalizada incluso por la codificación. La reacción del imputado, por ende, fue justificada por el Juez mediante la apelación a la idea de una corrección pseudopaternal, aceptada y promovida por la legislación argentina, hasta el punto de considerar a la mujer casada como una incapaz legal, sujeta a decisión de su marido. El control femenino no es una novedad y siempre ha privilegiado la vigilancia de la mujer bajo el supuesto de que su sexualidad es foco generador de desgracias.²⁰ En Argentina, mientras que el adulterio del hom-

²⁰ Kristin Ruggiero, “Honor Maternity and the Disciplining of Women: Infanticide in Late Nineteenth-Century Buenos Aires”, *HAHR*, t. 72, vol. 3, Duke University Press, 1992, v. 3, p. 72.

bre era tolerado por una codificación condescendiente, desigual y discriminatoria, era enérgicamente reprobado y castigado en el caso de la mujer.²¹

Serafin Álvarez no estaba de acuerdo con esta discriminación, pero, como dije antes, si consideraba que era necesario mantener los conflictos familiares en el interior del foro privado. Teniendo como marco el desinterés familiar por la muerte de Aquilina, consideró que la confesión del hermano brindaba plena prueba de la existencia del delito que estaba juzgando. Sin embargo, la taxonomía de la fiscalía no le pareció adecuada y creyó conveniente afirmar la inexistencia de la alevosía (a pesar de saber que Aquilina estaba en su propia casa y no se hallaba armada como el acusado), aludiendo a que Jaime no había intentado liberarse de un peligro posterior al entregarse inmediatamente a la policía. En todo caso, sí reconoció que aquél había aceptado “con demasiada ligereza” las palabras de unos personajes que la acusaban de adulterio y que nunca fueron citados a declarar como testigos ni en la fase instructiva ni en el proceso de apertura a prueba.

A pesar de que en esta oportunidad, como en muchas otras, prefirió utilizar la figura de la atenuación, sobrepasando incluso las fronteras que concede la tipificación legal, no siempre creyó que esta lectura “subjetiva” de los códigos —dependiente de la exégesis pero también de la hermenéutica aplicada a eximentes y atenuantes— fuese el mejor camino para lograr la justicia. En 1873, por ejemplo, escribió que “...los autores de Códigos penales[...]han admitido circunstancias eximentes y atenuantes; y, por último, han apelado á los indultos, manifestación expresa de que el sistema de la libertad es hipotético desde luego, y tan absurdo, que es imposible edificar sobre él nada seguro”.²² Un juego argumental extremadamente confuso en términos de seguridad jurídica acompañó esta conclusión formulada por Álvarez bajo la investidura de juez del crimen y no de crítico político. Quizás el dato fundamental de este juicio es el silenciamiento que el fiscal, el defensor y el propio magistrado hacen del vínculo de sangre que unió a Jaime y Aquilina, y que era uno de los requisitos fundamentales de la agravación de la pena. En su sentencia, Álvarez indica que no existe la agravante de fratricidio mediante la paradójica

²¹ Libro Segundo, Sección primera “De los delitos y sus penas”, Título tercero “Delitos contra la honestidad”, Capítulo primero “Adulterio”, del *Código Penal de la República Argentina, Ley 1920*, en *Anales de Legislación Argentina*, 1881-1888.

²² Álvarez, *El credo de una religión*, *op.cit.*, p. 38.

argumentación negativa de que “de no haber sido Jaime y Aquilina hermanos, aquél no la hubiese matado”. Así, el magistrado logró exculpar a su acusado, aunque no eximirlo de su responsabilidad, presentándolo como un irresponsable y como una persona deficientemente educada. Jaime, de acuerdo con Serafín Álvarez, se caracterizaba por la “facilidad de creer, por la debilidad intelectual[...]y por la obcecación respecto a sus derechos de velar por la honra de la familia Brus, y de convertirse en ejecutor de la pena que, en su concepto, merecía el adulterio”.

