

Dimensión transatlántica de la iushistoria

*Actas de las XXVIII Jornadas de Historia
del Derecho Argentino*

VIVIANA KLUGER

MARÍA ANGÉLICA CORVA

AGUSTÍN PARISE

MARÍA ROSARIO POLOTTO —EDS.—



**DIMENSIÓN TRANSATLÁNTICA
DE LA IUSHISTORIA**

DIMENSIÓN TRANSATLÁNTICA DE LA IUSHISTORIA

**Actas de las XXVIII Jornadas
de Historia del Derecho Argentino**



Editorial de la Universidad Católica Argentina

Dimensión Transatlántica de la Iushistoria : Actas de las XXVIII Jornadas de Historia del Derecho Argentino / Viviana Kluger ... [et al.] ; editado por María Angélica Corva ; Agustín Parise ; María Rosario Polotto. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Educa, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-620-564-1

1. Derecho. 2. Historia. 3. Historia del Derecho. I. Kluger, Viviana. II. Corva, María Angélica, ed. III. Parise, Agustín, ed. IV. Polotto, María Rosario, ed.
CDD 340.0982



**EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
CATÓLICA ARGENTINA**

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)
Tel./Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar
Buenos Aires, febrero de 2023

ISBN: 978-987-620-564-1

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
DE HISTORIA DEL DERECHO**

COMISIÓN DIRECTIVA

Director	Ezequiel Abásolo
Vicedirectora 1 ^a	Viviana Kluger
Vicedirector 2 ^o	Luis María Caterina
Secretario	Gabriel Preci
Tesorera	Carmen Graciela Rodríguez López
Prosecretario	Claudio Cuellar
Protesorero	Armando Noguer
Vocal 1 ^o	Alejandro Agüero
Vocal 2 ^o	Agustín Parise

COMITÉ EDITOR

VIVIANA KLUGER
Presidenta

MARÍA ANGÉLICA CORVA
AGUSTÍN PARISE
MARÍA ROSARIO POLOTTO

PREFACIO

El 29 y 30 de octubre de 2021 tuvieron lugar las *XXVIII Jornadas de Historia del Derecho Argentino*, organizadas por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina y que contaron con el apoyo de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Las Jornadas se realizaron mediante la plataforma Zoom, atento la pandemia del COVID-19 que asoló a la toda la humanidad y que obligó a eliminar los encuentros presenciales.

La Comisión Directiva del Instituto resolvió que las Jornadas se celebraran en homenaje al Director Honorario del Instituto, Doctor José María Mariluz Urquijo (1921-2018). Insoslayable referente intelectual de la historiografía jurídica argentina desde mediados del siglo pasado y hasta su desaparición física en 2018, Mariluz Urquijo fue Maestro directo de muchos de los miembros del Instituto.

Tal como venía sucediendo desde 1967, casi medio centenar de especialistas de la materia se reunieron a fin de intercambiar ideas sobre investigaciones concluidas y en desarrollo, problemas metodológicos y enseñanza de la historia del derecho, desde una visión interdisciplinaria o desde nuevos enfoques. La plataforma Zoom facilitó la movilidad de investigadores, por lo que participaron estudiosos no solo de Argentina, sino también de Brasil, Cuba, España, Italia, México, Países Bajos, Paraguay y Perú.

Esta obra reúne veinte ponencias presentadas en las referidas Jornadas. Las contribuciones cubren un abanico de temáticas, algunas que giran alrededor de la figura de Mariluz Urquijo, mientras que otras cuestiones tales como las fuentes del derecho, la administración de justicia, la organización política y administrativa, el derecho constitucional, el derecho canónico y eclesiástico, el derecho penal, la criminología, el derecho laboral, la cuestión social y el pensamiento, y la literatura y la cultura jurídicas. Se trata de trabajos elaborados por investigadores formados y en formación, que se desempeñan en universidades e instituciones públicas y privadas de distintos puntos del globo, llevados adelante desde diversas perspec-

tivas, en los que la historia del derecho se cruza con la historia social. Ello como resultado de puentes que se vienen tendiendo desde hace varios años, a partir de la convicción –por parte de los iushistoriadores– de que la disciplina debe estudiarse teniendo en cuenta no solo lo que prescribía la norma sino los efectos de su aplicación, analizando no exclusivamente lo prescripto, sino atendiendo al contexto en el que las disposiciones se insertaron.

El volumen ofrece, en primer lugar, dos exposiciones que se refieren a la vida y obra de Mariluz Urquijo. Eduardo Martiré efectúa un recorrido por la carrera académica de Mariluz Urquijo, cuyo magisterio siguió durante casi medio siglo. José María Díaz Couselo, por su parte, introduce al lector en una semblanza personal, nacida del trato frecuente y admiración hacia su colega, que remonta a los inicios de la trayectoria de este historiador del derecho, pasando por sus aportes a distintas instituciones relacionadas con el desarrollo de la disciplina, y una mención general de su vasta obra.

El volumen se completa con dieciocho contribuciones sobre el variopinto elenco de temáticas mencionadas precedentemente.

La Escuela de Salamanca es abordada en el trabajo de Aldo Andrea Cassi. A través de una diversidad de fuentes, el autor indaga en los esfuerzos de los juristas y canonistas del *ius commune* y teólogos de la Escuela de Salamanca, en particular Francisco de Vitoria, a fin de precisar teóricamente la figura del tiranicidio.

Ana Brisa Oropeza Chávez presenta la figura del Padre Bernardo Boyl, quien participó en el otorgamiento de la bula *Piis Fidelium* por parte del Papa Alejandro VI, en la que se proporcionaron las directrices para la evangelización de las Indias, evento que puede considerarse como el antecedente normativo de la bula *Universalis Ecclesiae* y, por tanto, del Regio Patronato Indiano.

La administración de justicia es abordada por Gabriela Mitidieri y Rocío Rodríguez Mas. Mitidieri analiza un conjunto de expedientes del Tribunal de Comercio de la ciudad de Buenos Aires antes y después de la sanción del Código de 1859. Apunta a distinguir diferentes estrategias de mujeres trabajadoras que entablaron pleitos que buscaban obtener aquello que consideraban que les correspondía, lo que, según la autora, se construía de manera diferencial para las mujeres. Por su parte, en el contexto de implantación del Estado liberal en España durante el siglo XIX, Rodríguez Mas investiga la puesta en funcionamiento de la institución del jurado durante la experiencia democrática iniciada en 1868. La autora realiza un recorrido de los

antecedentes de la institución, para luego adentrarse en los debates teóricos que generó su implementación, detectando y analizando los argumentos relacionados con la justicia popular.

La administración política y administrativa es el tema central de la contribución de Aarón López Pérez. El autor pasa revista a los antecedentes históricos del Coprincipado de Andorra, para proporcionar los argumentos filosóficos del derecho que otorgaron, y que actualmente dotan de legitimidad a las investiduras estatales, así como a la particularización de los fundamentos filosóficos que sustentan la simultaneidad de una investidura terrenal y otra divina para el ejercicio del poder político estatal.

Las transformaciones geopolíticas en la región patagónica son estudiadas por María de Luján Ortiz con miras a definir el tipo de ciudadanía y derechos que gozaban sus habitantes. En este contexto, indaga específicamente en lo acontecido en Comodoro Rivadavia entre 1901 y 1957, para demostrar de qué manera el paso del Territorio Nacional de Chubut a provincia atravesó la vida de sus habitantes, hasta llegar a ser ciudadanos plenos.

El derecho constitucional se encuentra presente en la contribución de Patricio Javier López Díaz Valentín. El autor estudia la recepción del control de constitucionalidad en las constituciones mendocinas desde 1854. El aporte se focaliza en el articulado de la referida recepción, mirando asimismo a los principales actores que motivaron el cambio.

Tres trabajos se centran en el derecho penal y la criminología. A partir de casos judiciales resueltos durante la expedición de Hernando de Magallanes, Carlos Gabriel Rocca Mones Ruiz se adentra en la primera aplicación del derecho penal indiano en territorio ríoplatense. El autor profundiza en las razones del conflicto y los móviles de las conductas tipificadas como delictivas, para lograr demostrar si las sentencias impuestas por Magallanes se ajustaron a derecho. Joaquín Ignacio Mogaburu lleva al lector al siglo XIX, a través del estudio de los motivos expuestos por los senadores al discutir el aborto eugenésico en la Comisión de Códigos del Senado argentino. Al mismo tiempo, el autor confronta ese escenario con las ideas planteadas por Luis Jiménez de Asúa en su libro *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, publicado en 1918. Carmen Graciela Rodríguez López enfoca su pesquisa en la infancia excluida de los ámbitos de socialización y contención. A partir de publicaciones de referentes del ámbito político y científico,

entre fines del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX, la autora desentraña los debates y políticas generados desde el Estado para controlar lo que consideraban la infancia peligrosa y lograr la regeneración del niño y la armonía social.

El derecho laboral y la cuestión social encuentran acogida en tres contribuciones. Elisabet Velo i Fabregat introduce al lector en la materialización de los cambios generados por la Revolución Industrial. Estos permitieron que las obreras se ocuparan en un trabajo remunerado, con el único objetivo de complementar el salario del cónyuge, al tiempo que continuaban con el cuidado de sus hijos y personas dependientes. Según Velo i Fabregat, este proceso se observa en el trabajo a domicilio, donde la explotación de las obreras movilizó a los poderes públicos a implementar soluciones, que compara para Argentina y España. Otro estudio comparado de historia del derecho es el aporte de María Jesús Espuny Tomás, al referirse al derrotero de las leyes protectoras del trabajo de niños y mujeres, desde 1900 hasta 1924, en Argentina y España. La autora no se limita al estudio de los cuerpos normativos, sino que también explora la labor de los distintos actores a ambos lados del Atlántico. Luis María Caterina aborda la cuestión social. El autor apunta a buscar, en el universo heterogéneo que constituyó la encuesta elaborada por el Centro de Estudiantes de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires acerca de la “cuestión social” y la propuesta de soluciones, cuál era la importancia que se asignaba al derecho y cuáles eran las propuestas de renovación del ordenamiento jurídico que se formulaban.

Finalmente, cinco trabajos se centran en el pensamiento, literatura y cultura jurídicos. Viviana Kluger ofrece un estudio que rastrea la presencia de la emergente legislación comparada dentro de las elaboraciones doctrinarias incluidas en tesis doctorales. El estudio se focaliza en las presentadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con especial atención al derecho civil, durante la segunda mitad del siglo XIX, en las que los tesisistas recurrieron a la legislación comparada en diversas ocasiones, para elaborar sus líneas argumentales. Adrian Jesús Cabrera Bibilonia examina distintos estudios jurídicos cubanos de finales del siglo XIX que abordaron la figura del “tipo profesional” bajo la cual se pretendió analizar científicamente y buscar soluciones válidas al fenómeno del bandolerismo que azotaba ese país. Por su parte, y también centrándose en Cuba, Giselle Jordán Fernández investiga la

percolación de la función social de la propiedad en ese país durante la primera mitad del siglo XX. El estudio se concentra en la opinión de la doctrina en el marco de la constitución y el código civil. Héctor José Miguens trae a colación un ejemplo de circulación de ideas de derecho comparado desde la jurisprudencia del *Common Law* de Estados Unidos de América desde sus orígenes, recogida, estudiada y con el agregado de propuestas de sistematización o *de lege ferenda* para el derecho continental europeo, realizada en el trabajo de habilitación para la cátedra por el profesor alemán Rolf Serick presentada en la Universidad de Tubinga, en el curso 1952/1953. Por su parte, Ezequiel Abásolo, a partir del análisis del *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931* del Perú, demuestra que los argumentos argentinos ejercieron un papel considerable en la evolución de las discusiones constituyentes sobre la universidad y su eventual transformación en Perú. El autor considera la movilidad de estos argumentos como un ejemplo de circulación de ideas y experiencias jurídicas en América Latina a comienzos del siglo XX.

Un abanico de tópicos diversos se entrecruzan en este volumen y ofrecen una dimensión transatlántica a la iushistoria. Los miembros del Comité Editor anhelan que esta obra se transforme en un punto de partida para nuevas investigaciones.

Buenos Aires, 28 de febrero de 2023

Viviana Kluger
María Angélica Corva
Agustín Parise
María Rosario Polotto

ÍNDICE

Prefacio	11
Sobre las XXVIII Jornadas de Historia del Derecho Argentino ...	21
Sobre los editores	33

HOMENAJE A JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO

José María Mariluz Urquijo (1921-2018) EDUARDO MARTIRÉ	37
Reminiscencias del Maestro JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO	41

DERECHO CANÓNICO Y ECLESIAÍSTICO

Itinerari del tirannicidio dallo jus commune alla “Conquista” del “Nuevo Mundo” ALDO ANDREA CASSI	49
Fray Bernardo Boyl y la emisión de la bula <i>Piis Fidelium</i> : Análisis preliminar de la participación del primer vicario en América en la configuración del Regio Patronato Indiano ANA BRISA OROPEZA CHÁVEZ	73

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Mujeres trabajadoras ante el Tribunal de Comercio. Ciudad de Buenos Aires, 1850-1868	
GABRIELA MITIDIERI	97
Revolución democrática y Justicia popular	
ROCÍO RODRÍGUEZ MAS	119

ORGANIZACIÓN POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA

Las posturas iusfilosóficas que respaldan al coprincipado de Andorra en la constitución de 1993	
AARÓN LÓPEZ PÉREZ	137
Las transformaciones geopolíticas de Comodoro Rivadavia y los derechos de sus habitantes. De Territorio Nacional a Estado provincial (1901-1957)	
MARÍA DE LUJÁN ORTIZ	155

DERECHO CONSTITUCIONAL

El control de constitucionalidad en Mendoza: Un estudio jus-histórico desde la Constitución de 1854 hasta nuestros días	
PATRICIO JAVIER LÓPEZ DÍAZ-VALENTÍN	175

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

La justicia penal en la expedición de Magallanes (1520)	
CARLOS GABRIEL ROCCA MONES RUIZ	193
Algunas notas sobre el origen del “aborto eugenésico” en Argentina: la influencia sustancial pero no definitiva de Luis Jiménez de Asúa	
JOAQUÍN IGNACIO MOGABURU	215

- La clasificación criminológica de los delincuentes precoces:
informes médico-legales. Inicios del siglo XX
CARMEN GRACIELA RODRÍGUEZ LÓPEZ..... 237

DERECHO LABORAL Y CUESTIÓN SOCIAL

- La Ley de trabajo a domicilio de 1918: la inspiración argentina
ELISABET VELO I FABREGAT 273
- Legislación protectora de la mujer y del niño (1900-1924):
una perspectiva comparada España-Argentina
MARÍA JESÚS ESPUNY TOMÁS 289
- El derecho y la cuestión social: distintas miradas en la
Encuesta del Centro de Estudiantes de Ciencias Económicas
(Universidad de Buenos Aires, 1920)
LUIS MARÍA CATERINA..... 309

PENSAMIENTO, LITERATURA Y CULTURA JURÍDICA

- “Pidamos a la legislación comparada un poco de luz”.
La “legislación comparada” en las tesis doctorales presentadas
a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires
durante la segunda mitad del siglo XIX
VIVIANA KLUGER 329
- El *tipo profesional*. Estudios jurídicos sobre bandolerismo
a fines del siglo XIX en Cuba
ADRIAN J. CABRERA BIBILONIA 355
- La doctrina de la función social de la propiedad en Cuba:
origen y desarrollo
GISELLE JORDÁN FERNÁNDEZ 377

- Un ejemplo de circulación de ideas de derecho comparado desde Estados Unidos pasando por Europa hacia Latinoamérica. La obra de Rolf Serick respecto de la doctrina del “*Piercing the Corporate Veil*” en el derecho civil y comercial de principios del siglo XIX hasta la actualidad
HÉCTOR JOSÉ MIGUENS 399
- Un caso latinoamericano de circulación horizontal de ideas y de experiencias jurídicas. La reforma universitaria argentina en los debates del congreso constituyente peruano de 1931
EZEQUIEL ABÁSULO..... 419

**SOBRE LAS XXVIII JORNADAS DE HISTORIA
DEL DERECHO ARGENTINO**

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

29 y 30 de octubre de 2021

En homenaje al doctor José María Mariluz Urquijo
(1921-2018)



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO

Director Honorario José María Mariluz Urquijo †

COMISIÓN DIRECTIVA

Director	Ezequiel Abásolo
Vicedirectora 1 ^a	Viviana Kluger
Vicedirector 2 ^o	Luis María Caterina
Secretaria	Claudia Gabriela Somovilla
Prosecretario	Rubén Darío Salas
Tesorera	Carmen Graciela Rodríguez López
Protesorero	Sergio Angeli
Vocal	Elena Inés Sanjurjo de Driollet
Vocal	Alejandro Agüero

COMITÉ ORGANIZADOR DE LAS XXVIII JORNADAS

Presidenta	Viviana Kluger
Vocales	María Angélica Corva
	Ariel Eiris
	Agustín Parise
	María Rosario Polotto
	Gabriel Alejandro Preci

COMISIÓN EJECUTIVA LOCAL

Presidente	Armando Noguer
Vocales	Alejandro Domínguez Benavides Juan Bautista Fos Medina Gabriel Rocca Mones Ruiz Sandra Villa
Moderadores	Romina Zamora Esteban Llamosas Claudia Somovilla Agustín Parise Carmen G. Rodríguez López Alejandro Miguez Alejandro Domínguez Benavides Sandra Villa Raquel Bisio de Orlando Sandra Díaz de Zappia Alfredo de J. Flores
Secretarios	Gabriel Alejandro Preci Juan Bautista Fos Medina Gabriel Alejandro Preci Patricio Javier López Díaz Valentín Gabriela Mitidieri Fernando J. González Ana Brisa Oropeza Chávez Verónica Lescano Galardi María Eugenia Pizzul Joaquín Ignacio Mogaburu

PROGRAMA DE ACTIVIDADES

VIERNES 29 DE OCTUBRE

- 8:50-9:40 **ACTO DE APERTURA**
Palabras de bienvenida
Viviana Kluger. Vicedirectora del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
Pablo Garat. Decano Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina.
Homenaje a José María Mariluz Urquijo
José María Díaz Couselo: Reminiscencias del Maestro.
Eduardo Martiré: José María Mariluz Urquijo y la Historia del Derecho.
- 9:40-9:50 **PAUSA**
- 9:50-11:00 **PRIMERA SESIÓN**
MESA 1
Moderadora: Romina Zamora
Secretario: Gabriel A. Preci
La cuestión social y el derecho laboral
9:50-10:00: Elisabet Velo Fabregat: El proyecto de trabajo a domicilio español y la ley argentina de 1918: un ejercicio de Derecho Comparado.
10:00-10:10: María Jesús Espuny: Legislación social protectora de la mujer y del niño (1900-1924): una perspectiva comparada España-Argentina.

10:10-10:20: Luis María Caterina: El derecho y la cuestión social: distintas miradas en la Encuesta del Centro de Estudiantes de Ciencias Económicas (Universidad de Buenos Aires, 1920).

10:20-10:50: Debate

MESA 2

Moderador: Esteban Llamosas
Secretario: Juan B. Fos Medina

Fuentes del Derecho

9:50-10:00: Aldo Andrea Cassi: Itinerarios de tiranidismo desde el *jus commune* hasta la “Conquista” del “Nuevo Mundo”.

10:00-10:10: Claudio Raúl Cuellar: *Summum ius, summa iniuria* (Off. I, 10, 33) en el aforismo “el derecho extremo no es justicia” de Gustav Radbruch.

Derecho canónico y eclesiástico

10:10-10:20: Ana Brisa Oropeza Chávez: La bula *Piis Fidelium*: Una propuesta de análisis histórico-jurídico.

10:20-10:30: Sebastián Terráneo: Disertación sobre el gobierno eclesiástico (Anónimo, 1838).

10:30-11:00: Debate

11:00-11:30 PAUSA

11:30-12:50 SEGUNDA SESIÓN

MESA 1

Moderadora: Claudia Somovilla
Secretario: Gabriel A. Preci

Pensamiento, literatura y cultura jurídica (I)

11:30-11:40: Esteban Llamosas: La Constitución Provisoria para la Universidad de 1858: una relectura cordobesa del liberalismo constitucional.

11:40-11:50: María Agustina Duprat: Catecismo patriótico cristiano: derechos legítimos y principios políticos para conocimiento de los gauchos.

11:50-12:00: Giselle Jordán Fernández: La doctrina de la función social de la propiedad: origen y desarrollo.

12:00-12:30: Debate

MESA 2

Moderador: Agustín Parise

Secretario: Juan B. Fos Medina

Derecho Penal. Criminología (I)

11:30-11:40: Carmen Graciela Rodríguez López: La clasificación criminológica de los delincuentes precoces. Informes médicos legales. Fines del siglo XVIII inicios del XIX.

11:40-11:50: Carlos Gabriel Rocca Mones Ruiz: La Justicia Penal en la Expedición de Magallanes (1520).

Organización política y administrativa (I)

11:50-12:00: Aarón López Pérez: Herencia medieval en el actual Coprincipado de Andorra.

12:00-12:10: Raquel Bisio de Orlando: Fernando Fabro: un juicio inconcluso, paradigma de la administración de las temporalidades.

12:10-12:20: Herib Caballero Campos: Miguel Gregorio de Zamalloa, Teniente Letrado de la Provincia del Paraguay.

12:20-12:50: Debate

FIN DE LAS ACTIVIDADES MATUTINAS

18:00-19:10 TERCERA SESIÓN

MESA 1

Moderadora: Carmen G. Rodríguez López

Secretario: Patricio López Díaz-Valentín

Pensamiento, literatura y cultura jurídica (II)

18:00-18:10: Ariel Alberto Eiris: El jurista como escritor público. La redacción de El Independiente (1816-1817) a cargo de Pedro José Agrelo.

18:10-18:20: Santiago Bahamonde: El cristianismo en los orígenes del pensar ius filosófico en Cuba durante el siglo XIX.

18:20-18:30: Viviana Kluger: “Pidamos a la legislación comparada un poco de luz”. La “legislación comparada” en las tesis doctorales presentadas a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires durante la segunda mitad del siglo XIX.

18:30-18:40: Ezequiel Abásolo: Un caso de circulación horizontal latinoamericano de ideas y experiencias jurídicas: la reforma universitaria argentina en los debates del congreso constituyente peruano de 1931.

18:40-19:10: Debate

MESA 2

Moderador: Alejandro Míguez

Secretaria: Gabriela Mitidieri

Organización política y administrativa (II)

18:00-18:10: Alfredo de J. Flores: El Congreso Cisplatino de 1821 y la suerte de la antigua provincia Oriental: Una fecha sin mayores efemérides en la historiografía de Argentina, Uruguay y Brasil.

18:10-18:20: María de Luján Ortiz: Las transformaciones geopolíticas de Comodoro Rivadavia. De Territorio Nacional a Estado provincial (1901-1957).

18:20-18:30: Sandra Díaz de Zappia: Proyectismo y alcaldías de barrio: el caso de Tunja (siglos XVIII-XIX).

18:30-18:40: Claudia Gabriela Somovilla: Oro negro en Comodoro Rivadavia. Una mirada desde la Historia del Derecho.

18:40-19:10: Debate

19:10-19:30 PAUSA

19:30-20:40 CUARTA SESIÓN

MESA 1

Moderador: Alejandro Domínguez Benavides

Secretario: Fernando J. González

Enseñanza del Derecho

19:30-19:40: Alberto David Leiva: El Centro Estudiantes de Derecho y la Universidad de Buenos Aires en el Centenario (1910).

19:40-19:50: María Eugenia Pizzul: El carácter normativo de la carta en la práctica pedagógica universitaria: el caso de José Ortega y Gasset en el exilio argentino (1939-1942).

19:50-20:00: Ariel Engel Pessa: Educación jurídica y esclavitud en Brasil en el siglo XIX.

Constitución y codificación (I)

20:00-20:10: Luis Maximiliano Zarazaga: Mercado y Aguirre. Cámara constituyente 1957.

20:10-20:40 Debate

MESA 2

Moderadora: Sandra Villa

Secretaria: Ana Brisa Oropeza Chávez

Administración de justicia

19:30-19:40: María Angélica Corva: La organización del Poder Judicial provincial después de la federalización de Buenos Aires.

19:40-19:50: Rocío Rodríguez Mas: Un estudio acerca del Jurado.

19:50-20:00: Gabriela Mitidieri: Mujeres trabajadoras ante el Tribunal de Comercio. Ciudad de Buenos Aires, 1850-1868.

Derecho Penal. Criminología (II)

20:00-20:10: Joaquín Ignacio Mogaburu: Algunas notas sobre el origen del “aborto eugenésico” en

Argentina. Un aporte sustancial de Luis Jiménez de Asúa.

20:10-20:40: Debate

FIN DE LAS ACTIVIDADES DEL DÍA

SÁBADO 30 DE OCTUBRE

9:00-10:20 QUINTA SESIÓN

Moderadora: Raquel Bisio de Orlando

Secretaria: Verónica Lescano Galardi

Vida y obra de José María Mariluz Urquijo

9:00-9:10: José María Díaz Couselo: De historiador del arte a historiador del derecho.

9:10-9:20: Alejandro Alberto Domínguez Benavides: José María Mariluz Urquijo y las “técnicas remotas” del Derecho Administrativo Indiano.

9:20-9:30: Fernando Jesús González: Comentario de Mariluz Urquijo a F. X. Gmeiner. Aporte al análisis de una obra fundamental.

9:30-9:40: Agustín Parise: José María Mariluz Urquijo (1921-2018) y los paradigmas de la propiedad en las jurisdicciones civiles de América.

9:40-9:50: Alejandro Míguez: Releyendo al Maestro Mariluz Urquijo. Bases para un estudio jushistórico de la propiedad indígena en la Argentina.

9:50-10:20: Debate

10:20-10:40: PAUSA

10:40-12:00 SEXTA SESIÓN

MESA 1

Moderadora: Sandra Díaz de Zappia

Secretario: María Eugenia Pizzul

Constitución y codificación (II)

10:40-10:50: Romina Zamora y María Rosario Polotto: Arquetipos jurídicos como modelos de disci-

plina. “El buen padre de familia” en la codificación civil argentina y chilena (Siglo XIX).

10:50-11:00: Patricio Javier López Díaz Valentín: El control de Constitucionalidad en Mendoza. Un estudio jus- histórico desde la Constitución de 1854 hasta nuestros días.

11:00-11:10: Sandra Villa: Del Derecho rural al agrario: contexto socioeconómico que presionan al cambio.

11:10-11:20: Armando Mario Márquez: Una remisión a la Historia Constitucional Argentina en un destacado fallo reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

11:20-11:30: Gabriel Alejandro Preci: La poco conocida ley 8.325 como hito legislativo para resguardar la última frontera interna del texto constitucional de 1853.

11:30-12:00: Debate

MESA 2

Moderador: Alfredo de J. Flores

Secretario: Joaquín I. Mogaburu

Pensamiento, literatura y cultura jurídica (III)

10:40-10:50: Verónica Lescano Galardi: Mujeres y Derecho argentino: un reflejo en la dramaturgia de la década del 20.

10:50-11:00: Fernando Liendo Tagle: Los medios del Derecho y las disciplinas jurídicas: interrelaciones a lo largo del siglo XIX en España y experiencias comparadas. Fundamentos de una historia intelectual transnacional.

11:00-11:10: Héctor José Miguens: Un ejemplo de circulación de ideas de derecho comparado desde Estados Unidos pasando por Europa hacia Latinoamérica. La obra de Rolf Serick respecto de la doctrina del “Piercing the Corporate Veil” en el derecho civil y comercial de principios del siglo XIX hasta la actualidad.

11:10-11:20: Adrian Jesús Cabrera Bibilonia: “El tipo profesional”. Los estudios jurídicos en torno al bandolerismo a fines del siglo XIX en Cuba.

11:20-11:50: Debate

12:00-12:30 ACTO DE CLAUSURA

Palabras de cierre

Ezequiel Abásolo. Director del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

SOBRE LOS EDITORES

Viviana Kluger es doctora por la Universidad de Buenos Aires, en el área de Historia del Derecho. Profesora titular (catedrática) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Vicedecana y directora de la Carrera de Abogacía en la Universidad Abierta Interamericana (Argentina). Vicedirectora del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Argentina). Premio “Eduardo Prayones” a la mejor tesis doctoral (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1996).

María Angélica Corva es profesora y doctora en Historia por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Profesora protitular de Historia Política de América en la Facultad de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Perito historiador de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Miembro titular e investigadora del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Argentina). Autora del libro *Constituir el gobierno, afianzar la justicia. El Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*, distinguido con el Premio Academia Nacional de la Historia (Argentina).

Agustín Parise es doctor por la Universidad de Buenos Aires y por la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Profesor asociado en la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Secretario General de la International Association of Legal Science. Miembro asociado de la International Academy of Comparative Law. Editor de la Revista Comparative Legal History. Integrante de la Comisión Directiva del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Argentina).

María Rosario Polotto es doctora por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesora en la Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Argentina). Integra el Consejo Editorial de la Revista de Historia del Derecho. Miembro de la Red de Estudios Interdisciplinarios sobre la Propiedad y sus Derechos.

**HOMENAJE A JOSÉ MARÍA
MARILUZ URQUIJO**

JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO (1921-2018)

EDUARDO MARTIRÉ*

José María Mariluz Urquijo nació en Buenos Aires hace un siglo en 1921. Ha acertado la dirección del Instituto de poner estas jornadas en su homenaje, será uno de los homenajes que más podían gustarle, sin duda alguna, como que fue él uno de los fundadores del Instituto que las organiza y un asistente invariable a cada una de ellas desde entonces.

El maestro, permítaseme que así lo llame, no solo por haber sido de mí mismo y de muchos otros, algunos nos acompañan, otros ya se fueron. Su vocación histórica nació tempranamente. A los 22 años se recibió de abogado y a los 26 de Doctor en Jurisprudencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, con calificación de sobresaliente. El diario *La Nación* tituló la nota periodística que daba cuenta de su muerte: “José María Mariluz Urquijo: un historiador ejemplar de América” y no se equivocaba, pues la ejemplaridad fue su característica distintiva en este mundo.

Hizo sus estudios secundarios en el Nacional Buenos Aires, donde despuntó su preferencia por las disciplinas históricas y jurídicas, aunque estas últimas no fueran las más numerosas. Ya en la Facultad, al término de sus estudios de abogacía, estaba definida su vocación histórico-jurídica, que se inaugura con “Los matrimonios entre personas de diferente religión ante el derecho patrio argen-

* Miembro de número de la Academia Nacional de la Historia. Ex profesor titular (catedrático) de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Ex profesor titular (catedrático) del Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Museo Social Argentino. Ex vicedirector 1º del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

tino”, editado por el que fuera el antecedente del presente Instituto, que pasaría luego a llamarse Ricardo Levene y que canalizaba sus producciones en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de los que se hacían separatas (la de este trabajo es de 1948). Con este trabajo se inicia su larga y brillante labor escrita, que luego acumulará obras fundamentales, que en algunos casos aún no han sido superadas. Llama la atención hasta hoy su “Ensayo sobre los juicios de residencia indios”, que edita la Escuela de Estudios Hispano Americanos de Sevilla en 1952.

Puede decirse que los archivos, repositorios y bibliotecas de América española y España misma han tenido a Mariluz Urquijo como visitante obligado y que sin duda ha sabido interrogarlos con su profundo saber y su inigualable estilo.

Fue tempranamente miembro de número de la Academia Nacional de la Historia, formó parte del CONICET –Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Técnicas– de Argentina, donde culminó su carrera como investigador superior.

Su vocación de investigador estaba estrechamente unida a su pasión por la enseñanza. Fue durante algunos años profesor titular de Historia Económica en la Facultad de Ciencias Económicas de Buenos Aires y muchos más como titular de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de esa misma universidad. También ocupó la cátedra de doctorado de la Universidad del Salvador.

La Universidad de Buenos Aires le otorgó su más alta distinción al designarlo Profesor Honorario. Según sus estatutos, tal designación “extraordinaria” está solo reservada para las personalidades eminentes en el campo intelectual o artístico, ya sea del país o del extranjero, a quienes la Universidad quiere honrar especialmente.

La designación debe pasar las aguas de jordanes dificultosos por su propia naturaleza, sin embargo, en su caso el Consejo Directivo de la Facultad y el Consejo Superior de la Universidad dieron su voto unánime (art. 58 del Estatuto). Había ocurrido con ello algo extraordinario en nuestra querida patria, que a veces pasa, se había hecho justicia.

No es la primera vez que lo digo, pero creo que corresponde repetirlo en este homenaje:

Su saber erudito, su ejemplar obra escrita, su superior labor docente universitaria y su vida misma siempre dedicada a la investigación y la enseñanza nos lleva a considerar a Mariluz Urquijo como

la más alta autoridad en la historia del derecho, tanto en nuestro país como en el mundo científico que se ha ocupado de este tema.

Ha estado presente su magisterio en los teatros científicos de mayor importancia, en coloquios, cursos y disertaciones, como también en la dirección de las instituciones que se ocupan de la materia, en todas las cuales ha dejado su traza, como el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano que contribuyó a formar y del que fue, en 1992, su primer presidente electo por la asamblea, una vez que los fundadores Ávila Martel, de Chile, García-Gallo, de España, y Ricardo Zorraquín, de nuestro país, dejaron su conducción. Al término de su mandato, fue designado Presidente Honorario.

En nuestro país sucedió a Ricardo Zorraquín Becú, cuando falleció en 1995, en la Dirección de este Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, que habíamos creado al clausurarse arbitrariamente por las autoridades universitarias, en 1973, el Instituto Ricardo Levene donde todos nosotros trabajábamos. Al dejar, en 2001, la ejemplar conducción de este nuevo Instituto, también aquí fue nombrado Director Honorario.

Hace más de medio siglo, casi sesenta años desde entonces, que seguí su magisterio. Junto a semejante maestro se puede marchar por la vida con buen tino, un maestro en todo el más amplio sentido del término, maestro de la historia, maestro de la vida, modelo de honestidad intelectual y de vida virtuosa. Mariluz era un sabio que se dedicaba especialmente a la historia del derecho, pero a quien nada de la cultura le era ajeno.

Brindaba su inmenso caudal intelectual y su afectuosa amistad con una calidez especial, ponía su ciencia, y para qué decir, su estu-penda biblioteca, a disposición de quienes, como yo, buscábamos el texto preciso, a veces difícil de hallar, o el dato puntual, o la orientación correcta, y todos cuantos hemos recurrido al maestro y a su biblioteca hemos hallado la satisfacción de nuestros afanes, junto al consejo o las palabras a veces imprescindibles para afirmar o corregir el rumbo de nuestros trabajos. Hallábamos esas inigualables indicaciones, o consejos, y también sus correcciones, expresadas siempre amablemente, tal vez mejor sería decir afectuosamente, con su palabra paciente, a veces escrita con una caligrafía despareja, que debo confesar en ocasiones me costaba descifrar. Aún guardo algunas de esas anotaciones del maestro ¡tan oportunas!

Personalmente no solo yo me he beneficiado de todo ello, muchas veces fui el vehículo para que otros que no eran tan cercanos

al maestro tuviesen el privilegio de saber su opinión y gozar de la biblioteca famosa. La había formado, luego de muchos años junto a su querida mujer y también historiadora, la prestigiosa colega académica Daisy Rípodas Ardanaz. Cabe aquí una aclaración aunque muchos sin duda ya conocen, Mariluz Urquijo era en realidad él junto a su querida mujer, tan historiadora como él y tan dispuesta a ayudar como su marido. Nadie podrá nunca escindir esta pareja ilustre que se unió en las escalinatas de la Biblioteca Nacional de España en Madrid, el 5 de abril de 1956, de una vez y para siempre.

Además del maestro intelectual, José María, era el amigo mayor, cordial y afectuoso. Su apariencia adusta y sus rasgos de seriedad impertérrita hasta imaginarla hosca solo cubrían una personalidad de un hombre naturalmente bueno y justo, amable y ocurrente. De un fino humor que se advertía a cada paso. Sabía recibir bromas y hacerlas. Quienes de veras lo conocimos nunca olvidaremos esa conjunción de cualidades que lo hacían único.

La muerte de José María Mariluz Urquijo enluta a la intelectualidad argentina y universal.

REMINISCENCIAS DEL MAESTRO

JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO*

Estas reminiscencias constituyen algunos recuerdos de quien fue mi maestro desde mediados de la década del sesenta, cuyas fuentes son relatos suyos o de personas que tuvieron un trato frecuente con él y de diversas publicaciones.

En una de sus disertaciones nos dice que, antes de tener la edad para ir a la escuela, escuchó por primera vez “hablar de la Junta de Historia y Numismática y del ilustre historiador que la fundara”, es decir de Bartolomé Mitre, palabras expresadas por el doctor Jorge Echayde, “habitual contertulio” de su abuelo y miembro del grupo que dio origen a aquella corporación. Numismático que era Echayde, “fracasó en su porfiado intento” de hacer de nuestro recordado maestro un numismático, aunque este señala que quizá fue el responsable “de su afición a juntar vejeces; esas vejeces tal vez un poco absurdas pero que con su anacronismo disonante iluminan una época con tanta expresividad como los papeles de un archivo”¹. En este campo se destacó el maestro recordado, localizando libros antiguos y rescatando documentos de gran valor histórico.

Nos dice que “cree recordar, que sus primeros contactos con la historia se producen a los siete u ocho años por una doble vía”, una de ellas era Jorge Echayde, “quien no tuvo éxito en su intento

* Catedrático consulto, Universidad de Buenos Aires. Académico de número de la Academia Nacional de la Historia de la República Argentina. Ex vicepresidente del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina.

1. Mariluz Urquijo, José María, “‘Perfil del Virreinato entre dos siglos’. Discurso de incorporación a la Academia Nacional de la Historia como miembro de número, en la sesión pública de 8 de noviembre de 1960”, publicado en el Boletín de la Academia Nacional de la Historia, vol. XXXII (1961), pp. 87-100.

en inculcarle el gusto por la numismática, pero logró entusiasmarlo con el relato de alguno de sus hallazgos y hacerle compartir su satisfacción por haber rescatado algún curioso peinetón de los tallados por Masculino o la espada de algún guerrero”. La otra vía son los relatos de un tío suyo, que había participado de la última campaña de Aparicio Saravia, de quien “escuchaba ávidamente la narración de sus aventuras, de las agotadoras marchas a caballo por las cuchillas orientales, de los choques a lanza, del amargo sabor de la derrota después de la batalla de Masoller, del dolor por la muerte del caudillo”. Señala Mariluz Urquijo que este era el modo familiar de asomarse “a algunos aspectos de la historia rioplatense y de agudizar el deseo de saber algo más sobre ese mundo rural y semibárbaro, tan distinto de la realidad cotidiana que vivía”².

Confiesa que sus primeros escarceos serios en el campo de la historia fueron motivados por su interés por el arte de otras épocas, pues siendo aún estudiante inició las visitas al Archivo General de la Nación, guiado por los trabajos de Alejo González Garaño, en busca de los orígenes de la litografía en la Argentina, y a la hemeroteca de la Biblioteca Nacional, en procura de referencias sobre retratistas y grabadores de la época de Rosas. Resultado de esta última investigación es su publicación “Artistas poco conocidos de la época de Rosas”, aparecida en el Boletín del Instituto Bonaerense de Numismática y Antigüedades³. Apenas recibido, Emilio Ravignani publicó su primer artículo sobre los cuadros de un pintor cuzqueño conservados en Humahuaca, aparecido bajo el título “Los doce profetas de la iglesia de Humahuaca” en el Boletín de Investigaciones Históricas⁴.

Conocí a Mariluz Urquijo a mediados de la década del sesenta cuando me incorporé por concurso en la Facultad de Derecho (UBA) a una de las cátedras de la materia denominada entonces “Introducción al Derecho e Historia externa del Derecho Argentino”, cuya

2. Mariluz Urquijo, José María, “Disertación en la sesión privada del 13 de junio de 2000 con motivo del fallecimiento del Dr. Ricardo Zorraquín Becú”, en Boletín de la Academia Nacional de la Historia, vol. LXXII-LXXIII (1999-2000), pp. 259-261.

3. Mariluz Urquijo, José María, “Artistas poco conocidos de la época de Rosas”, en Boletín del Instituto Bonaerense de Numismática y Antigüedades, 3 (1952), pp. 83-90.

4. Mariluz Urquijo, José María, “Los doce profetas de la iglesia de Humahuaca”, en Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas, vol. XXIX (1947), pp. 129-138.

titularidad estaba vacante por la muerte de Ricardo Levene y se hallaba a cargo de los doctores Federico Torres Lacroze y Mario Carlos Belgrano. Fue por entonces que comencé a frecuentar el Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, que funcionaba en la Facultad y reunía a los especialistas más representativos de la iushistoria. Allí lo conocí y recibí sus primeras enseñanzas.

Tuve por suerte ser designado profesor adjunto en su cátedra de Historia del Derecho en 1976, creada poco antes, acompañándolo hasta que renunció para acogerse a su jubilación, constituyéndose desde aquel momento en mi maestro, a quien sucedí como titular de la cátedra y mantuve una feliz relación hasta poco antes de su fallecimiento, recibiendo sus lecciones como cuando, café de por medio, me transmitía sus conocimientos luego de tomar exámenes. Esta relación se acrecentó con un trato más frecuente no solo por acompañarlo en la cátedra, sino por las reuniones que celebramos en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, pues me hizo partícipe de varios proyectos de investigación de los cuales era director y de los encuentros que allí también teníamos relacionados con el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

Su actividad docente la continuó, luego de su retiro de profesor de grado en la Universidad de Buenos Aires, con cursos de posgrado, conferencias y reuniones de trabajo, participación en seminarios, jornadas y congresos, actividades llevadas a cabo en la Argentina, en la casi totalidad de los países americanos y en Europa, especialmente en España e Italia, ejerciendo la docencia superior en la Universidad del Salvador.

Fue uno de los miembros fundadores de dos de las más importantes asociaciones dedicadas a la historia del derecho. Una de ellas es el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano en 1966, cuyo Comité Ejecutivo presidió entre los años 1991 y 1998, siendo designado presidente honorario por la Asamblea celebrada en Toledo el 20 de octubre de 1998 por unanimidad de los miembros presentes. La otra es el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho en 1973, cuya Comisión Directiva integró desde entonces como vicedirector y a partir de 1993 como director, y al retirarse de las funciones ejecutivas en el 2001 por razones de salud, fue designado director honorario, por el voto unánime de los miembros presentes en la asamblea celebrada el 6 de diciembre de ese año.

Recibió distinciones por su labor académica entre las que destacamos el “Premio Internacional de Historia del Derecho Indiano

Ricardo Levene”, correspondiente a la mejor obra publicada durante el trienio 1973-1975 sobre Derecho Indiano, que el jurado consideró fue la edición y estudio preliminar del *Syntagma de las resoluciones prácticas cotidianas del Derecho del Real Patronazgo de las Indias* de Pedro Vicente Cañete⁵, en base al ejemplar conservado en la colección Mata Linares en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia de Madrid, siendo la primera edición del manuscrito del “Syntagma” a casi dos centurias de haber sido redactado.

A esa distinción agregamos su designación como miembro de honor del Instituto de Historia y Geografía del Uruguay, miembro emérito de la Junta de la Sociedad Argentina de Historiadores y de la Junta de Historia Eclesiástica Argentina, miembro del Consejo Honorario de la Fundación Nuestra Historia, el habersele otorgado el “Premio de la Fundación Konex de Historia” correspondiente al año 2004, su inclusión en la Biblioteca Virtual de Polígrafos por la Fundación Larramendi (España)⁶.

Fue un excelente polígrafo en el sentido de autor que ha escrito sobre diferentes materias, que es el que nos da el Diccionario de la Lengua Española, pero fundamentalmente por haber abierto desde su campo de acción, que fue la historia del derecho por influencia de Ricardo Levene desde temprano, una amplia visión de una determinada época o civilización, que abarca la formación de la Nación y del Estado en el Río de la Plata desde comienzos del siglo XVIII y hasta las primeras décadas del XIX, aunque a veces excedió ese límite, captando la profunda unidad que existió entre lo jurídico y otros aspectos culturales, como el económico, social, religioso, literario, educacional, filosófico, etc., que interactuaron para formar una comunidad.

Ello surge del análisis de sus trabajos, que superan largamente las doscientas obras, manifestadas en artículos en revistas especializadas, colaboraciones en obras colectivas, folletos y libros, cuya enumeración además de tediosa sería imposible hacer en esta nota⁷.

5. Mariluz Urquijo, José María, “Estudio preliminar” en Cañete, Pedro Vicente, *Syntagma de las resoluciones prácticas cotidianas del Real Patronazgo de las Indias* (Buenos Aires: Talleres Gráficos Mundial, 1973), pp. 7-111.

6. Se puede acceder al perfil del doctor José María Mariluz Urquijo: https://www.larramendi.es/es/consulta_aut/registro.do?control=FILEA20090029859.

7. Rípodas Ardanaz, Daisy, *Bibliografía (1947-2013) del Dr. José M. Mariluz Urquijo* (Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 2021): <https://repositorio.anh.org.ar/handle/anh/655>.

Con carácter solo enunciativo, para acreditar lo dicho, señalamos que trató temas relacionados con el conocimiento del derecho y las ideas jurídicas; la administración pública en Indias, su organización política y administrativa, los orígenes de la burocracia rioplatense, la Ordenanza de Intendentes, el agente de la administración pública en Indias, los juicios de residencia indianos, el sistema burocrático en el siglo XVIII, el escalafón administrativo y el saber profesional de los agentes de la administración pública en Indias, el Virreinato del Río de la Plata en la época del marqués de Avilés (1799-1801), el Diario de gastos del Virrey del Río de la Plata Marqués de Loreto (1783-1790) y la administración de justicia especialmente con relación a las Audiencias de Buenos Aires, la formación de las causas criminales y la causa de hacienda.

Además, se ocupó de la actividad comercial e industrial y de las instituciones relacionadas con ella, como ser las Compañías de Comercio, las sociedades anónimas y sociedades iberoamericanas, del Diputado del Consulado de Lima en Buenos Aires, la regulación del aprendizaje industrial y la supresión de fábricas en los Virreinos del Río de la Plata y del Perú. A ello agregamos sus trabajos sobre la propiedad y el régimen de la tierra en el derecho indiano, la Universidad española en el siglo XVIII, el matrimonio de los hijos de familia y de los de personas de diferente religión, la trata de esclavos y la valoración de las Bulas Alejandrinas en el siglo XVIII.

**DERECHO CANÓNICO
Y ECLESIAÍSTICO**

ITINERARI DEL TIRANNICIDIO DALLO JUS COMMUNE ALLA “CONQUISTA” DEL “NUEVO MUNDO”

ALDO ANDREA CASSI*

1. Il modello politico-giuridico del “cesaricidio” nel Medioevo

La mattina del 27 dicembre 1476 Galeazzo Maria Sforza, figlio di Francesco Sforza (primo duca di Milano) e Bianca Maria Visconti si recano alla chiesa milanese di Santo Stefano per la tradizionale cerimonia postnatalizia, seguito da un nutrito corteo di notabili e dignitari.

Giunto a metà della chiesa, tre giovani gli si avvicinano, uno dei quali chiede di potergli presentare una supplica per una certa questione con il vescovo di Como. Giunto davanti a Galeazzo, costui, Gian Andrea Lampugnani, sferra una pugnata all’inguine del duca, colpito poi da altri fendenti mortali. L’assassinio di Galeazzo Maria seguiva quello – ancora con similare esecuzione – di Giovanni Maria Visconti.

Le modalità dell’assassinio di Galeazzo Maria Sforza, dunque, richiamavano apertamente quelle del cesaricidio (la simulata petizione di grazia, la pugnata all’inguine), a riprova che quest’ultimo permaneva come «archetipo» della *legittima* soppressione del tiranno: infatti *Caesar iure caesus*: Cesare fu ucciso secondo il diritto¹.

* Profesor titular (catedrático) de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Brescia, Italia. Codirector de la revista *FundamentalRight.it-Rivista di Studi giuridici storici antropologici*. Miembro correspondiente del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina.

1. E’ la celebre sentenza di Svetonio. Sui profili giuridici del “cesaricidio” mi permetto di rinviare a Cassi, Aldo Andrea, *Uccidere il tiranno. Storia del tirannicidio*

Conservando tutte le ambiguità aggrumate intorno a quelle fatiche idi di marzo del 44 a.C.

Da un lato, infatti, il richiamo (auto)apologetico alle gesta di Bruto e Cassio appare una costante nelle cronache dei tirannicidi (fino oltre le soglie cronologiche del «medioevo»), d'altro canto, i due «cesaricidi» saranno consegnati a eterna condanna da Dante, che riserva loro la punizione più grave dell'Inferno (essi pendono con la testa fuori dalla bocca di Satana che li morde «a guisa di maciulla»), seconda solo a quella riservata a Giuda («che 'l capo a dentro e fuor le gambe mena» Cfr. *Inferno*, XXXIV, vv. 61-66); il che pose un problema esegetico già all'epoca. Da questo contrasto prende l'abbrivio il trattato *De tyranno* di Coluccio Salutati e la discussione *de jure communi* sulla *quaestio* alla quale esso è intitolato.

In effetti il «basso medioevo» presentava in abbondanza la «materia di discussione» su cui si esercitarono i migliori ingegni del tempo: esso infatti pullulava di «tiranni».

Letterati e giuristi lo dichiaravano apertamente; la deprecazione di Dante, messa in bocca a Sordello nel sesto canto del Purgatorio, «ché le città d'Italia tutte piene/son di tiranni»² sembra ricalcata nella frase che fa da cerniera tra due trattati sull'argomento scritti alla metà del Trecento dal più insigne giurista dell'epoca (e forse di tutti i tempi), Bartolo da Sassoferrato: «hodie Ytalia est tota plena tyrannis»³.

E se nei medesimi anni Francesco Petrarca in una epistola sferza l'Italia settentrionale quale terra di tiranni («tyrannide premitur»)⁴,

da Cesare a Gheddafi (Roma: Editrice Salerno, 2021), pp. 24-42, a cui pure rinvio per la discussione delle fonti e della bibliografia che non è possibile riportare nei limiti del presente contributo.

2. *Purgatorio*, VI, v. 125.

3. In chiusa al *De regimine civitatis* e in apertura al *De Tyranno* (composti tra il 1354 e il 1357) leggiamo «et quia hodie Ytalia est tota plena tyrannis, ideo de tyranno aliqua ad iuristaspectantia videamus». Cfr. in *Commentaria*, t. IX, Venezia, 1615, 153 v., ma si veda l'edizione del «trittico» bartoliano curata da Quagliani, Diego, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il De tyranno di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357). Con l'edizione critica dei trattati De Guelphis et Gebellinis, De regimine civitatis e De tyranno* [Il pensiero politico. Biblioteca, 11] (Firenze: 1983).

4. Nei capitoli dedicati alla tirannide dei suoi *De remedis utriusque fortunae libri duo*, che all'epoca ebbero larga diffusione, Petrarca è tanto deciso nel condannarla quanto sfumato nell'affermare la resistenza attiva contro il tiranno, evocata con la memoria della loro morte ad opera di uomini per ciò ricordati da eroi, come Armodio e Aristogitone.

già alcuni decenni prima un altro grande giurista, il canonista Giovanni d'Andrea, denunciava che il numero di tiranni costituiva addirittura una *constellatio*⁵. Ed ancora Giovanni Boccaccio e il celebre *doctor iuris* Luca da Penne.

Insomma, giuristi e letterati paiono allineati nella denuncia di una Italia in preda ad una moltitudine di tiranni, ed i secondi si affiancavano ai primi nel questionare *de tyranno*.

Questa sintonia ha una ulteriore ragion d'essere. L'umanesimo veicolava e amplificava il ruolo dei classici nella cultura tra Trecento e Quattrocento (i secoli di consolidamento delle Signorie sorte, spesso appunto tirannicamente, dai Comuni), e le diatribe e le argomentazioni relative a tirannia e tirannicidio richiamavano puntualmente, quali fonti di «auctoritates», gli autori greci e latini, dei quali gli umanisti si sentivano eredi e seguaci.

Ma anche la riflessione teologica medievale contribuì alla discussione sul tirannicidio.

La Chiesa continuò ad interrogarsi su una questione che appariva sempre più cruciale, in quanto andava a coinvolgere due punti centrali dell'edificio morale e politico-giuridico: il rispetto per la vita umana e quello per l'autorità costituita. Sotto questo secondo profilo l'*auctoritas* con la quale dovette confrontarsi tutto il pensiero politico-giuridico medievale resterà l'affermazione di san Paolo: «ogni potere discende da Dio e le autorità che esistono sono disposte da Dio» (Rm. 13, 1).

Non stupisce dunque che ad occuparsene sia stato Gregorio Magno, salito al soglio pontificio nel 590, ma la cui formazione giuridica (prima di ritirarsi a vita monastica ricoprì la carica di *praefectus urbi*) gli forniva l'attrezzatura concettuale per coniugare guida spirituale delle anime e regolamentazione normativa della Chiesa, a tal punto da essere qualificato come «consul Dei»⁶.

5. "Tyranos autem (quibus in Italia constellatio nunc favet) includi non puto"; cfr. *Clementis V Constitutiones* (Lugduni: 1613), coll. 239-240.

6. Su questo pontefice e le sue 800 lettere pervenuteci cfr. Padoa Schioppa, Antonio, *Grégoire le Grand dans son rôle de juge*, in *Mélanges em l'Honneur d'Anne Lefebvre-Teillard* (Paris: 2009), pp. 801-812; cfr. anche Taranto, Domenico, *I rischi della praelatio. Potere e male nel pensiero di Gregorio Magno*, in *Idem, Storia e critica della politica*, a cura di G. Carletti (Soveria Mannelli: Rubbettino, 2012), pp. 21-36.

Gregorio Magno, riprendendo alcuni spunti agostiniani⁷, considerava il tiranno uno strumento della provvidenza divina tramite il quale venivano punite le colpe di un popolo. Giustificata in chiave provvidenziale l'esistenza storica della tirannia, egli tuttavia precisa che il tiranno è colui che regna al di fuori del diritto (*non iure*)⁸.

Questo riferimento eminentemente giuridico, assieme all'ambivalenza terminologica che si è rilevata, venne rilanciato e amplificato dall'opera enciclopedica più diffusa del tempo: le *Etymologiae* di Isidoro di Siviglia (560?-636), destinate a divenire l'imprescindibile punto di riferimento della cultura medievale. Nell'espone l'etimologia del termine *tyrannus*, il vescovo di Siviglia ne attestava una originaria accezione greca non negativa, assimilabile al nome latino di *rex*, cui successivamente (*postea*) invalse la connotazione negativa⁹.

Isidoro allega in merito l'*auctoritas* nientemeno che del «poeta ufficiale» dell'imperoromano augusteo, quel Virgilio che, attraverso le parole di Latino, assegna ad Enea l'appellativo di *tyrannus*: «un pegno di pace sarà per me aver stretto la destra al tiranno»¹⁰.

Tale ambivalenza, già affiorante in Agostino¹¹ e rilanciata dal vescovo di Siviglia, attraverserà la storia fino al «punto di non ritorno» in età moderna la ritroveremo nel giurista canonista, anch'egli vescovo, Ugucione da Pisa (+1210), il quale nella sua opera lessicografica ricalca alla lettera la formulazione isidorea¹², immettendola nel circuito del linguaggio e del disputare giuridico.

L'impostazione assunta dalla Chiesa, connotata da una matrice giuridica, mi pare decisiva perché, mantenuta e coltivata dall'*intel-*

7. Cfr. *De libero arbitrio*, I, 6, 14.

8. «Proprie enim tyrannus dicitur qui in communi republica non iure principatur»; Gregorio I, *Moralia in Iob*, lib. XII, c. 38 (cfr. *Corpus Christianorum. Series Latina*, vol. 143, Turnhout 1979, p. 654).

9. «Tyranni Graece dicuntur. Idem Latine reges [...] Iam postea in usum accidit tyrannos vocari pessimos atque inprobes reges, luxuriosae dominationis cupiditatem et crudelissimam dominationem in populis exercentes»; cfr. Isidoro di Siviglia, *Etymologiae*, III, 19.

10. «Pars mihi pacis erit dextram tetigisse tyranni»; Eneide, VII, 266.

11. Cfr. *De civitate Dei*, V, 19.

12. «Sed postea in usum accidit tyrannos vocari pessimos atque inprobes reges, luxuriosae dominationis cupiditatem et crudelissimam dominationem in populis exercentes»; cfr. Ugucione da Pisa, *Derivationes*, ed. a cura di E. Cecchini, 2 voll. (Firenze: 2004), p. 1225. L'attribuzione del testo all'Ugucione giurista non è unanime; ai fini del nostro discorso rileva la circolazione a sei secoli di distanza dell'impostazione altomedievale.

lighenzia ecclesiastica, costituirà da un lato il punto di leva della delegittimazione del sovrano che si ponga *contra legem* e dall'altro la premessa alla sua eliminazione (politica, ma anche fisica) in nome del diritto (*iure*, come Cesare che fu *iure caesus*).

Questa dinamica concettuale sembra decisamente rafforzarsi con Gregorio VII. Nel suo celebre *Dictatus papae* egli afferma che il papa può sciogliere i sudditi dal giuramento di fedeltà all'imperatore¹³. Si trattava di un colpo durissimo all'edificio istituzionale europeo che nell'XI secolo si andava edificando in nome della *renovatio imperii*, con evidenti ricadute concettuali (e morali) anche sul tema che ci occupa. Anche il monaco Manegoldo di Lautenbach, nel suo *Liber ad Gebehardum* del 1085 scritto in funzione anti-imperiale a favore della deposizione di Enrico IV, giungeva ad affermare lo scioglimento dell'obbligo di *fidelitas* al sovrano nel caso questi si comporti tirannicamente, ma prescindendo dalle prerogative papali. La delegittimazione del tiranno non proviene (soltanto) «dall'alto», ovvero dalla pronuncia pontificia sanzionata nel *Dictatus papae*, ma anche «dal basso», dai sudditi, i quali non sono più legati all'imperatore che abbia volto in *tyrannidem* il proprio governo, poiché il popolo è liberato dal vincolo di soggezione (“*ab eius dominio et subiectione liberum*”) nell'ipotesi che il re abbia infranto il patto con il quale è stato costituito sovrano (“*pactum, pro quo constitutus est*”)¹⁴.

Sarà tuttavia nel secolo successivo che il tirannicidio troverà una esplicita e argomentata giustificazione, ad opera di Giovanni di Salisbury (ca. 1115-1180). Il suo *Policraticus*, testo complesso per architettura, uso delle fonti e argomentazioni disseminate in *loci* diversi, rappresenta uno degli snodi principali del pensiero politico medievale. Tuttavia tale opera, pur maturata nel concitato contesto politico inglese dell'epoca (venne terminato nel 1159) di cui Gio-

13. Vedi la proposizione XXVII: «quod a fidelitate iniquorum subiectos postest absolvere» (in *Dictatus papae*, in *Registrum epistolarum*, ed. Caspar, in *Monumenta Germaniae Historica, Epistole selectae in usum scholarum*, München 1978, I, p. 208).

14. Cfr. *Manegoldi ad Gebehardum liber*, in *Monumenta Germaniae Historica, Libelli de lite*, ed. K. Francke, t. I, cap. XXIX (Hannover: 1891-1897), p. 365. Per la ricostruzione che Manegoldo fa della deposizione dell'imperatore Maurizio compiuta dai soldati a fronte della «passività» di Gregorio Magno si veda Fiocchi, Claudio, *Il tiranno nel pensiero politico altomedievale* (Bergamo: Lubrina, 2004), pp. 28-30.

vanni fece le spese, resterà un punto di riferimento anche nei secoli successivi¹⁵.

Vi si richiama innanzitutto la distinzione (agostiniana e isidoriana) tra il tiranno e il buon sovrano, individuata nel rispetto da parte di questi per la legge e per il popolo da ben governare¹⁶, accettando la tradizionale concezione «provvidenziale», per cui la tirannide è lo strumento con cui vengono puniti i popoli¹⁷; nel capitolo XVII il tiranno assume una connotazione diabolica («Luciferianae pravitatis imago»), in quanto egli, come Lucifero, pretende di essere simile a Dio quanto al potere, ma non nella bontà. Il re combatte a favore delle leggi e della libertà del popolo, mentre il tiranno agisce in senso contrario; pertanto, se il principe deve essere amato, come immagine di Dio, il tiranno per la maggior parte dei casi deve essere ucciso (“*plerumque occidendus*”)¹⁸. Giovanni ribadisce in altri passi del *Policraticus* che il tirannicidio è *giusto, onorabile* e financo un vero atto di pietà¹⁹.

La tirannia è assimilata da Giovanni, se non considerata ancor più grave, al nefando *crimen lesae maiestatis*²⁰, il cui esecutore si autopone al di fuori della dimensione civile (cioè fuori dalla *civitas*, intesa non solo come città/polis ma anche come civiltà) e pertanto

15. Le citazioni nel testo sono tratte da *Ioannis Saresberiensis episcopi carnotensis Policratici sive de nugis curialium et vestigiis philosophorum libri VIII* [d’ora in poi *Policraticus*], ed. critica a cura di C.C. Webb (Oxford: Clarendon Press, 1909). Una parziale traduzione italiana si può leggere in Giovanni di Salisbury, *Policraticus: l’uomo di governo nel pensiero medievale*, a cura di L. Bianchi e P. Feltrin (Milano: Jaca Book, 1984).

16. «Est ergo tyranni et principis haec differentia sola vel maxima, quod hic legi obtemperat et eius arbitrio populum regit cuius se credit ministrum»; *Policraticus*, ed. cit., lib. IV, cap. I, t. 1, p. 235.

17. Vedi, Agostino, *De civitate Dei*, XI, 18. Cfr. anche Giovanni di Salisbury, *Policraticus*, lib. VIII, cap. 18.

18. “*Imago deitatis princeps amandus est; tyrannus, pravitatis imago, plerumque etiam occidendus*”; ivi, lib. VIII, cap. XVII, t. II, p. 345.

19. Cfr. *Policraticus*, lib. VIII, cap. 20.

20. “*Si enim crimen maiestatis omnes persecutores admittit, quanto magis illud quod legis premit, quae ipsis debent imperatoribus imperare*”; *Policraticus*, lib. III, cap. 15, t. I, p. 233.

Sul delitto di lesa maestà vedasi il classico ed imprescindibile studio di Sbriccoli, Mario, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna* (Milano: Giuffrè, 1974).

può legittimamente essere ucciso²¹. Anzi, *deve* essere ucciso: se la giustizia consta nel non nuocere e nell'impedire, per un dovere di umanità (*ex officio humanitatis*) che altri lo facciano, il non impedirlo costituisce ingiustizia²².

Giovanni di Salisbury si preoccupa di precisare, in altri passi dell'opera, che il tirannicidio deve costituire l'*extrema ratio*, quando non sia possibile esperire metodi per correggerne il comportamento²³, e raccomanda di ricorrere innanzitutto alla preghiera²⁴. Tuttavia i passi del *Policraticus* in cui Giovanni afferma e argomenta la liceità del tirannicidio seguirono la fortuna della sua complessiva opera e ampliarono la trattazione della questione, inserendola in una dimensione non solo teologica – quale poteva essere ancora in Agostino, e Gregorio Magno – ma anche politico-giuridica.

Vi sono altri profili del pensiero politico di Giovanni di Salisbury che hanno ricadute sulla questione *de tiranno*²⁵ su cui non possiamo soffermarci, per dare spazio alla posizione *in argomento* del gigante del pensiero teologico (e non solo) medievale.

Tommaso d'Aquino (1225-1274), come è noto, approntò con la sua *Summa Theologiae* una poderosa piattaforma concettuale dalle

21. Sul (negato) statuto giuridico di chi con il proprio comportamento delittuoso si poneva *extra civitatem* mi permetterei di rinviare a Cassi, Aldo Andrea, *Il segno di Caino e i 'figliuoli di Bruto'. I banditi nella (dalla) civitas dell'Italia comunale e signorile tra prassi statutaria e scientia juris*, in *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, a cura di A. A. Cassi (Rubbettino: 2013), pp. 79 ss.

22. “*In eo autem maxime constat iustitia, si non noceas et ex officio humanitatis prohibeas nocentes. Cum vero noces, accedis ad iniuriam. Cum nocentes non impedis, iniustitiae famularis*”; *Policraticus*, lib. IV, cap 12, t. I, p. 276.

23. “*Si tamen aliter coherceri non poterat*”; *Policraticus*, lib. VIII, cap. 18, p. 364.

24. Ivi, cap. 20, p. 378.

25. Il *Policraticus* presenta una concezione del «corpo politico» (cfr. spec. lib. VIII, c. 17, t. II), ripresa nei secoli successivi, dalla quale, a giudizio di certa storiografia, scaturisce la legittimazione dell'azione delle «membra del corpo» nei confronti del «capo». Sulla tematica del «corpo politico» si vedano, in diverse prospettive, il classico saggio di Kantorowicz, Ernst Hartwig *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, ed. it. (Torino: Einaudi, 1989); Hartnell, Jack, *Corpi medievali. La vita, la morte e l'arte*, ed. it. (Torino: Einaudi, 2019).

cui fundamenta prevalentemente aristoteliche venne innalzata la cattedrale della «filosofia cristiana» della c.d. Scolastica²⁶.

Tuttavia va precisato che la *Politica* di Aristotele venne tradotta in latino, e quindi inserita nel circuito culturale europeo, da Guglielmo di Moerbeke soltanto intorno al 1260. Tommaso aveva già scritto, verso il 1255, il suo *Commento alle Sentenze di Pietro Lombardo*, nel quale affronta la *vexata quaestio* della lettera paolina «chi si oppone all'autorità resiste all'ordine di Dio» (Rm.13,2). Resta ferma in Tommaso la tradizionale posizione del dovere di obbedienza, eccetto il caso in cui il sovrano o il diavolo (forse un'eco della «luciferianae pravitatis imago» di Giovanni da Salisbury?) ordinassero un comportamento contrario alla legge divine, poiché «il cristiano deve obbedire all'autorità (*praelatio*) che viene da Dio e non a quella che da Dio non è»²⁷. Procedendo nell'argomentazione, Tommaso distingue tra l'autorità e la persona che vi è preposta, escludendo che possa essere legittima la resistenza a cagione della indegnità di quest'ultima, in quanto le qualità personali non incidono sull'autorità istituita per volontà divina. Diverso è il caso in cui l'autorità sia stata acquisita impropriamente, ad esempio con la violenza. In tale ipotesi, secondo Tommaso si è in presenza di una illegittimità *ab origine* dell'autorità, che a rigore, in questa specifica ipotesi, nemmeno sussiste, non è tale, in quanto la persona l'ha usurpata e sarà lecito respingere (*repellere*) il suo *dominium*²⁸.

Nel caso vi sia stata usurpazione violenta e non sia possibile rivolgersi ad una autorità superiore, chi ucciderà il tiranno per liberare

26. Weisheipl, James, *Tommaso d'Aquinio. Vita, pensiero, opere* (Torino: Jaca Book, 1987), spec. § *Tommaso e l'agostinismo scolastico*, pp. 289 ss.; per la potente ripresa del suo sistema teologico, filosofico e morale, in senso conforme o critico (quindi, in ogni caso, assumendo il 'tomismo' a interlocutore del dibattito scientifico), cfr. almeno Villey, Michel, *La formazione del pensiero giuridico moderno* (Milano: Jaca Book, 2007), spec. § *La restaurazione del tomismo*, pp. 297 ss. e § *L'infedeltà al tomismo*, pp. 304 ss.

27. Cfr. *S. Thomae Aquinatis Opera Omnia, I. In quattuor Libros Sententiarum*, a cura di R. Busa (Stuttgart: 1980), lib. II, dist. XLIV, q. 2, a. 2, p. 256/ii: «Et ideo secundum hoc quod a deo est, obedire talibus christianus tenetur, non autem secundum quod a deo praelatio non est».

28. Ivi: «qui enim per violentiam dominium surripit non efficitur vere prelatum vel dominum; et ideo cum facultas adest, potest aliquis tale dominium repellere».

la patria – afferma il *doctor angelicus* che sul punto significativamente richiama Cicerone – “sarà degno di lode e di premio”²⁹.

Tommaso distingue dall’ipotesi dell’usurpazione violenta dell’autorità quella relativa al suo abuso da parte di chi governa. Anche l’*abusus praelationis* libera i sudditi dal vincolo dell’obbedienza, ed anzi ne richiede la disobbedienza. Tuttavia quest’ultima si connota in una mera «resistenza passiva» (Tommaso evoca in proposito la morte subita dai martiri per aver disobbedito ai tiranni persecutori)³⁰.

Questa distinzione – con cui Tommaso sembra prefigurare la famosa classificazione formulata da lì a pochi decenni dal grande giurista Bartolo, che vedremo *infra* – pone il focus della questione sull’usurpazione, la cui sussistenza esclude la sussistenza di una legittima autorità: Tommaso pare implicitamente accedere in tal modo ad un approccio «giuridico», che implica le relative valutazioni e verifiche dell’investitura, del carattere violento della presa del potere, delle condizioni che legittimano. D’altro canto, resta fermo il principio che l’autorità, in quanto tale, è voluta da Dio e che pertanto essa, in via di principio, obbliga i sudditi all’obbedienza anche in caso di suo cattivo uso: al contempo, dunque, Tommaso mantiene anche un approccio «teologico».

Egli tornerà sulla questione della tirannia nel *De Regno* (o *De regimine principum*, dedicato al re di Cipro e concluso probabilmente nel 1268)³¹, la cui stesura risentì della lettura della *Politica* aristotelica, comparsa, come si è detto, intorno al 1260.

29. «... Tullis [Cicero] loquitur in casu illu quando aliquis dominium sibi per violentiam surripit ...et quando non est recursus ad superiorem... tunc enim qui ad liberationem patriae tyrannum occidit, laudatur, et praeium accipit»; ivi, *ad Sum dicendum*, p. 256/iii.

30. «Etiam tenetur non obedire sicut sancti martyres mortem passi sunt ne impiis tyrannorum obedirent».

L’*abusus praelationis* a sua volta ricorre in due casi: quando chi governa (*praelatus*) ordina un comportamento contrario alla ragione stessa per cui è istituita l’autorità, minandone l’autoconservazione, e quando egli stabilisca leggi su materie che eccedono i limiti della propria autorità («ad quod ordo praelationis non se extendat»).

31. Cfr. *De Regimine principum Ad Regem Cypr et De Regimine Juaeorum ad Ducissam Brabantiae. Politica Opuscola Duoi*, a cura di J. Mathis (Torino: Marietti, 1924).

Al netto delle discussioni storiografiche circa il suo effettivo impatto sul pensiero politico coevo³², l'opera mise a tema nel maturo medioevo l'assetto costituzionale dei governi (le loro «forme») e le dinamiche che ne comportano la degenerazione. La tirannia, dopo le sulfuree immagini di Giovanni di Salisbury, è ora osservata «a freddo» come risultato del meccanismo degenerativo di una forma di governo (prevalentemente la monarchia, ma anche l'oligarchia e la democrazia possono trasformarsi in tirannide)³³ a cagione di specifiche dinamiche, nel solco dell'impostazione classificatoria aristotelica³⁴.

Dallo Stagirita e dalla sua *Politica* Tommaso riprende anche l'analisi degli stratagemmi a cui ricorrono i tiranni per mantenere il loro potere: nasce così una «casistica», destinata a futura fortuna, che permette di aggiungere specifici profili comportamentali all'identikit del tiranno. Ciò che caratterizza sostanzialmente quest'ultimo, ad ogni modo, è ancora una volta l'usurpazione nel momento genetico, del suo potere, e il perseguimento del proprio utile anziché del bene comune (*bonum commune*)³⁵ nell'esercizio del proprio governo. Un simile governante, nota Tommaso, non durerà a lungo: egli non potrà essere amato dal popolo, che al contrario lo odierà, ne riconoscerà la *iniustitia*, lo avverserà e si schiererà dalla parte del rivoluzionario (*insurgens*)³⁶. Tuttavia il *doctor angelicus* pone determinati limiti alla legittimità della violenza nei confronti del tiranno, anche quando gli eccessi del suo comportamento siano intollerabili («si sit intolerabilis excessus tyrannidis»). Sebbene in simili ipotesi vi siano stati esempi, anche nell'Antico Testamento, di uomini che per liberarne il popolo hanno ucciso il tiranno, Tommaso mette in guardia dalla valutazione soggettiva di ciò che «sembra» a costoro (*quibusdam visum fuit*); in base a un tale presupposto privato (*ex huiusmodi praesumptione*), avverte il domenicano, si rischierebbe

32. Cfr. ancora profittevolmente Lambertini, Roberto, *Lo studio e la recezione della Politica tra XIII e XIV secolo*, in *Il pensiero politico. Idee, teorie, dottrine*, v. I, a cura di C. Dolcini, *Età antica e medioevo* (Torino: Utet, 1999), pp. 144-173; si veda inoltre Fioravanti, Gianfranco, *La Politica aristotelica nel Medioevo: linee di una ricezione* in *Rivista di Storia della Filosofia*, fasc. 1/1997, pp. 17 ss.

33. Cfr. *De Regimine principum*, c. 1, pp. 3-4.

34. Cfr. Aristotele, *Politica*, IV, 10, 1295a-b.

35. Cfr. per es. *De Regimine principum*, c. 5 p. 8.

36. Ivi, c. 10, p. 16.

più probabilmente che i sudditi perdano un re buono piuttosto che un tiranno³⁷.

A questo punto della trattazione il domenicano, da un lato articola una serie di ipotesi teoriche, che corrispondono tuttavia a precise circostanze politico-istituzionali dell'epoca, da tenere in considerazione al fine di valutare la tipologia delle legittime resistenze contro il tiranno, e, dall'altro, invita a considerare una casistica empirica (durata e il grado dell'oppressione, probabilità di successo) per valutarne l'opportunità.

Se si tratta di una comunità che abbia il diritto di scegliersi il governante (come potrebbe essere il caso del libero comune), essa ben potrà disfarsene; se invece la fonte del suo potere deriva da una *auctoritas* superiore (esempio classico: papa o imperatore), sarà a quest'ultima che la comunità dovrà appellarsi – e notiamo che la terminologia è chiaramente giuridica: *ad jus alicuius superioris*. Nella terza ipotesi considerata, «se contro il tiranno non si può avere alcun aiuto umano», Tommaso argomenta (un po' frettolosamente, in una sola pagina) che non vi sia altro rimedio che rivolgersi al Dio stesso, il quale «regnare facit hominem hypocritam propter peccata populi»³⁸, recuperando in tal modo il concetto della tirannide come strumento provvidenziale di punizione.

Nella *Summa* Tommaso osserva che “il regime tirannico non è giusto poiché non è ordinato al bene comune ma a quello personale di chi governa ... perciò scuotere tale regime non è sedizione, a meno che non si turbi talmente tale regime da procurare al popolo un danno maggiore di quello sofferto per il regime tirannico”³⁹.

Abattere il tiranno è dunque lecito, ma nel duplice limite in cui il suo governo “*non est iustum*” perchè “*non ordinatur ad bonum commune*” e l'azione sovversiva non sia rimedio peggiore (“*maius detrimentum*”) del male arrecato al popolo.

Quest'ultimo, il suo bene, è dunque per Tommaso il riferimento alla luce del quale valutare, evidentemente volta per volta, caso per caso, la legittimità alla resistenza attiva contro il tiranno. Naturalmente gli storici della (filosofia della) politica tuttora discutono su cosa debba intendersi per «populus» nel contesto, storico e concet-

37. Ivi, c. 6, p. 8-9.

38. E' il passo veterotestamentario (Giobbe, 34,30) riportato da Tommaso in *De Regimine principum*, c. 6 p. 10.

39. *Secunda secundae, quaestio 42, articulus 2, ad tertium.*

tuale, tomista⁴⁰; qui possiamo quanto meno ritenere che il riferimento al *bonum commune* non limiti il riferimento ad una «parte sociale», ma indichi nel popolo l'intera *civitas*, ovvero la *polis* e dunque l'intera comunità⁴¹.

Ciò che più rileva è il fatto che, attraverso un percorso più marcato e scoperto rispetto a quello precedente, con Tommaso la tirannia entra in tal modo, mediante il lessico aristotelico, in una dimensione eminentemente politica, e non più prevalentemente religiosa o morale.

D'altro canto, come si è rilevato, le pagine di Tommaso segnano al contempo un tracciato che, proseguendo lungo alcuni riferimenti già presenti (papa Gregorio, Giovanni da Salisbury), dirige la questione della tirannia e del tirannicidio in territorio eminentemente giuridico.

Un ulteriore tornante compiuto nella direzione di «giuridicizzare» la lotta al tiranno risulta rinvenibile in Marsilio da Padova e in Guglielmo da Ockham.