Álvarez reconoció que el homicidio encontró su fundamento en la existencia de una cultura paternalista y discriminatoria expresada en el terreno legal, pero la atenuación de la criminalidad de Jaime estaba dada, para aquél, por la propia actitud de Aquilina durante la disputa y la provocación que ejerció sobre su hermano momentos antes de su muerte, provocación que nunca fue probada porque el proceso siguió exclusivamente bajo los dictámenes de la confesión del imputado. Álvarez, mientras tanto, argumentó su decisión en las características del crimen y en lo que denominó “naturaleza de la cosa”, un concepto clave del iusnaturalismo.

En la confesión [de Jaime Vidal] que es la única prueba, dice que no tuvo intención de matarla; pero que, incitado por el mal modo con que ella lo recibió, entró en furor y cometió el crimen. Esta confesión debe ser creída por la indecibilidad y por estar conforme con la *naturaleza de la cosa*. Aunque no se conocen las palabras que constituyeron la provocación, ellas debieron ser suficientes para producir el movimiento agresivo, dada la situación de ánimo del procesado.²³

La apelación a la “naturaleza de la cosa” no debe sorprendernos en Álvarez dadas sus inconfesadas convicciones iusnaturalistas. Aquilina, anota el magistrado, “se rebeló contra el orden social existente y rechazó en nombre de sus creencias católicas la autoridad de su esposo y de su hermano”. Esta es la explicación en el terreno de los hechos que legitima al magistrado y lo habilita para apelar a la existencia del furor del incoado como propia de la “naturaleza de las cosas”. La causa del homicidio, desde esta perspectiva, fue la reacción de Jaime ante la forma de vida que había elegido su hermana. Aquí prefiero analizar brevemente las bases del iusnaturalismo

²³ ATPR, Libros del Juzgado de Sentencias, Jaime Vidal, Homicidio de Aquilina Vidal de Brus, 03/04/1899. El énfasis es mío.

y su controversia con el iuspositivismo en relación con un problema central del derecho como es la definición de las “fuentes”, esto es, los hechos y actos a los que un ordenamiento jurídico atribuye capacidad para producir normas jurídicas y que implican el establecimiento de criterios de validez de esas normas.²⁴ En el esquema del iuspositivismo, la fuente principal del derecho es la ley, enmarcada en un ordenamiento jerárquico y complejo que incluye sólo secundariamente cualquier otro tipo de fuente, como la costumbre jurídica (en especial la *secundum legem* y, con limitaciones, la *praeter legem*), la decisión judicial o la “naturaleza de la cosa”. Estos tres niveles fueron valorados por la construcción jurídica hasta la consolidación del Estado moderno, cuando el juez perdió el importante papel que tenía como creador de derecho y fue reemplazado por el Poder legislativo.

En efecto, durante el siglo XIX prevaleció el principio de que el auténtico derecho era el positivo, emergente de la voluntad del Estado (del soberano, que concedía la fuerza vinculante, es decir, la obligatoriedad) y que toda referencia a una presencia “natural” era, en realidad, no científica.²⁵ El derecho natural fue desdénado incluso en la administración de justicia, y los Estados modernos, entonces, asumieron como propia la filosofía del derecho positivo y excluyeron la decisión judicial (y su consecuente “equidad”) como fuente de derecho, así como la llamada “naturaleza de la cosa”. Puesto que la equidad desempeña un importante papel en el ámbito jurisdiccional, y al no ser este último reconocido en calidad de campo legítimo creador, además de exégeta, aquélla no es reconocida por el iuspositivismo, pero sí lo es por el iusnaturalismo, lo que no significa que no perviva en la práctica en las sentencias actuales.

Décadas antes, esta vez en la doctrina, Álvarez se refirió a la situación de la mujer en las sociedades occidentales, y se mostró favorable a que se le declarase dueña absoluta de sus propios bienes, planteando, de esa manera, la separación patrimonial en el matrimonio. También se congratuló de la admisión de la disolubilidad de la unión por la creencia protestante.

²⁴ Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1993, pp. 169-170.

²⁵ Olivecrona, *op.cit.*, 1980, p. 44.

Hay que redimir por completo a la mujer. La mujer no puede dejar de ser esclava, mientras necesite ser mantenida por un hombre. Es necesario que por su educación y por la ley sea apta para todas las profesiones sociales, para aquellas al menos que sean compatibles con su sensibilidad y su delicadeza. Es necesario que, si no se casa, ó queda viuda, ó divorciada, pueda atender á su subsistencia sin necesidad de prostituirse.²⁶

En la sentencia de Aquilina Vidal, una vez más nuestro personaje demostró su preferencia por las salidas individuales frente a la posible opresión del grupo familiar, aunque justificó la decisión de Vidal en el hecho de haber actuado bajo los efectos del “furor”. Como sabemos, los crímenes “pasionales” o los que se suponen basados en el furor, resistían (y aún resisten) los embates de la justicia estatal, aunque ese dominio privado comenzó a ser cuestionado por los criminólogos de fines del siglo XIX y principios del XX. El derecho a “tomar la justicia por propia mano” (que es la conducta que Álvarez atribuyó a Vidal) se constituyó en objeto de atención de los jurisconsultos como un rasgo típico de primitivismo o de locura frente al ideal de la racionalidad, de la voluntad y la actuación responsable que guió al positivismo jurídico del decimonono. Esta apertura, de la que Álvarez se hizo eco, representó una importante distinción práctica y conceptual que legitimó al derecho penal y civil, y obligó a la sociedad a asumir la “curación” de un acusado. La pena dejó de ser pensada como castigo para ser proyectada como la puerta para la redención y regeneración. Álvarez pensaba la pena como un sinónimo de reparación, a la vez que de “vindicta pública”, esto es, como castigo distanciado y diferenciado de la simple “venganza individual” que podía ocasionarse a partir de una ofensa en el seno familiar.

Debilitada la posibilidad de la criminalidad, reducida la responsabilidad individual, queda la reivindicación de la justicia y de la conveniencia social pero en un grado inferior a la reivindicación de la fuerza del derecho positivo y del orden social mismo. Frente a la irracionalidad, la racionalidad ponderada por Serafin Álvarez cobra fuerza en el marco de la hegemonía del ideal positivista de la época, pero también de su propio ideal socialista y iusnaturalista. Su crítica se dirigió claramente al Estado de derecho liberal en el que prima el principio de legalidad de manera tal que, como escribe Sánchez Morón, el funcionario se encuentra

²⁶ Álvarez, *El credo de una religión...*, *op.cit.*, 1873, pp. 75-76.

constreñido a aplicar casi mecánicamente leyes y normas reglamentarias de acuerdo con la jerarquía de normas.²⁷ Como explicité más arriba, Álvarez estaba claramente influido por el iusnaturalismo, una impronta que posiblemente él mismo hubiese rechazado en caso de haberle sido atribuida en sus años de magistrado. Esta corriente pautaba la ley de la equidad natural atribuyendo a personas iguales cosas iguales.²⁸ En la sentencia que nos ocupa, “dar a cada uno lo suyo” parece ser su prédica, acompañada de un excelente mecanismo de legitimación, ya que Álvarez buscó en “casi todas las personas que tengan conocimiento de este suceso” el apoyo y el consenso necesarios para dotar de densidad al fallo. Intersectando este posicionamiento, Álvarez juzgó la acción de Vidal como “contraria sin duda a la justicia y a la conveniencia social”, propia de un pasionista movido por un sentimiento atávico, ajeno o extraño a las normas sociales actuales, pero comprensible en el contexto en que se produjo el homicidio. Para diluir aún más su responsabilidad (cuantificable en términos de racionalidad y voluntad individual), Álvarez realizó un complicado ejercicio analógico entre la codificación del país y la normativa histórica, contrastación que garantizó llegar a un fallo casi inapelable. La tradición griega bordea la interpretación judicial, que apela a esta cultura ancestral para cubrirse de legitimidad. El juez Álvarez (uno de los actores centrales de esta historia semiprivada, semipública) ilustra quizás extremadamente bien este proceso al afirmar que:

Se trata de un suceso que la razón no concibe que halla tenido realidad fuera de las tablas de un teatro. Jaime Vidal se ha figurado ser un héroe de la Grecia que necesita matar a la hermana o a la madre para aplacar la debilidad[...]Para el Juez, y probablemente para casi todas las personas que tengan conocimiento de este suceso, Jaime Vidal no es un criminal repugnante, sino un pasionista movido por un sentimiento atávico contrario sin duda a la justicia y a la conveniencia social, pero suficiente para extraviar y conducir hasta el delito a un hombre deficientemente educado. La idea de la criminalidad del procesado se debilita, más aún teniendo en cuenta que ha obrado en virtud de un error que no sabe cómo se ha producido.