Marsilio nel suo celebre *Defensor Pacis* (1324) affronta la questione della reazione al sovrano ingiusto affidando il delicato e cruciale compito di perseguire il governante ingiusto al legislatore o quantomeno ad un soggetto da questi delegato⁴²: si rinvia in tal modo la questione verso una soluzione eminentemente «legalistica», attribuendone la cognizione all'istituzione legislativa. Una intuizione che conoscerà ulteriori sviluppi. L'evocazione di un soggetto investito *imperio legis* ad esercitare la resistenza attiva contro il tiranno è riscontrabile, pur lungo tutt'altro itinerario argomentativo, nei *Breviloquia de principatu Tyrannico* nel filosofo e teologo inglese

40. Anche in forza della circostanza che vede affermazioni non concordanti all'interno dell'opera di Tommaso (cfr. ad esempio, per il commento tomista all'*Etica Nicomachea* di Aristotele, Passerin D'Entrèves, Alessandro, *Il valore del pensiero politico di S. Tommaso* in Idem, *Scritti politici*, Milano: Massimo, 1985, pp. 16 ss.) D'altro canto i *loci* che, in una prospettiva *ex post* sistematica, appaiono contraddittori, nella prospettiva del prudenziale vaglio empirico assunta da Tommaso ne divengono *exempla*.

41. Il riferimento al «bene comune» è ricorrente nei testi giuridici e politici coevi e successivi: per una sicura messa a fuoco di «un concetto scomparso dai lessici contemporanei» si veda Cappellini, Paolo, *Storie di concetti giuridici* (Torino: Giappichelli, 2010), pp. 39-48.

42. *Defensor Pacis*, a cura di R. Scholtz (Hannover-Leipzig, 1932-1933), I, cap. 18, 1-3, pp. 121 ss.

Guglielmo da Ockham⁴³. Questi, pur conducendo la trattazione *de tyranno* nel solco della tradizione provvidenzialistica cristiana (la tirannide è strumento della punizione divina per i peccati del popolo)⁴⁴, con una scelta inedita (finora nessuno l'aveva mai scritto), riferisce il termine *tyrannus* allo stesso pontefice⁴⁵. Del resto il linguaggio da teologico si fa sempre più giuridico, fino ad arrivare ai grandi giuristi italiani.

Bartolo da Sassoferrato (1313-1357), forse il più famoso e autorevole giurista dello *ius commune* medievale (titolo che si contende con l'allievo Baldo degli Ubaldi), nella sua prolifica e monumentale produzione giuridica affrontò anche la questione della tirannia.

Né poteva essere altrimenti, nel caso del giurista che formulò la celebre invettiva «hodie Ytalia est tota plena tyrannis», riecheggiando quella pronunciata da Dante. E lo fece da par suo.

Il suo trattato *De tyranno*⁴⁶ formula una articolata e precisa (come allora i giuristi sapevano fare) messa a punto del concetto di tirannide, destinata a costituire un punto di riferimento giuridico tuttora valido per impostare la questione *sub specie juris*. Bartolo infatti distingue quattro categorie di tirannia, sviluppando la distinzione in base a un duplice criterio: sotto il profilo, potremmo dire, «fenomenico», la tirannia può essere manifesta o velata⁴⁷. Dal punto di vista «genealogico», essa si divide in tirannia *ex defectu tituli*, quando chi governa difetta all'origine di un legittimo titolo per esercitare il governo, e, quindi, è un usurpatore, e in *tirannia ex parte exercitii*, quando egli acquista il potere mediante un titolo legittimo, ma lo esercita attraverso abusi e atti che eccedono il proprio potere.

43. Cfr. *Breviloquia de principatu Tyrannico* ed. a cura di R. Scholtz in *Wilhelm von Ockham als politischer Denker und sein Breviloquium de principatu Tyrannico*, MGH (*Monumenta Germaniae Historica*), *Schriften VIII* (Stuttgart: Hiersemann Verlag, 1952).

44. Ockham, in *Breviloquium*, lib. III, cap. 4 (ed. cit. pp. 118-119), riprende Agostino, *De civitate Dei*, V, 19.

45. Ivi, lib. I, cap. 5: «Papa ergo si de investigatione huiusmodi irritatur, merito est suspectus habendus, quod tyrannizare proponit» (ed. cit. p. 45).

46. Editto in Quagliioni, Diego, *Politica e diritto nel Trecento italiano*, pp. 147-170.

47. Cfr. la *quaestio XII* del *Tractatus: Duodecimo quero de tyranno tacito et velato*.

Al giurista Bartolo interessava soprattutto la questione dell'efficacia giuridica degli atti compiuti dal tiranno una volta che sia stato ristabilito il legittimo governo.

Sul punto, egli tiene a ribadire che nel caso di tirannia *ex defectu tituli*, poiché il potere esercitato era mancante *ab origine* di un legittimo titolo, tutti gli atti compiuti dal tiranno sono radicalmente nulli e inefficaci. In linea di principio, dunque, il diritto precede il dato di fatto politico: quand'anche si trattasse dell'imperatore, il suo potere, se è acquisito *non iure*, non può superare gli inderogabili limiti stabiliti dallo *ius*. In una Italia (e in una Europa) «tota plena tyrannis» affermare, con i raffinati strumenti della *scientia juris*⁴⁸, la precedenza del dettato giuridico rappresenta una delle molte gemme (pressochè nascoste) della straordinaria età medievale.

La distinzione tra le due forme di tirannide (per dirla in parole semplici, usurpazione del potere o suo abuso) presenta una ricaduta anche sul piano della resistenza attiva al tiranno, questione che Bartolo maneggia con cautela.

Se il tiranno è tale *ex defectu tituli*, in quanto sostanzialmente usurpatore, compie un crimine di «lesa maestà» (*crimen maiestatis*) nei confronti della suprema *auctoritas*, la quale, nella concezione bartoliana, è rappresentata dall'Impero o dal Pontefice; egli sarà pertanto soggetto alla *lex Julia maiestatis* di diritto romano⁴⁹, voluta da Augusto per punire le offese o le minacce alla sua persona (e quindi, nell'elaborazione dei *doctores juris*, applicabile a tutela dell'istituzione imperiale o pontificia).

Poichè tale legge prevedeva la pena di morte, Bartolo implicitamente indica quale esito potrebbe avere la destituzione del potere tirannico. Se quest'ultimo è invece *ex parte exercitii*, gli abusi commessi, spiega Bartolo, saranno puniti dalla *lex Julia de vi publica*⁵⁰, che reprime gli atti arbitrari commessi dai pubblici funzionari, nella cui categoria può farsi rientrare il tiranno *ex parte exercitii*, in quanto egli detiene effettivamente il proprio *officium*, in base a un legittimo titolo autoritativo. Le pene nei suoi confronti, dunque, non potranno essergli comminate se non da chi gli è *superior*, cioè, ancora una volta, l'Imperatore o il Papa. Bartolo, insomma, come anche il suo

48. Bartolo commenta *in puncto quo* la glossa di Accursio alla *lex Decernimus*, C. *De sacrosanctis ecclesiis* (Codex, 1, 2, 16).

49. Cfr. *Cod.* 9, 8; *Dig.* 48, 4.

50. Cfr. *Cod.* 9, 12; *Dig.* 48, 6.

allievo Baldo, ragiona entro i confini concettuali del Sacro Romano Impero e del suo modello gerarchico-piramidale⁵¹.

Egli fino a questo punto, come abbiamo notato, si è mantenuto su una linea assai prudente per quanto concerne la resistenza attiva⁵².

E' in un altro suo trattato, il *De guelphis et ghibellinis*, il cui titolo appalesa le condizioni di continua belligeranza tra fazioni che dilaniava all'epoca il suolo italico, che Bartolo approfondisce, pur sempre in termini tecnico-giuridici, il diritto di resistenza attivo nei confronti del tiranno. Esso si può legittimamente attivare quando non vi sia altra possibilità di ricorrere ad una *auctoritas superior* e soltanto se l'azione ribelle è volta a restaurare il precedente *status civitatis*, e non per sostituire il tiranno rovesciato con una nuova tirannide.

Bartolo in proposito richiama l'opinione di Tommaso secondo cui la rivolta non deve estrinsecarsi in un danno maggiore di quello provocato dal tiranno.

Il cerchio si chiude: s. Tommaso, che diede il nome a quel «pensiero tomista» che costituirà le fondamenta di dottrine teologiche, ontologiche, etiche e giuridiche fino al XX secolo, e Bartolo, dal quale scaturì il «bartolismo» come metodo giuridico nell'età del diritto comune⁵³, sembrano rispecchiarsi nell'invito a discernere le

51. Baldo vi appare forse ancor più legato: pur considerando legittima la resistenza al sovrano ingiusto, sia *de jure gentium* (secondo quello che oggi chiamiamo il diritto internazionale) sia in base al principio per cui è lecito resistere con la forza alla forza del reo (*vim vi repellere licet*), e qualificando *de facto* lecito il suo allontanamento, ritiene che ciò non costituisca una deposizione del sovrano, il quale resta il legittimo *superior* dei sudditi: «quia subditi non possunt derogari iuri superioris, unde licet de facto expellant, tamen superior non amitti dignitatem suam»; cfr. *Commentaria*, ed. Lyon 1585, f. 11.v. e anche *Consilia*, V, 135.

52. Ben più esplicito sarà un decennio dopo un altro grande giurista, Luca da Penne, che nel suo *Commento agli ultimi tre libri del Codice giustiniano* dichiara che la «legge giusta» non può mai essere derogata dal sovrano, nemmeno in nome del mantenimento dell'ordine, giacchè oltre alla pace e alla sicurezza vi è la libertà che è stata data all'uomo da Dio stesso. Il tiranno pertanto si pone *extra ordinem*, diventa un nemico pubblico la cui soppressione anche fisica non solo è lecita e giusta «*porro tyrannum occidere non modo licitum sed aequum et iustum est*». Il salutato aveva salutato con pieno favore l'assassinio del tiranno Bernabò Visconti per mano del nipote Gian Galeazzo (cfr. la lettera scritta ad Andreolo Arese, in Salutati, Coluccio, *Il trattato «De tyranno» e lettere scelte*, a cura di F. Ercole, Bologna: 1942, pp. 121-127).

53. Si veda la classica voce di Calasso, Francesco, *Bartolismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, V (Milano: Giuffrè, 1959), *ad vocem*, pp. 71-74.

singole concrete situazioni storiche nell'individuare il tiranno e legittimarne la caduta (anche violenta).

Un famoso caso storico diede ulteriore impulso alla apologetica del "cesaricidio".

A Firenze la notte del 6 gennaio 1537, Alessandro de' Medici veniva infilzato dalla spada di Lorenzino (altrimenti chiamato Lorenzaccio) de' Medici⁵⁴. Il ritorno dei Medici a Firenze dopo l'esperienza repubblicana segnò un periodo di dura repressione, che ebbe l'effetto di rinsaldare l'attività antimedicca dei fuoriusciti.

Riprendendo la distinzione bartoliana, rilanciata a Firenze dal Salutati, tra tiranno *ex defectu tituli* e *ex parte exercitii*, egli sostiene e argomenta che Alessandro de' Medici lo fu sotto entrambi gli aspetti. Carlo V, infatti, non avrebbe potuto – secondo il tirannicida – costituirlo principe in base ai capitoli del 1530, in quanto questi interdicevano il ritorno dei Medici, mentre il governo di Alessandro era tirannico anche nelle modalità del suo esercizio, "talchè fussi stato più legittimo principe che non è il re di Francia, la sua vita dissoluta, la sua crudeltà l'arebbon fatto tiranno".

L'*Apologia*, del resto, evoca Nerone, Caligola e una lunga galleria di «cesari», alludendo indirettamente a sé come a «Bruto liberatore». Un'allusione che è invece diretta e iconicamente spettacolare nella medaglia che Lorenzino fece coniare all'incisore Giovanni da Cavino, dove egli appare in abito romano e in cui la scritta *VIII idus Januarii* (idi di gennaio, corrispondenti al 6 gennaio) tra i due pugnali riprende palesemente il celebre denario di Bruto⁵⁵.

La effigie di Bruto continua dunque in pieno XVI secolo ad essere il suggello della lotta al tiranno in nome delle libertà repubblicane, e l'*Apologia* di Lorenzino, anche grazie alla sua abile cifra retorica – in virtù della quale Leopardi ne annovererà l'autore «tra i due soli eloquenti del cinquecento» assieme al Tasso⁵⁶ – ne rappre-

54. I particolari dell'azione tirannicida di Lorenzino sono riferiti da Varchi, Benedetto, *Storia fiorentina*, a cura di Arbib, Firenze, Società delle storie del Nardi e del Varchi, 1834-1844, t. III, che asserisce di conoscerla «avendola udita e da Lorenzo stesso ... e da Scoronconcolo [il servitore e complice di Lorenzino]», p. 231.

55. Quest'ultimo, fatto coniare da Bruto nel 42 a. C., con l'indicazione *EID MAR* (idi di marzo) e i due pugnali, è descritto da Cassio Dione, *Storia Romana*, lib. XLVII, 25.3.

56. Leopardi, Giacomo, *Zibaldone*, n. 61 (cfr. ed. G. Leopardi, *Zibaldone di pensieri*, Torino: Einaudi, 1977, p. 96).

senta una «fase mediatica» di forte impatto negli ambienti rinascimentali italiani, veicolando al contempo i profili giuridici che essa accoglieva (l'impostazione bartoliana; il diritto/dovere di resistenza attiva anche in capo al singolo; l'efficacia esimente degli *exempla* storici).

2. La Riforma luterana, le “guerre di religione” e la Controriforma”. Ugonotti, gesuiti e domenicani “monarcomachi”

Nel 1531, l'anno successivo alla fondazione della Lega di Smalcalda che riuniva città e principi riformati in funzione anti-imperiale, Lutero metteva nero su bianco l'opportunità di scindere teologia e diritto sulla questione della resistenza attiva al sovrano, e la possibilità di optare per i dettami del secondo: “Io sono teologo, non giurista. Come teologo se sono consultato sulla liceità della resistenza a Cesare debbo rispondere negativamente. Ma qualora vi siano dei giuristi i quali reputano che simile resistenza è autorizzata dalla legge, io non posso fare altro che permettere ad essi di far uso delle proprie leggi; per mio conto non giudico la legge: me ne rimango imperturbabile nel dominio della mia teologia”⁵⁷.

Dopo la deposizione di Maria Stuarda il regno di Scozia nominalmente (di fatto vi furono numerosi reggenti) passò al figlio Giacomo VI (poi, succeduto a Elisabetta I nel 1603, Giacomo I d'Inghilterra), ancora infante. Per lui si decise un'educazione religiosa riformata e il ruolo di precettore fu ricoperto dall'umanista, poeta e storico scozzese George Buchanan⁵⁸, il quale dedicò al giovane discente il suo famoso *Dialogus de iure regni* pubblicato nel 1579, che ebbe diverse edizioni e fu accolto con favore dai protestanti in quanto improntato all'ideale religioso presbiteriano, ma condannato dal parlamento nel 1584.

57. Si può leggere in Lutero, Martin, *Scritti politici*, a cura di Firpo, Luigi (Torino: 1949), pp. 542 ss.

58. Pochi mesi dopo l'assassinio di Lord Darnley, padre di Giacomo VI e marito di Maria Stuart, la regina sposò Bothwell ma questi, sospettato di essere l'autore del delitto fuggì, e la Maria Stuart fu costretta all'abdicazione regina. Buchanan fece parte della commissione incaricata di indagare sull'assassinio di Darnley.

Le pagine di Buchanan sollevarono la reazione di un altro scozzese, William Barclay, le cui contro-argomentazioni non si discostavano da quelle consolidate nella libellistica filo-assolutistica.

De regno et regali potestate, adversus Buchananum, Brutum, Bucherium et reliquos Monarchomachos fu pubblicato a Parigi nel 1600.

Il termine «monarcomachi» coniato da Barclay nel suo trattato⁵⁹, volto a stigmatizzare coloro che asserivano la legittimità di una guerra («machia») al monarca, ebbe larga fortuna, e finì per indicare i sostenitori, sia di parte protestante (soprattutto ugonotti francesi) sia di fede cattolica (in particolare i gesuiti di Salamanca), del diritto di “resistenza attiva” contro i sovrani “tiranni e nemici della fede” che si fronteggiarono nella sanguinaria “notte di san Bartolomeo”, all’origine della intricata ‘guerra dei tre Enrichi’ (1585-1589).

Il baricentro del dibattito, sempre più infuocato, sul tirannicidio e sulle condizioni alle quali esso fosse lecito, si spostava dunque in Francia.

François Hotman (1525-1590), storico, giurista e umanista francese, è noto agli storici del diritto per l’acre polemica nei confronti della *scientia juris* italiana («mos italicus»), rea a suo giudizio di aver deturpato, con glosse e commenti «impuri», il patrimonio giuridico della romanità classica, già peraltro corrotto dagli stessi artefici del Corpus Iuris Civilis, l’imperatore Giustiniano che lo commissionò e lo «stultus» giurista Triboniano che lo realizzò (il titolo del suo corrosivo *pamphlet*, l’*Antitribonianus* del 1567, annuncia il programma mantenuto nel testo). Tuttavia Hotman ci interessa qui come esponente del «ramo francese» del movimento monarcomaco, a cui diede un robusto contributo con il suo *Francogallia, sive Tractatus de regimine regum Galliae et de jure successionis*, pubblicato a Ginevra nel 1573, all’indomani della notte di san Bartolomeo (l’eccidio viene condannato anche nel suo *De furoribus gallicis* del medesimo anno).

La reazione alla Riforma sprigionò straordinarie energie intellettuali; grandi protagonisti del fermento morale e del fervore culturale sollecitati dal Concilio tridentino furono la Compagnia di Gesù e la *Escuela* di Salamanca.

59. Il *De regno et regali potestate, adversus Buchananum, Brutum, Bucherium et reliquos Monarchomachos* fu pubblicato a Parigi nel 1600, mentre il *De potestate summi pontificis in rebus temporalibus*, dedicato alla confutazione delle tesi, soprattutto gesuite, sulla supremazia del potere spirituale, e quindi papale, venne edito postumo nel 1612.

Come esponente della prima, nei limiti del presente contributo, possiamo evocarne l'epigono: Francisco Suárez.

Quando il governo assume i connotati di una tirannide (che Suárez sostanzialmente distingue ancora nelle due categorie di Bartolo, nonostante in alcuni passaggi sembri proporre una identificazione), il sovrano viene meno al patto sul quale egli fonda la propria *potestas*, e decade dalla propria funzione e qualifica; quando non vi sia altro modo per fermarlo, come *extrema ratio* il suo assassinio diviene lecito⁶⁰. Vige sempre la condizione che l'eliminazione del tiranno non sia effettuata dal singolo, bensì venga disposta dal corpo politico, quale soggetto istituzionale sovraordinato al titolare della sovranità, mediante i magistrati⁶¹. E tuttavia, nel tipico *modus argumentandi* «casistico» della trattatistica seicentesca, Suarez ammette che anche il singolo suddito posso uccidere il tiranno quando ne vada della propria vita, purchè (eccezione dell'eccezione) tale atto non comporti gravi disordini politici⁶².

Ma, come è noto, ad essere assai più esplicito fu un altro gesuita: Juan de Mariana. Egli afferma fuori da ogni dubbio che, di fronte al persistere del comportamento tirannico del sovrano anche dopo averlo richiamato all'osservanza dei propri doveri regali, se il Principe rifiutasse il rimedio e “fosse chiaro a tutti che non resta altra via di salvezza”, è data un'unica opzione possibile, ed anzi doverosa: “si dovrà giungere fino ad uccidere il Principe, ormai dichiarato nemico pubblico [...] Sarà data facoltà di eseguire l'atto a qualsiasi privato che, gettata ogni speranza di salvezza e senza riguardo alla propria incolumità, voglia assumersi personalmente l'onere dell'impresa per il bene dello Stato”⁶³.

60. *Defensio fidei*, lib. IV, cap. IV, 7; nel medesimo senso anche *De Legibus*, lib. III, cap. X, 7, dove si riconosce che «il tiranno è un aggressore che compie una guerra ingiusta», saldando la riflessione *de tyranno* con quella non meno complessa che Suárez dedica alla questione del *bellum iustum* (cfr. F. Suárez, *Sulla guerra*, a cura di Cassi, Aldo Andrea, Quodlibet, 2017). In entrambi i passi citati il *doctor eximius* sembra considerare l'ipotesi del *tyrannus in tituli* (usurpatore).

61. Cfr. *De iuramento Fidelitatis* edizione critica con testo a fronte e traduzione spagnola a cura di Pereña, Luciano (Madrid: 1978), pp. 67-74.

62. *Defensio fidei*, lib. VI, cap. VI, 7.

63. Mariana, Juan de, *De Rege*. “*Principem publicum hostem declaratum ferro perimere*”; “*Eademque facultas esto cuicumque privato, qui spe impunitatis abjecta, salute in conatum servandi rempublicam ingredi voluerit*”, Libro I, Cap. VI. 76.

3. La *Escuela de Salamanca* e il *quintus titulus* di Francisco de Vitoria. Lo *jus ad bellum* contro i tiranni del Nuovo Mondo

Anche l'altro versante della *intelligenza* controriformista cattolica, la Scuola di Salamanca, presenta interessanti posizioni sulla questione del tirannicidio, con tutte le cautele che è opportuno assumere accostandoci a questa straordinaria fucina di “teologi-giuristi”. In effetti a tutt'oggi ci si chiede legittimamente *Che cosa è la Scuola di Salamanca*⁶⁴, e *recentissime* si è proposto un ulteriore nuovo approccio che ne problematizza la configurazione epistemologica e la possibilità di una definizione unitaria, a partire dalla stessa identificazione di chi ne fossero gli autori⁶⁵.

Non meno problematica è la messa a fuoco storiografica del suo fondatore, Francisco de Vitoria (?1483-1546), circa il quale si registra il consolidarsi di una vera e propria *vulgata* storiografica, che ne fa non solo il fondatore del diritto internazionale, ma anche l'ideatore dell'Onu, il precursore dei diritti umani, della loro costituzionalizzazione e della moderna democrazia, il rivoluzionario antesignano, insomma, di molte delle nuove frontiere del diritto moderno e contemporaneo⁶⁶.

Grande protagonista del dibattito giuridico sulla *Conquista* del Nuovo Mondo, egli indicava tra i legittimi *tituli* di quest'ultima ad opera della Corona di Castiglia la tirannide dei sovrani indigeni, e perfino le loro «leggi tiranniche» a danno dei sudditi innocenti, anche qualora – si noti – costoro non richiedessero aiuto esterni: “*alius titulus posset esse propter tyrannidem vel ipsorum dominorum apud barbaros vel etiam propter leges tyrannicas in iniuriam innocentium*”⁶⁷.

64. Cfr. *¿Qué es la Escuela de Salamanca?* (a cura di S. Langella e R. Ramis-Barceló) (Madrid-Porto: 2021), con ulteriori indicazioni bibliografiche.

65. Cfr. il volume collettaneo *The School of Salamanca: A Case of Global Knowledge Production* edito, a cura di Thomas Duve, José Luis Egío and Christiane Birr, nella collana *Max Planck Studies in Global Legal History of the Iberian Worlds* (vol. 2, 2021). Ivi, ulteriori indicazioni bibliografiche.

66. Mi permetto di rinviare a Cassi, Aldo Andrea, *Mitopoiesi dei 'diritti umani' in Francisco de Vitoria (ovvero ricordando che Eumenidi nascono da Erinni)* in 'Fundamentalrights.it' (ISSN: 2784-8973) N. 1/2021, pp. 37-56, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

67. F. de Vitoria, *Relectio de Indis*, I, 3, 14 (“quintus titulus”).

Tali comportamenti, secondo Vitoria, giustificano la guerra spagnola contro questi tiranni, esattamente nel senso etimologico: la rendono «giusta», configurando una specifica categoria giuridica, il *bellum iustum*.

Da questo momento l'intervento bellico per abbattere un regime tirannico rientra nello *jus ad bellum*, e tratterà un solco destinato a perdurare nel moderno *ius inter nationes*⁶⁸.

Fonti

- Agostino di Ippona, *De civitate Dei*
 Alighieri, Dante, *Divina Commedia*
 Aristotele, *Etica Nicomachea*
 Aristotele, *Politica*, IV, 10, 1295a-b
 Baldo degli Ubaldi, *Commentaria*
 Barclay, William, *De regno et regali potestate, adversus Buchananum, Brutum, Bucherium et reliquos Monarchomachos*
 Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria*
 Bartolo da Sassoferrato, *De regimine civitatis*
 Bartolo da Sassoferrato, *De Tyranno*
 Boccaccio, Giovanni, *De casibus virorum illustrium*
 Cassio Dione, *Storia Romana*
 Clementis V, *Constitutiones*, Lungduni 1613
 Giovanni da Salisbury, *Ioannis Saresberiensis episcopi carnotensis Policratici sive de nugis curialium et vestigiis philosophorum libri VIII [Policraticus]*
 Gregorio VII, *Dictatus papae*
 Guglielmo da Ockam, *Breviloquia de principatu Tyrannico*
 Guglielmo da Ockam, *Octo Quaestiones de potestate papae*
 Hotman, François, *Francogallia, sive Tractatus de regimine regum Galliae et de jure successionis*
 Isidoro di Siviglia, *Etymologiae*
 Leopardi, Giacomo, *Zibaldone*
 Lutero, Martin, *Scritti politici*
 Manegoldo di Lautenbach, *Manegoldi ad Gebhardum liber*
 Mariana, Juan de, *De Rege*
 Marsilio da Padova, *Defensor Pacis*

68. Mi sia consentito rinviare *in puncto quo* a Cassi, Aldo Andrea, *Santa Giusta Umanitaria. La guerra nella civiltà occidentale* (Roma: Editrice Salerno, 2015), pp. 127 ss.

- Paolo di Tarso, *Lettera ai Romani*
 Petrarca, Francesco, *Scritti inediti di Francesco Petrarca*, a cura di A. Hortis, 4 voll., Trieste 1874
 Salutati, Coluccio, *De tyranno*
 Suárez, Francisco, *De iuramento Fidelitatis*
 Suárez, Francisco, *Defensio fidei*
 Suárez, Francisco *Sulla guerra*
 Tommaso d'Aquino, *De Regimine principum Ad Regem Cypr et De Regimine Juaeorum ad Ducissam Brabantiae. Politica Opuscola Duoi*
 Tommaso d'Aquino, *Secunda secundae, quaestio 42*
 Uguccione da Pisa, *Derivationes*
 Varchi, Benedetto, *Storia fiorentina*
 Vitoria, Francisco de, *Relectio de Indis*

Bibliografia

- ¿*Qué es la Escuela de Salamanca?* (a cura di S. Langella e R. Ramis-Barceló) (Madrid-Porto, 2021).
 Calasso, Francesco, *Bartolismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, V (Milano: Giuffrè, 1959, *ad vocem*) (pp. 71-74).
 Cassi, Aldo Andrea, *Mitopoiesi dei 'diritti umani' in Francisco de Vitoria (ovvero ricordando che Eumenidi nascono da Erinni)* in 'Fundamentalrights.it' (ISSN: 2784-8973) N. 1/2021, pp. 37-56.
 Cassi, Aldo Andrea, *Il segno di Caino e i 'figliuoli di Bruto'. I banditi nella (dalla) civitas dell'Italia comunale e signorile tra prassi statutaria e scientia juris*, in *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, a cura di A. A. Cassi (Rubbettino, 2013), pp. 79 ss.
 Cassi, Aldo Andrea, *Santa Giusta Umanitaria. La guerra nella civiltà occidentale* (Roma: Editrice Salerno, 2015).
 Cassi, Aldo Andrea, *Uccidere il tiranno. Storia del tirannicidio da Cesare a Gheddafi* (Roma: Editrice Salerno, 2021).
 Fiocchi, Claudio, *Il tiranno nel pensiero politico altomedievale* (Bergamo: Lubrina, 2004).
 Gamberini, Andrea, *Orgogliosamente tiranni. I Visconti, la polemica contro i regimi dispotici e la risignificazione del termine tyrannus alla metà del Trecento*, in *Tiranni e tirannide nel Trecento italiano*, a cura di A. Zorzi (Roma: Viella, 2013), pp. 77-93.
 Hartnell, Jack, *Corpi medievali. La vita, la morte e l'arte*, ed. it. (Torino: Einaudi, 2019).
 Kantorowicz, Ernst Hartwig, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, ed. it. (Torino: Einaudi, 1989).

- Padoa Schioppa, Antonio, *Grégoire le Grand dans son rôle de juge*, in *Mélanges em l'Honneur d'Anne Lefebvre-Teillard* (Paris: 2009), pp. 801-812.
- Passerin D'Entrèves, Alessandro, *Il valore del pensiero politico di S. Tommaso* in Idem, *Scritti politici* (Milano: Massimo, 1985), pp. 16 ss.
- Quaglioni, Diego, *Politica e diritto nel Trecento italiano* (Firenze: 1983).
- Taranto, Domenico, *I rischi della praelatio. Potere e male nel pensiero di Gregorio Magno*, in Taranto, *Storia e critica della politica*, a cura di G. Carletti (Soveria Mannelli: Rubbettino, 2012).
- The School of Salamanca: A Case of Global Knowledge Production* èdito, a cura di Thomas Duve, José Luis Egío and Christiane Birr, nella collana *Max Planck Studies in Global Legal History of the Iberian Worlds*, vol. 2, 2021.
- Villey, Michel, *La formazione del pensiero giuridico moderno* (Milano: Jaca Book, 2007).
- Weisheipl, James, *Tommaso d'Aquinio. Vita, pensiero, opere* (Torino: Jaca Book, 1987).

FRAY BERNARDO BOYL Y LA EMISIÓN DE LA BULA *PIIS FIDELIUM*: ANÁLISIS PRELIMINAR DE LA PARTICIPACIÓN DEL PRIMER VICARIO EN AMÉRICA EN LA CONFIGURACIÓN DEL REGIO PATRONATO INDIANO¹

ANA BRISA OROPEZA CHÁVEZ*

Introducción

La llegada de Cristóbal Colón al Nuevo Mundo es uno de los acontecimientos históricos más estudiados de todos los tiempos. Desde diferentes consideraciones, parece que todas las cuestiones colombinas ya han sido objeto de las más diversas interpretaciones históricas y son, quizá, uno de los temas más abordados de la historiografía. Y a pesar de todo, tenemos la certeza, como decía Albert Szent-Györgyi, de que la investigación científica consiste en ver lo que todo el mundo ha visto y pensar lo que nadie más ha pensado; los caminos de la ciencia no pueden olvidar el hecho de que, para descubrir cosas nuevas, también hay que tener cierta intuición².

* Subdirectora Académica de la Universidad Anáhuac Veracruz. Editora en jefe de la Editorial Anáhuac Veracruz y Directora de Investigación de la misma institución. Profesora titular de Historia del Derecho en México y de la Cátedra Mujer Anáhuac.

1. Este trabajo contó con la colaboración del Dr. Alfredo de Jeses Dal Molin Flores, de la Universidad Federal del Río Grande del Sur, Brasil, a quien agradezco su participación, análisis y guía.

2. Esa es la opinión de Szent-Györgyi, reconocido científico húngaro que recibió el Premio Nobel de Medicina en 1937; sostuvo las diferencias entre las visiones intuitivas y las sistemáticas en la investigación científica. Afirmaba: “In science the Apollonian tends to develop established lines to perfection, while the Dionysian rather relies on intuition and is more likely to open new, unexpected

Con respecto a las fuentes de la investigación, cabe señalar que se está hablando aquí de una prospección sobre un personaje que fue muy estudiado en el pasado, especialmente en el siglo XIX, y apenas mencionado por estudios recientes. Por esta razón, además de una revisión a la historiografía, se tiene que recurrir a los archivos, particularmente a los Archivos Vaticanos, de Simancas, de Indias y de Aragón.

En lo que respecta a la historiografía, se han realizado hallazgos de interés en la biblioteca del Monasterio de Montserrat, así como entre las fuentes electrónicas. Los autores clásicos de Boyl son: P. Fidel Fità, C. Anselm M. Albareda, Ricardo Carreras Valls, Cebrià Baraut, P. Josep M. Prunés, P. Jaume Caresmar, entre los más conocidos.

Este estudio preliminar centra la atención principalmente en la figura del P. Bernardo Boyl, un estadista bien educado en temas canónicos y diplomáticos, durante una era de transformaciones fundamentales tanto para Europa como para América. A partir de la vida del personaje se abordará, brevemente, la cuestión jurídica del Real Patronato, en el entendido que una investigación más profunda requerirá del análisis de los documentos pontificios que lo sustentaron. Así, se dividió el trabajo en dos apartados³: 1) El de Boyl, como operador jurídico y figura de la corte aragonesa; 2) El del resultado obtenido de las negociaciones en las que participó, es decir, la Bula *Piis Fidelium*.

1. La figura histórica de Bernardo Boyl

1.1. Introducción al personaje

La vida de Boyl presenta, de origen, un problema científico: existen ciertas dudas en la historiografía sobre la persona misma de

alleys for research". Szent-Györgyi, Albert, "Dionysians and Apollonians", Science, 176, 4038 (1972), p. 966.

3. Las siguientes variantes sobre el nombre del personaje se pueden encontrar no solo en documentos primarios, sino también en las obras de diferentes autores: Buyl, Buyll, Bueill, Buelius, Buellius, Bucillus, Bucillius, Boyl, Boyle, Boil. Heuser, Herman, "El establecimiento del primer vicariato de América en 1493 D.C.", Registros de la Sociedad Histórica Católica Americana de Filadelfia, Vol. VII (1896), p. 142. [URL]: <https://www.jstor.org/stable/pdf/44208818.pdf>

Bernardo Boyl. Tenemos indicios que se refieren a dos personas llamadas Boyl pero con una ortografía distinta en el nombre, un Boyl franciscano, y otro Boyl benedictino. La Bula *Piis Fidelium*, según el documento encontrado en los Archivos Vaticanos⁴, alude a “Bernardo Boil” de la Orden de los Mínimos, orden religiosa fundada por San Francisco de Paula. Sin embargo, la *Enciclopedia Católica*⁵, en inglés, nos informa de la posibilidad de la existencia de un Bernardo Boil, benedictino, diferente del Bernardo Boyl, el franciscano. Según esta visión –y aquí hay que hablar de hipótesis– el Papa Alejandro VI, habría designado a Boyl, el franciscano, que habría sido sustituido por el benedictino, por convenir así a los intereses de Fernando de Aragón, aprovechando la ortografía casi idéntica de sus nombres. Esta trama fue desentrañada por el Dr. Richard H. Clarke en el siguiente sentido: Fernando habría hecho una copia falsa de la Bula, nombrando a un benedictino a expensas del franciscano; misteriosamente, la Bula alterada, la falsa, se pierde y será solo en 1892 que el P. De Roo encontró en los Archivos Vaticanos el original que nombraba al franciscano⁶.

Hoy en día se habla poco de la controversia entre franciscanos y benedictinos sobre la titularidad del Primer Vicariato en Indias, pero hasta el siglo XIX, fueron los benedictinos quienes se adjudicaban el honor de haber enviado al primer misionero al Nuevo Mundo. De hecho, Gonzalo Fernández de Oviedo, en su *Historia Natural y General de las Indias, Islas y Tierra Firme del Gran Mar Océánico*, afirma expresamente que Fra *Buil* perteneció a la orden benedictina⁷.

4. *Registros vaticanos*, No. 777, fol. 122 r.

5. Donovan, Stephen, “Bernardo Buil”, *The Catholic Encyclopedia*, Vol. 3, Nueva York, Robert Appleton Company (1908).

6. Clarke, Richard H., *Old and New Lights on Columbus* (Nueva York: 1893).

7. Texto original: “Pues conforme á lo amonestado por el Sancto Padre en su bula é donación apostólica, cerca del cuydado que se debe tener en la conversión de los indios, vinieron religiosos, personas de aprobada é sancta vida é letras; en espejial fué escogido para esto fray Buil, de la Orden de sanct Benito, natural do Cataluña. Al qual el mismo Sancto Padre dió pleníssimo poder para la administración de la Iglesia en estas partes, como perlado é cabera de los clérigos é religiosos que en aquesta sacón acá passaron, para el servicio del culto divino é conversión destes indios”. Fernández de Oviedo y Valdés, Gonzalo, *Historia general y natural de las Indias, Islas y Tierra Firme del Mar Océano*, Real Academia de la Historia, Primera Parte, Lib. II, Cap. VIII, Madrid (1851), p. 32.

Parte de la historiografía considera que en realidad es la misma persona, que habría comenzado su vida clerical siendo benedictino y terminándola como franciscano, y otra parte, que se trataba de dos individuos diferentes, el tema, en todo caso, la cuestión solo se podrá resolver mediante una investigación de archivo minuciosa. En cualquier caso, es cierto que quien viajó a Indias, con el título de Vicario fue amigo personal de Fernando de Aragón. Y también es cierto que el documento que se puede consultar en los Archivos Vaticanos habla de un Bernardo *Boil*, franciscano.

En todo caso, esta controversia, aunque fascinante, puede indicar ciertas pistas en materia política, pero su trascendencia en materia jurídica es secundaria dentro del contexto de un estudio diplomático de la Bula *Piis Fidelium*.

La sustitución de un funcionario nombrado por el Papa por parte de una autoridad civil, en este caso el rey Fernando de Aragón, podría, desde luego, generar cuestionamientos sobre la validez de los actos perfeccionados por dicho funcionario, pero en el caso que nos ocupa sería un ejercicio puramente teórico, ya que finalmente el Vicario pasó a América, tuvo una difícil relación con Cristóbal Colón y regresó a Castilla con la misión oficial aparentemente fracasada, pero esto no impidió que la consecuencia normativa de la tarea que la Bula le imputó se haya erigido como base del futuro Patronato Real que la Corona de Castilla ejerció sobre la Iglesia de Indias.

Cabe destacar que los privilegios derivados de patronatos ya contaban con tres precedentes para Castilla y que forman parte del Derecho Censuario Pontificio⁸: el caso de Canarias (con la Bula *Tue Devotionis Sinceritas* de 1344), el caso de Portugal, en los territorios de África (los portugueses recibieron estos privilegios a través de tres documentos: las Bulas *Romanus Pontifex* de 1455, *Inter Cætera* de 1456 y *Æterni Regis* de 1481⁹) y el caso de la conquista de Gra-

8. Pérez Collados, José María, “En torno a las Bulas Alejandrinas: las Bulas y el Derecho censuario pontificio”, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Vol. 5, México, IIJ-UNAM (1993), pp. 240 y 246.

9. Sebastián Terráneo nos trae algunos detalles sobre este punto: “Durante el siglo XV, la Corona lusitana conseguirá tres bulas encuadradas en los descubrimientos africanos. Por un lado, la bula *Romano Pontifex* de Nicolás V, del 8 de enero de 1455, que confería a los reyes portugueses el dominio sobre el continente africano. Con la bula *Inter cætera*, el Papa Calixto III encomendaba a la Orden de Cristo el cuidado espiritual de las tierras que Portugal descubriera y conquistase en África. La última, la bula *Æterni Regis*, de Sixto IV del 21 de junio de 1481, confirmaba

nada y las Islas Canarias (Bull *Orthodoxæ Fidei* de 1486). Sin embargo, el alcance de los derechos que las bulas alejandrinas cedieron a Castilla le permitirá, a través de los siglos, una interpretación cada vez más extensa para su propio beneficio.