²⁷ Miguel Sánchez Morón, *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, Madrid, Espasa Calpe, 1991, p. 33.

²⁸ Cita de Hobbes, en Norberto Bobbio, *El positivismo...*, *op.cit.*, p. 59.

El juez encuentra en las tragedias y los mitos griegos ciertos elementos que justifican el homicidio: las argumentaciones que integran la sentencia atacan pero simultáneamente comprenden estas pasiones que se entrecruzan en la muerte de Aquilina. “En algún momento histórico de Europa”, sentenció Álvarez, la acción del acusado no hubiese sido valorada como un delito. “En Códigos vigentes todavía está exento de pena el que mata la hermana que encuentra yaciendo con un hombre que no es su marido. En el nuestro mismo, el hermano está autorizado para matar al seductor de su hermana menor que encuentra infragante.” La tragedia, depuración y victoria de la ley moral, *catharsis* aristotélica, interviene tutelarmente por encima de las facultades afectivas, colocando al acusado como un héroe épico.

A esta altura del relato, la pregunta que nos queda es cómo articuló Álvarez estas concepciones contradictorias en una sentencia que roza intereses públicos y privados, ideas e ideales del sentimiento amoroso, imágenes de los vínculos humanos, una clara proyección de las relaciones entre hombres y mujeres, y una específica funcionalidad del derecho penal. Este último aparece como la vindicta pública y, por ello, la tarea del juez debe ser mediar entre las personas involucradas más que aplicar llanamente la ley. En una oportunidad escribió que buena parte de los conflictos familiares se debían “a las miserias propias de la vida burguesa” y que poco podía hacer la justicia o el sistema judicial al respecto.²⁹ La doctrina iusnaturalista cobró aquí su deuda en un contexto histórico permeado por la hegemonía del derecho positivo, la consolidación del Estado nacional y de sus poderes, y la legitimación del aparato judicial como un sistema independiente pero, al mismo tiempo, como un ámbito dedicado en teoría a la aplicación lisa y llana de la ley proveniente de la voluntad del legislador. Serafin Álvarez no habló de costumbres ni de derecho consuetudinario ni de usos propios e inveterados de un pueblo (los ideales de la tradición historicista de Von Savigny), pero sí escribió sobre la equidad y la justicia metajurídica, y esta visión condicionó la sentencia que redactó en su juzgado al poco tiempo de morir Aquilina Vidal. Este fallo fue, evidentemente, de carácter constitutivo, no declarativo, con base en la ponderación de elementos externos y no considerados por la legislación positiva.

Puede intuirse que cuando el juez penetra en el mundo íntimo de Aquilina, opta por echar mano de la legislación. Si antes apelaba al consenso general y a la

²⁹ATPR, Libro del Juzgado de Sentencias, Jaime Pavía por homicidio de Luis Paz, 20/02/1896.

ofuscación (así como a los tabúes de incesto, a los mitos y prohibiciones típicos de las convenciones culturales griegas), logra evadirse de la zona del conflicto íntimo haciendo uso del Código Penal para salvaguardar la sentencia. Debilidad, necesidad de tutela y honra se unen para reconstruir las valoraciones de Serafín Álvarez que se reiteran en otras sentencias judiciales, específicamente en los infanticidios en los que resultaban acusadas invariablemente las mujeres.³⁰ La historia de Aquilina Vidal adquiere relevancia porque la imagen femenina construida socialmente deja paso a la alusión permanente a la posibilidad de las mujeres de salir de su “condición” socioeconómica y legal a través de la participación en el espacio laboral y educativo, así como literario. Uno de los argumentos doctrinales de Álvarez fue que la institución familiar no es de derecho natural, sino histórico.