Con respecto al P. Boyl, tradicionalmente los estudios de su persona destacan su condición clerical (particularmente asociada a la fundación de la Orden de los Mínimos en España) y su relación con Cristóbal Colón en las islas recién encontradas, normalmente descrita en términos negativos: según Fernández de Oviedo, Colón y Boyl tenían una relación de animadversión debido a los excesos que el Almirante supuestamente cometió sobre los vasallos españoles de las islas¹⁰. Empero, una visión centrada en su dimensión de jurista, o más precisamente, en una figura de autoridad frente a Colón, revestida de facultades que este último no había recibido de las Capitulaciones de Santa Fe y que tenían como finalidad contrarrestar el poder cuasivirreinal del Almirante, la relación de poder que articulaban ambos hombres se entiende con mayor claridad¹¹.

Así, Boyl, como el propio Colón, es un personaje que se hunde entre mares oscuros. Incluso su naturaleza ha sido cuestionada¹² –por un lado, su origen catalán es reconocido, por ejemplo, por el propio Fernández de Oviedo, seguramente debido a su estancia y participación en el Monasterio de Montserrat donde contribuyó a la renovación del mismo, terminada en 1493¹³. Pero, por otro lado, ahora se sabe que su origen es en realidad aragonés –nació en Zaidín,

el Tratado de las Alcaçovas de 1479, en donde Portugal y Castilla se distribuyeron las zonas de influencia y navegación en el Atlántico, conservando Castilla la ruta de las Canarias y Portugal la costa africana hacia el sur”. Cfr. Terráneo, Sebastián, *Introducción al Derecho y a las instituciones eclesiásticas indianas* (Buenos Aires: Educa, 2020), p. 661.

10. Fernández de Oviedo y Valdés, Gonzalo, *Historia Natural y General de las Indias, Islas y Tierra Firme del Gran Mar Oceánico*, pp. 53-54.

11. Giménez Fernández, Manuel, “Nuevas consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las bulas alejandrinas de 1493 referentes a las Indias”, *Anuario de Estudios Americanos*, Separata, EEHA, Sevilla (1944), p. XIV.

12. Prunés, Josep M., “Nuevos datos y observaciones para la biografía de Fray Bernardo Boyl”, *Bollettino Ufficiale dell’Ordine dei Minimi*, v. XLIX (2003), p. 556.

13. Incluso en el siglo XX, la consideración del origen catalán de Boyl continuó. Ver Odette D’Allerit, “Bernardo Boyl, ermitaño de Montserrat”, *Analecta Legerensia*, I, Pamplona (1970), p. 228.

Huesca¹⁴-, lo que encuadra de mejor manera con los relatos reiterados sobre su amistad desde la infancia con Fernando de Aragón, lo que también podría explicar su trayectoria en la corte, su vida pública posterior y su muerte, todo muy cercano siempre al rey de Aragón.

Esta cercanía con Fernando de Aragón en los momentos más importantes de la vida de Boyl ha logrado opacar otros aspectos de su carrera, lo que dificulta evaluar su dimensión como jurista (canonista y diplomático), así como la influencia que dicha dimensión tuvo en la emisión de la Bula Alejandrina.

Se sabe que trabajó como secretario del arzobispo de Daroca (Zaragoza, Aragón), y también fungió como consejero y secretario del propio Fernando de Aragón cuando ya era rey. Anteriormente, había abandonado la corte en 1480 para convertirse en ermitaño, primero en Prades y más tarde en Montserrat (1481-1492). Durante este último período, pudo haber conocido personalmente a Francisco de Paula¹⁵, durante una comisión que desempeñó en la corte de Francia sobre la cuestión de los Pirineos en 1486, pero lo cierto es que antes de 1492 no hay evidencia clara que pueda asegurar su pertenencia al movimiento pauliano.

Su designación como miembro eclesiástico en el segundo viaje de Colón aparece, en primer lugar, en la Instrucción del 29 de mayo de 1493 dada por los Reyes Católicos al Almirante¹⁶, dándole la misión de velar por la conversión de los habitantes de las islas a la Santa Fe Católica¹⁷. Se confirma que la designación secular ya existía antes de la confirmación papal.

14. Prunés, Josep M., “Nuevos datos y observaciones para la biografía de Fray Bernardo Boyl”, p. 558.

15. Baraut, Cebrià, “Una lletra consolatòria de Bernat Boïl, ermità de Montserrat”, *Studia Monastica*, Vol. 32, Fasc. 2 (1990), p. 381.

16. Codevi, *Colección de los viajes y descubrimientos, que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XVI*, Coordinada e ilustrada por Don Martín Fernández de Navarrete, Vol. 2, Madrid (1825), p. 77. En la nota a pie de página de esta instrucción, el coordinador hace la siguiente precisión: “Fr. Bernardo Boyl, Catalán, Monge Benedictino del Monasterio de Monserrate, después de volver de Indias fue Abad del de Cuxá, y de tal murió el año de 1520, según consta de un necrologio que leyó en dicho Monasterio el P. D. Jaime Caresmar”.

17. Oropesa Chávez, Ana Brisa, *La extranjería en el derecho indiano: de las Partidas a la Recopilación de 1680* (México: IIJ-UNAM, 2018), pp. 58-59.

La *Bula Pius Fidelium* está fechada MCCCCLXXXIII, septimo *Kalendas Iulii*, es decir, el 25 de junio de 1493¹⁸, tres meses después del regreso de Colón de su primer viaje, casi un mes después de la Instrucción, y precisamente tres meses antes de su segunda travesía, la más exitosa pero también aquella de la que no hay registro de pasajeros. Se sabe que salió de Cádiz el 25 de septiembre de 1493, con 17 naves y entre 1200 y 1500 tripulantes, entre ellos, 13 misioneros todos liderados por Bernardo Boyd, el benedictino según las relaciones, y franciscano si seguimos el texto de la Bula. Regresó a Castilla en septiembre de 1494, apenas unos meses después de su llegada, con Pedro Margarit, y con la relación francamente desgarrada con Colón¹⁹.

¿Cuál fue la participación de nuestro personaje, en su calidad de abogado, en la concesión de la Bula? Hay que reconocer que su trayectoria profesional, antes y después de la expedición a Indias, nos lleva a pensar que no es un simple peón del rey Fernando²⁰.

1.2. *La vida antes de la ordenación*

Boyl nació, como dijimos, en Zaidín, en la zona cataloparlante de Aragón, por lo que resulta fácil explicar que haya sido confundido con catalán por muchos cronistas de la época. Evidencia de esta naturaleza fue encontrada por Jaume Riera en el Archivo de la Corona de Aragón donde se encuentra la designación como notario público de Boyd, fechada el 18 de septiembre de 1461, que reconoce este origen²¹: “... *Nos Johannes etc attendentes vos fidelem nostrum bernardum boyl loci de Çaydino esse...*”²². Dado que era necesario,

18. Metzler, Josef (Ed.), *América Pontificia*, Vol. 1 (Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1991), p. 83.

19. León Guerrero, María Montserrat, “El segundo viaje colombino”, Tesis Doctoral, Universidad de Valladolid (2000), pp. 413-416 [en línea]: http://www.cervantesvirtual.com/s3/BVMC_OBRAS/ff7/e02/4c8/2b1/11d/fac/c70/021/85c/e60/64/mimes/ff7e024c-82b1-11df-acc7-002185ce6064.pdf.

20. Prunés, Josep M., “Nuevos datos y observaciones para la biografía de Fray Bernardo Boyd”, pp. 568-574.

21. Portal de Archivos Españoles, *Archivo de la Corona de Aragón*, Signatura: ACA, CANCELLERÍA, Registros, NÚM. 3470, f. 188r.

22. Prunés, Josep M., “Nuevos datos y observaciones para la biografía de Fray Bernardo Boyd”, p. 558.

según las leyes forales de la época²³, tener al menos veinte años para poder ejercer la función notarial, se puede calcular que Boyl nació alrededor de 1440, es decir, que cuando pasó a las Indias, tenía al menos 53 años. Del mismo modo, es posible afirmar que tuvo no solo una larga trayectoria diplomática, sino también conocimiento de las leyes civiles del Reino de Aragón (por lo menos); se puede presumir también que debido a su condición de notario, Boyl seguramente tenía una educación formal más sólida que la mayor parte de los tripulantes del segundo viaje de Colón. Que Boyl haya ejercido la función de notario es perfectamente compatible con sus funciones como secretario del rey y también como diplomático, puesto que en aquella época la diplomacia era conducida por hombres con una formación muy diversa, los más numerosos pertenecientes a la nobleza, pero un cierto número se identificaban con una sólida formación académica, expertos en derecho o teología, idealmente ambos, y generalmente con el grado de Doctores²⁴.

La pertenencia de Boyl a la nobleza sigue siendo una cuestión que aún no se ha confirmado; sin embargo, Anselmo M. Albareda lo considera vinculado a la noble familia aragonesa de los Boyl²⁵.

En 1973, Josep Prunés certificó que Boyl era el secretario del arzobispo de Zaragoza, Juan de Aragón²⁶, y cercano a Pedro Zapata quien estaba, en ese momento, al servicio de dicho arzobispo y a quien dedicaría, diez años después, la traducción que realizó de la obra del abad Isaac. Pedro Zapata era un hombre de confianza del príncipe Fernando, no olvidemos que Juan de Aragón era hijo natural de su padre, el rey Juan II, es decir, Boyl está, en aquellos años, no muy lejos de la corte.

23. *Fueros y Observancias del Reyno de Aragón*, Liv. III, Tit. De tabellionibus, f. 101, Edición facsimilar de 1667, Zaragoza [en línea]: <https://bibliotecavirtual.aron.es/es/consulta/registro.do?id=3705>.

24. Villarroel González, Óscar, “La formación de los diplomáticos en la Castilla bajomedieval”, *Studia historica. Historia medieval* 36, 2 (2018), p. 131. De hecho, hacia el final de la Edad Media y comienzo de la Moderna, hay una tendencia a preferir a los hombres con formación académica sobre los que no lo hacen para ejercer la función diplomática.

25. Albareda, Anselmo M., “Lul·lisme a Montserrat al segle XV^è”, *Estudios Lulianos*, Vol. IX, I, Palma de Mallorca (1965), p. 10.

26. Prunés, Josep M., “Nuevos datos y observaciones para la biografía de Fray Bernardo Boyl”, p. 560.

Lo volvemos a encontrar referenciado el 22 de marzo de 1475, como notario real durante las negociaciones para una tregua entre Juan II de Aragón y Francia. No es seguro que en ese momento ya fuera funcionario permanente de la Real Chancillería o si todavía estaba al servicio de Juan II de Aragón, en cualquier caso, tenemos la certeza de que rubricó un diploma real como *clericus diæcesis ilerdensis*, es decir como clérigo de una orden (menor) de Lérida²⁷. En 1476 fue nombrado secretario de Fernando de Aragón (quien desde 1474 era el rey consorte de Castilla), y formó parte de misiones diplomáticas. En febrero de 1479, cuando Fernando accedió al trono de Aragón a la muerte de Juan II, ratificó a Boyl como su secretario y le concedió, pocos meses después, un beneficio eclesiástico: el presbiterio de Santa María, Mahón (Menorca). En el registro, el rey Fernando se dirige claramente a Boyl como su secretario y señala que la concesión se funda en los servicios que otorgó al rey en el pasado y por los que su majestad esperaba recibir en el futuro²⁸. Está claro que Boyl continúa en magníficas relaciones con su rey, y nos da la certeza, también, de que había recibido la tonsura (seguramente de una orden menor como ya se mencionó), de lo contrario no habría podido obtener esta prebenda eclesiástica.

Los futuros servicios mencionados en la prebenda comenzaron a devengarse poco después, como comisario de guerra en la expedición del almirante Vilarami²⁹ –a quien el rey Fernando envió a luchar contra el marqués de Oristán (Cerdeña)³⁰ para incorporar esta ciudad al patrimonio de la Corona de Aragón³¹–; de hecho, parece que Boyl habría estado al mando de una galera que llegó a Trapani³². Este

27. Portal de Archivos Españoles, *Archivo de la Corona de Aragón*, Signatura: ACA, CANCELLERÍA, Registros, NÚM. 3415, f. 100r-100v.

28. Portal de Archivos Españoles, *Archivo de la Corona de Aragón*, Signatura: ACA, CANCELLERÍA, Registros, NÚM. 3632, f. 77r-77v.

29. D'Allerit, Odette, “Bernardo Boyl, ermitaño de Montserrat”, p. 231.

30. Prunés, Josep M., “Nuevos datos y observaciones para la biografía de Fray Bernardo Boyl”, p. 564.

31. Fuertes Broseta, Miquel, “Los enviados por las ciudades reales de Cerdeña a su rey (siglos XIV-XIX). Una práctica continuada durante siglos”, *Prohistoria*, 35 (2021), p. 287 [en línea]: <https://ojs.rosario-conicet.gov.ar/index.php/prohistoria/article/view/1426/1877>.

32. Prunés, Josep M., “Nuevos datos y observaciones para la biografía de Fray Bernardo Boyl”, pie de página 24, p. 564. La posibilidad de que Boyl fuese capitán de galeras también es considerado por Carlos Dobal. Cfr. Dobal, Carlos, *El primer apóstol del Nuevo Mundo. Biografía de Fray Bernardo Boyl, Vicario Apostólico*

hecho confirma el significado de la prebenda de la iglesia de Mahón, como señala el cardenal Albereda cuando afirmaba que: “Tal vegada no fou la primera prebenda, certament no fou la darrera”³³.

Este episodio es importante porque podría ser la primera vez que Boyl hubiese entrado en contacto con el P. Francisco de Paula, precisamente aquí en Sicilia³⁴.

1.3. La ordenación

La vocación clerical de Bernardo Boyl no nos resulta tan evidente. La tonsura que había recibido, probablemente bastante joven como era costumbre en la época, no puede ser la base de su “conversión” como la llama Albareda, quien incluso la califica de repentina e imprevista³⁵, sobre todo porque le sucederá un retiro al monasterio benedictino de Montserrat. No tenemos la certeza de los hechos que pueden explicar esta decisión de salir lejos de la corte, de la vida política y de su oficio como notario, salvo la más sencilla: una verdadera vocación espiritual y, también, se puede pensar, la búsqueda de una vida que le permita estudiar y escribir³⁶. También hay que considerar que en la época en que es ordenado, la abadía de Montserrat estaba gobernada por el abad de Sant Cugat del Vallès, Godofredo Sort, amigo íntimo de Boyl.

El proceso de ordenación de Boyl tuvo lugar entre el 4 de septiembre de 1480 y el 16 de junio de 1481³⁷, ya que en esta última fecha fue ordenado subdiácono en Barcelona. El 22 de septiembre del mismo año fue ordenado diácono y dos meses después, el 22 de diciembre de 1481, presbítero. El 15 de mayo de 1482 recibió el poder de administrar el sacramento de la penitencia siendo ya superior de los ermitaños. Una carrera meteórica que merece una re-

en América y Celebrante de la Primera Misa (Santiago, República Dominicana: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 1991), p. 26.

33. Albareda, Anselmo M., “Lul·lisme a Montserrat al segle XV^e”, p. 10. “Esta vez no fue la primera prebenda; ciertamente no será la última”. [Traducción propia]

34. Dobal, Carlos, *El primer apóstol del Nuevo Mundo. Biografía de Fray Bernardo Boyl, Vicario Apostólico en América y Celebrante de la Primera Misa*, p. 40.

35. Albareda, Anselmo M., “Lul·lisme a Montserrat al segle XV^e”, p. 11.

36. Mantuvo una correspondencia regular con el famoso humanista mallorquín Arnau Descós.

37. Albareda, Anselmo M., “Lul·lisme a Montserrat al segle XV^e”, p. 11.

flexión, no solo ya sobre los motivos de su conversión, sino sobre los objetivos, tanto de Boyl como del rey Fernando de Aragón, de su incorporación a la vida ermitaña, cuanto más si tenemos en cuenta el contexto de las reformas del monasterio benedictino de Montserrat (y también del real monasterio de San Benito de Valladolid al que Montserrat estaba adscrito en 1493) que se detonan a partir de su incorporación. Se puede sospechar que la relación entre Boyl y el rey continuaba siendo la de secretario y jefe.

Durante casi doce años, Boyl va a dedicar sus esfuerzos a la difícil renovación del monasterio de Montserrat, cuestión que merece un estudio especial ya que esta reforma requirió un gran talento político articulado entre los monjes, la jerarquía eclesiástica, el rey y el propio Boyl. Y, sin embargo, su participación ha quedado, prácticamente, olvidada; además, durante este período, invirtió tiempo en la vida intelectual. Logró traducir la obra del abad Néstor Isaac de Antioquía o Nínive, *De religione seu de ordinatione animæ; De contemptu mundi; Liber de accessu animæ*, esta traducción fue dedicada, como habíamos ya mencionado, a Pedro Zapata y fue publicada en 1489³⁸. Así, en estos años se convirtió en el padre espiritual de los ermitaños de la abadía y participó en todos sus asuntos temporales y espirituales; vivió en la ermita de la Santísima Trinidad, y en una ermita de la provincia de Tarragona³⁹.

Si este estudio se hubiera escrito a finales del siglo XIX, probablemente se habría afirmado que la orden monástica a la que habría ingresado era la benedictina, sin embargo, el texto de la Bula *Piis Fidelium*, como ya se ha explicado, nos muestra su conexión con la orden de los Mínimos, y dado que no tenemos los documentos que puedan demostrar que la versión de la Bula que obra en los Archivos Vaticanos es la versión falsa escrita por el rey Fernando, debemos contentarnos con la pertenencia a esta última orden. Pero esta tampoco es la única hipótesis que existe sobre este punto. Según el cardenal Albareda, debido a que la profesión de ermitaño no es de la misma naturaleza que la de monje, siendo la primera temporal, permite al ermitaño cambiar su vida tan pronto como lo decida, como,

38. Sobre esta obra, consultar: Baraut, Cipriano, "En torno al lugar donde fue impresa la traducción castellana del Isaac De religión por Bernardo Boil", *Gutenberg-Jahrbuch*, 37 (1962). La consulta de la obra se puede realizar en la Biblioteca Nacional de Madrid bajo la signatura: Incs. I-908; I-2086; Madrid: Nacional.

39. D' Allerit, Odette, "Bernardo Boyl, ermitaño de Montserrat", p. 234.

de hecho, lo hizo Boyl. Es decir, Boyl no se habría ordenado benedictino sino simplemente había optado por la vida eremita sin membresía plena a la orden monástica de Montserrat. Este punto merece mucha más investigación y estudio, ciertamente, pero es cierto que la explicación de Albareda, polémica sin duda, y que exige una profundización en Derecho Canónico, resulta conveniente para explicar las decisiones posteriores de la vida de nuestro sujeto, particularmente el hecho de que pudo abandonar, unos años más tarde, la abadía sin perder su condición de ermitaño y que no fue nombrado abad a cargo de la misma.

Fray Boyl continuará su comunicación con Fernando de Aragón, y también, curiosamente, mantendrá una relación con los círculos de poder en Roma, ya que en 1484 el Papa Sixto IV quiere nombrarlo obispo de Patti (en Sicilia), lo que despierta la ira del rey Fernando, porque no había sido consultado ni requerido su permiso, y ordena, el 20 de agosto de 1484 al protonotario Francisco Vidal, que Boyl no fuera considerado para el cargo. La muerte del Papa pocos días antes de la orden del rey, dejará este asunto sin muchas consecuencias, salvo la de mostrarnos claramente el proceder que el rey Fernando ejercía con las cuestiones que concernían a la relación de su trono con la Santa Sede y que seguirá manteniendo a partir de ese momento. Aparecen dos personajes muy importantes: Rodrigo Borja y Juan Margarit. Estos dos cardenales hispanos son posibles protectores de Boyl, aunque no tenemos prueba de ello⁴⁰. El primero será quien concederá la *Piis Fidelium*, y el segundo es pariente lejano de Pedro Margarit, con quien Boyl establecerá alianza durante su estancia en la Isabela y con quien regresará a Castilla sin la autorización de Colón.

Unos meses más tarde, el 6 de diciembre de 1486, el rey Fernando escribe a Boyl para asignarle la misión de ir a Francia con Juan de Marimón y negociar la devolución de los condados del Rosellón y la Cerdeña, así como para completar el proyecto matrimonial entre su hija Isabel y el rey de Francia Carlos VIII. Parece que los resultados de esta tarea no fueron favorables para Castilla y el 29 de julio de 1487, los reyes Fernando e Isabel ordenan a sus dos súbditos que

40. Prunés, Josep M., “Nuevos datos y observaciones para la biografía de Fray Bernardo Boyl”, p. 565.

regresen⁴¹, pero si la misión no había tenido éxito, el talento de Boyl sí que había complacido al rey.

Fue después de este viaje que Boyl comenzó sus estudios sobre Raymond Lulle, y revisó la traducción que había completado de *De Religione* de Isaac de Antioquía. Fue también en esta época cuando García Jiménez de Cisneros, primo de Francisco Jiménez de Cisneros, fue nombrado superior del monasterio de Valladolid, uno de los cargos más importantes de la reforma de los dos monasterios (Montserrat y Valladolid), lo cual, sin duda, oscureció la participación de Boyl en este proceso.

En julio de 1490, Boyl recibió una nueva misión diplomática a desarrollarse en Francia, donde el rey Carlos VIII tenía como confesor a un ermitaño italiano que era famoso en ese momento por su gran virtud: Francisco de Paula. Todo indica que fue a partir de esta reunión que Boyl decidió sumarse a la orden de los Mínimos, ya sea abandonando a los benedictinos (si es que lo era) o adoptando finalmente una orden religiosa, pero todavía dentro de la vida eremítica⁴². Así, para septiembre de 1492 Boyl no solo había adoptado un nuevo hábito religioso, sino que también había sido nombrado Corrector y Vicario General de los Mínimos en las Españas por Francisco de Paula⁴³, hecho reconocido por el rey Fernando a través del permiso que le obsequió el 22 de septiembre⁴⁴; tuvo la misión de introducir la nueva orden en este territorio, una empresa que contó con el apoyo del rey Fernando y a la que Boyl se dedicará en cuerpo y, quizá, en alma⁴⁵: la primera fundación de los Mínimos en España fue la de San

41. D' Allerit, Odette, "Bernardo Boyl, ermitaño de Montserrat", pp. 239-241.

42. Dobal, Carlos, *El primer apóstol del Nuevo Mundo. Biografía de Fray Bernardo Boyl, Vicario Apostólico en América y Celebrante de la Primera Misa*, p. 40.

43. Los documentos publicados por Fidel Fita Colomé que describen los acontecimientos sobre esta designación pueden ser consultados en Fita Colomé, Fidel, *Fray Bernal Buyl y Cristóbal Colón. Nueva colección de cartas reales, enriquecida con algunas inéditas*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes [en línea]: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fray-bernal-buyl-y-cristbal-coln-nueva-coleccin-de-cartas-reales-enriquecida-con-algunas-inditas-0/html/0056f41c-82b2-11df-acc7-002185ce6064_9.html#I_0.

44. Collel, Jaime, *Fray Bernardo Boyl. Primer apóstol de América* (Vich: Imp. De L. Anglada, 1929), pp. 63-77.

45. Becerra Fabra, Ana, "El establecimiento de la orden de los mínimos (s. XVI)", *Revista de Historia de El Puerto*, 41 (2º semestre 2008), pp. 82-83.

Cipriano de Horta, el 25 de febrero de 1493, seguida de la de Málaga el 20 de marzo de 1493⁴⁶.

Las dudas sobre las razones de esta nueva –y rápida– conversión de Boyl son sostenidas por Giménez Hernández, quien sospecha que esta relación con los Mínimos fue solo una argucia diplomática, especialmente porque continuó su relación con el monasterio de Montserrat⁴⁷ y porque apenas dos meses después de la fundación de Málaga, los Reyes Católicos instruían a su hombre para acompañar a Cristóbal Colón al Nuevo Mundo.

1.4. Viaje transatlántico

1492 fue un año muy importante en la vida de Fray Bernardo Boyl: para su vida espiritual, puesto que se ordenó como Mínimo, pero también para su vida diplomática. No podemos asegurar, en este momento, que los acontecimientos tan notables que seguirán hayan cambiado la vida del personaje, o si, por el contrario, son solo un episodio de una ardua y talentosa carrera, en cualquier caso, todavía falta mucha información sobre este período, lo que impide conocer el grado de participación que tuvo Boyl en la redacción de los documentos de Derecho Canónico que sustentaron su nombramiento como primer Vicario de América.

Como ya se había hecho mención, el 29 de mayo de 1493 en la “Instrucción del Rey é de la Reina nuestros Señores para D. Cristóbal Colon, Almirante de sus Altezas de las islas é tierra-firme, descubiertas é por descubrir en el mar Océano á la parte de las Indias, é su Visorey é Gobernador dellas; é otrosí, Capitan general de esta armada que agora sus Altezas envian á las dichas islas é tierra-firme, para la forma que se ha de tener en este viage que agora face por mandado de sus Altezas, asi en su partida é del armada que lleva, como en su camino, y despues que allá sea llegado, Dios queriendo, es esta que se sigue”, los Reyes Católicos ordenaron que:

“[...] por ende sus Altezas deseando que nuestra Santa Fe Católica sea aumentada é acrescentada, mandan é encargan al dicho Al-

46. Portal de Archivos Españoles, Archivo General de Simancas, Signatura: RGS, LEG, 149303, 13.

47. Giménez Hernández, Manuel, *Nuevas consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las bulas alejandrinas de 1493 referentes a las Indias*, p. 59.

mirante, Visorey, é Gobernador, que por todas las vías é maneras que pudiere procure é trabaje atraer á los moradores de las dichas islas é tierra-firme, á que se conviertan á nuestra Santa Fe Católica; y para ayuda á ello sus Altezas envian allá al docto P. Fr. Buil, juntamente con otros Religiosos [...]”⁴⁸.

Las razones para considerar la participación de los monjes en la segunda jornada colombina pueden explicarse muy bien sobre la base de los numerosos peligros que supuso la expedición y, como señala la instrucción, con el objetivo primordial de extender la fe católica entre los habitantes de los nuevos territorios. Este argumento es, de hecho, la base para calificar al Estado castellano como un Estado misionero. Pero ¿por qué Boyl y por qué con tanta premura? Según Giménez Fernández, por la cercanía que guardaba con el Rey Fernando y por el talento que había demostrado nuestro personaje para cumplir misiones delicadas, en este caso, la de agente secreto para evaluar el estado de las cosas en el Nuevo Mundo aprovechando la proximidad del segundo viaje de Colón⁴⁹.

Una vez dictada la instrucción, el 7 de junio de 1493, los Reyes solicitaron la sustitución de Boyl por el P. Mateo Bayha para la fundación de los Mínimos en Barcelona y el mismo día también escribieron a los procuradores de la corte de Roma para que obtuvieran del Papa una bula que permitiera a Boyl ausentarse sin la licencia de su superior, así como para obtener privilegios sobre su alimentación y otros que se especificaron en un memorial anexo.

Como sabemos, la Bula fue concedida, en los términos solicitados, por el Papa Alejandro VI: la *Piis Fidelium*⁵⁰ expedida apenas dieciocho días después, el 25 de junio de 1493. Un mes después, el 25 de julio, los reyes notifican a Boyl, con una carta, la llegada de la bula y le remiten un traslado de la misma⁵¹.

Los detalles del viaje, su estadía y la animosidad que protagonizaron Colón y Boyl, han sido ya estudiados⁵². De las posibles

48. Codevi, *Colección de los viajes y descubrimientos, que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XVI*, p. 77.

49. Giménez Hernández, Manuel, *Nuevas consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las bulas alejandrinas de 1493 referentes a las Indias*, pp. 59-60.

50. Collé, Jaime, *Fray Bernardo Boyl. Primer apóstol de América*, pp. 79-80.

51. Codevi, *Colección de los viajes y descubrimientos, que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XVI*, p. 89.

52. Ver: León Guerrero, María Montserrat, *El segundo viaje colombiano*.

aportaciones de Boyl estando en la isla Isabela, solo cabe destacar su incorporación como miembro del consejo de regencia que se conformó para despachar durante la partida de Colón a una expedición de exploración. Pero si llegó a las islas del Nuevo Mundo el 3 de noviembre de 1493 y estaba de vuelta en la Península, con Pedro Margarit, alrededor del 25 o 26 de noviembre de 1494, estamos hablando de apenas un año, tiempo suficiente para informar a los reyes sobre la situación en las Indias, pero ciertamente muy corto para poder detonar cualquier reforma trascendental, y aquellas prácticas que había tratado de aplicar resultaron un fracaso.

1.5. El regreso

Durante el período posterior a su regreso y antes de ser nombrado embajador ante el Papa, conoció en Madrid a Jerónimo Münzer o Monetario (Hieronymus Münzer), autor de uno de los relatos más importantes de viajes por la Península Ibérica⁵³: el Itinerario (*Itinerarium siue peregrinatio excellentissimi viri artium ac utriusque medicine doctoris Hieronimi Monetarii de Feltkirchen ciuis Nurembergensis*), y será gracias a las relaciones que nuestro monje habría hecho con el alemán que este recoge en su obra noticias sobre los recientes descubrimientos en el Nuevo Mundo⁵⁴. Un detalle interesante que no debemos olvidar: Münzer se refirió a Boyl como aragonés.

Boyl no buscó regresar con sus fieles y sus hermanos de orden. Fue a Roma y permaneció ahí hasta 1498, siempre bajo las órdenes del rey Fernando de Aragón. Su experiencia, como diplomático y jurista, lo convertía en un consejero inestimable, como lo demuestra haber permanecido al servicio de la Corona de Castilla durante tantos años.

A su regreso, retoma la labor de expandir la orden de los Mínimos.

53. Calero, Francisco, "Jerónimo Münzer y el descubrimiento de América", *Revista de Indias*, Vol. LVI, 207 (1996), p. 279.

54. Rincón González, María Dolores, "La divulgación de la toma de Granada: objetivos, mecanismos y agentes", *Anuario de Estudios Medievales*, 40/2 (julio-diciembre 2010), p. 611.

1.6. *Los últimos días*

Boyl continuará hasta el final de su vida trabajando para hacer crecer la Orden de los Mínimos en toda la Península Ibérica. El 7 de diciembre de 1504, el rey Fernando ordenó que algunos de los detractores de Boyl fueran castigados. Su muerte se suscita, probablemente, en 1507 ya que encontramos al cardenal Jaime Serra como abad comendador del monasterio de Cuxá, lo que nos lleva a pensar que Boyl murió entre el 7 de diciembre de 1504 y 1507. Sobre el final de su vida todavía se requiere mayor investigación.

2. *La Bula Piis Fidelium*

Las Bulas de Donación forman parte del sistema del Derecho censuario pontificio y constituyen la base normativa, es decir, el título jurídico sobre el que la Corona de Castilla pudo acceder a la adquisición de los nuevos territorios ultramarinos. Antes de su concesión, Castilla no podía alegar frente a los demás príncipes europeos su derecho sobre los nuevos territorios, sino solo a través de la ocupación territorial (*corpus y animas*), pero sobre todo no podía ejercer un dominio pleno sobre sus habitantes. Hay muchas posiciones sobre la naturaleza jurídica de las Bulas: doctrina Omni-Insular, donación, arbitraje, investidura feudal derivada de la teoría de las dos espadas, solo por nombrar las principales; no es el objetivo de este estudio entrar en ese debate, sin embargo hay que aclarar que, en todas las interpretaciones, la participación del Papa era un requisito ineludible, un poder plenipotenciario⁵⁵; por lo tanto, quien negociaba los últimos detalles de estos documentos debía tener un conocimiento profundo del derecho castellano y canónico. Bernardo Boyl era dueño de ambos. Podemos especular que su paso por la vida cortesana, monástica y diplomática justifican la formulación de la hipótesis de una participación directa de Boyl en el texto de la *Piis Fidelium*, pero sobre todo, y mucho más importante, en la negociación de su concesión, que marcará el mecanismo del futuro Real Patronato otorgado por la Bula *Universalis Ecclesiae* el 28 de

55. Pérez Collados, José María, “En torno a las Bulas Alejandrinas: las Bulas y el Derecho censuario pontificio”, p. 248.

junio de 1508. Es una participación política, desde luego, pero era necesario que nuestro hombre entendiese los detalles legales para poder negociar términos tan beneficiosos para él y para la corona de Castilla. No sería la primera vez que el papel de un religioso fuese relevante durante una empresa diplomática compleja, fue el caso de la negociación de la Bula *Dudum ad nos* de 1436, en la que el rey de Castilla, Juan II, envió al arzobispo de Burgos, Alonso de Cartagena, a trabajar en beneficio de sus intereses⁵⁶.

Así, según el estudio diplomático realizado por Manuel Giménez Fernández⁵⁷, la Bula *Piis Fidelium* estableció un estatuto jurídico especial para Bernardo Boyl, a través de normas de derecho singular. De hecho, en el contexto del sistema establecido por las Bulas alejandrinas y según el Derecho Canónico, esta Bula tiene el carácter de Bula menor junto con la *Intercætera B* y la *Eximix Devotionis*, a diferencia de las bulas *Interc ætera A* y la *Dudum Siquidem*, como bulas mayores. Según García-Gallo, las bulas fueron diseñadas legalmente para contrarrestar a los lusitanos y conformar tres clases de documentos papales: donación, concesión y demarcación⁵⁸.

Las diversas concesiones establecidas por la *Piis Fidelium* a favor de Boyl, normalmente estaban reservadas a los obispos; además, el Papa Alejandro VI, en ejercicio pleno de su capacidad pontificia⁵⁹, dejó sin efectos la prohibición formulada por su predecesor Bonifacio VIII, que prohibía a los miembros de órdenes mendicantes establecerse en nuevos lugares sin el permiso de la Santa Sede.

Pero lo que es particularmente interesante, insistimos, no es tanto el contenido, como el procedimiento seguido para obtener la Bula. Tanto si Fernando de Aragón cambió el documento pontificio para nombrar a su hombre de confianza, pero también si no lo hizo y estamos hablando del mismo monje, es cierto que la forma en que se

56. Oropeza Chávez, Ana Brisa, *La extranjería en el derecho indiano: de las Partidas a la Recopilación de 1680*, p. 60.

57. Giménez Fernández, Manuel, *Nuevas consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las bulas alejandrinas de 1493 referentes a las Indias*.

58. García-Gallo, Alfonso, “Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias”, *Anuario de Historia del Derecho Español* (1957-1958), pp. 461-830.

59. Las bulas son un ejemplo claro de la primacía de los decretales sobre los cánones. Ver: Pérez Collados, José María, “En torno a las Bulas Alejandrinas: las Bulas y el Derecho censuario pontificio”, p. 247.

emitió la Bula corresponde a lo que será la forma de ejercer el futuro Patronato Real, con un poder especialmente creciente a favor de la Corona de Castilla.

Apenas se hubo confirmado el éxito de Colón al descubrir una nueva ruta hacia el oriente por el Atlántico, y teniendo en cuenta el peligro que representaba el atraque de Colón, a su regreso del primer viaje, en Portugal y su posterior encuentro con el rey Juan II, los Reyes Católicos instruyeron a Bernardino López de Carvajal, *orator continuus* o embajador permanente en ese momento (fue nombrado cardenal en 1493), para negociar privilegios patronales similares a los otorgados a Portugal en el pasado, según la práctica diplomática creada por Fernando de Aragón como una forma de mantener un contacto permanente en Roma. Además, como embajador extraordinario, los reyes enviaron a Diego López de Haro, agente secular, para esta delicada y decisiva negociación. Estos hombres, además de la confianza de los reyes, tenían una formación humanista muy sólida y un profundo conocimiento del Derecho canónico⁶⁰, hombres del Renacimiento sin duda. Si tenemos en cuenta que en 1497 Boyl fue convocado a esta delegación diplomática, podemos pensar que, para esta negociación, si bien no viajó a Roma con López de Haro, su opinión fue consultada, al menos.

La Bula, antedata el 3 de mayo, pero fechada el 25 de junio en su saludo, reconoce que se emite como consecuencia de los deseos de los Reyes Católicos, pero está dirigida, desde la primera línea al “querido hijo” Bernardo Boyl. Concede la propagación de la fe católica a los residentes y habitantes (*incolas* y *habitatores*) de los nuevos territorios, es decir, a los que llegan y a los que ya habitaban, a través de la acción de monjes, laicos y miembros de cualquier orden mendicante. Concede también la posibilidad de absolver crímenes, pecados y faltas, tal vez para motivar la participación en la empresa india⁶¹. Además, permite que las copias de la bula emitidas por notario público constituyan pruebas procesales.

60. Fernández de Córdova Miralles, Álvaro, “Alejandro VI y los Reyes Católicos. Relaciones político-eclesiásticas (1492-1503)”, *Disertaciones, Serie Theologica*, XVI, Edizioni Università della Santa Croce, Roma (2005), p. 271.

61. Diego Fernández, Rafael, “Proceso jurídico del descubrimiento de América (bulas, tratados y capitulaciones)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Vol. II, UNAM, México (1990), p. 106.

En síntesis, la Bula *Piis Fidelium* constituye el antecedente no solo de la *Universalis Ecclesiae*, sino también de otros dos instrumentos del Derecho Canónico de Indias:

- a) La *Eximiae Devotionis* del 16 de noviembre de 1501 que concedió los diezmos (“... para que hagas, dispongas ejecutes y dispensen de todo aquello y de cada cosa contenida en lo antedicho y acerca de cuanto sea necesario para ello según juzgues necesario.”);
- b) La *Illius Fulciti Præsidio* del 11 de noviembre de 1504 que autorizó la erección de un arzobispado y dos obispados en Santo Domingo.

La propia Bula debe ser objeto de un estudio metódico, que la naturaleza de esta participación no permite realizar, sin embargo, debe recordarse que la base del contenido de este instrumento pontificado fue la carta emitida por los Reyes Católicos a sus fiscales: el mecanismo es el aspecto más notable que se desea destacar.

3. Consideraciones finales

Quizá, una de las preguntas más relevantes que se puede plantear sobre la vida y la obra de Fray Bernardo Boyl, en el contexto propuesto en este trabajo, se centra en el grado de participación que pudo haber tenido en la redacción de la *Piis Fidelium*. No se puede negar su carácter de diplomático, siempre emisario del rey Fernando de Aragón, pero es cierto que en este momento de la investigación aún no tenemos pruebas documentales que demuestren su influencia directa en el texto y las disposiciones de dicha bula. Su experiencia como notario y como político nos muestra que debe haber tenido una participación en la negociación y en el contenido del documento pontificio, pero todavía tenemos muchas más dudas que certezas sobre este punto.

Bibliografía

Albareda, Anselmo, M., “Lul·lisme a Montserrat al segle XV^o”, Estudios Lulianos, Vol. IX, I, Palma de Mallorca (1965), pp. 5-21.

- Baraut, Cebriá, “Una lletra consolatòria de Bernat Boil, ermità de Montserrat”, *Studia Monastica*, Vol. 32, Fasc. 2 (1990), pp. 381-388.
- Becerra Fabra, Ana, “El establecimiento de la orden de los mínimos (s. XVI)”, *Revista de Historia de El Puerto*, 41 (2º semestre 2008), pp. 75-108.
- Calero, Francisco, “Jerónimo Münzer y el descubrimiento de América”, *Revista de Indias*, Vol. LVI, 207 (1996), pp. 279-296.
- Clarke, Richard H., *Old and New Lights on Columbus* (Nueva York: 1893).
- Codevi, *Colección de los viajes y descubrimientos, que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XVI*, Coordinada e ilustrada por Don Martín Fernández de Navarrete, Vol. 2 (Madrid: 1825).
- Collel, Jaime, *Fray Bernardo Boyl. Primer apóstol de América* (Vich: Imp. de L. Anglada, 1929).
- D’Allerit, Odette, “Bernardo Boyl, ermitaño de Montserrat”, *Analecta Legerensia*, I, Pamplona (1970), pp. 227-256.
- Diego Fernández, Rafael, “Proceso jurídico del descubrimiento de América (bulas, tratados y capitulaciones)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Vol. II, UNAM, México (1990), pp. 81-114.
- Dobal, Carlos, *El primer apóstol del Nuevo Mundo. Biografía de Fray Bernardo Boyl, Vicario Apostólico en América y Celebrante de la Primera Misa* (Santiago, República Dominicana: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 1991).
- Donovan, Stephen, “Bernardo Buil”, *The Catholic Encyclopedia*, Vol. 3, Nueva York, Robert Appleton Company (1908).
- Fernández de Córdova Miralles, Álvaro, *Alejandro VI y los Reyes Católicos. Relaciones político-eclesiásticas (1492-1503)*, *Dissertationes, Serie Theologica*, XVI, Edizioni Università della Santa Croce, Roma (2005).
- Fernández de Oviedo y Valdés, Gonzalo, *Historia general y natural de las Indias, Islas y Tierra Firme del Mar Océano*, Madrid, Real Academia de la Historia (1851).
- Fita Colomé, Fidel, *Fray Bernal Buyl y Cristóbal Colón. Nueva colección de cartas reales, enriquecida con algunas inéditas*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes [en línea]: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fray-bernal-buyl-y-cristbal-coln-nueva-coleccin-de-cartas-reales-enriquecida-con-algunas-inditas-0/html/0056f41c-82b2-11df-acc7-002185ce6064_9.html#I_0_.
- Fueros y Observancias del Reyno de Aragón*, Liv. III, Tit. De tabellionibus, f. 101, Edición facsimilar de 1667, Zaragoza [en línea]: <https://bibliotecavirtual.aragon.es/es/consulta/registro.do?id=3705>.
- Fuertes Broseta, Miquel, “Los enviados por las ciudades reales de Cerdeña a su rey (siglos XIV-XIX). Una práctica continuada durante siglos”, *Prohistoria*, 35 (2021), pp. 277-305. [en línea]: <https://ojs.rosario-conicet.gov.ar/index.php/prohistoria/article/view/1426/1877>.

- García-Gallo, Alfonso, “Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias”, *Anuario de Historia del Derecho Español* (1957-1958), pp. 461-830.
- Giménez Fernández, Manuel, “Nuevas consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las bulas alejandrinas de 1493 referentes a las Indias”, *Anuario de Estudios Americanos—Edición especial del artículo publicado en el tomo I del Anuario, EEHA, Sevilla* (1944).
- Heuser, Herman, “The Establishment of the First Vicariate of America A.D. 1493”, *Records of the American Catholic Historical Society of Philadelphia*, Vol. VII, 1896, p. 142 [en línea]: <https://www.jstor.org/stable/pdf/44208818.pdf>.
- León Guerrero, María Montserrat, *El segundo viaje colombino*, Tesis Doctoral, Universidad de Valladolid (2000), pp. 413-416 [en línea]: http://www.cervantesvirtual.com/s3/BVMC_OBRAS/ff77e02/4c8/2b1/11d/fac/c70/021/85c/e60/64/mimes/ff77e024c-82b1-11df-acc7-002185ce6064.pdf.
- Metzler, Josef (Ed.), *América Pontificia*, 2 Vol. (Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1991).
- Oropeza Chávez, Ana Brisa, *La extranjería en el derecho indiano: de las Partidas a la Recopilación de 1680* (México: IIJ-UNAM, 2018).
- Pérez Collados, José María, “En torno a las Bulas Alejandrinas: las Bulas y el Derecho censuario pontificio”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Vol. 5, México, IIJ-UNAM (1993), pp. 237-255.
- Prunés, Josep M., “Nuevos datos y observaciones para la biografía de Fray Bernardo Boyl”, *Bollettino Ufficiale dell’Ordine dei Minimi*, XLIX (2003), pp. 555-574.
- Rincón González, María Dolores, “La divulgación de la toma de Granada: objetivos, mecanismos y agentes”, *Anuario de Estudios Medievales*, 40/2 (julio-diciembre 2010), pp. 603-615.
- Szent-Györgyi, Albert, “Dionysians and Apollonials”, *Science*, 176, 4038 (1972), p. 966.
- Terráneo, Sebastián, *Introducción al Derecho y a las instituciones eclesiásticas indianas* (Buenos Aires: Educa), 2020.
- Villarroel González, Óscar, “La formación de los diplomáticos en la Castilla bajomedieval”, *Studia historica. Historia medieval*, 36, 2 (2018), pp. 117-146.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

MUJERES TRABAJADORAS ANTE EL TRIBUNAL DE COMERCIO. CIUDAD DE BUENOS AIRES, 1850-1868

GABRIELA MITIDIERI*

La presente ponencia propone el análisis de un conjunto de expedientes del Tribunal de Comercio antes y después de la sanción del Código de 1859 a fin de distinguir diferentes estrategias de mujeres trabajadoras que allí comparecieron, para obtener aquello que consideraban que les correspondía. Busco poner de relieve cómo hasta la aparición de la nueva codificación se asumía que dicho Tribunal podía actuar en asuntos propios de la esfera del trabajo, invocándose al respecto el decreto del año 1822, creado durante el gobierno de Bernardino Rivadavia. En adelante, quedaría comprendido bajo la órbita del Tribunal de Comercio “todo convenio por el cual se ha comprado una cosa para revenderla, o alquilar el uso de ella, bien sea en el mismo estado que se compró, o después de darle por el trabajo otra forma de mayor o menor valor. (...) Todo sueldo, salario, compra de provisiones, útiles o materiales, y contratos pertenecientes a transportes por agua y por tierra” (citado en Corva, 2007: 8). Me interesa subrayar las características de la participación femenina, tanto iniciando pleitos como compareciendo como acusadas, los sentidos expresados en torno al trabajo que ellas realizaron y sus consideraciones acerca de un posible honor laboral abierto a mujeres. A su vez, intento identificar qué aspectos del Código pudieron haber obturado ciertas estrategias para ganar los pleitos, al tiempo

* Docente en el Seminario Anual de Tesis “Historia Social, Género y Trabajo”, Carrera de Historia, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Asistente de redacción Revista Mora, Instituto de Investigaciones de Estudios de Género, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.

que habilitaron otras, y mostrar a qué diferente jurisprudencia se hizo apelación con la finalidad de dirimir las demandas a su favor. Argumento que el análisis propuesto puede aportar al estudio de la construcción de nociones de derecho laboral con perspectiva de género, en un período en el que tal proceso no ha sido suficientemente estudiado.

El 28 de septiembre de 1850, el comerciante francés Juan Blumstein se dirigió al Tribunal de Comercio de la ciudad de Buenos Aires. Su intención era denunciar a la modista, de origen francés como él, Florentina Ortelieb, quien le adeudaba 36 mil pesos moneda corriente que Blumstein le había prestado para que pudiera abrir su tienda de confección de vestimenta femenina¹. Dicha tienda se encontraba en la calle Victoria número 5, sobre la Recova, frente a la Plaza. Dos días después, un grupo de nueve comerciantes, entre los que se contaba Blumstein y otros vendedores de paños resolvieron iniciar un juicio de acreedores en contra de Ortelieb por las diferentes deudas impagas contraídas por la artesana. El remate de las existencias de la tienda ascendió a 32 mil pesos moneda corriente, de los cuales Blumstein recibió 8 mil. Poco después de dividir el dinero entre todos los acreedores, dos de ellos protestaron, alegando que la modista se encontraba trabajando en una nueva tienda, sita en la calle Representantes, 91 y 1/2. De acuerdo a ellos, era “(...) bien público y notorio que (Blumstein) ha sido habilitador de Doña Florentina Ortelieb desde los momentos en que vino de Francia con él”. El 23 de diciembre la mujer acudió al Tribunal convencida de que la denuncia era “falsa y enteramente innecesaria” y argumentó:

“(...) si ellos hubiesen investigado lo q dicta el buen sentido se habrían convencido de q todo lo q existe en la expresada tienda no me pertenece en lo más mínimo (...) todas las especies existentes en ella son las propias sin faltas una que se hallaban en mi tienda y que fueron compradas en público remate por D. Juan Blumstein quien conmovido de la miseria de mi sexo y de mi lamentable situación, ha querido favorecerme poniendome en una tienda para que la administre y venda a una pequeña comisión”.

Experiencias como las de Florentina no eran infrecuentes en la ciudad de Buenos Aires a mediados de siglo XIX. En esta ponencia

1. AGN, Tribunal Comercial. 1850 - ORTELIUB, Florentina concurso de acreedores de. y ORTELIUB, Florentina concurso de.

indago en expedientes del Tribunal de Comercio de Buenos Aires en el período 1850-1868 con la intención de identificar las formas de participación de mujeres trabajadoras en esta instancia de justicia, así como también observar cuáles fueron los sentidos en torno a derechos que ellas desplegaron y disputaron en este ámbito. Exploro los cambios en el funcionamiento del Tribunal con la sanción del Código de Comercio en 1859, específicamente en lo que atañe a novedosas restricciones de acceso dirigidas a mujeres. Argumento que se trata de una esfera de justicia poco explorada pero clave para indagar en dinámicas laborales y en la experiencia de disputa por derechos por parte de trabajadores y trabajadoras de la ciudad.

La historiadora del derecho Carolina Quaglia señaló que hasta la sanción y puesta en vigor del Código Civil, en 1869, la jurisprudencia de origen hispánico, a la que se apelaba y que se enseñaba en la Universidad de Buenos Aires desde la década de 1820, establecía la incapacidad jurídica de las mujeres para suscribir contratos o iniciar demandas legales, a no ser que contaran con la expresa autorización de su padre o de su marido. En caso de no existir este, un juez podía otorgar un permiso equivalente. Por otra parte, las mujeres podían demandar por sí mismas en la Justicia Civil a sus maridos en caso de que, separados de hecho, estos no cumplieran en suministrarles dinero para alimentos y manutención de los hijos². En los expedientes analizados para la elaboración de esta ponencia, no todas las mujeres que llevaron adelante acciones legales contaban con autorizaciones masculinas para hacerlo, pero es posible que la existencia de tal restricción, sumada a los costos que imponía el Tribunal Comercial y a la proximidad de otras instancias de justicia más accesibles, contribuyera a que, efectivamente, la presencia femenina en estos legajos fuera minoritaria. El análisis de sus experiencias, no obstante, contribuye a arrojar luz sobre las especificidades históricas de ese acceso a la justicia laboral y a los sentidos de lo que correspondía por derecho para ellas en los mundos del trabajo. A su vez, como analizaré en la ponencia, los juicios por alimentos a veces aparecían entremezclados con concursos de acreedores, cuando el mismo artesano en quiebra era, además, un padre que no cumplía con sus deberes económicos. Explorar tales solapamientos legales

2. Quaglia, Carolina L., “Las capacidades civiles de las mujeres casadas a través de los textos de formación jurídica (siglo XIX)”, *Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, Vol. 03, N° 05 (2016), pp. 49-67.

constituye una oportunidad para indagar en los mundos del trabajo en un sentido amplio: los trabajos domésticos y artesanales no remunerados de mujeres resultaban cruciales para el funcionamiento de tiendas y talleres administrados por sus maridos.

El Consulado y Tribunal de Comercio fue una instancia de justicia analizada por investigadores especializados en historia del derecho. Por un lado, Javier Kraselsky buscó historizar el entramado corporativo y los intereses de los comerciantes que se desempeñaban en funciones en el Consulado de Comercio del Virreinato del Río de la Plata, en un momento en el que concernían a este tanto el fomento de la industria y el comercio como el arbitraje en pleitos de la esfera comercial³. Por su parte, María Angélica Corva, dentro de un estudio más amplio sobre la construcción de las diferentes instancias y fueros de justicia en Buenos Aires a lo largo del siglo XIX, centró su mirada en ese tribunal para dar cuenta de las peculiaridades de la justicia que se impartía allí⁴. Su indagación acerca de las tradiciones coloniales que pervivieron hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XIX, los distintos magistrados que integraron el fuero, la forma de resolución de las demandas, la dinámica de apelación y los cambios que introdujo la sanción del Código de Comercio, en 1859, en el funcionamiento cotidiano del tribunal son aspectos que la autora analiza exhaustivamente y en los que este capítulo se basa para dar un marco a las experiencias de justicia que busca estudiar.

3. Kraselsky, Javier, “De las Juntas de Comercio al Consulado. Los comerciantes rioplatenses y sus estrategias corporativas, 1779-1794”, *Anuario de Estudios Americanos*, 64 (2) (2007), pp. 145-170; *Las estrategias de los actores del Río de la Plata: Las Juntas y el Consulado de Comercio de Buenos Aires a fines del Antiguo Régimen. 1748-1809*, Tesis de posgrado, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación (2011), y “Las corporaciones mercantiles y los comerciantes ingleses en el Río de la Plata. Surgimiento, apogeo y declinación del Consulado de Buenos Aires, 1794-1821”, *Varia Historia*, Vol. 36 (2020), pp. 107-134.

4. Corva, María Angélica, “Íntegros y competentes. Los magistrados de la provincia de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX”. En *Barriera, Darío (comp.), Justicias y fronteras. Estudios sobre historia de la justicia en el Río de la Plata (siglos XVI-XIX)* (Murcia: Universidad de Murcia, 2009), pp. 179-204; *La administración de justicia en la provincia de Buenos Aires, 1853-1881*, Tesis doctoral en Historia, Universidad Nacional de La Plata (2013) y “El primer ensayo de organización judicial para el Estado provincial de Buenos Aires (1821-1825)”. En *Barriera, Darío, Justicias situadas: entre el Virreinato Rioplatense y la República Argentina 1776-1864* (La Plata: Universidad de La Plata, 2018), pp. 179-212.

Esta ponencia se organiza de la siguiente manera: en un primer momento, expongo el funcionamiento del Tribunal de Comercio. Luego, me pregunto por las ideas de honor, ley y costumbre en ciertos reclamos protagonizados por mujeres y busco evidenciar las relaciones de género entramadas en los sentidos de lo justo. En tercer lugar, me detengo a revisar cuáles fueron los cambios que introdujo la sanción y puesta en marcha del Código de Comercio en 1859. A partir del análisis de concursos en los que mujeres de artesanos aparecían como acreedoras de sus maridos, quienes adeudaban pensiones de alimentos, me interrogo, por último, sobre usos insospechados del tribunal para el reclamo sobre trabajos domésticos no remunerados. En las conclusiones, sintetizo los principales aportes del estudio y explicito las preguntas abiertas para futuras indagaciones en la temática.

1. El Tribunal de Comercio de Buenos Aires

El funcionamiento del Tribunal de Comercio se retrotrae a la sanción de la cédula de erección del Real Consulado de Buenos Aires, el 30 de enero de 1794, por Carlos IV, como parte de las medidas descentralizadoras que promovió el reformismo borbónico. Ante el aumento del comercio ocasionado por la extensión del tráfico tras la sanción de la libertad de intercambio, en 1778, desde distintas ciudades puerto bajo dominio español se hicieron peticiones para crear consulados mercantiles. Tal institución actuaba como un cuerpo encargado de fomentar y proteger el comercio y que funcionaba a su vez como tribunal mercantil⁵. Se trataba de un fuero particular para juzgar a los comerciantes, así como un órgano de fomento para proteger los intereses de sus miembros.

¿Cuál era el costo de iniciar un pleito en la justicia comercial? En diciembre de 1860, con la carátula “Doña Petrona López contra Don Juan Baldrig sobre liquidacion de una sociedad”, tuvo lugar en el Tribunal de Comercio una demanda por la cual López reclamaba a Baldrig lo que le correspondía por el negocio de almacén en La Boca del Riachuelo que habían compartido y habían hecho fructificar

5. Corva, María Angélica, “Del Consulado a la justicia comercial letrada en la provincia de Buenos Aires”, XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia, Tucumán, 2007, p. 2.

juntos por el lapso de ocho años. Pasado ese tiempo, Baldrig había echado a López de la casa en la que ambos vivían y dijo que todo le pertenecía solo a él. El pleito duró alrededor de cuatro meses, luego de los cuales llegaron a un acuerdo y Petrona desistió de proseguir el reclamo. Al concluir el expediente, el escribano del tribunal listaba los gastos que había generado la demanda: un total de \$136 y 2 reales en concepto de los decretos emitidos (\$32), de 21 notificaciones en el radio de las 6 cuadras del tribunal (\$84), 2 fuera del radio (\$8), 2 conocimientos (\$4), 9 fojas al tasador (\$22) y 2 sellos (\$6)⁶.

2. El honor de las modistas francesas

Volvamos a las pistas que nos deja el expediente con el que comenzamos la ponencia, el juicio iniciado por Juan Blumstein a la modista Florentina Ortelieb. ¿Cómo interpretar el vínculo entre Blumstein y la modista Florentina Ortelieb? ¿Qué decir de las estrategias comerciales y legales del francés para asegurar la rentabilidad de su negocio? ¿Qué de las palabras empleadas por Florentina para defenderse? No hay respuestas unívocas y esta será tan solo una interpretación posible de aquello que se pone en evidencia –y aquello que permanece velado– en el análisis de la fuente. Es posible que la voluntad de demandar a la modista por no cumplir con el pago del préstamo inicial que permitió instalar la tienda fuera legítimo. Luego, tal vez a través de sus propios contactos comerciales, Blumstein hubiera llegado a conocer que existían deudas con otros comerciantes proveedores de materia prima y artículos que Ortelieb vendía en la tienda, la que además era su lugar de morada. En un mismo movimiento, el francés pudo haber actuado como acreedor para retener algo del dinero invertido, al tiempo que tal vez conservaba herramientas y existencias de la tienda para equipar el nuevo espacio de trabajo donde colocaría a la modista. El segundo arreglo laboral aparece como una habilitación: la mujer vende a una pequeña comisión. Quizás la deuda preexistente tomara ahora la forma de un acuerdo de trabajo mucho más beneficioso para el empresario que para la modista. Ahora, vale la pena volver sobre los dichos de

6. AGN, TC, 1860-Doña Petrona Lopez contra Don Juan Baldrig sobre liquidación de una sociedad, folio final.

la artesana en la instancia de enfrentarse con la justicia. Allí vemos una apelación en nombre de la miseria de su sexo, de su desgraciada situación y un derecho a ser receptora de los amparos caritativos de Blumstein. Por un lado, esta experiencia puede arrojar luz sobre relaciones sociales entre hombres y mujeres que compartieron un origen nacional común y que, de un modo mucho más jerarquizado y vertical que el analizado en el caso del zapatero, albañil y sastre italiano, hicieron posibles oportunidades de empleo y subsistencia. Por otro lado, existe una amplia historiografía que aborda las demandas en las que hombres y mujeres trabajadoras reclaman por aquello que consideran justo como modo de adentrarse en los sentidos engenerizados del honor que reclaman para sí sujetos subalternos.

En 1854 la modista francesa María Gilles se acercó al Tribunal de Comercio para hacer cesión de bienes al encontrarse en quiebra. La mujer se presentó como esposa de don Hipólito Gauthier, pero afirmó que estaba separada y él se hallaba ausente de la ciudad. Asimismo, en su declaración se ocupó de señalar que ella ya tenía su tienda de modas, en la calle Perú n° 107, aun en los tiempos en los que Gauthier se encontraba en Buenos Aires. La señora Gilles concluía su exposición reforzando con un juramento (“lo juro por una señal de la cruz como esta: +”) que lo declarado era cierto y reclamaba justicia por su situación. Sin embargo, uno de sus acreedores, Adolfo Mansilla, no dudaba en tildar a ella y a su marido ausente del país de “ladrones”⁷. Seguidamente, el acreedor apelaba a las Ordenanzas de Bilbao para que se considerara a ambos “alzados”, es decir, “infames robadores de hacienda ajena”⁸. No sabemos cuál fue la suerte de doña Gilles, ya que los expedientes no brindan pistas. Dos años antes de los incidentes de María, en agosto de 1852, la también modista francesa Anastacia Thoulet decidió acercarse no al Tribunal de Comercio, sino a la comisaría más próxima a su domicilio, para denunciar a don Juan Berret, comerciante francés como

7. AGN, Tribunal de Comercio. 1854-Concurso de Doña María Gilles, f. 4.

8. De acuerdo con su estudio de las Ordenanzas de Bilbao, dice Juana Pulgar: “(...) alzados son aquellos que ‘conociendo su mal estado, no obstante él arriesgan los caudales ajenos con dolo y fraude, compran mercaderías de a plazos con subidos precios y las venden al contado a menos de su justo valor... y alzándose finalmente...’. A estos alzados –continúa la Ordenanza– ‘se les ha de tener como infames ladrones públicos, robadores de hacienda ajena y se les perseguirá... a proporción de sus delitos’. Pulgar, Juana. *La declaración del concurso de acreedores* (Buenos Aires, La Ley, 2009), p. 78.

ella⁹. De acuerdo con la modista, hacía seis meses que se encontraba al frente de su pequeña tienda y, en un primer momento, Berret le suministró “algunos efectos con su crédito en una casa francesa, solamente con el objeto de una patriótica protección sin mas otro convenio estipulado ni en palabra ni por escrito”.

Agradecida por el gesto, la modista pagó la deuda contraída y, teniendo la impresión de que existían intenciones poco honradas en los favores ofrecidos por Berret, rechazó terminantemente seguir haciendo uso de su crédito. A partir de la distancia establecida por la mujer, Berret comenzó a frecuentar su establecimiento y alegaba que aquella deuda inicial lo hacía acreedor de parte de las ganancias de la tienda. En su testimonio, la modista precisaba que acudía a la policía para que se pusiera fin a la conducta de Berret, quien trataba de “envolver a una infeliz mujer con un hijo huérfano” cometiendo contra ella las tropelías más escandalosas, llegando a tratarla con descaro de “mujer pública” y otros desatinos que la modista prefería omitir por vergüenza. Thoulet concluía su denuncia con una súplica para que pudieran favorecerla inmediatamente con aquello que fuera de justicia. En una posterior instancia de arbitraje, el comerciante no solo negó las acusaciones, sino que también testificó que era la modista quien no cesaba de incomodarlo, y que por tal motivo creía que la mejor resolución debía ser la mudanza de Thoulet a otra parroquia. Al negarse la mujer a una resolución de tal tipo, y no contando con los medios para hacerlo, el expediente parecía quedar en la nada¹⁰.

Esta breve entrada en un legajo policial contiene pistas para reconstruir algunos aspectos de la experiencia de Anastacia, similar a la de doña Gilles en más de un sentido: ambas, además de ser francesas, contaban con un oficio como modistas, estaban al frente de su tienda, habían contraído deudas como parte de la dinámica esperable del negocio, algunas por medio de vínculos de connacionalidad, y las dos, de manera momentánea o permanente, aparecían ejerciendo su ocupación como mujeres “solas”, es decir, sin la compañía de un hombre. En su testimonio, María Gilles había sido enfática en presentarse como una mujer artesana, al frente de su tienda, la cual se encontraba enteramente a su cargo aun antes de la quiebra de su marido. Señalaba que había desplegado en ese espacio su esfuerzo y

9. AGN, División Gobierno, X-33-7-9, f. 73.

10. AGN, División Gobierno, X-33-7-9, f. 74.

trabajo personales. No obstante, sus acreedores se negaban a considerar el negocio de Gilles un establecimiento autónomo de aquel de Gauthier e insistían en acusarlos de manera conjunta como “alzados, robadores de hacienda agena”, aun cuando María no se hubiera dado a la fuga y cumpliera en someterse a un procedimiento de cesión y liquidación de bienes. Es posible que ambas afirmaciones de la mujer produjeran disgusto tanto entre los acreedores como entre las autoridades del tribunal: Gilles persistía en identificarse como una trabajadora honrada, al frente de un negocio que administraba separada de su marido.

Para Anastacia, quedar en deuda con su compatriota, al ser una mujer viuda que estaba al frente de una tienda taller, podía habilitar propuestas “deshonestas” por parte de un hombre de mejor posición económica que ella. Su testimonio alcanzaba un punto dramático cuando la modista detallaba que Berret la había tratado de mujer pública, o prostituta. Anastacia optó por una estrategia diferente de la de María. En lugar de identificarse como una trabajadora digna de honra, apeló a su calidad de viuda y madre de un niño huérfano para demandar aquello que consideraba justo: lograr que el comerciante Berret dejara de importunarla, y conseguir así ganarse el sustento a través de su oficio sin que su honor estuviera puesto en tela de juicio. La ética del trabajo, que podía elevar la honra de sus contrapartes masculinas, no tenía el mismo efecto al ser esgrimida por ellas, y existía el riesgo de que acudir a esferas de justicia para reclamar lo que les correspondía implicara someterse a un escrutinio público de sus vidas por parte de los magistrados¹¹. Las acusaciones que Berret profirió contra Thoulet tuvieron lugar en la tienda de la modista, lo que afectaba su reputación frente a clientas y vecinos de su parroquia. Así, los sentidos a disputar para mantener su honor y economía requerían que Anastacia –de un modo semejante al que llevó adelante Florentina Ortelieb– se ciñera a roles de género preestablecidos para las mujeres en su situación. Por otro lado, la estrategia de Gilles fue diferente: intentó encuadrar su experiencia en la de otros inmigrantes con un oficio que trabajaban en la ciudad. Mujeres “solas”, es decir, sin padre ni marido a la vista, como Thoulet, podrían haber

11. Chambers, Sarah C., *De súbditos a ciudadanos: honor, género y política en Arequipa, 1780-1854* (Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, 2003), capítulo VI “Los límites de la ciudadanía: el género y la moralidad republicana”, pp. 211-240.

esperado que los funcionarios del naciente Estado republicano actuaran como protectores de su honor y garantes de resarcir la vulneración de aquel por parte de hombres como Berret. Tal vez en un sentido similar, el juramento con señal de la cruz incluido en el expediente de la modista Gilles estuviera apelando a valores cristianos compartidos con los hombres del tribunal y con aquellos que suscribían a lo ya señalado en la prensa. Sin embargo, quienes las juzgaban señalaron que era su conducta la que estaba fuera de lugar. Gilles, por insistir en continuar con su actividad separada de su marido; Thoulet, por acusar de viva voz a un vecino en lugar de optar por mudarse de parroquia.

3. El Código de Comercio de 1859

La sanción del Código de Comercio del Estado de Buenos Aires en 1859, que pasaría a tener validez y alcance nacional luego de 1862, introdujo algunas modificaciones que impactaron en el acceso a la justicia comercial por parte de trabajadores y trabajadoras de la ciudad¹². Se buscaba abandonar la formulación amplia del decreto de Rivadavia de 1822 en el que quedaban comprendidos en el acto de comercio trabajos, sueldos y salarios. En su lugar, el flamante Código desglosaba de manera pormenorizada en su artículo 7 (título I, De los comerciantes; capítulo I, De los comerciantes en general y de los actos de comercio) lo que entendía por acto de comercio, y señalaba que solo se pronunciaría respecto de los salarios de “dependientes y otros empleados de los comerciantes”. Pasaban así a constituir el único grupo de trabajadores que entraba en la órbita de la competencia del tribunal. A su vez, se especificaba que para ser comerciante, además de ser mayor de edad y tener matrícula –que debía tramitarse en el tribunal–, había que contar con peculio propio (art. 9). También, se especificaba, en el artículo 17, que la mujer de un comerciante que meramente hubiera auxiliado a su marido en el comercio no era reputada comerciante.

También se procedía a distinguir con claridad entre derechos y responsabilidades. Por un lado, artesanos y artesanas sin peculio

12. Ver el Código de Comercio de 1859 en Google Books: https://books.google.com.ar/books/about/Codigo_de_comercio_para_el_estado_de_Bue.html?id=HgY-AQAAMAAJ&redir_esc=y.

propio ya no podían ser reputados como comerciantes. En la noción de auxilio, por su parte, se reforzaba la invisibilización del trabajo femenino en tiendas y almacenes. No obstante, quienes no fueran comerciantes, pero hubieran verificado accidentalmente algún acto de comercio, quedaban comprendidos no en cuanto a los derechos, pero sí en cuanto a las obligaciones, en la jurisdicción de la justicia comercial. De esta manera, lejos de resultar un amparo para trabajadores y trabajadoras, el Código se volvía un instrumento para ajustarlos a la ley, especialmente allí donde hubieran ocurrido deudas y quiebras. Además, aunque se introdujera también como novedad la existencia de un juez letrado de comercio, en situaciones de quiebras y concursos, los dos síndicos –también llamados “administradores de la quiebra”– a cargo de realizar el seguimiento de la persona fallida continuaban siendo elegidos entre comerciantes de la ciudad. Y no se trataba de una mera tarea honorífica: en un expediente de 1857, fue registrado que por su participación en el proceso debían recibir cada uno el 6% del total de los bienes embargados y rematados de la persona fallida¹³.

Sin embargo, más allá de la codificación escrita, trabajadores y trabajadoras siguieron acudiendo al tribunal, con mayor o menor éxito, para intentar conseguir algo que se aproximara a sus sentidos de justicia. Entre los expedientes ya citados es posible descubrir cómo las estrategias de ciertas personas intentaban torcer a su favor la legislación vigente. Al indagar en el expediente entre Petrona López y Juan Baldrig, iniciado en 1860, un año después de la sanción del Código, Petrona reclamaba lo que le correspondía del negocio de almacén en el que había trabajado en conjunto con Baldrig, quien la expulsó del establecimiento¹⁴. En este caso, seguir la pista del nombre propio y entrecruzar la evidencia del tribunal con el análisis de otras fuentes vuelve visible una dimensión que en aquel legajo permanecía opaca. Al observar cómo el Código de Comercio consideraba que el trabajo de las mujeres era auxiliar al de sus maridos, no sorprende que la estrategia de Petrona fuera ocultar el lazo afectivo que la había vinculado a Baldrig, para así enfatizar el trabajo realizado a la par de su compañero. En el censo realizado en 1855, ambos aparecían residiendo juntos en una casilla de la parroquia de

13. AGN, TC, 1857-Concurso de Don Antonio Omar, f. 41.

14. AGN, TC, 1860-Doña Petrona Lopez contra Don Juan Baldrig sobre liquidación de una sociedad.

Barracas al Norte, y Petrona fue censada con el apellido de su marido (“Baldrich”). En la columna destinada a la ocupación, mientras Juan figuraba como “almacenero”, el espacio de Petrona se encuentra tachado, como si la mujer no tuviera ocupación alguna, evidencia de la existencia de subregistro laboral de algunas mujeres en este censo¹⁵. Si bien, como mostré, el arreglo entre las partes terminó dándose por fuera de la instancia legal, es posible que, de haberse presentado como la exesposa y concubina de Baldrig, el tribunal no hiciera lugar a la demanda.

De esta manera, el nuevo Código se convertía en un instrumento de disciplina para mantener a raya a trabajadores morosos, en un contexto en el cual, de todos modos, la deuda continuaba siendo parte habitual de las formas de sobrevivir en la ciudad. A su vez, implicaba una quita de reconocimiento a la participación laboral de las mujeres como sujetos de pleno derecho. No obstante, la sistematización legal comprendida en el Código resultó una herramienta útil para ciertas mujeres, que en calidad de madres y esposas pleiteaban para lograr lo que consideraban de derecho y justicia.

4. El derecho a alimentos: demandas de mujeres en concursos de acreedores

En agosto de 1857, Antonio Omar, quien estaba al frente de sendas tiendas de venta de géneros en San Isidro y en Morón, fue encarcelado por orden de sus acreedores, quienes consideraban que el mal estado del negocio de Omar podía afectar sus intereses. Nuevamente, al igual que en el proceso atravesado por el sastre González, se constataba la facilidad que tenían los acreedores ante la posibilidad de una quiebra para solicitar la prisión de un trabajador. El 6 de octubre de ese año, el detenido redactó una carta que hizo llegar al Tribunal de Comercio. Allí, en la situación de arresto en la que se encontraba, pedía su libertad, por serle necesaria para obtener tanto su sustento como el de su familia. Al encontrarse en la cárcel, “toda ella se haya sin tener como vivir y yo no puedo proporcionarsela

15. Censo de población de Buenos Aires, 1855, Parroquia de Barracas al Norte, cuartel desconocido, cédula n° 42. <https://www.familysearch.org/ark:/61903/3:1:S3HY-6QPX-PX?i=41&personUrl=%2Fark%3A%2F61903%2F1%3A1%3AMW3B-VXJ>.

como devo”. Tres días después, los síndicos del concurso accedían a concederle lo pedido. Puede observarse que identificarse como un honesto padre de familia que buscaba cumplir su deber de proveedor parecía haber dado resultado con aquellos a cargo de fiscalizar la quiebra, al menos en términos de evitar quedar confinado en la cárcel de deudores. El mes siguiente, culminó el proceso del concurso: se inventariaron y remataron los bienes de las tiendas y se distribuyó la suma entre los acreedores.

Dos años después, en diciembre de 1859, doña Emilia Ravelo de Omar se presentó en el Tribunal de Comercio con el argumento de que era una parte afectada dentro del anterior concurso de su esposo, y reclamaba así lo que le correspondía. Detalló que debido a la prisión sufrida por Omar en el año de la quiebra habían quedado separados de hecho. La mujer comentó que después de su liberación, y habiendo arreglado sus créditos mercantiles, su esposo le propuso esperar un poco más de tiempo en la ciudad con objeto –según le dijo– de concluir definitivamente el arreglo de sus asuntos comerciales en San Isidro, lugar donde residían antes de su quiebra. En ese momento, Omar resolvió asignarle con este fin una pensión de 400 pesos m.c., los cuales se le entregaban mensualmente¹⁶. Emilia proseguía relatando que tiempo después había comprendido que los motivos que su esposo alegaba eran falsos y que su verdadera intención era abandonarla.

“(…) y no pudiendome determinar a vivir sin ser atendida por quien está estrictamente obligado a sostenerme en cumplimiento de los deberes sagrados prescriptos por las leyes, vengo hoy ante el Sr provisor para que VS se digne hacer comparecer a mi esposo a este juzgado a fin que esponga los motivos que tenga para haber procedido del modo arriba designado pidiendo también a VS se digne en caso contrario hacer la cumplir con los deberes prescriptos por las leyes matrimoniales. Pues es justicia”¹⁷.

Emilia buscaba así hacer valer sus derechos como esposa no en el Tribunal Civil, que solía ser la instancia en la que se iniciaban las demandas conyugales, sino en la esfera comercial, al apoyarse en la existencia de un concurso de acreedores reciente sufrido por el

16. AGN, TC, 1859-Doña Emilia Ravelo de Omar contra el concurso de su esposo, f. 1.

17. AGN, TC, 1859-Doña Emilia Ravelo de Omar contra el concurso de su esposo, f. 2.

esposo. Es posible que la mujer estuviera al tanto de que, de acuerdo con el flamante Código de Comercio, el dinero correspondiente a alimentos era uno de los pagos que debían cumplirse reglamentariamente aun si el fallido lograba acceder a la moratoria o a la cancelación de sus deudas en plazos (artículo 1744). Hipotecas, arrendamientos, sueldos de empleados y dependientes y cuentas abiertas en locales como almacenes o pulperías, que permitieran al fallido garantizar la subsistencia de él y de su familia, eran también considerados créditos impostergables según el Código.

Al presentarse como separada en los hechos, la mujer probablemente buscara no dejar dudas respecto de su falta de complicidad en los asuntos de insolvencia de su marido. No obstante, su estrategia impedía saber si la mujer había tenido efectivamente algún tipo de participación laboral en los negocios de Omar.

En febrero de 1860, Adolfo Encina se presentó ante el tribunal como apoderado de Antonio Omar. Allí, buscaba poner en duda, por un lado, que efectivamente Emilia necesitara de esa pensión, dado que habían pasado alrededor de dos años en los que la mujer había encontrado otras maneras de sobrevivir. En segundo lugar, sostenía que debía asumirse que la pareja se encontraba efectivamente disuelta, lo cual cancelaba las obligaciones matrimoniales de Omar. En tercer lugar, afirmaba que el hombre seguía aún con problemas económicos¹⁸.

Tanto el marido como su representante buscaban arrojar un manto de sospecha sobre el honor de la mujer, al hacer referencia a que evidentemente debía de haber conseguido dinero para mantenerse de algún modo. De esa manera, intentaban lograr que se diera por nulo el matrimonio, y sus derechos y deberes asociados. De fallar la estrategia, Encina y Omar ofrecían a la mujer proveerle el 50% de los ingresos mensuales que tuviera el tendero. En lugar de acordar un monto fijo, la pensión estaría sujeta a los eventuales ingresos de Omar, los cuales probablemente la mujer no pudiera fiscalizar, por lo que debería conformarse de seguro con recibir lo que su esposo considerara adecuado.

Una vez notificada, Emilia se aseguró de responder a la brevedad a la provocación de su marido y de su representante. Señaló

18. AGN, TC, 1859-Doña Emilia Ravelo de Omar contra el concurso de su esposo, f. 9.

que la separación de marido y mujer debía hacerse por sentencia judicial y no por autoridad propia. Argumentaba que así había sido prescripto por el papa Benedicto XIV. Agregaba que vivía en la casa de su señora madre, “la cual se complace en compartir conmigo su pobreza como la compartió con mi esposo en épocas anteriores durante un año y medio sin costarle a él ninguna erogación”.