¿Cuál habrá sido la imagen que de Aquilina se forjó el juez y cuánto habrá influido en su decisión judicial? suscribiendo el Magistrado el modelo de mujer pregonado por Jaime Vidal, se imponen nuevas miradas a su sentencia, aun mucho más compleja y contradictoria de lo que podría parecer, llegando incluso a la benignidad para con el acusado. El juez revaloriza el intento de “rebelión contra el orden social” llevado adelante por Aquilina; a pesar de ello, también entiende el rechazo de Jaime a los cambios de aquélla y a su postura frente al matrimonio. ¿Cómo congeniar esta ambivalencia del magistrado que se manifiesta cuando critica la obcecación y la ligereza de los hombres que rodeaban a la víctima, pero al mismo tiempo inscribe el homicidio en una costumbre social, en el derecho consuetudinario? En todo caso, en la valoración judicial previa a la condena no se trasluce temor por la “independencia” femenina, sino un conflicto latente, una clara inquietud del autor del fallo por fijar sus propios límites: hasta dónde llegar en su rechazo a la actitud del incoado, hasta cierto punto “comprensible”; hasta qué punto considerar su decisión homicida una “exageración” de la tutela y de la concepción acerca de la libertad femenina; cómo congeniar las costumbres masculinas imperantes en la sociedad argentina de fin de siglo con la respuesta de Jaime al “intento de rebelión contra el orden social” llevado adelante por Aquilina Vidal, como apuntó Álvarez en su Libro de Sentencias. Este es el punto nodal del documento, de aquí en adelante no tan “inocente” y objetivo como puede presumirse que debe ser la interpretación judicial. Una aparente benignidad se manifiesta en

³⁰ Gabriela Dalla Corte, “El discurso jurídico en una sentencia penal del novecientos”, *Revista Zona Franca*, núm. 2, Rosario, CEHM, UNR, 1993, pp. 21-23.

el rechazo del pedido fiscal de prisión perpetua para Vidal. ¿Qué hubiese ocurrido si el magistrado hubiese comprobado la “deshonra” de la víctima? O, a la inversa, ¿por qué el juez necesita afirmarse en la creencia de que Aquilina no mantuvo “relaciones sensuales” con Montero, liberándola así de responsabilidad plena en la actitud de su hermano? ¿Por qué, finalmente, la figura de Montero aparece tan desdibujada, no sólo en la sentencia, sino también en la prensa? La leve condena de seis años de prisión dictada contra Jaime Vidal fue justificada mediante otros argumentos. Al momento de condenar, el juez se confundió entre la “gente común” que, de acuerdo con su criterio, no hubiese podido ver con malos ojos la acción del homicida, aunque sí lo extremo de su actitud. Este hecho, que muchos podrían calificar de “anecdótico” por su singularidad, permite bosquejar el clima intelectual que rodeaba a Serafín Álvarez.

Reflexiones finales: doctrina y jurisprudencia para la historia jurídica

El derecho, en términos de administración de justicia y de organización de los poderes con y sin fuerza vinculante, es uno de los temas de mayor importancia en la actualidad. También se discute la urgencia de consolidar formas alternativas de hacer derecho y de aplicar las normas, como puede ser la imposición de la mediación en el terreno del derecho privado, el arbitraje y la conciliación. Con estos antecedentes, Álvarez pudo afrontar la discusión sobre el Estado, el derecho y la justicia porque fue un jurista que salió de su propio caparazón y que estrechó contacto con el resto de las ciencias sociales y, en especial, con la literatura. De esa manera, rechazó y abandonó el aislamiento esplendoroso en que pretendía mantenerse el propio derecho, y amplió los horizontes de la positividad en aras del debate en torno a uno de los fundamentos del ámbito jurídico: su papel como instrumento de control social. En conjunto, los manuscritos nos muestran a un autor seducido por la concepción de la función del derecho como instrumento de previsión, prevención y remedio, y no de coacción. Por ello la imagen que nos dejó acerca del papel que le toca desempeñar al jurista en las sociedades contemporáneas es la de un especialista creador de reglas y no un mero exégeta de la normatividad emergente de la codificación. El jurista, por ende, no surge de la pluma de este jurista español como un transmisor de reglas. Bobbio ha escrito que uno de los dogmas del positivismo jurídico ha sido que la fuente principal de dere-

cho en el Estado moderno es la ley, es decir, la norma general y abstracta formulada por un órgano delegado por la Constitución.³¹ Sin embargo, la producción jurídica extralegislativa es de tal envergadura que provoca una herida en este modelo cerrado y da la posibilidad de entender el derecho no como un sistema autosuficiente y completo de reglas del que es posible extraer la solución de toda controversia, sino como un universo interrelacionado con el sistema social, el cual muchas veces habilita la producción de soluciones y fallos “ilegales” o, al menos, no encuadrados en las normas y los tipos penales.

Hace algunos años Jack Goody propuso estudiar los medios y modos de comunicación, así como sus relaciones, considerando que la incidencia de la escritura tenía un lugar fundamental en la construcción de la sociedad. Criticaba Goody que cuando los científicos sociales se ocupan del derecho promulgado y codificado, a veces suponen que se trata de un segmento de acción social de tipo formal y técnico que debe ser dejado en manos de especialistas por su cientificidad.³² Es precisamente este reduccionismo el que he intentado desmontar por medio del análisis de los manuscritos de Álvarez, los cuales exudan las diversas fuentes de que se valió el juez durante la conflictiva época de la modernización estatal e ilustran la flexibilidad legal que persistió en los tiempos de la codificación y del estatalismo de finales del siglo XIX y principios del XX.

Un proceso judicial concreto muestra claramente la mezcla de ideas y creencias que dio forma a la práctica jurídica en Argentina en esta época. La utilización de una sentencia penal como fuente para la interpretación histórica permite comprender la historicidad de la acción judicial y la impronta de la subjetividad de los magistrados, pero también de la propia ley en un sistema de derecho positivo que suele ser imaginado como una estructura “pura” al mejor estilo kelseniano. Agnes Heller ha escrito que “en la práctica, las sentencias jurídicas nunca fueron depuradas de la particularidad, de las preferencias, de los juicios y de los prejuicios personales” de los jueces que interpretan el derecho.³³ Discutir estos problemas es importante con vistas a la configuración de la *Historia jurídica* que, en tanto

³¹ Norberto Bobbio, “La naturaleza de las cosas”, en Alfonso Ruiz Miguel (ed.), *Contribución*, 1980, pp. 225-238.

³² Jack Goody, “La letra de la ley”, *La lógica de la escritura y la organización de la sociedad*, Madrid, Alianza Universidad, 1990.

³³ Agnes Heller, *Sociología de la vida cotidiana*, Barcelona, Ediciones Península, 1977, p. 183.

ciencia de rupturas y continuidades, deje de considerar el derecho como un campo de expresión de la ley escrita o como un sistema autorreferenciado que manifiesta su lógica de manera interna.

Desde su actividad judicial, Serafín Álvarez intentó durante años destruir esta imagen centralizadora, monopólica y amenazante del poder. La segunda mitad del siglo XIX en que el jurisconsulto vivió fue un excepcional laboratorio para las construcciones jurídicas y los debates en torno al universo del derecho del que extrajo todos los frutos posibles. Fue un siglo caracterizado por la epopeya codificadora pero también por la emergencia de tendencias tan diversas como la de la Escuela Histórica alemana (una de las primeras que concibió una teoría no voluntarista del derecho), el hegemónico iuspositivismo y el vetusto pero vivaz iusnaturalismo (ambos fundados en la *voluntas*, del soberano o de Dios). Álvarez se movió en un clima de ideas, o en un mar de doctrinas, confuso pero rico en perspectivas, programas y proyectos, un tiempo que la centuria siguiente se encargó de difuminar al compás del predominio de nuevas disciplinas y nuevas preocupaciones. El siglo XX prefirió, de la mano del derecho positivo, al legislador y no al jurista y, al encerrar el derecho en la ley, el ideal de Álvarez no se vio cumplido. La ficción (para utilizar un término caro a Sir Henry Maine) de que el derecho, en forma misteriosa, “habla” por la boca del juez, primó por encima del principio de la creación del derecho por parte de los magistrados.