Y a continuación afirmaba que le sería muy sencillo destruir los argumentos de su esposo, ya que contaba con evidencia para hacerlo, así como para probar que Omar buscaba eludir el cumplimiento de sus obligaciones sagradas reservándose para sí gruesas sumas de dinero que empleaba en el sostenimiento de otra familia¹⁹.

La continuidad del lazo permitía que la mujer reclamara los derechos que le correspondían en calidad de esposa. Pero además buscaba mostrar que el sostén que su madre le garantizaba también había sido brindado en su momento al marido insolvente. Aparecía entonces una mujer mayor cuya posición económica o posibilidad de continuar trabajando alcanzaba para proveer de algún modo al bienestar de la hija separada. En tercer lugar, Ravelo insinuaba que el incumplimiento de los deberes de Omar podía estar relacionado con que tuviera una familia paralela, no reconocida por la ley. Pero viéndose en la situación de tener que admitir que no la incomodaba tanto la separación como el hecho de que Omar no cumpliera en hacerle llegar el dinero acordado, Ravelo pedía al tribunal que la cuestión concluyera por medio de un juicio verbal entre el esposo y ella, con objeto de que expusiera los motivos que había tenido para abandonarla. Y si ello no resultara suficiente, demandaba al juez que sentenciara la reintegración del matrimonio. En su última oración, la esposa pedía “justicia con costas y costos” a cargo del marido²⁰. Es decir que lo extenso del proceso legal no se volviera un gasto para ella misma, sino que fuera cubierto enteramente por Omar.

Contra todo pronóstico, el tribunal aparecía dispuesto a dar lugar tanto a la demanda como a la realización del juicio, en un pleito que difícilmente pudiera ser considerado bajo jurisdicción de la justicia comercial de acuerdo con el Código de 1859. Así, el 5 de enero de 1861, la instancia de mediación tuvo lugar. Omar ofreció entonces

19. AGN, TC, 1859-Doña Emilia Ravelo de Omar contra el concurso de su esposo, f. 17 y 18.

20. AGN, TC, 1859-Doña Emilia Ravelo de Omar contra el concurso de su esposo, f. 20.

correr con todos los gastos administrativos de la demanda iniciada por su esposa y se comprometió a concederle una mensualidad de \$450, para beneplácito de Emilia²¹.

En 1862, Antonio Omar continuaba ocupándose de la venta de telas, pero en el partido de San Fernando. Una vez más, las dificultades económicas lo habían puesto en la situación de tener que presentarse ante el Tribunal de Comercio para hacer cesión de sus bienes. Esto aparecía a ojos de algunas personas como una estrategia, más que como una fatalidad, ya que existían testigos que admitían que el tendero se proponía vender todo lo que pudiera y a cualquier precio antes de que los síndicos procedieran a inventariar y rematar las existencias. El juez de paz de San Fernando declaraba ante el tribunal que efectivamente Omar estaba vendiendo bienes de la tienda a precios sumamente bajos y que, habiendo interrogado al dependiente de Omar sobre el tema, este dijo que tenía orden de su patrón de efectuarlo y entregar el dinero a la mujer²². Quizás esto fuera evidencia de que el tendero no deseaba volver a enfrentarse por este tema con Emilia.

Una vez más, en febrero de 1863, Antonio Omar se encontraba en la cárcel de deudores. Desde allí, se dirigió por escrito al tribunal, para afirmar que tenía un fiador y señalar el acuerdo verbal al que había llegado con sus acreedores para cancelar su deuda en un plazo de nueve meses²³. Omar no contaba con que tal procedimiento informal ya no tenía cabida a partir de la promulgación del Código de Comercio, lo que le hicieron saber desde el tribunal. En una nueva misiva, el fallido se dirigía entonces formalmente al señor juez letrado de comercio, al frente del tribunal, para reiterar que contaba con un fiador y que, de acuerdo con el Código, esto lo habilitaba para solicitar que se le concediera la libertad, que finalmente le fue otorgada. El concurso se extendió por un lapso superior a los procedimientos que Omar había enfrentado años antes. De esta manera, aunque la estrategia inicial del tendero era liquidar las existencias para reunir una suma de dinero, parte de la cual parecía ir destinada a la pensión de su exesposa, la extensión del proceso legal iba a atentar contra los intereses de la mujer. Y, a diferencia de la instancia ante-

21. AGN, TC, 1861-Da Emilia Ravelo de Omar con Don Antonio Omar sobre alimentos, f. 1.

22. AGN, TC, 1862-Concurso de Don Antonio Omar, f. 7.

23. AGN, TC, 1862-Concurso de Don Antonio Omar, f. 21.

rior, aunque Emilia apeló en reiteradas oportunidades durante 1865 y 1866, el juez letrado de comercio no hizo lugar a su demanda de ser considerada entre los acreedores del marido²⁴, lo que podía estar ligado al conocimiento de cierta complicidad de parte de la mujer con los asuntos de Omar, o bien a que se estuviera buscando evitar la superposición de competencias entre la justicia civil y la comercial.

A lo largo de los distintos procesos atravesados por el tendero, Emilia Ravelo mostró no solo perseverancia y tenacidad para comparecer frente a un tribunal que no siempre le resultaba favorable. También evidenció conocer qué leyes vinculadas a los derechos y obligaciones conyugales amparaban su requerimiento y buscó presentarlas de manera tal que los incumplimientos de abonar la pensión por parte de Omar resultaran inadmisibles para los magistrados.

Por su parte, en 1868, el sastre don Pascual Noé se apersonó ante el Tribunal de Comercio para tramitar su concurso y cesión de bienes ante sus acreedores. Señalaba que se encontraba establecido en el rubro después de muchos años con una tienda de sastrería, la cual había sido afectada siguiendo “el ruinoso detrimento de todas las casas”. Tal vez haría referencia a la suerte que les tocaba a muchos artesanos y artesanas de la confección ante la expansión de la ropa hecha a medidas estandarizadas o la competencia que les implicaba la aparición de las grandes tiendas o bazares y sus ofertas de ropa importada en la ciudad. Así, había visto reducida su sastrería a solo un cuarto y su sostén era posible gracias a la paciencia y comprensión de sus acreedores.

“No tengo el derecho de prolongar esta situación ni hechar sobre una honradez que me ha acompañado hasta la vejez, duda alguna; mi deber es dar cuenta a mis acreedores para que ellos deliberen de lo que es suyo y exhonerar me de responsabilidad, cuando no tengo los medios para afrontarla”²⁵.

Tal como estaba estipulado en estas instancias, presentaba un fiador para poder evitar la cárcel, quien firmaba el acta junto con el sastre. El 27 de octubre de ese año, mientras se procedía a inventariar los bienes existentes, Pascual Noé se dirigía a través de una misiva al señor juez de comercio, para indicar que su mujer, con quien sostenía un pleito por alimentos, debía ser incorporada como una de los

24. AGN, TC, 1862-Concurso de Don Antonio Omar, f. 59 24/9/1865 y f. 74 23/8/1866.

25. AGN, TC, 1868-Concurso de Noe Don Pascual, f. 3.

acreedores del concurso. El artesano buscaba homologar el dinero que adeudaba por géneros comprados con aquello que le debía a su esposa en concepto de manutención para ella y los hijos de ambos. Entretanto, el resto de los acreedores dejaban asentado por escrito que estaban de acuerdo con permitir que el viejo sastre continuara trabajando y no se cerrara su taller como era de costumbre en los concursos y así lo establecía el Código de 1859. Concordaban con ello los síndicos, lo cual resultaba evidencia del buen nombre que tenía Noé entre los comerciantes de la ciudad.

El 24 de noviembre, se dirigió al Tribunal de Comercio el señor Benito Rey, en representación de Ana Cúneo, esposa de Pascual Noé. Allí, manifestaba la oposición de Cúneo de ser incorporada como acreedora de su esposo en el juicio de acreedores. Señalaba que la ley que regulaba el acuerdo sobre alimentos obligaba a ejecutar la sentencia breve y sumariamente, sin permitir que ellos dejaran de darse por causa alguna.

“La pensión alimenticia a que ha sido condenado Noé no puede excusarse ni embrollarse con un juicio de concurso, porque este es un privilegio acordado por la ley. Es evidente que lo que Noé se propone con el concurso que ha promovido es burlarse de la sentencia que le condena a dar alimentos. Hoy mismo se le ve al frente del establecimiento que tiene, lo cual es un desmentido de la veracidad de la quiebra”²⁶.

A diferencia de la estrategia de Emilia Ravelo de Omar, quien intentó por todos los medios ser considerada legalmente acreedora de su marido como forma de que se hiciera lugar a su reclamo, la esposa del sastre Noé tomó otro camino. Su decisión parecía motivada por la dificultad para estimar los tiempos que podía demorar la instancia de inventariar y rematar los bienes para luego dividir el producto del remate entre las personas acreedoras. Quizás experiencias como la de Ravelo en su más reciente apelación dieran cuenta de que, en el marco de la justicia comercial, los créditos pasivos de acreedoras que no se identificaban como comerciantes fueran considerados de menor importancia. Además, Cúneo y su representante argumentaban que, mientras el artesano continuara trabajando, la quiebra podía no ser entendida como tal, ya que Noé podría tener en su haber un dinero que le permitiera abonar aquello que les corres-

26. AGN, TC, 1868-Concurso de Noe Don Pascual, f. 18.

pondía a su mujer e hijos. De acuerdo con el Primer Censo Nacional, Ana residía con tres de sus cuatro hijos: Eugenia, de 23 años; Teresa, de 22, y Aquiles, de 14. En la misma cuadra, vivía Felisa Noé, de 24 años, con su marido y dos hijos pequeños²⁷.

Aproximarnos a las demandas de Emilia y de Ana permite observar otra dimensión de las nociones de lo justo insertas en o contiguas a los mundos del trabajo de las ropas. Experiencias de mujeres que compartían vida y casa con hombres en quiebra, que sostenían el hogar, criaban a los hijos y que tal vez incluso hubieran realizado tareas específicas ligadas al trabajo de sus maridos. Sus nociones de justicia en ocasiones entraban en conflicto con aquellas que sostenían sus compañeros para enfrentar a sus acreedores. Para algunos, como Antonio Omar, la familia y su función de proveedor resultaban componentes del honor que se enarbolaba, así como argumentos para evadir la cárcel. En la trayectoria de Noé, su deferencia para con sus proveedores y acreedores comerciales le permitía continuar trabajando. Pero la persistencia de su esposa en reclamar lo que consideraba de derecho ponía en evidencia un conjunto de jerarquías y dependencias. Noé se encontraba efectivamente imposibilitado de lograr que su negocio prosperase, en un contexto en el que los pequeños talleres artesanales empezaban a tener cada vez menos presencia en la ciudad: a la imposibilidad de competir con nuevas formas de organizar la producción y de ofertar lo producido se le sumaba la dificultad de cancelar las deudas. Generalmente, atravesar un concurso de acreedores era para un artesano la muerte del negocio por cuenta propia. Pero, así como los proveedores de paño concedían ciertas facilidades, sastres como Noé tenían que cumplir con su propia red de trabajadores y dependientes, entre los cuales su esposa e hijos aparecían reclamando también aquello que el artesano debía garantizarles. En la contabilidad de Noé, todas eran deudas a cancelar, pero tanto la estrategia de Ana Cúneo como la de Emilia Ravelo era presentar esas obligaciones como impostergables e ineludibles porque se encontraban además legitimadas por el vínculo del matrimonio.

27. Primer Censo de Población de la República Argentina, 1869, sección 3ª, cédula n° 260. <https://www.familysearch.org/ark:/61903/3:1:S3HT-XXFS-HNV?i=259&cc=1462401&personUrl=%2Fark%3A%2F61903%2F1%3A1%3AM49M-FMY>.

5. Conclusiones

A lo largo de la ponencia me propuse mostrar que lo que correspondía por derecho en el ámbito de trabajo, lo justo que podía reclamarse, se construía de manera diferencial para mujeres. El Código de Comercio de 1859 condensó una manera de comprender la esfera comercial en la que las mujeres contarían, a partir de ese momento, con un margen de acción más acotado. A través del análisis de las demandas por alimentos que aparecían entreveradas en los juicios de acreedores, fue posible distinguir cadenas de dependencias y estrategias enfrentadas para conseguir lo que cada quien consideraba que le correspondía por derecho. Frente a la dificultad de pleitear como trabajadoras, ciertas mujeres optaban por hacerlo como esposas, viudas o madres. Para lograr que fueran respetados sus derechos, utilizaban a su favor una legislación que buscaba tratarlas como sujetos pasivos y tutelables. Si bien no se trató de la única instancia legal a la que recurrían trabajadores y trabajadoras de la ciudad en este momento, busqué mostrar cómo el análisis de la justicia comercial es especialmente útil para indagar en general en la dinámica existente en distintos ámbitos de trabajo.

Bibliografía

- Chambers, S. C., *De súbditos a ciudadanos: honor, género y política en Arequipa, 1780-1854* (Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, 2003).
- Corva, M. A., “Del Consulado a la justicia comercial letrada en la provincia de Buenos Aires”, XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia, Tucumán (2007).
- Corva, M. A., “Íntegros y competentes. Los magistrados de la provincia de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX”. En Barrera, Darío (comp.), *Justicias y fronteras. Estudios sobre historia de la justicia en el Río de la Plata (Siglos XVI-XIX)* (Ed. Universidad de Murcia, 2009).
- Corva, M. A., *La administración de justicia en la provincia de Buenos Aires, 1853-1881*, Tesis doctoral en Historia, Universidad Nacional de La Plata, 2013.
- Corva, M. A., “El primer ensayo de organización judicial para el Estado provincial de Buenos Aires (1821-1825)”. En Barrera, D. (dir.), *Jus-*

ticias situadas: entre el Virreinato Rioplatense y la República Argentina 1776-1864 (Ed. UNLP, 2018).

- Kraselsky, G. J., “De las Juntas de Comercio al Consulado. Los comerciantes rioplatenses y sus estrategias corporativas, 1779-1794”, *Anuario de Estudios Americanos*, 64 (2) (2007), pp. 145-170. <https://doi.org/10.3989/aeamer.2007.v64.i2.84>
- Kraselsky, G. J., *Las estrategias de los actores del Río de la Plata: Las Juntas y el Consulado de Comercio de Buenos Aires a fines del Antiguo Régimen. 1748-1809*. Tesis de posgrado, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 2011.
- Kraselsky, G. J., “Las corporaciones mercantiles y los comerciantes ingleses en el Río de la Plata Surgimiento, apogeo y declinación del Consulado de Buenos Aires, 1794-1821”, *Varia Historia*, Vol. 36 (2020). <https://doi.org/10.1590/0104-877520200003000004>
- Pulgar, J., *La declaración del concurso de acreedores* (Ed. La Ley, 2009).
- Quaglia, C. L., “Las capacidades civiles de las mujeres casadas a través de los textos de formación jurídica (siglo XIX)”, *Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, Vol. 03, N° 05 (2016), pp. 49-67.

REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA Y JUSTICIA POPULAR

ROCÍO RODRÍGUEZ MAS*

1. Antecedentes históricos

Hablar del Jurado es hacerlo de una institución compleja, tanto en su aplicación y estructura como en su planteamiento teórico. Como forma de Justicia popular, no puede ser contemplado de forma aislada, siendo necesario plantear los distintos factores que en él convergen. En las próximas líneas pretendemos abordar someramente la puesta en escena de esta figura, ligada a la implantación del Estado liberal en España durante el pasado siglo XIX. En concreto prestaremos atención a la experiencia democrática iniciada en 1868 y al debate que, a propósito de aquella, se suscitó en torno a este Tribunal.

El conocido decreto de 24 de septiembre de 1810 supondría un antes y un después en la historia de nuestro país. Al distinguir entre “el Poder legislativo, el ejecutivo y el judicial”¹, las Cortes extraordinarias y generales de Cádiz acababan con la tradición absolutista del Antiguo Régimen. El cénit de la actividad parlamentaria de estos años es la Constitución de 1812, que diseña una Justicia

* Profesora ayudante de Historia del Derecho y de las Instituciones, Universidad Miguel Hernández de Elche, España.

1. Si bien, finalmente, el articulado del texto constitucional adoptará 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 Villaamil, Óscar, “La Justicia en la Constitución de 1812”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 89 (2012), pp. 347-388.

anclada en el principio de división de poderes². En este esquema tiene cabida, aunque de una manera muy tímida, la figura del Jurado, si bien el articulado constitucional pospondrá su puesta en práctica y su desarrollo legislativo³. Habrá que esperar al restablecimiento del régimen gaditano en 1820 para que nuestra institución adquiriera virtualidad⁴. En efecto, será en el Trienio Liberal cuando el Jurado se contemple para el enjuiciamiento de los delitos de imprenta, en sustitución de las Juntas de Censura, por decreto de 22 de octubre de 1820⁵.

No obstante, esta primera experiencia juradista en España, tras las reformas parciales de febrero de 1822 y de julio de 1823, llegaría a su fin con la llegada de los Cien Mil Hijos de San Luis.

Años más tarde, en 1837, la promulgación de un nuevo texto fundamental, fruto del consenso entre moderados y progresistas,

2. Los acontecimientos ocurridos en Cádiz fueron de tal envergadura que sus artífices no escatimaron en mecanismos que garantizaran su obra. El cambio de rumbo que había de tomar en adelante el país se tradujo en ocasiones en aparatos de control que asegurasen la realización de los nuevos dogmas liberales, aunque ello supusiera forzarlos. 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 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, Juan Marcos, *La Justicia a finales del siglo XIX. Un caso concreto: La Audiencia de lo Criminal de Manresa (1882-1892)* (Universitat Rovira i Virgili, 2007), p. 49.

3. Artículo 307, Constitución española de 1812.

4. Pérez Juan, José Antonio, “Los primeros pasos del Jurado en España. La causa contra Matías Vinuesa”, en Morán Martín, Remedios, *Trienio liberal, vintismo, rivoluzione: 1820-1823. España, Portugal e Italia* (Aranzadi, 2021), pp. 114-115.

5. El juicio por Jurados parecía el más idóneo para este grupo de delitos cuya 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, José Antonio, “Marco legal del Jurado en el primer constitucionalismo español”, en Coronas González, Santos Manuel, *Historia Iuris, Estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, Vol. II (Oviedo, 2014), pp. 1169-1188.

contemplará, de nuevo, el Jurado asociado a delitos de imprenta, posponiéndose una vez más su regulación⁶. El clima de guerra civil no aconsejó dotarle de mayores atribuciones, siendo las leyes las que determinasen el tiempo y modo más adecuado para acometer dicha tarea. Vigente la normativa sobre imprenta nacida en el Trienio, fueron los abusos perpetrados en este periodo los que aconsejaron su modificación reforzando el control del poder gubernativo⁷. No fue el único cambio en el devenir histórico de la Justicia popular en estas primeras décadas de siglo XIX. La razón de este nuevo fracaso la encontramos en que el ideario moderado, del cual fue fiel reflejo el texto fundamental de 1845, abogó por la desvinculación de la prensa a la Justicia popular, resurgiendo de manera temporal durante el Bienio Progresista⁸.

De este modo, aunque ya en 1810 se había presentado el Jurado a nuestro país, lo cierto es que a mediados de siglo sólo se había contemplado para las causas relacionadas con la imprenta, postergándose por uno u otro motivo su ampliación competencial. Ahora bien, lo cierto es que no se tratará de un fenómeno aislado. El ímpetu del movimiento liberal se verá atenuado desde un primer momento. El propio personal judicial coadyuvará a ello, acostumbrado a las prácticas del Antiguo Régimen y reacio a todo cambio en materia de Justicia⁹. La lenta implantación del liberalismo y su evolución hacia posiciones doctrinarias otorgará a la Justicia un papel secundario, siendo considerada como un ramo más de la administración del Estado y caracterizándose por el dominio del poder ejecutivo¹⁰. Lo cierto es que, en la práctica, la independencia judicial no pasó de

6. La postergación del Jurado se debió a razones de oportunidad y falta de medios. Señala Culebras, citando a Colomer Viadel, que con ello se evitaba la confusión de que un mismo delito fuese enjuiciado, en razón del lugar donde se cometiera, por Tribunales togados o por Jurados. Culebras Pérez, María Luisa, *El Jurado en el constitucionalismo español* (Universidad de Alicante, 1996), pp. 63-64.

7. Pérez Juan, José Antonio, "The jury in Spain 1833-1843" en Pérez Juan, José Antonio, *Gerichtsverfassung und Verfahren im 19. Jahrhundert* (Rechtswissenschaft, 2018), pp. 127-138.

8. El Jurado se contempla por ley de 21 de diciembre de 1855. Asimismo, el proyecto de norma fundamental de 1856 establecía en su artículo 73 el mandato a posteriores Cortes de su debate para toda clase de delitos. Ahora bien, ya antes, mediante decreto de 2 de abril de 1852 resurgiría de nuevo, aunque por poco tiempo.

9. Estarán Peix, Juan Marcos, *La Justicia a finales del siglo XIX*, p. 57.

10. Moreno Tejada, Sara, *El Consejo Provincial (1845-1868). Estudio particular de la Corporación alicantina* (Tirant lo Blanch, 2019), pp. 64-66.

ser pura teoría, encontrando, en mayor o menor medida, a lo largo de la etapa decimonónica, distintos mecanismos de intromisión¹¹.

Por otro lado, la atención de los parlamentarios de la época, focalizada en la regulación del procedimiento electoral y en la composición del Parlamento, en un contexto de inestabilidad política, no dejó lugar al examen de otras cuestiones. No es adecuado, por tanto, equiparar los tres poderes del Estado en esta carrera de obstáculos en la que consistió la implantación del liberalismo en España. En este orden de cosas, el Jurado fue una de las pretensiones liberales más perjudicadas. La Institución tendrá en estos años una azarosa vida en la que, dependiente de la situación política, no pasará en ningún caso de conocer de los delitos de imprenta. Su carácter intermitente sirvió en todo caso para darlo a conocer y, fundamentalmente, para vincular su existencia a los periodos de liberalismo progresista en España¹².

2. El Jurado en la revolución liberal de 1868

Los sucesos acaecidos en España durante el mes de septiembre de 1868 determinan un cambio de escenario. Desterrada la monarquía borbónica y reconquistadas las libertades por ella secuestradas, la Constitución de 1869 materializa las ilusiones de quienes aspiraban a culminar la obra iniciada en Cádiz¹³. El texto fundamental

11. “Tal vez en esta situación influyera, que a lo largo del siglo, ya fue bastante mantener un estado constitucional, dada la difícil situación política, ocasionada por guerras, golpes de estado, o situaciones de gran conflicto social, y lo que primó fue la conservación del estado parlamentario, siendo la existencia de un poder judicial independiente un objetivo secundario, en las pretensiones de los grupos políticos.” Estarán Peix, Juan Marcos, *La Justicia a finales del siglo XIX*, p. 45.

12. Alejandro, Juan Antonio, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los tribunales de jurados* (Universidad Complutense de Madrid, 1981), pp. 106 y 146.

13. En estos términos se expresaba el propio Manifiesto del Gobierno provisional cuando señalaba: “Como punto de partida para la promulgación de sus principios generadores, la revolución ha empezado por sentar un hecho que es la base robusta sobre la cual deben descansar sus reconquistadas libertades. Este hecho es el destronamiento y expulsión de una dinastía que, en abierta oposición con el espíritu del siglo, ha sido rémora a todo progreso [...]. Desde hoy el pueblo español es responsable porque es libre, y con su constancia, su energía y su trabajo, noble y ordenadamente dirigido, puede y debe recobrar el tiempo perdido en el ocio de su pasada servidumbre, ocupando en el congreso de las Naciones el puesto que

dedica su Título VII al denominado Poder Judicial, regido por los principios de exclusividad, unidad de fueros, inamovilidad, legalidad y responsabilidad –esta última directa y personal–¹⁴. En este sentido, fue novedosa la regulación del ingreso por oposición a la carrera judicial y fiscal. No obstante, se mantiene la constante intervención del ejecutivo concretada en distintos ámbitos, como el nombramiento, destitución y promoción de sus integrantes¹⁵. Por lo que al Jurado respecta, se le atribuye competencia para conocer de todos los delitos políticos y para los comunes que determine la ley, encomendándose a esta la determinación de las condiciones necesarias para desempeñar el cargo¹⁶.

El espíritu reformista de la Gloriosa se manifestó en una modificación acorde a ella que afectó a todos los elementos del Estado, incluida la Justicia. En este sentido, la ley “provisional” sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 vuelve a los principios gaditanos adoptando un modelo de independencia judicial. No obstante, la intromisión del Ejecutivo pervivirá¹⁷. En

le corresponde por sus tradiciones históricas y por los medios de acción que ha reconquistado [...]”. “Manifiesto dirigido a la Nación del Gobierno provisional”, Gaceta de Madrid, núm. 300, de 26 de octubre de 1868.

14. Si bien en el Manifiesto de 25 de octubre el Gobierno provisional guarda silencio en materia de Justicia, a mediados de enero de 1868 presentó a las Cortes un proyecto de ley para formar la orgánica de los tribunales y del procedimiento criminal, que permitiera al fin la correcta y adecuada aplicación del Código Penal de 1848 aún vigente. El proyecto preveía la elaboración de una ley procedimental que contemplara el juicio oral y público y la única instancia. Nada decía de la institución del Jurado. Alejandro, Juan Antonio, *La justicia popular en España*, p. 112.

15. En cuanto al nombramiento, este será, por un lado, siempre a propuesta del Consejo de Estado y, por otro, no sujeto en una proporción de $\frac{1}{4}$ de los Magistrados de las Audiencias, al régimen de ingreso por oposición, ni a las reglas generales de la ley orgánica de tribunales. El Consejo de Estado también actuará preceptivamente –vía consulta–, no pudiendo ser jueces y magistrados depuestos sin aquella. Además, para la decisión queda autorizado el Consejo de Ministros. De nuevo el Consejo de Estado ejerce funciones consultivas en materia de ascensos y traslados, previéndose en estos igual habilitación vía Real Decreto del Consejo de Ministros (Arts. 94 a 97 de la Constitución de 1869).

16. Si bien la regulación del Jurado en el artículo 93 de la Constitución de 1869 no difería respecto de las experiencias liberales anteriores (artículo adicional de la Constitución de 1837 y artículo 73 de la *non nata* de 1856), que también contemplan un Tribunal popular de amplias competencias, en ninguno de los dos casos se materializaron tales disposiciones.

17. Así, el nombramiento discrecional es la regla general en lo que concierne a los altos cargos judiciales. Por otro lado, la vuelta al texto de Cádiz se manifiesta

referencia al Jurado, la disposición de 1870 acoge el mandato constituyente contemplándolo en su artículo 276, donde se le atribuye competencia para conocer de los delitos a los que las leyes señalaren penas superiores a la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, según la escala general. Asimismo, también se le dota de facultades para conocer de los tipos de lesa majestad, de rebelión y de sedición.

No será la única disposición que contemple el Jurado en estas fechas. Apenas dos años más tarde, la ley provisional de enjuiciamiento criminal de 22 de diciembre de 1872 regularía también en sus preceptos 658 a 785 este Tribunal. Según la referida norma, conocería de crímenes graves –con pena superior a la de presidio mayor–, ilícitos tipográficos, electorales, delitos contra la Constitución, rebelión, sedición, así como de sus conexos y formas de complicidad y encubrimiento. En cuanto a su composición, estaría formado por 12 jurados y 3 magistrados, uno de los cuales sería su presidente. Por lo que respecta a la condición de juez de hecho, la disposición dedicaba su capítulo III a recoger los requisitos, capacidad, supuestos de incompatibilidad, exclusión y excusa para el ejercicio del cargo¹⁸. A estos les correspondería la calificación del hecho, la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad y la declaración de culpabilidad o no del procesado¹⁹. Por su parte, la sección de derecho, elegida por la Sala de lo criminal de la Audiencia respectiva, asumiría la aplicación de las penas, la determinación de la respon-

también en la ley de 1870 al contemplar la división de funciones procesales –pareja a la estructura jerárquica de los tribunales–. Esta parcelación es garantía de independencia, pues limita la intervención de los órganos jurisdiccionales superiores sobre los inferiores a la revisión de sus resoluciones por vía de recurso. No obstante, la promoción profesional de jueces y magistrados, así como la jurisdicción disciplinaria de los mismos, actuarán como mecanismos que pondrán en entredicho el pretendido esquema de justicia liberal. Lanero Táboas, Mónica, *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996), pp. 37-39.

18. Estas exigencias eran: los españoles mayores de 30 años en el pleno goce de sus derechos que supieran leer y escribir, fueran vecinos del término municipal respectivo y fueran cabezas de familia con casa abierta o, en su defecto, tuviesen título profesional o hubieren desempeñado cargo con la categoría de jefe de negociado en la Administración (arts. 664 y 665). *Ley provisional de Enjuiciamiento criminal* en Gaceta de Madrid, núm. 359, de 24 de diciembre de 1872.

19. Se excluye el Jurado de acusación por creer que su establecimiento supondría someter a jueces de hecho cuestiones de tipo jurídico más propias de técnicos en Derecho.

sabilidad civil y el dictamen de la sentencia, coherente esta con el veredicto emanado de la sección de hecho. Asimismo, estaba dotada de la facultad de instrucción, inspección y veto sobre estos jueces legos. Entre estas cautelas se encuentran los recursos de reforma y de revista. Este último se sustanciaría ante un nuevo Jurado cuando los magistrados unánimemente entendieran que el veredicto emitido adolecía de error grave y manifiesto.

El Tribunal debería reunirse cada trimestre en las poblaciones que la Sala de lo criminal de la Audiencia dispusiera²⁰. Serían citados para concurrir los 48 jurados designados a la suerte por el secretario de la Sala de lo criminal de la Audiencia, el Ministerio Fiscal, así como los magistrados que hubiesen de componer la sección de derecho correspondiente²¹. Una vez abiertas las sesiones, se procedería al sorteo de los 12 jurados que habrían de formar el Tribunal, tras las recusaciones efectuadas por las partes²². El juramento constituiría el último requisito previo a la formación de la sección de hecho. Una vez practicada la prueba, tras el resumen de lo acontecido por

20. Conforme al artículo 699, se constituyen tantos Jurados como número de Magistrados de la Sala de lo criminal de la Audiencia lo permita. Su reunión tiene lugar en las poblaciones determinadas por los partidos correspondientes a las causas que han de conocer y conforme a las reglas previstas en el art. 701. *Ley provisional de Enjuiciamiento criminal* en Gaceta de Madrid, núm. 359, de 24 de diciembre de 1872.

21. El proceso es bastante complejo. Por lo que respecta a la sección de hecho, una primera Junta municipal elabora las primeras listas. Ultimadas estas, se remiten al juez de instrucción de la circunscripción respectiva, que constituye una Junta compuesta por los jueces de todos los términos municipales para la confección de las segundas listas. Decididas estas, se remiten al Tribunal de partido, erigiéndose en Junta el Tribunal con el fiscal y los jueces de partido. Esta Junta elige de las segundas listas 100 capacidades y 200 cabezas de familia. Finalmente, el presidente de la Audiencia forma la cuarta lista (la general de jurados del distrito), remitiéndose copia al Ministerio de Gracia y Justicia. El secretario de la Sala de lo Criminal insacula entonces 48 jurados de la lista formada con las de los partidos judiciales a que correspondan todas las causas que hayan de verse en cada población. Por lo que respecta a la sección de derecho, formada por magistrados, su constitución no podía impedir el despacho ordinario de las causas criminales. En este sentido se preceptúa la obligación de quedar en la capital del distrito uno o más magistrados con el auxilio de los de la Sala civil (arts. 700 a 710). *Ley provisional de Enjuiciamiento criminal* en Gaceta de Madrid, núm. 359, de 24 de diciembre de 1872.

22. No pudiéndose expresar la causa en la que se fundan las recusaciones (art. 730). *Ley provisional de Enjuiciamiento criminal* en Gaceta de Madrid, núm. 359, de 24 de diciembre de 1872.

el magistrado presidente tendría lugar la formación del veredicto²³. Así, mediante votación –obligatoria, secreta, nominal y en alta voz–, sobre las preguntas formuladas por el presidente, se obtendría esta resolución. Su dictamen precisaría mayoría absoluta²⁴, resolviendo el empate el voto de calidad del presidente de la sección de hecho²⁵.

La publicación de la referida ley de enjuiciamiento criminal de 1872 generó un intenso debate doctrinal sobre la regulación del Jurado y sus fundamentos teóricos. Al estudio de esta discusión dedicaremos las siguientes páginas de nuestro trabajo.

3. Un debate necesario: la doctrina jurídica ante la justicia popular

La participación de la ciudadanía en la Administración de la Justicia abría una gran brecha entre quienes consideraban deshonroso privar a España de lo que ya en Europa venía siendo norma común, y aquellos que recelaban de esta medida. Unos y otros articulaban sus argumentaciones en favor y en contra de la Institución haciendo obligada referencia a las reformas que, fruto de la Gloriosa, habían de conducir ahora a la Nación.

En efecto, para sus más férreos defensores, el Tribunal del Jurado era visto como un imperativo, consecuencia directa, y por tanto necesaria, de la nueva forma de Estado. En este sentido, que el régimen revolucionario de 1868 atribuyera amplias competencias a este órgano jurisdiccional no resultaba extraño. No hay que olvidar, decían, que una revolución democrática, que pugnaba por devolver al pueblo su robada soberanía, debía restituir las figuras que constituían sus máximos exponentes. En este sentido se pronunciaba Cristino Martos: “No comprendo que sea principio universalmente admitido, la participación del común de los ciudadanos en el poder legislativo, en las funciones de régimen y administración municipal

23. Arts. 739-740. *Ley provisional de Enjuiciamiento criminal* en Gaceta de Madrid, núm. 359, de 24 de diciembre de 1872.

24. Art. 761. *Ley provisional de Enjuiciamiento criminal* en Gaceta de Madrid, núm. 359, de 24 de diciembre de 1872.

25. Este cargo se designaba por el vocal cuyo nombre hubiera salido en primer lugar en el sorteo (art. 755). *Ley provisional de Enjuiciamiento criminal* en Gaceta de Madrid, núm. 359, de 24 de diciembre de 1872.

y provincial, y sin embargo, no puedan intervenir directamente en la administración de la justicia”²⁶.

Además, al abanico de garantías procesales de la nueva ley de organización del Poder judicial quedaba, para muchos, unido inexorablemente el Jurado. La oralidad y publicidad como requisitos del plenario²⁷ aparecen como instituciones hermanas de este órgano judicial, en tanto en cuanto aquellas son condición necesaria de este. El criterio de libre apreciación de la prueba “basada en la conciencia” también se esgrimirá como su baluarte, ya que aceptado este “solo cabe atribuir la tarea de su apreciación al órgano genuino de la conciencia social, al conjunto de los ciudadanos”²⁸. Montero Ríos, ministro de Justicia por aquel entonces, llega a referirse a la Justicia popular como “necesidad inevitable de estos tiempos” o “condición de vida en un pueblo libre”²⁹.

La comisión encargada de estudiar el Jurado que habría de contemplar la futura ley de enjuiciamiento criminal finalizó sus trabajos el 14 de septiembre de 1872³⁰. En su preámbulo, obra de D. Álvaro

26. Martos y Balbi, Cristino, “El Jurado y el Juicio oral y público”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 53 (1878), p. 479.

27. La oralidad abrevia el proceso y garantiza la contradicción de un debate público y solemne entre las partes. “Fuera de esta publicidad y solemnidad del juicio no hay dique ni freno para el Juez prevaricador y corrompido, ni medios de llegar a la verdad, ni formas protectoras de los intereses legítimos que en el proceso se ventilan”. Álvarez, Cirilo, “Importancia del Juicio Oral y Público: Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales de 15 de septiembre de 1875”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 47 (1875), p. 133.

28. Como el Jurado, fue también la oralidad y publicidad de los juicios las primeras espontáneas revelaciones del sentimiento primitivo y sustituidos por el procedimiento inquisitivo y secreto en el que la tortura fue el infalible mecanismo de indagación. Martos y Balbi, Cristino, “Discurso pronunciado en la sesión inaugural del curso de 1878 a 1879, celebrada el 30 de noviembre de 1878”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 53 (1878), p. 500.

29. Montero Ríos, Eugenio, “Algunas ideas acerca de la inamovilidad judicial y la institución del Jurado, con otros puntos capitales de reforma que el gobierno se propone en nuestro procedimiento. (Discurso leído por el ministro de Gracia y Justicia en la solemne apertura de Tribunales celebrada el 16 de septiembre de 1872)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 91 (1872), p. 12.

30. Esta comisión estaba integrada por D. Nicolás María Rivero como presidente, D. Sebastián González Nandin, D. Álvaro Gil Sanz, D. Manuel Vicente García, D. Laureano Figueroa, D. Vicente Hernández de la Rúa, D. José Garnica y D. Augusto Comas. “Preámbulo redactado por D. Álvaro Gil Sanz, que precedía al proyecto de ley para la organización y planteamiento del Jurado al presentarlo al

Gil Sanz, el jurista hacía hincapié en el carácter social de la Institución como elemento que debe abanderar toda forma de administrar Justicia³¹. Llegados a este punto, los defensores de la Justicia popular dan un paso más en su alegato, considerándola un verdadero avance y una mejora en la forma de hacer Justicia. Para ellos el juez no letrado está mejor dispuesto que el profesional para comprender y estimar los hechos justiciables. Así, frente al hábito perjudicial de la función judicial, que hace de su tarea un oficio e insensibiliza, aparece la frescura del juez de hecho, cuya provisionalidad es, por otro lado, garantía de su imparcialidad³². En su opinión, el desconocimiento de su oculta identidad, hasta momentos antes del pleito, constituye un freno para posibles corruptelas. Además, continúan estos autores, la hegemonía de la jurisprudencia (indicio de seguridad y acierto) a la que se ve forzada la magistratura es contraria a la singularidad que se predica de cada hecho sometido a juicio y que, por ello, debe ser apreciado de forma singular³³. La Justicia, entienden, debe en última instancia volver a su esencia originaria, perdida entre los artificios del formalismo judicial y la lógica jurídica³⁴. En fin, lejos de oponerse a la Justicia letrada, el Jurado le presta un papel decisivo en tanto en cuanto divide las tareas, atribuyendo al juez togado la función de aplicación del derecho que le es propia³⁵.

Sr. Ministro de Gracia y Justicia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 42 (1873), p. 232.

31. “Preámbulo redactado por D. Álvaro Gil Sanz”, pp. 232-242. En este mismo sentido: Martos y Balbi, Cristino, “Discurso pronunciado en la sesión inaugural del curso de 1878 a 1879, celebrada el 30 de noviembre de 1878”, pp. 489-497.

32. Por otro lado, el procedimiento de formación de las listas de jurado destierra según sus defensores, toda sombra de parcialidad: “Nuestra ley confía la doble elección necesaria a personas tan dignas de confianza como los Jueces municipales, Fiscales de esos Juzgados, Alcaldes e individuos de ayuntamiento, Jueces de Instrucción y Jueces del Tribunal de partido”. “Preámbulo redactado por D. Álvaro Gil Sanz, que precedía al proyecto de ley para la organización y planteamiento del Jurado al presentarlo al Sr. Ministro de Gracia y Justicia”, pp. 232-242.

33. Sobre la uniformidad de la jurisprudencia: Lanero Táboas, Mónica, *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo*, p. 37.

34. Martos y Balbi, Cristino, “Discurso pronunciado en la sesión inaugural del curso de 1878 a 1879, celebrada el 30 de noviembre de 1878”, pp. 489-497.

35. “La competencia del Jurado para las cuestiones de esta clase, lejos de suponer la negación de la de los tribunales de derecho, viene a prestarles un servicio inmenso, porque eximiéndoles de una función que por no necesitar indispensablemente para su cumplimiento desempeño del conocimiento del derecho, no constituye parte integrante de las funciones del magistrado, les permite consagrarse exclusi-

No fue esta una concepción unánime entre la doctrina. Junto a los argumentos expuestos, localizamos la postura de aquellos que defendían que la implantación de nuestra Institución llevaría a la tiranía popular. Para este sector, se trataba de un artificio que contradecía el axioma mismo del Estado democrático de Derecho que se postulaba en el nuevo marco constitucional. Así, en un plano estrictamente jurídico, los antijuradistas plantean que la ficticia distinción entre el hecho y el derecho suponía dejar “a la suerte” la resolución del litigio, al determinar el fallo la infalible conciencia de 12 individuos sin capacidad ni preparación³⁶. Alegar el amplio número de integrantes del Jurado como garantía, afirman, conllevaba que la sentencia se rija por un criterio de cantidad y no de calidad. Al respecto, Martínez López Lage comenta: “¿Dónde reside la verdad? ¿Está subordinada al número o pueden equivocarse las más y opinar las menos adecuadamente?”³⁷.

Este peligro, decían, es asimismo advertido por el propio legislador, que otorga a la sección de derecho facultades de inspección y veto sobre la de hecho. De igual modo, no entiende este sector doctrinal que no se hubieran otorgado a los jueces legos la facultad del dictamen de la sentencia, ya que, “si se les ha concedido lo más, no debía haberseles negado lo menos”, en tanto en cuanto la sentencia no es más que una operación mecánica en la que subsumir lo decidido por el Jurado³⁸. Para estos autores, el texto legal deja clara

vamente a la augusta y, para el espíritu, más grata misión de interpretar y aplicar la ley”. Montero Ríos, Eugenio, “Algunas ideas acerca de la inamovilidad judicial y la institución del Jurado, con otros puntos capitales de reforma que el gobierno se propone en nuestro procedimiento”, p. 16.

36. Confiar a individuos la resolución de un pleito sin requerir en ellos cierta capacidad y preparación supone desconocer la verdadera trascendencia de la función del Jurado, que va más allá de apreciar la bondad o maldad de un hecho. Santarén, Norberto, “Observaciones acerca del Jurado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 43 (1873), pp. 387-388.

37. Martínez López Lage, Antonio, “La institución del Jurado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 42 (1873), pp. 345-346.

38. “[...] Puesto que la ley, inspirándose en este punto en las teorías apolo-gistas del Jurado, tanto se promete y espera de la penetración y perspicacia de los llamados Jueces del hecho, no adivinamos la razón de que no les haya otorgado a la vez la facultad de dictar la oportuna sentencia, o sea, la de aplicar respecto de los puntos que han sido objeto del veredicto las disposiciones legales que tengan relación con los mismos. Ya que se les ha concedido lo más, no debía haberseles negado lo menos. Y lo más esencial, lo más importante, a nuestro juicio, pues la

la preferencia del legislador por el juez profesional. Al respecto, el jurista Santarén llega a formularse, no sin cierta sorna, la siguiente cuestión: ¿acaso es el error patrimonio exclusivo de la justicia letrada?³⁹. En ese caso, afirma, no se entiende tampoco la razón de no habersele extendido su intervención a todos los delitos⁴⁰. Así las cosas, llega incluso a considerar que la puesta en escena del Jurado supone tanto como relegar las garantías procesales tan costosamente logradas por el liberalismo. Estas, entienden, son exigibles en todo caso, no procediendo prescindir de ellas por la presunción de bondad de ningún órgano judicial⁴¹. En este sentido, para los detractores de

que se confía a los jueces de derecho, es decir a los Magistrados, que compongan la sección, está reducida a una operación que pudiéramos casi calificar de exclusivamente mecánica, porque no es necesario poseer un gran caudal de conocimientos jurídicos, para encontrar desde luego en el Código los artículos o disposiciones aplicables a los puntos resueltos en el veredicto. La resolución de estos puntos deja ya en efecto implícitamente determinados los artículos o prescripciones legales que hayan de ser objeto de la sentencia; y ya que se ha creído encontrar en los jurados la aptitud conveniente para comprender en breves momentos poco menos que un curso de derecho criminal, no ha debido privárseles de llevar a cabo esa operación puramente manual, que consiste en tender la vista por el Código y aplicar las disposiciones que en el veredicto han quedado previamente indicadas”. Santarén, Norberto, “Observaciones acerca del Jurado”, pp. 391-392.

39. Los defectos que se atribuyen a la magistratura (influencias y sugerencias del gobierno y de particulares, ambición, etc., son propias de todo hombre y no por el hecho de ser jurado va a librarse de ello. Por ello es necesario luchar por unir fuerzas en contra de todos los elementos que vayan en contra de la justicia y no permitir que por la vía del Jurado entre la pasión en la forma de impartir justicia. Martínez López Lage, Antonio, “La institución del Jurado”, pp. 346-347. El error es patrimonio del hombre y no por conferir a un rústico la investidura de jurado, debe esperarse de él la infalibilidad y el acierto. Santarén, Norberto, “Observaciones acerca del Jurado”, p. 389.

40. “Si el jurado es bueno, si se cree que produce excelentes resultados, ¿Por qué no se extiende su intervención a todos los delitos? ¿Son por ventura de mejor condición los procesados por grandes crímenes, que los únicamente lo sean por delitos inferiores? (...). ¿Es que se ha querido hacer un ensayo de los resultados de este Tribunal? Pues ¿por qué no se han cambiado entonces los términos, llamándole exclusivamente para los delitos de menor trascendencia? Esto al menos hubiera tenido en su favor la práctica que siempre se ha seguido para todos los ensayos, respecto de los cuales se observa constantemente el sistema de ejecutarles en pequeño, o sea en aquellos casos en que no sean de temer grandes peligros por los malos resultados que pudieran producir”. Santarén, Norberto, “Observaciones acerca del Jurado”, p. 392.

41. “Pretensión me parece harto irreflexiva la que consintiendo que se avisten una sola vez el hecho y el derecho, convierte al magistrado en perceptor y guía de los

la Justicia entre iguales, no deja de levantar sospechas el hecho de que, frente a la exigencia de distanciamiento consecuente a la necesaria imparcialidad del Magistrado, se erija la proximidad al caso del Jurado, como punto a favor de la institución⁴². No será este el último argumento expuesto en su contra. Según esta postura doctrinal, la participación popular en la Administración de Justicia contradecía incluso el mismo dogma de soberanía nacional. El Estado, afirman, es el único órgano legitimado para representar a los ciudadanos en el ejercicio de su poder y no otro, respondiendo ante ellos de su cometido. Al respecto Martínez López Lage exponía:

“Decir que un organismo [...] fraccionado del poder central, viviendo con ilimitada independencia, puede dar lugar al engrandecimiento de la sociedad que lo consiente, es lo mismo que buscar el progreso en la soberanía absoluta individual [...] ¿Qué política es esa la que somete por una parte a los súbditos de un pueblo a la autoridad de la ley y por otra los erige en tribunal infalible que no reconoce nada superior a su propio criterio? ¿Qué política es esa la que permite rebelarse contra el precepto escrito pronunciando veredictos que solo son resultado de la observación de unos pocos?”⁴³.

Gran parte de estos autores criticaban, incluso, la naturaleza misma del juez lego. En su opinión, si es derecho universal de los hombres administrar Justicia no es de recibo la configuración de requisitos, causas de incapacidad e incompatibilidad como las que prevé la actual legislación. Por el contrario, si consiste en el desempeño de una función, lo que procedería sería la defensa de una institución que mejorase el estado de la Justicia. Esto es, que la abarate. El Jurado implica un mayor número de diligencias (para dar a conocer el estado de la causa a sus componentes) y requiere la movilización del personal judicial y fiscal a los lugares en que se constituya (al efecto de ilustrarles en su tarea). Estas acciones deben

individuos que componen el Jurado. Esto es lanzar anatemas contra la arbitrariedad del juez único y sancionar que un solo individuo explote la voluntad colectiva y encubra su opinión con la máscara del sufragio”. Martínez López Lage, Antonio, “La institución del Jurado”, p. 344.

42. A la justicia letrada se le exige distanciamiento respecto al hecho, a tal efecto se encuentra el art. 117 de la LOPJ, que impide lazos de residencia, nacimiento, etc. Todo ello en pro de una mayor imparcialidad, el hecho de que al jurado se le exija todo lo contrario despierta sospecha. Santarén, Norberto, “Observaciones acerca del Jurado”, pp. 389-390.

43. Martínez López Lage, Antonio, “La institución del Jurado”, pp. 342-343.

ser retribuidas, y las ausencias por movilización suplidas, con el consecuente coste. Además, si bien es cierto que el juicio oral supone una mayor rapidez en la práctica de las pruebas, no es algo exclusivo de este Tribunal, habiéndose contemplado para otros procesos ante el Tribunal de derecho⁴⁴. Otro tanto sucede con el criterio de libre apreciación de la prueba, que puede implantarse perfectamente sin necesidad de que lo haga el Jurado⁴⁵.

Sin duda, nos encontramos ante una cuestión que no fue resuelta por los juristas decimonónicos. Sería la puesta en práctica de la Justicia popular la que tendría, en fin, la última palabra acerca de la pervivencia o no de la Institución. Por encima de cualquier otra consideración teórica, la implementación de jueces legos en la marcha de la Justicia permitiría zanjar con rotundidad la discusión acerca de su pertinencia por la vía de los hechos. No obstante, el clima inestable que se vivió en España en aquel entonces afectó su viabilidad práctica⁴⁶. El 3 de enero de 1875 se acordaba su suspensión en base a cuestiones vinculadas a la conservación del orden público⁴⁷. No obstante, apenas unos años después la situación del jurado volvía a cambiar. Pese a que este modelo de Justicia no entraba dentro del esquema de Estado canovista, no obstante, las circunstancias políticas, sociales y jurídicas llevarían a la promulgación de la ley de 20 de abril de 1888.

44. Santarén, Norberto, "Observaciones acerca del Jurado", pp. 384-386.

45. Los defectos del criterio de prueba tasada a que están sujetos los magistrados (y que a veces dan como consecuencia un fallo contrario a la realidad de los hechos, pero ajustado al ritmo legal) se ven superados mediante el establecimiento del juicio oral, que no está necesariamente vinculado al Jurado sino que puede implantarse sin necesidad de hacerlo este. Santarén, Norberto, "Observaciones acerca del Jurado", pp. 387-388.

46. Los tiempos en los que el Jurado inició su funcionamiento no fueron fáciles: en 1872 se inicia la tercera guerra carlista, el 11 de febrero de 1873 tiene lugar la proclamación de la República, la insurrección cantonal complica aún más el panorama. Alejandro, Juan Antonio, *La Justicia popular en España*, pp. 125 y ss.

47. La norma alude al colapso de la Justicia y a la visión del Jurado como carga para quien lo desempeña, como razones para motivar su decisión. "Decreto suspendiendo en la parte relativa al Jurado y al juicio oral y público ante los Tribunales de derechos la observancia de la ley provisional de Enjuiciamiento criminal establecida por Real decreto de 22 de Diciembre de 1872", en *Gaceta de Madrid*, núm. 4, de 4 de enero de 1875.

4. Conclusiones

El Jurado ha sido una materia traída a debate en cada periodo constituyente a lo largo del siglo XIX en España. Su coincidencia con gobiernos de tendencia liberal le dotó de un halo político que generó muchas enemistades y, sobre todo, impidió un examen serio de la cuestión. Mirado con desconfianza y acotado a los delitos contra la prensa, será en 1868 cuando una depuración democrática de las Instituciones lo saque del silencio moderado de la etapa anterior. Las buenas intenciones puestas en el proyecto liberal de la Gloriosa verán en este Tribunal un campo más que interesante en el que labrar. Sin embargo, la polémica tampoco se alejó demasiado de este órgano judicial en el sexenio revolucionario. En efecto, la significación de la nueva corriente que había de embeber a todas las Instituciones actuó como elemento invariable en los alegatos de defensores y detractores de la Justicia iletrada. En este sentido, podemos afirmar que el Jurado forzó un examen acerca del verdadero alcance de las reformas inspiradas por el espíritu de la revolución de 1868. Profundizar en ellas permitió en muchos casos obtener los argumentos de peso para sostener las diferentes posturas que se mantuvieron en los años en que pervivió. Precisamente serán estos motivos los que añorarán aquellos que, en su empeño, lograrán dar vida a la Justicia popular en 1888.

Bibliografía

- Alejandro, Juan Antonio, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los tribunales de jurados* (Universidad Complutense de Madrid, 1981).
- Álvarez, Cirilo, “Importancia del Juicio Oral y Público: Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales de 15 de septiembre de 1875”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 47 (1875).
- Alzaga Villaamil, Óscar, “La Justicia en la Constitución de 1812”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 89 (2012).
- Culebras Pérez, María Luisa, *El Jurado en el constitucionalismo español* (Universidad de Alicante, 1996).
- Estarán Peix, Juan Marcos, *La Justicia a finales del siglo XIX. Un caso concreto: La Audiencia de lo Criminal de Manresa (1882-1892)* (Universitat Rovira i Virgili, 2007).
- Gil Sanz, Álvaro, “Preámbulo redactado por D. Álvaro Gil Sanz, que precedía al proyecto de ley para la organización y planteamiento del

- Jurado al presentarlo al Sr. Ministro de Gracia y Justicia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 42 (1873).
- Lanero Táboas, Mónica, *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996).
- Martínez López Lage, Antonio, “La institución del Jurado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 42 (1873).
- Martos y Balbi, Cristino, “Discurso pronunciado en la sesión inaugural del curso de 1878 a 1879, celebrada el 30 de noviembre de 1878”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 53 (1878).
- Martos y Balbi, Cristino, “Discurso pronunciado por Cristino Martos, presidente de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, en la sesión inaugural del curso de 1878 a 79, celebrada el 30 de noviembre de 1878”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 53 (1878).
- Montero Ríos, Eugenio, “Algunas ideas acerca de la inamovilidad judicial y la institución del Jurado, con otros puntos capitales de reforma que el gobierno se propone en nuestro procedimiento. (Discurso leído por el ministro de Gracia y Justicia en la solemne apertura de Tribunales celebrada el 16 de septiembre de 1872)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 91 (1872).
- Moreno Tejada, Sara, *El Consejo Provincial (1845-1868). Estudio particular de la Corporación alicantina* (Tirant lo Blanch, 2019).
- Pérez Juan, José Antonio, “Los primeros pasos del Jurado en España. La causa contra Matías Vinuesa”, en Morán Martín, Remedios, *Trienio liberal, vintismo, rivoluzione: 1820-1823. España, Portugal e Italia* (Aranzadi, 2021).
- Pérez Juan, José Antonio, “Marco legal del Jurado en el primer constitucionalismo español”, en *Historia Iuris, Estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*, Vol. II, Oviedo, 2014, pp. 1169-1188.
- Pérez Juan, José Antonio, “The jury in Spain 1833-1843” en Pérez Juan, José Antonio, *Gerichtsverfassung und Verfahren im 19. Jahrhundert* (Rechtskultur Wissenschaft, 2018).
- Santarén, Norberto, “Observaciones acerca del Jurado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 43 (1873).

**ADMINISTRACIÓN POLÍTICA
Y ADMINISTRATIVA**

LAS POSTURAS IUSFILOSÓFICAS QUE RESPALDAN AL COPRINCIPADO DE ANDORRA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

AARÓN LÓPEZ PÉREZ*

1. Introducción

El presente documento en su parte inicial pretende exponer sintéticamente los antecedentes históricos del Coprincipado de Andorra (jefatura del actual Principado de Andorra) para posteriormente pasar a presentar los argumentos que ocuparon los diputados constituyentes del Principado que dieron como resultado la preservación de una reminiscencia construida entre el siglo IX y el XIII del entonces Coseñorío de Andorra.

Enseguida, se identificarán las posturas que corresponden a la historia de la filosofía del derecho contemporáneas en las que se sustentan las tesis debatidas en aquel proceso constituyente de 1992 para finalmente determinar las posturas iusfilosóficas respecto del actual Coprincipado de Andorra. Se pretende realizar la búsqueda de los **argumentos filosóficos del Derecho** que otorgaron (y que actualmente dotan de) legitimidad a las investiduras estatales de Andorra, así como a la particularización de los **fundamentos filosóficos** que sustentan la simultaneidad de una investidura terrenal y otra divina para el ejercicio del poder político estatal en los Valles de Andorra.

Con el presente estudio propongo un estudio específico a los argumentos del proceso constituyente de 1992 sobre las tesis filosóficas que sirvieron como base para preservar el Coprincipado que

* Coordinación de Humanidades, Universidad Autónoma de México.

hoy en día continúa vigente, superviviendo los quiebres paradigmáticos y el desarrollo de los Derechos Humanos que supusieron la Revolución francesa y la Segunda Guerra Mundial.

Para el desarrollo de la investigación se ocuparán las técnicas de **mapeo** para ubicar en tiempo y espacio a los Valles de Andorra, así como haré uso del **método histórico** para las circunstancias históricas del derecho de Andorra que refieren al origen y el actual desarrollo del Coprincipado.

Por otra parte, emplearé el **método analítico** para equiparar los argumentos o posturas filosóficas que preservan el Coprincipado tratando de dividir estas tesis en sus elementos, enfocándome en el elemento que legitima la investidura de los Copríncipes. Asimismo, considero importante el uso del **método sintético** para identificar las premisas filosóficas y jurídicas sencillas y después las complejas, a fin de estudiar el fenómeno más complejo como un todo integrado.

Al final del documento se mostrarán los resultados a manera de conclusión, en la que se encontrarán los postulados iusfilosóficos que actualmente sustentan el Coprincipado de Andorra.

Cabe mencionar que en el último apartado se mostrarán las fuentes históricas, bibliohemerográficas que fueron utilizadas para el desarrollo del presente documento indagatorio.

2. Estado del tema y antecedentes históricos

Andorra es un pequeño país pirenaico, ubicado entre las fronteras de Francia y España. El Principado de Andorra establece en su Constitución como su régimen político el Coprincipado Parlamentario, es decir, que la Jefatura de Estado está conformada por un Copríncipe laico, el presidente de la República Francesa y, por otra parte, un Copríncipe religioso, el obispo de la Sede de Urgel, cuya diócesis está ubicada en España.

El Estado contemporáneo de Occidente se ha estudiado por diversos autores y las teorías han concluido que el Estado contemporáneo de Occidente está configurado por la Constitución, documento fundante que proviene de la soberanía popular¹, radicado en

1. Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social* (México: UNAM, 1962), pp. 33-35.

un espacio geográfico determinado², en el cual se ejerce el poder político³ dividido⁴ o distribuido⁵, con la finalidad de procurar el beneficio colectivo, entre los cuales está la garantía, a cargo del Estado, de respetar plenamente los derechos humanos⁶.

A lo largo de la historia de la monarquía, se ha identificado que, por vez primera, el monarca fue el Dios mismo⁷ o el representante de la divinidad. Posteriormente, se transfirieron los principios del derecho romano privado: el resultado consistió en que el soberano fue considerado como propietario del Estado⁸. En la actualidad, desde la postura de la monarquía constitucional, el monarca se considera como uno de los órganos que conforman al Estado.

Por lo que se refiere a la permanente y conflictiva relación entre el Estado y la religión, hacemos notar que, desde el punto de vista del Estado, la Iglesia es signo de alta traición y, desde la perspectiva de la Iglesia, el Estado es signo de opresión⁹. Por ello, desde las tesis que sustentan el *Estado contemporáneo* de Occidente, se concibe que el poder político del *Estado laico* está legitimado en la soberanía popular y no en elementos religiosos; en consecuencia, la legitimidad del monarca ya no se basa en elementos divinos sino en la Constitución¹⁰.

Hoy en día, en monarquías y en repúblicas, el poder ejecutivo, generalmente está dividido en dos funciones, una administrativa y otra política. La Jefatura de Estado es un órgano del Estado constitu-

2. Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 2004), pp. 368-378.

3. Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil* (España: Aguilar, 1990), pp. 183-188.

4. Montesquieu, *Del espíritu de las Leyes* (México: Gernika, 1995), p. 209.

5. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución* (España: Ariel, 1986), p. 149.

6. Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo* (México: Trotta, 2010), pp. 32-34.

7. Coulanges, Fustel de, *La ciudad antigua* (México: Porrúa, 2003), pp. 168-174.

8. Romero, José Luis, *La Edad Media* (México: Fondo de Cultura Económica, 1981), pp. 45-52.

9. Kuhn, Helmut, *El Estado. Una exposición filosófica* (España: Ediciones RIALP S.A., 1979), p. 276.

10. Blancarte, Roberto, "El porqué de un Estado laico" en Blancarte, Roberto, *Teología y Ciencias sobre Religión* (Rusia-México: Universidad Estatal de los Montes Urales del Sur y Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, 2011), pp. 469-484.

cional que se hace cargo de la función política, es decir, conduce la administración¹¹, representa y defiende al Estado en el exterior.

Recogiendo lo más importante, el *Estado contemporáneo* de Occidente es constitucional y, consecuentemente, es laico; entonces, la Jefatura de Estado no es representación de la divinidad, ya que está legitimada en la soberanía popular que se manifiesta en la Constitución.

Podría pensarse que Andorra es un Estado religioso por la incumbencia del copríncipe eclesiástico en los asuntos públicos del Principado, esto en sintonía con la posición de San Agustín al considerar al hombre en plena armonía con la doble ciudadanía: tanto en la ciudad de Dios como de la ciudad terrenal¹². Lo anterior podría ser contradictorio a lo que dijo Mateo (22:21): “Pues lo del César devolvédsele al César, y lo de Dios, a Dios”¹³. A partir de esta sentencia, el Papa Gelasio I (492) trató de resolver el conflicto que existía entre el imperio y la Iglesia con la *teoría de las dos espadas*, de la que se desprende la interpretación imperial que argumenta que Dios otorgó las dos espadas, la espiritual al papa y la mundana al emperador y, por otra parte, la interpretación papal, que considera que Dios otorgó ambas espadas al papa, lo que permite al pontífice confiar la espada mundana al emperador en forma revocable. Finalmente, la tesis logró su pretensión: la simultaneidad de ambas jurisdicciones, la terrenal y la espiritual¹⁴. Por el contrario, el copríncipe episcopal no es impuesto por el Estado Vaticano sino que este voluntariamente se ha acogido a la voluntad popular y soberana de la Constitución del Principado confirmando al obispo de Urgel como copríncipe¹⁵.

Asimismo, podría especularse que el presidente de la República Francesa es propietario de un título nobiliario en Andorra, lo que lo posicionaría en una situación polémica, dado que entra en contradicción con el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que proclama que: «[...] Todos los

11. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado* (México: UNAM, 1958), p. 215.

12. Fortin, Ernest L., “San Agustín [354-430]” en *Historia de la filosofía política* (México: Fondo de Cultura Económica, 2010), pp. 195-198.

13. *Biblia de Jerusalén* (Bilbao, Desclée de Brouwer, 1998), p. 1452.

14. Huber Olea y Reynoso, Francisco, *Derecho Canónico Matrimonial* (México: Porrúa, 2006), p. 13.

15. Artículos 1 y 3, *Acord entre el Principat de Andorra i la Santa Seu* [en línea] (Andorra: Butlletí Oficial del Principat d'Andorra (BOPA), 11 de junio de 2008, núm. 47, año 20), p. 2240.

ciudadanos, al ser igual ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos»¹⁶. No obstante, el presidente republicano es electo popularmente conforme a las normas electorales de Francia y, paralelamente, es designado por la Constitución andorrana como copríncipe. Esta investidura no es vitalicia, ni hereditaria, ni lo condiciona a la primogenitura o al ejercicio de la religión católica.

Resumiendo, los orígenes del copríncipado se remontan al siglo XII, época en la que el conde Ermengol VI vende una porción de los valles de Andorra al obispo de Urgel Pedro Berenguer. Desde entonces, algunas familias que habitaban los valles andorranos buscaron distinguirse, tales fueron los casos de las familias Caboet y Castellbò, las cuales, a través de los contratos de vasallaje, ofrecieron protección, rindieron homenaje y juraron fidelidad al obispo en turno. Estas familias, a finales del siglo XII, se unen en matrimonio y, por tanto, los dominios de las mismas. Después de algunas generaciones y con motivo de liberarse de la Mitra de Urgel sobre las obligaciones de vasallaje, las alianzas familiares de los Valles se aliaron con el condado más poderoso del sur de Francia: el condado de Foix. Así pues, a finales del siglo XIII, Roger IV conde de Foix (1241-1265) se convirtió en el noble más poderoso del sur de Francia, lo que le permitió combatir en dos ocasiones contra el reino de Aragón, incluido la *Seu de Urgell*¹⁷.

Con motivo de los hechos violentos, se da lugar a dos sentencias arbitrales que resuelven los conflictos entre el conde de Foix y el obispo de Urgel relativos al ejercicio de sus poderes feudales sobre los valles de Andorra: el *pariatge* de 8 de septiembre de 1278 y el *pariatge* de 6 de diciembre de 1288. A partir de la firma de los *pariatges*, Andorra se conforma como un coseñorío: así comienza la consolidación del régimen político e institucional del Principado¹⁸.

16. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano [1789]* [en línea], disponible en <http://goo.gl/OZ3t1>.

17. Vela Palomares, Susanna, “Andorra entre els segles XII-XV” en Belenguier, Ernest (director) y Vela, Susanna (coordinadora), *Història d’Andorra: de la prehistòria a l’edat contemporània* (Barcelona: Edicions 62, 2005), pp. 105-119.

18. Vilardell Mitjaneta, Ramon, *Andorra, un cas de pervivència del ius commune* (Andorra: Ministeri d’Habitatge, Ensenyament Superior i Recerca, Govern d’Andorra, colección Mosaïcs de recerca – Ciències jurídiques, 2007), p. 28.

En el ámbito internacional, el Principado de Andorra forma parte de la Organización de las Naciones Unidas, además, le es reconocida y respetada su soberanía por la República Francesa y el Reino de España¹⁹.

3. Algunas razones para mantener el Coprincipado en la Constitución de 1993 del Principado de Andorra

En Andorra, después de siete siglos de paz, comienzan las preocupaciones nacionales e internacionales sobre la constitucionalidad del sistema normativo y la democratización del gobierno; en este contexto, el 12 de abril de 1991, los representantes de los copríncipes y los miembros del Consejo General (parlamento) adoptaron el acuerdo formal de abrir el proceso constituyente y se procedió a integrar una comisión tripartita encargada de elaborar el proyecto de constitución. Este órgano consensuado se conformó por 12 miembros, 4 por cada uno de los copríncipes y 4 por el Consejo General, en representación del pueblo andorrano, además de los expertos en la materia.

Por lo que se refiere en este punto de consolidación del proyecto constitucional, se asevera que la Constitución de Andorra es fruto de un amplio consenso, pues en su proceso de elaboración del proyecto de Constitución escrita ha demostrado la firmeza de su historia y la capacidad de consenso. De hecho, los históricos *pareatges* (sentencias arbitrales) de los años 1278 y 1288 suscritos por el Obispo de Urgel y por el Conde de Foix dejaron constancia de la voluntad de pacto y acuerdo que siempre se ha dado en la vida pública de Andorra. Esta capacidad de consenso se demostró nuevamente en las sucesivas reuniones que se llevaban a cabo en la mesa triangular durante el proceso constituyente, en el que, en cada parte, se encontraban las respectivas representaciones de los Copríncipes y, por otra parte, el Consejo General; lo que quería simbolizar la igualdad de

19. Artículos 1 y 3, *Tractat de bon veïnatge, d'amistat i cooperació entre el Principat d'Andorra, la República Francesa i el Regne de d'Espanya* [en línea] (Andorra: Butlletí Oficial del Principat d'Andorra (BOPA), 29 de noviembre de 1993, núm. 64, año 5), p. 1132, disponible en <http://goo.gl/x6kHSI>.

las tres partes, en el marco de una voluntad común para llegar a los acuerdos²⁰.

Una vez concluido el proyecto de constitución, el 30 de enero de 1992, se autodisolvió el parlamento con la finalidad de convocar elecciones de consejeros constituyentes. Para entonces, ya se había dado a conocer al pueblo andorrano, a través de los medios de comunicación, el anteproyecto de constitución del Principado de Andorra. El día 2 de febrero de 1993, el Consejo Constituyente aprobó, por unanimidad, el proyecto de Constitución del Principado de Andorra²¹.

El 5 de febrero de 1993, a propuesta del Consejo General, los delegados de los copríncipes aprobaron la Ley de referéndum de la Constitución del Principado de Andorra, en la que se establece una innovadora regla que fortalece la legitimidad de la decisión soberana: «El proyecto de Constitución quedará aprobado si el número de votos afirmativos emitidos por el Pueblo Andorrano supera el número de votos negativos»²². Además, la ley de referéndum estableció los recursos administrativos y jurisdiccionales que podrían interponer los ciudadanos andorranos en caso de no ser reconocidos como electores por la autoridad. La práctica de esta herramienta de democracia directa se convocó para el día 14 de marzo de 1993 con la siguiente pregunta: “¿Vota a favor del Proyecto de Constitución del Principado de Andorra, **elaborado en concertación con los servicios de los Copríncipes y adoptado por el Consell General** en sesión extraordinaria celebrada el 2 de febrero de 1993?”²³.

En la pregunta se observa una redacción extensiva para hacer énfasis en el acuerdo preexistente entre los copríncipes y el parlamento. Podría pensarse que la sociedad contemporánea votaría en contra de una figura eclesiástica, sin embargo, los resultados fueron los siguientes: en sentido afirmativo votaron 4.903 (74,22%) y en sentido contrario votaron 1.706 (25,8%) electores.

20. Jané i Guash, Jordi, “Comentarios a la Constitución andorrana de 1993”, *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic* (núm. 8), p. 499, disponible en <http://goo.gl/M2135>.

21. Marqués Oste, Nemesi, *Les institucions públiques del Principat*, pp. 128-130.

22. Artículo 9, *Llei de Referèndum de la Constitució del Principat d'Andorra* [en línea] (Andorra: Butlletí Oficial del Principat d'Andorra (BOPA), 5 de febrero de 1993, núm. 7, año 5), p. 125, disponible en <http://goo.gl/b1Qn9k>.

23. Art. 5, *Llei de Referèndum de la Constitució del Principat d'Andorra* [en línea].

Desde la perspectiva de Nemesi Marqués Oste, el referéndum evita la ruptura institucional y vincula la tradición histórica paritaria con el nuevo orden constitucional, dado que la voluntad del pueblo andorrano decidió soberanamente sobre la configuración e implementación del sistema constitucional²⁴.

Ahora bien, la Constitución del Principado de Andorra en el apartado de la soberanía señala que el régimen político es el Coprincipado Parlamentario²⁵. Luego, en el título correspondiente a los copríncipes, la Constitución determina que, de acuerdo a la tradición institucional, ambos copríncipes son la Jefatura de Estado, ya que esta figura ha surgido de los *pareatges* y su evolución histórica, por lo que las dos investiduras son a título personal y exclusivo, el obispo de Urgel y el presidente de la República Francesa²⁶.

En relación con la teoría política, al respecto, Ferdinand Lassalle (1825-1864), además de realizar su estudio sobre las nacionalidades, también contribuye en las tesis sobre la conformación de una Constitución²⁷ al explicar que esta es la representación de las fuerzas reales del poder que se manifiestan de manera escrita y dejan de ser fuerzas actuantes, pues se convierten en derecho, es decir, en disposiciones jurídicas e instituciones del Estado²⁸. Por otra parte, Peter Häberle expresa que la Constitución es “[...] expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”²⁹. En el mismo sentido, Germán J. Bidart Campos menciona que la Constitución tradicional-historicista hace sobrevivir el pasado en el presente manteniendo vigentes estructuras del pasado, de esta manera, permanecen actualizadas³⁰. En relación con la pluralidad de personas que conforman la Jefatura de Estado, Hans Kelsen (1881-

24. Marqués Oste, Nemesi, *Les institucions públiques del Principat*, p. 130.

25. Artículo 3.1, *Constitución del Principado de Andorra* (Andorra: *Consell General*, 2002), p. 12.

26. Artículo 43, *Constitución del Principado de Andorra*, p. 25.

27. Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (España: Alianza Editorial, 2005), p. 275.

28. Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* (México: Hispánicas, 1989), p. 47.

29. Häberle, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2 (enero-junio de 2000), p. 88.

30. Bidart Campos, Germán J., *Filosofía del Derecho Constitucional* (Argentina: Ediar, 1969), p. 91.

1973) expresa que pueden existir jefes de Estado que conformen el órgano, e incluso cada uno de ellos puede ser titular de funciones estatales diferentes³¹.

Es importante señalar que el común acuerdo que se plasmó en la Constitución vigente de Andorra es peculiar, considerando que hoy en día los intereses de la sociedad civil como los mismos de la institución religiosa tienden a separarse, consecuencia de las diferencias que se han expresado en los temas civiles de la actualidad, como es la interrupción voluntaria del embarazo, las uniones entre personas del mismo sexo, la eutanasia, la concepción biológica de manera artificial, entre otros temas.

4. Algunas posturas filosóficas predominantes en los argumentos del Constituyente de Andorra

El Estado de Andorra tiene cabida dentro de la **teoría general del Derecho**, dado que Georg Jellinek (1851-1911) tuvo en cuenta el contenido histórico de las normas y de las instituciones, por lo que asumió que el Estado siempre estuvo influenciado por elementos no formales³², incluso señaló su conceptualización jurídica del Estado como “[...] la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio”³³, por lo que el Estado se asume como un sujeto de derechos y obligaciones estrechamente vinculado con su unidad colectiva (agrupación) y el orden jurídico.

La mayoría de los sistemas jurídicos tienen una estructura **positivista** que los fortalece y mantiene erguidos, en palabras de Guillermo Wundt (1832-1920), el derecho como ciencia del espíritu considera que las acciones de los hombres libres están determinadas con base en su voluntad ejercida a través de la libertad³⁴, por lo que la ciudadanía de los Pirineos demostró bajo el ejercicio de la libertad de

31. Kelsen, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado* (México: Gernika, 2009), pp. 168-169.

32. Guido, Fassò, *Historia de la filosofía del derecho* (Madrid: Pirámide, 1996), p. 157.

33. Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 2004), p. 196.

34. Guido, Fassò, *Historia de la filosofía del derecho*, pp. 144-145.

sus derechos políticos la continuidad del Coprincipado de Andorra tomando la postura de avalar los acuerdos constituyentes tomados bajo la concertación con los servicios de los Copríncipes y adoptado por el Consejo General de Andorra.

Por otra parte, desde la postura del **positivismo jurídico formalista** se elaboró un concepto jurídico constitucional³⁵ en el sistema constitucional de Andorra con base en los *pareatges* anteriormente expuestos, en virtud de que se define el Coprincipado de Andorra en el artículo 43 constitucional³⁶, además de contribuir en la tesis del **formalismo jurídico** con la creación de conocimiento jurídico dentro del sistema, pues se incorpora el Coprincipado en el orden constitucional del Estado de Derecho contemporáneo.

El autor iuspositivista Hans Kelsen, en su obra *Teoría general del Estado y del Derecho*, consideró al Estado como «[...] la comunidad creada por un orden jurídico nacional [...]. El Estado como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico nacional que la constituye»³⁷. En su obra *La teoría pura del derecho* se señala que una norma tiene carácter jurídico en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y esta pertenece a un orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden³⁸. Una norma es considerada objetivamente válida cuando el comportamiento humano se adecúa en los hechos que la norma jurídica regula, por lo menos hasta cierto grado. Pero una norma que no alcanza cierto grado de eficacia no es considerada como una norma jurídica válida, en otras palabras, un “mínimo de efectividad” es una condición de su validez.

En este sentido, la norma fundante en el artículo 43 de la Constitución del Principado establece quiénes integran la jefatura de Estado, es decir, no cabe duda de que la jefatura del Estado andorrano está integrada por el Copríncipe seglar, el Presidente de la República Francesa, y el Copríncipe eclesiástico, el Obispo de la diócesis de Urgel, quienes ejercen poderes idénticos y su ejercicio está sometido a la voluntad del pueblo andorrano, la cual está expresada en la

35. Guido, Fassò, *Historia de la filosofía del derecho*, p. 155.

36. Artículo 43 §1 y §2 y ss., *Constitución del Principado de Andorra*.

37. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado* (México: UNAM, 1958), p. 215.

38. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979), p. 38.

Constitución, lo que afirma que diversas investiduras con distintos cánones del derecho se unifican en otro sistema normativo para dar reconocimiento a una institución novedosa, producto del consenso social e histórico de Andorra, que se inserta en una realidad más amplia y compleja³⁹, por lo que en palabras de Santi Romano (1857-1947) el Coprincipado, además de ser parte del ordenamiento constitucional, es también una organización, convirtiéndose en una institución que se concreta en las investiduras señaladas.

Aunado a lo anterior, cabe mencionar la *concepción* de Otto Von Gierke (1841-1921), que contempla al Estado como una situación de hecho, resultado de la congregación de seres biológicos dotados de la razón. Entonces, el Estado es un “organismo” con vida colectiva y el Derecho es una manifestación de la vida común de los hombres, en cuanto el Derecho constituye la expresión de las convicciones de una comunidad⁴⁰, aspectos que en el caso de Andorra se señalan en el preámbulo del ordenamiento constitucional al señalar: “Consciente de la necesidad de adecuar la estructura institucional de Andorra a las nuevas circunstancias que comporta la evolución [...] la necesidad de regular las relaciones que, dentro de este nuevo marco jurídico, deberán tener unas instituciones que encuentran sus orígenes en los Pareatges”⁴¹.

En complemento a lo anterior, el maestro de la Universidad de Burdeos, Pierre Marie Nicolas Léon Duguit (1859-1928) conceptualizó al Estado como el hecho (el poder público) que ejercen los gobernantes sobre los hombres. Pero el poder que ejercen los gobernantes no debe confundirse como un derecho o facultad de estos. Se justifica el ejercicio del poder cuando está sometido al Derecho que no es creado por el Estado, pues este también está sometido al Derecho. El Derecho es la creación de los gobernados, pues es la regla expresada por la sociedad que impone a cada individuo, en cuanto a miembro del cuerpo social, realizar la solidaridad con los demás. En síntesis, el Estado es un proceso de diferenciación entre los gobernantes y gobernados como hecho fundamental de toda sociedad humana que consiste en la coincidencia permanente de los fines individuales y sociales⁴².

39. Guido, Fassò, *Historia de la filosofía del derecho*, p. 237.

40. Guido, Fassò, *Historia de la filosofía del derecho*, p. 176.

41. Preámbulo, *Constitución del Principado de Andorra*, p. 9.

42. Guido, Fassò, *Historia de la filosofía del derecho*, p. 177.

Por lo que se refiere al historicismo, debe entenderse como un movimiento espiritual vasto y complejo que se extiende a todo el campo de la actividad humana, que no se limitó únicamente al jurídico, sino que la postura antinaturalista de los historicistas tuvo como objeto la sustitución de una concepción jurídica, pero también de la moral, de la política, de la vida práctica, de todo en lo que, en suma, bajo el punto de vista iusnaturalista, había querido regular el iluminismo, a través de las normas.

En el historicismo jurídico y político en los siglos XVIII y XIX encontramos a Edmund Burke, un duro crítico de las declaraciones de derechos y de las constituciones iusnaturalistas; pues la consolidación de un modelo racional universal debe ser a partir de la historia, el valor de las instituciones, las tradiciones populares, e incluso en las supersticiones, pues se reconocen las realizaciones de una razón de origen divino.

Para Savigny, el Derecho se constituye por algo propio de cada pueblo, como el idioma, las costumbres o la organización política, integrado por todos los elementos entre sí. El “elemento político” del Derecho es la conexión del Derecho con la vida social del pueblo y el “elemento técnico” tiene el cuidado de observar lo que crea el Derecho. En síntesis, el Derecho está construido en base a las instituciones históricas mediante la eliminación de sus particularidades más destacadas. La Escuela histórica del Derecho consiste en una unidad orgánica que se forma a través de todo el pasado de la nación, que nace de su íntima esencia y de su historia, por lo que no puede ser una cosa distinta de lo que en realidad es.

Es en torno al iushistoricismo que Andorra estableció en el sistema constitucional el reconocimiento de los *pareatges* expuestos con anterioridad, en virtud de que se define el Coprincipado de Andorra en el artículo 43 constitucional en el sentido de que “los Copríncipes [son la] institución que data de los *pareatges* y de su evolución histórica, están en su derecho personal y exclusivo, el Obispo de Urgell y el Presidente de la República Francesa”⁴³.

Por lo que hace a la postura de la filosofía de los valores de Alf Ross (1899-1979), que señala que desde la generalidad de ciertas disposiciones comunes a la persona humana se desprenden maneras comunes de valorar, y que estas a su vez son creadoras de una validez

43. Artículo 43 §1 y §2 y ss., *Constitución del Principado de Andorra*.

supraindividual⁴⁴. Es de esta manera que también se puede constatar la conservación del Coprincipado señalándose en la Constitución el establecimiento de la tradición institucional de Andorra porque se preserva la figura histórica del siglo XIII, creándose de esta manera un círculo valorativo amplio sobre esta institución histórica.

En relación con el realismo jurídico norteamericano, se desarrolla una crítica a la concepción del Derecho como un homólogo de Ley. En principio, esta crítica va encaminada a contrarrestar la concepción de la norma como único Derecho existente, en contra de la idea de que el Derecho es lo que está escrito en los códigos y leyes, de manera restrictiva y literal, como lo concibe la tradición romanista. Este escepticismo es una desvinculación frente a la propuesta formalista de que el Derecho es lo que la ley establece, dando paso a la construcción de otro concepto de las normas en el que se es muestra de las exigencias jurídicas de la dinámica sociedad americana. De esta postura encontramos que las figuras estatales del Coprincipado existen atendiendo a ciertas necesidades que no provienen del Derecho, sino que están relacionadas con técnicas nuevas tomadas de la sociología, la economía y de la política⁴⁵.

Por último, con la intención de cerrar la presente discusión, el Coprincipado de Andorra no responde a la concepción clásica de la Jefatura de Estado entendida como la investidura que representa las diversas relaciones que unen entre sí los diversos elementos constitucionales de carácter tradicional del mismo Estado –gobierno, pueblo y territorio– sobre la base de concepciones específicas de carácter político-jurídico⁴⁶.

En otras palabras de Boaventura de Sousa Santos (1940-?), el presente análisis nos muestra la crisis que atraviesa el paradigma dominante, pues se evidencia una vez más que, en el caso del Coprincipado, es el resultado combinado de una pluralidad de condiciones entre diversas condiciones sociales, históricas, en otras palabras, esta institución cumple con diversas condiciones teóricas, en concordancia con el conocimiento del paradigma emergente que tiende

44. Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental* (México: UNAM, 1962), p. 311.

45. Guido, Fassò, *Historia de la filosofía del derecho*, pp. 213-226.

46. Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, trad. de Héctor Fix Zamudio (México: Fondo de Cultura Económica, 1975), p. 44.

a ser un conocimiento que se funda en la superación de distinciones como la cultura, la materia, la colectividad y la persona⁴⁷. En otras palabras, la ciencia social será siempre una ciencia subjetiva y no objetiva como las ciencias naturales; pues tiene que comprender los fenómenos sociales a partir de las actitudes mentales y del sentido que los agentes les confieren a sus acciones, métodos de investigación y hasta criterios epistemológicos diferentes de los existentes.

5. Conclusión

1. El Principado de Andorra es un *Estado constitucional laico* de Occidente porque su Carta Magna es producto del consenso, de la negociación y de la aprobación soberana por el pueblo andorrano en uso de su derecho de libre autodeterminación; acepta y respeta la tradición y las instituciones históricas de Andorra e incorpora los mecanismos más extendidos y aceptados en las tesis del *Estado contemporáneo* de Occidente en la configuración de una Constitución que establece un régimen parlamentario y la consolidación de un Estado democrático de Derecho.
2. En relación con esta *sui generis* Jefatura de Estado que fusiona historia y modernidad, cabría preguntarse si podrá perdurar a los cuestionamientos paradigmáticos que recientemente enfatiza la sociedad contemporánea en los casos de la suspensión anticipada del embarazo, la eutanasia, las uniones del mismo sexo y su posibilidad de adoptar, la clonación, entre otros.
3. Desde una perspectiva naturalista, el ejercicio de la investidura estatal de Copríncipe puede concebirse como una causa de utilidad común porque contribuye a la continuidad de la historia institucional de los Valles y la representación internacional del Estado, lo que resulta un beneficio mayor que el hecho de entrar en el dilema de la ambigüedad del término Copríncipe y en el debate esencialista de si se trata de un título nobiliario o de una función estatal mandatada por una

47. De Sousa Santos, Boaventura, *Una epistemología del sur* (México: CLACSO y Siglo XXI Editores, 2009), pp. 17-57.

- Constitución, aceptada y jurada por cada uno de los órganos del Estado francés y de la Jerarquía católica cristiana.
4. Por la parte del positivismo jurídico, no cabe duda de que la jefatura del Estado andorrano está integrada por el Copríncipe seglar, el Presidente de la República Francesa, y el Copríncipe eclesiástico, el Obispo de la diócesis de Urgel, quienes ejercen poderes idénticos y su ejercicio se lleva a cabo de acuerdo con la Constitución del Principado de Andorra, la Constitución francesa, los Concordatos que tiene celebrados el Vaticano con Francia y el Estado andorrano.
 5. Resulta directamente evidente la influencia del iushistoricismo en la Constitución del Principado de Andorra al adoptar la figura de los Copríncipes como la estructura medular del Estado democrático derivada de la tradición fijada por los *Pareatges*. Es decir, la identidad nacional quedó marcada por el símbolo de arreglo de diferencias de común acuerdo, de tal manera que dos figuras que pudieran parecer antagónicas ideológicamente se reúnen conciliando sus diferendos para proseguir con la gobernanza pacífica de una nación consensuada en la época medieval.
 6. Por último, en seguimiento a la postura del realismo jurídico, encontramos que los Copríncipes continúan conservando derechos muy similares a un señor feudal al preservar atribuciones dentro de las principales y últimas instancias judiciales del Principado, lo que permite mantener el control de las decisiones judiciales, o bien dictar pautas de acuerdo con la influencia política que posea el Copríncipe como proyecto ideológico, mismo que en ocasiones es contradictorio, ya que, como se observó, uno está regulado por leyes del derecho estatal y otro por los cánones de la Iglesia a la que pertenece.

Mesografía

Libros:

Biblia de Jerusalén (Bilbao: Desclée de Brouwer, 1998).

Bidart Campos, Germán J., *Filosofía del Derecho Constitucional* (Argentina: Ediar, 1969).

- Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, trad. de Héctor Fix Zamudio (México: Fondo de Cultura Económica, 1975).
- Blancarte, Roberto, “El porqué de un Estado laico” en Blancarte, Roberto, *Teología y Ciencias sobre Religión*, Mijail A. Malishev y Vladimir E. Jovoshev (coords.) (Rusia-México: Universidad Estatal de los Montes Urales del Sur y Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, 2011). De Sousa Santos, Boaventura, *Una epistemología del sur* (México: CLACSO y Siglo XXI Editores, 2009).
- Coulanges, Fustel de, *La ciudad antigua*, 13ª edición (México: Porrúa, 2003).
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, trad. de Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgarejo, et al., 2ª edición (México: Trotta, 2010).
- Fortin, Ernest L., “San Agustín [354-430]” en *Historia de la filosofía política*, 7ª reimpresión, compiladores Leo Strauss y Joseph Cropsey, trad. de Leticia García Urriza, Diana Luz Sánchez y Juan José Utrilla (México: Fondo de Cultura Económica, 2010).
- Guido, Fassò, *Historia de la filosofía del derecho* (Madrid: Pirámide, 1996).
- Huber Olea Y Reynoso, Francisco, *Derecho Canónico Matrimonial* (México: Porrúa, 2006).
- Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, 2ª reimpresión, trad. de Fernando de los Ríos (México: Fondo de Cultura Económica, 2004).
- Kelsen, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado* (México: Gernika, 2009).
- Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2ª edición, 5ª reimpresión (1995), trad. de Eduardo García Máynez (México: UNAM, 1958).
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979).
- Kuhn, Helmut, *El Estado. Una exposición filosófica*, trad. de Juan José Gil Cremades (España: Ediciones RIALP S.A., 1979).
- Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, segunda edición, trad. de Manuel Acosta (México: Hispánicas, 1989).
- Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Amando Lázaro Ros (España: Aguilar, 1990).
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, trad. de Alfredo Gallego Arabitarte (España: Ariel, 1986).
- Marqués Oste, Nemesi, *Les institucions públiques del Principat*, t.l.a. (Andorra: Universitat d’Andorra y Fundació Crèdit Andorrà, 2005).
- Montesquieu, *Del espíritu de las Leyes*, trad. de Amelié Cuesta (México: Gernika, 1995).
- Romero, José Luis, *La Edad Media*, 12ª reimpresión (México: Fondo de Cultura Económica, 1981).
- Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, trad. de Everardo Velarde (México: UNAM, 1962).

- Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (España: Alianza Editorial, 2005).
- Vela Palomares, Susanna, *Història d'Andorra: de la prehistòria a l'edat contemporània*, t.l.a. (traducción libre del autor), Belenguer, Ernest (director) y Vela, Susanna (coordinadora) (Barcelona: Edicions 62, 2005).
- Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, XXIV “Los fundamentos filosóficos generales” (México: UNAM, 1962).
- Vilardell Mitjaneta, Ramon, *Andorra, un cas de pervivència del ius commune*, trad. de Montserrat de Badia (Andorra: Ministeri d'Habitatge, Ensenyament Superior i Recerca, Govern d'Andorra, colección Mosaics de recerca – Ciències jurídiques, 2007).

Revistas:

- Häberle, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 2 (enero-junio de 2000).
- Jané I Guash, Jordi, “Comentarios a la Constitución andorrana de 1993”, en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic* (núm. 8), formato .pdf, p. 499, disponible en <http://goo.gl/M2135>, ISSN: 0213-3458 (impresa) 1988-2432 (web).

Disposiciones normativas:

- Andorra: *Constitución del Principado de Andorra*, trad. de Institut d'Estudis Andorrans, con la Escola d'Idiomes Moderns de la Universidad de Barcelona, Andorra, *Consell General* (Principat d'Andorra), 2002.
- Andorra: *Acord entre el Principat de Andorra i la Santa Seu*, [en línea], Butlletí Oficial del Principat d'Andorra (BOPA), 11 de junio de 2008, núm. 47, año 20, formato .pdf.
- Andorra: *Llei de Referèndum de la Constitució del Principat d'Andorra*, [en línea], Butlletí Oficial del Principat d'Andorra (BOPA), 5 de febrero de 1993, núm. 7, año 5, p. 125, formato .pdf, disponible en <http://goo.gl/b1Qn9k>.
- Andorra: *Tractat de bon veïnatge, d'amistat i cooperació entre el Principat d'Andorra, la República Francesa i el Regne de d'Espanya*, [en línea], Butlletí Oficial del Principat d'Andorra (BOPA), 29 de noviembre de 1993, núm. 64, año 5, p. 1132, formato .pdf, disponible en <http://goo.gl/x6kHSI>.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano [1789]*, [en línea], formato .pdf, disponible en <http://goo.gl/OZ3t1>.

LAS TRANSFORMACIONES GEOPOLÍTICAS DE COMODORO RIVADAVIA Y LOS DERECHOS DE SUS HABITANTES. DE TERRITORIO NACIONAL A ESTADO PROVINCIAL (1901-1957)

MARÍA DE LUJÁN ORTIZ*

Esta investigación tiene como objetivo general analizar las particularidades de los derechos de los habitantes de Comodoro Rivadavia entre 1901 y 1957, desentrañando los momentos clave de las transformaciones geopolíticas en la región. Son estos cambios los que enmarcan la transición de habitantes a ciudadanos plenos, con los mismos derechos que los pobladores de otras y provincias.

Comodoro Rivadavia no tuvo, antes de su fundación oficial, asentamientos previos. Los distintos grupos que llegaron al Territorio Nacional de Chubut no se integraron a una sociedad constituida, sino que ellos mismos la fueron construyendo, en un contexto que dependía más de las decisiones del Gobierno Nacional que de sus propios intereses o necesidades. Si bien en el Golfo San Jorge el descubrimiento del petróleo en 1907 fue particularmente relevante, esta cuestión debe enmarcarse en la situación geopolítica del Territorio Nacional que posteriormente se reconfiguró como Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia (1944-1955) y en 1957 como la actual Provincia de Chubut.

Las transformaciones geopolíticas nos permiten reflexionar sobre el tipo de ciudadanía y derechos que gozaban los habitantes

* Profesora adjunta de Historia Moderna e Historia Medieval, Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Argentina. Directora del Grupo de Estudio Estatalidad, Frontera y Prácticas en las sociedades antiguas y de la modernidad clásica de la misma universidad.

de esta región. ¿De qué forma las sucesivas transformaciones fueron modificando los derechos en los territorios que no eran provincias? ¿Cuáles eran las estrategias y posibilidades de participación? ¿Cómo afectó la situación política regional a los habitantes de Comodoro Rivadavia? ¿Por qué se difirió la creación de la provincia de Chubut?

El relevamiento de legislación inherente a este proceso, la documentación obrante en el Archivo Municipal, anuarios locales y el diario *El Chubut* de Comodoro Rivadavia serán las fuentes que enmarcan este trabajo, parte de un proceso histórico amplio, vinculado inicialmente a los Territorios Nacionales. Para ello nos proponemos utilizar los conceptos de Martha Ruffini (2017) cuando presenta la idea de orfandad política, minoridad e incapacidad en los “espacios de republicanismo tutelado”. También son inherentes a este trabajo los conceptos de los historiadores Daniel Márquez (1993) y Gabriel Carrizo (2009), quienes señalan la relevancia de la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia (1944- 1955) para la región, y como construcción política sui generis en la Patagonia. Los conceptos de Gonzalo Pérez Álvarez y Mónica Gatica (2005) son significativos para contextualizar la convocatoria de la Convención Constituyente y la sanción de la primera Constitución de Chubut en un particular contexto político.

1. Un territorio nacional sin ciudadanos políticos

En 1878 el Estado nacional erigió la Gobernación de la Patagonia, vigente hasta 1884, momento en que se crearon los Territorios Nacionales. Estas entidades geopolíticas no formaban parte de las provincias y eran competencia del gobierno federal según la Constitución Nacional. Refiere María Silvia Leoni¹ que el gobierno central era el encargado de interpretar las necesidades manifiestas o latentes de los habitantes de los territorios, pero su interés mayor era la necesidad de incorporarlos al espacio socioeconómico nacional. Esto es evidente al considerar el carácter agroexportador de la economía nacional a fines del siglo XIX e inicios del XX.

1. Leoni, María Silvia, “Los territorios nacionales” en *Nueva Historia de la Nación Argentina. La Argentina del siglo XX* (Buenos Aires: Planeta, 2001).

Como expresamos, con la sanción de la ley 954 de 1878 se creó la Gobernación de la Patagonia, fijándose la sede y residencia de sus autoridades en Mercedes de Patagones, hoy Viedma, y posteriormente se amplió su extensión territorial hasta el Cabo de Hornos. Una vez que se fijaron los límites y se instalaron las bases para el poblamiento de esas regiones se establecieron instituciones, se fundaron pueblos y colonias, se impulsó la educación, la justicia y se asentaron las autoridades. “La carencia de contacto civilizador hacía que las poblaciones existentes fueran sólo centros rudimentarios sin condiciones de estabilidad ni progreso”². En este marco, el ejército y la legislación fueron los instrumentos encargados de crear vínculos de identidad nacional y llevar la civilización a estas regiones que, según las elites de la época, apenas estaban dejando de ser salvajes. Para el Congreso Nacional los habitantes no existían como ciudadanos, por eso el Estado debía formarlos, organizarlos y gestar el ser nacional. Garantizar el control de las fronteras, coordinar el proceso de colonización y lograr la gradual inserción en la comunidad nacional de las regiones conquistadas era esencial. Esto particularmente se advierte en las referencias a los indígenas y los extranjeros.

En 1884 la ley 1532/84 dividió la Gobernación de la Patagonia en los Territorios Nacionales de Río Negro, La Pampa, Neuquén, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego. Al finalizar la etapa de unificación como unidad administrativa los Territorios quedaron a cargo de un gobernador, designado por las autoridades nacionales hasta tanto el Congreso decidiera el momento en que serían incorporados a la Nación como provincias. Hasta entonces gozarían de todos los derechos civiles garantizados por la Constitución Nacional, aunque carecieran de facultades políticas para participar en las elecciones para cargos ejecutivos y legislativos nacionales. Esta cuestión ya había sido planteada en diversas ocasiones, pero los legisladores desestimaron los proyectos. Al decir de Navarro Floria, la tendencia centralizadora solo incrementaba la dependencia de los Territorios respecto del gobierno central.

Podríamos pensar que esta política fue adoptada para proteger a esas regiones de las ambiciones de otras naciones. Los extran-

2. Ruffini, Martha, “Federalismo y ciudadanía política en la mirada de los juristas argentinos sobre los Territorios Nacionales”, Revista Nordeste segunda época, Serie Investigaciones y Ensayos, N° 26 (Historia. Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Humanidades. Resistencia, 2007), p. 97.

jeros formaban parte del imaginario como elemento civilizador y al mismo tiempo portadores de ideas foráneas y ajenas a la idiosincrasia nacional. También existe la posibilidad de que el Estado Nacional prefiriese evitar la designación de autoridades posiblemente indisciplinadas o difíciles de vigilar y la autonomía de autoridades en jurisdicciones lejanas. Una forma de hacerlo era decidiendo sobre su funcionamiento y presupuesto. Posponer la autonomía permitiría la integración gradual de sus habitantes a la política.

De todas formas, había que organizar los territorios con habitantes cuyos derechos estaban restringidos. En ese contexto los territorianos debían adquirir, al decir de las autoridades, conciencia cívica en sus prácticas políticas, primero en el ámbito local y recién entonces podrían ser incorporados a la vida política nacional. En estos espacios marginales los territorianos eran “‘huérfanos políticos de la Nación’, ‘los olvidados’ y ‘desheredados de la Patria’, la ‘Cenicenta de la administración pública’, los espacios que vivían al margen de las garantías constitucionales y que sufrían la despreocupación de los poderes públicos (...) Esta imagen de abandono territorial, reiterada con mayor o menor fuerza a lo largo del período analizado, presentaba un núcleo duro, centrado en la idea de orfandad política”³.

Esta situación se mantuvo por un largo tiempo, incluso cuando gran parte de los Territorios estaban en condiciones de ser provincializados. Y si bien los legisladores de las provincias, desde el Congreso, declamaban pomposamente sobre el desarrollo de los ciudadanos, el progreso económico y el humano, no se ejecutaban acciones concretas con relación a esas regiones⁴. Al decir de Ruffini, la adquisición de derechos y facultades políticas en los Territorios Nacionales resultó más una declaración de principios que una práctica concreta.

El proceso histórico vinculado a la fundación de Comodoro Rivadavia se inició como parte del proceso de ocupación y poblamiento –desde 1897– en la zona de los lagos Colhue Huapi y Muster en la Colonia Ideal, actual ciudad de Sarmiento. Surgida gracias a

3. Ruffini, Martha, “Federalismo y ciudadanía política en la mirada de los juristas argentinos sobre los Territorios Nacionales”, p. 125.

4. Algunos de los Territorios Nacionales lograron alcanzar el mínimo de habitantes estipulado pero las legislaturas territorianas nunca fueron instaladas ni sus representantes incorporados al Congreso Nacional.

su puerto, para embarcar la producción agrícola ganadera del interior hacia el Atlántico y el aprovisionamiento de bienes escasos o inexistentes en la zona, Comodoro Rivadavia comenzó a recibir una población formada en su mayoría por inmigrantes europeos. A la construcción del puerto, se sumó el ferrocarril, el comercio y la hotelería. Con el descubrimiento del petróleo en 1907, había comenzado una nueva etapa, la más decisiva quizás de su historia.

El trabajo de perforación realizado por la Dirección de Minas, Geología e Hidrología del Ministerio de Agricultura confirmó el hallazgo de una napa de kerosene en una región donde, al decir de Nicolás Gadano en *Historia del petróleo en la Argentina* (2006), no existían antecedentes sobre solicitudes mineras ni era una zona de exploración petrolera. Tal vez por ello su descubrimiento haya sido más relevante aún. La intervención del Estado en el hallazgo, en un Territorio Nacional, permitió al Gobierno federal mantener la explotación a su cargo y alejada de los cateos privados, reservándose un radio aproximado de 24 kms desde el centro del pueblo de Comodoro Rivadavia.

El 13 de diciembre de 1907 bajo la presidencia de Figueroa Alcorta (1906-1910) comienza en Comodoro Rivadavia –oficialmente– el desarrollo de la explotación petrolera, en el marco del modelo agroexportador y de la política del llamado orden conservador. El hecho de que el descubrimiento del petróleo fuera realizado por el Estado en un Territorio Nacional fue relevante, por cuanto el gobierno central mantuvo la explotación petrolera a su cargo, estableciendo una zona de reserva. Esta medida transitoria permitiría que el Gobierno Nacional realizara estudios, evitando la saturación de la región con permisos privados a grandes corporaciones.

Los autores comodorenses, entre ellos, Daniel Cabral Marques, señalan la importancia de la expansión de la explotación petrolera con la llegada de inversiones privadas, las que modelaron la existencia de localizaciones urbanas específicas, diferenciadas del pueblo y sin estar integradas al ejido urbano. Esta separación puntual comenzó en 1917 cuando la Dirección General de Explotación de Petróleo de Comodoro Rivadavia solicitó al Ministerio del Interior que los “campamentos de la explotación” quedaran fuera de la jurisdicción municipal. A más 20 kilómetros del pueblo –inicialmente de capitales privados argentinos y alemanes– en 1915 afincó Astra Compañía Argentina de Petróleo. En 1918 lo hizo la precursora de la Compañía Ferrocarrilera de Petróleo –COMFERPET– a 8 km

del “pueblo”. Y la última de las empresas en instalarse fue la Royal Dutch Shell que inició su actividad en 1922 bajo el nombre de Diadema Argentina.

El incremento en la producción de petróleo favoreció a la región del Golfo San Jorge en los inicios del siglo XX, un producto de gran demanda y elemento geopolítico estratégico de las naciones. Antes de finalizar su primer mandato, el presidente radical Hipólito Yrigoyen dictó un decreto para instituir la creación de la empresa nacional de petróleo⁵, la que fue establecida en el gobierno de Marcelo Torcuato de Alvear. Comenzó a actuar bajo la denominación de YPF a partir de 1922. Alvear recurrió al uso de decretos presidenciales para mejorar la situación en materia petrolera, extendió la reserva fiscal y estableció una serie de requisitos para los interesados en obtener permisos de cateo, hasta tanto el Congreso legislase al respecto. Finalizó su gobierno sin ninguna ley que diera un marco legal adecuado a la actividad petrolera; lo mismo ocurrió durante el segundo gobierno de Yrigoyen (1928-1930). Argentina era un país con petróleo, con potencial, pero sin la capacidad para explotarlo convenientemente.

El estallido de la Segunda Guerra Mundial, los militares en el poder y la organización del abastecimiento continental de combustible en manos de EE.UU. afectaron la provisión de insumos, las inversiones y el flujo de las operaciones corrientes. Las empresas privadas se veían impedidas de adquirir bienes por falta de divisas y presentaban dificultades por el aumento de los costos, la presión de los sindicatos y los impuestos que agravaban la crisis energética. A esto se sumaban los falsos rumores sobre planes de ocupación de la Patagonia, lo que añadió un interés particular –no positivo– sobre Comodoro Rivadavia, emplazado sobre la costa del Golfo San Jorge. Y aunque las autoridades descreían sobre la ocupación, temían la generalización del conflicto en el Atlántico Sur, por ello se implementó una custodia militar sobre las refinerías privadas y estatales, sus pozos y terminales. La guerra reforzaba las ideas que favorecían la intervención del Estado, y aunque la guerra terminó sin ningún

5. Carl Solberg (1986), Nicolás Gadano (2016) y otros autores señalan que fue una decisión política para desviar la mirada de las denuncias sobre la ineficiencia y corrupción de la Dirección de Explotación de Petróleo, más que un interés económico o nacionalista.

incidente en la región, fue el prelude para la instalación de la Zona Militar de Comodoro Rivadavia a partir de 1944.

El resguardo del petróleo permitía mantenerlo en manos del Estado, robusteciendo la economía y restando predominio a las empresas extranjeras. La industrialización, las instituciones y el gobierno estaban unidos a la idea del control y de la defensa nacional.

2. La Gobernación Militar: un espacio sui generis con derechos tutelados

Para contextualizar el desmembramiento del Territorio Nacional de Chubut y la posterior creación de la Gobernación Militar, resultan valiosos los conceptos de Mario Palma Godoy y Daniel Cabral Marques⁶ como marco referencial. Para delimitar la región dentro de esta estructura particular, estos autores consideran sus características económicas, el vínculo entre las ciudades, escasas y alejadas entre sí, que se articulan en el espacio adyacente. La zona, denominada “Subregión de Comodoro Rivadavia”, estaba asociada a la producción petrolera, la explotación y comercialización de la ganadería ovina, y la circulación de la población, bienes y servicios relacionados con las actividades productivas mencionadas. La extensión de esta subregión coincidiría con el territorio que ocupó la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia entre 1944 y 1955⁷ cuando el gobierno del general Farrell creó una nueva entidad administrativa.

Marcos Budiño⁸ toma como referencia el decreto ley 13.941/44 cuyos fundamentos señalan la protección a la explotación de los yacimientos e intereses del Estado. Por ello sostiene que la creación de la Gobernación Militar formó parte de una estrategia asociada a la defensa y resguardo del petróleo. Al decir de Susana Torres (2001),

6. Marques, Daniel y Palma Godoy, Mario, *Comodoro Rivadavia en tiempos de cambio* (Comodoro Rivadavia: Ediciones Proyección Patagónica, 1993).

7. La subregión abarca hacia el norte una franja que se extiende sobre las mesetas y sierras centrales de Chubut; hacia la Cordillera de los Andes, al oeste, proyecta su influencia hacia Coyhaique y Puerto Aysén. Por el sur alcanza el contorno del Río Deseado y el norte santacruceño llegando hasta la zona del Lago Buenos Aires; y hacia el este, por el Atlántico, en el Golfo San Jorge, con un radio comprendido entre Camarones y Puerto Deseado (Santa Cruz).

8. Budiño, Marcos, *Comodoro Rivadavia. Sociedad Enferma* (Buenos Aires: Hernández, 1971).

fueron esenciales las cuestiones de seguridad y geopolíticas, tanto para proteger a los yacimientos como para controlar a una población mayoritariamente extranjera. Esto respondía, según la autora, a las características particulares del movimiento obrero petrolero que hacía peligrar el orden social en los yacimientos con las huelgas petroleras en la primera mitad del siglo XX. El historiador Gabriel Carrizo destaca como peligro y enemigo interno en la región –a partir de 1942– al comunismo. “El verdadero temor de las Fuerzas Armadas era que el comunismo lo contaminase todo, incluso a los militares”⁹. Esta cuestión ideológica no provenía ya de los trabajadores extranjeros en la zona, sino de una ideología que había permeado en la población.

Lo que sí fue novedoso es que el Estado se propusiera proteger militarmente a la explotación petrolera en una región que no respondió al contexto de la Segunda Guerra Mundial ni a potenciales riesgos de ataques extranjeros. Podría pensarse en la complementariedad de los planteos por cuanto no era solo el comunismo el enemigo, sino las acciones y tendencias disidentes que desafiaban la autoridad, la cual no estaba firmemente afianzada en la región.

Los autores locales coinciden en que la nueva estructura política en la subregión de Comodoro Rivadavia produjo un punto de inflexión, exteriorizando transformaciones beneficiosas en los ámbitos productivos, políticos, económicos y sociales¹⁰. La creación de la Gobernación Militar se enmarca en el periodo denominado “de afianzamiento de la subregión” por Palma Godoy y Marques y “se consolida junto con la participación de la política, la expansión de la explotación petrolera, las políticas de asistencia social y los fundamentos doctrinarios del peronismo en amplios sectores sociales”¹¹. Señalan que finaliza el período al disolverse la Gobernación Mi-

9. Carrizo, Gabriel, “La Patagonia argentina en el período de entreguerras. Acerca de los orígenes de la Zona Militar de Comodoro Rivadavia”, *Antítesis*, vol. 2, núm. 4 (julio-diciembre 2009), p. 682.

10. Véase Lelio Mármora (1968); Marcos Budiño (1971); Daniel Marques y Mario Palma Godoy (1993); Gabriel Carrizo (2009); Marcelo Borges y Susana Torres (2012); Dos Santos, Silvana (2014).

11. Marques, Daniel y Palma Godoy, Mario, *Comodoro Rivadavia en tiempos de cambio*, p. 21.

litar¹². Lelio Mármora¹³ considera que esta etapa comienza con el decreto ley 13.941 que declara zona militar a la región de explotación petrolera y concluye en 1956 cuando se declara zona franca al sur del paralelo 44¹⁴.

A partir de la creación de la Gobernación Militar en 1944 se construyeron nuevos edificios educativos, un mercado regional y un frigorífico; se erigió el Edificio Central de Radiocomunicaciones, el gasoducto de Comodoro Rivadavia –de 1700 km–, el Hotel de Turismo y, a través del Plan de Obras Públicas impulsado por el gobierno central, se concretó la ampliación de barrios y urbanizaciones.

Existían notables diferencias entre las *company town* de la región¹⁵ –YFP, Astra, COMFERPET, Diadema– y el pueblo de Comodoro Rivadavia en lo que a servicios e infraestructura se refiere. Las empresas petroleras, por ser autónomas, se encargaban de proveer lo necesario a sus trabajadores de acuerdo con sus necesidades empresariales, sin depender del gobierno municipal o nacional. Para referirse a estas compañías en la región patagónica, Susana Torres introdujo el concepto de *company town* en Comodoro Rivadavia, considerando el término en su idioma original y sin aludir a su origen o composición del capital económico.

Las *company town* estaban más avanzadas en lo que a provisión de servicios básicos refiere. Por ello fue relevante la ejecución de obras públicas y la designación de Comodoro Rivadavia como capital de la Gobernación. Esta dependía directamente del Ministerio

12. Palma Godoy y Marques (1993) señalan que el primer periodo histórico transita entre 1900 y 1944. Mármora (1968) lo analiza a partir del descubrimiento del petróleo en 1907, la fundación de la ciudad y el control por parte el Estado Nacional –con un oficial a cargo–. Coinciden en que el primer período concluye en 1944 e inicia el segundo al crearse la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia.

13. Mármora, Lelio, *Migración al sur. Argentinos y chilenos en Comodoro Rivadavia* (Buenos Aires: Libera, 1968).

14. El decreto 10.991 que benefició a los Territorios Nacionales al sur del paralelo 42 liberó de impuestos a la importación de materiales y mercaderías extranjeras destinadas al consumo en la región.

15. Es pertinente la utilización del concepto de *company town*, utilizado originalmente por Rolf Knight (1975) para referirse a ciertas aldeas canadienses a fines del siglo XIX e inicios del XX. Las características mencionadas por Knigh, Clark Kerr y Abraham Siegel (1954), Gilbert Stelter y Alan Artibise (1982), John Garner (1992) coinciden en definirlas como centros productores de materias primas, separadas espacial y geográficamente, con instalaciones y activos destinados a la producción y a la vida cotidiana.

del Ejército y, sumado al plan quinquenal del primer gobierno peronista, abriría las puertas a las obras durante tantos años reclamadas por los comodorenses. Tras un periodo de diez años, la cantidad de obras públicas realizadas compensó las diferencias de estructura que siempre relegaron a Comodoro frente al pueblo de YPF, según la concepción de los habitantes del pueblo, separado del yacimiento nacional.

Esta nueva entidad administrativa adquirió un gran poder político y económico, “dominaba la cuenca petrolífera más importante de Argentina. Comodoro fue la ciudad capital de dicha gobernación, concentrando un numeroso cuerpo del ejército, la sede del obispado, diversos centros educativos y, fundamentalmente, la explotación del petróleo por parte de YPF y gran parte de la estructura administrativa de dicha empresa. La ciudad avanzó en su crecimiento y sofisticación, concentrando servicios y población y superando su antiguo estatus de ciudad-campamento petrolero”¹⁶.

Pero, cuando se creó la Gobernación Militar, los círculos políticos comodorenses suponían que la situación sería transitoria y al mismo tiempo manifestó desconfianza hacia las nuevas autoridades porque algunas de las medidas del gobierno estaban destinadas a controlar el espacio social. La máxima autoridad era un representante designado por el Poder Ejecutivo de la Nación y tenía, como gobernador, amplias facultades como administrador, para dictar reglamentos, ordenanzas, así como las leyes necesarias para la administración de la región. Era el encargado de designar a los jueces de paz, los comisionados municipales e integrantes de juntas de fomento¹⁷, según el art. 10 del decreto 15035/45. Al dejar de lado las elecciones después de casi cuarenta años de gobiernos comunales elegidos por los habitantes de la ciudad¹⁸, les restó autonomía; sin embargo, los “compensó generosamente al darle un impulso intenso

16. Gatica, Mónica y Pérez Álvarez, Gonzalo, “Provincialización, corporaciones y política: la Convención Constituyente del Chubut en 1957”, *Historia política*. com (2012), p. 16.

17. Inicialmente el Gobernador Militar reunía las funciones de comandante de la Agrupación Patagonia y de Intendente de Comodoro según el Reglamento Orgánico. El primer Gobernador Militar fue Ángel Solari, más tarde Armando Raggio, Julio Lagos y Salvador Müller entre otros, todos con rango castrense.

18. En diciembre de 1911 se realizó la primera convocatoria para las elecciones del primer Consejo Municipal en Comodoro Rivadavia

a las obras públicas, contribuyendo decididamente a la transformación de la nueva ciudad en capital”¹⁹.

La situación de tutelaje continuó durante la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia, en la capital de la nueva unidad política, sus funcionarios eran designados por el gobierno central y su autonomía se limitaba a cumplir las órdenes y disposiciones emanadas desde Buenos Aires. Esta situación manifiesta el sesgo centralista que perduró aun cuando la apertura política y la mayoría existente en el Congreso Nacional a favor del peronismo hacían innecesaria la postergación de la provincialización.

Inicialmente las “elites” políticas locales se habrían atemorizado ante la perspectiva de perder sus prerrogativas y privilegios frente a la nueva autoridad designada –nuevamente– desde Buenos Aires. La posición social, política y económica de estas elites no varió sustancialmente, particularmente cuando se incorporaron como funcionarios al gobierno local algunos vecinos nacidos en la ciudad. Si bien es cierto, tal como menciona Ruffini²⁰, que no podemos abordar a la Patagonia como un colectivo uniforme, los sectores dominantes pueden encuadrarse en Comodoro Rivadavia de un modo similar a quienes ocupaban esa posición en otras zonas patagónicas. “Estos grupos dominantes, fundamentalmente comerciantes que mantenían en tierras y ganado y disputaban el poder político local –Consejos Municipales y Juzgado de paz– mediante la integración de agrupaciones vecinales, protopartidos o –avanzado el siglo XX– filiales de los partidos con estructura nacional”²¹. También es usual hallar sus huellas en la fundación de clubes o asociaciones, hospitales, escuelas, o como directores de periódicos locales o regionales.

Los gobernadores militares se ocuparon de consolidar la identidad local a través de ceremonias a las que se convocaba a toda la población, colaboraban con campañas radiales, creación de bibliotecas y desarrollando políticas de asistencia social. Estas actividades fueron generando simpatía hacia los representantes gubernamentales,

19. AA.VV., *Libro del Cincuentenario de Comodoro Rivadavia, 1901-23 de febrero-1951* (Comodoro Rivadavia: El Rivadavia, 1951), p. 63.

20. Ruffini, Martha, *La Patagonia mirada desde arriba. El grupo Braun-Menéndez Behety y la Revista Argentina Austral, 1929-1967* (Rosario: Prohistoria, 2017).

21. Ruffini, Martha, *La Patagonia mirada desde arriba. El grupo Braun-Menéndez Behety y la Revista Argentina Austral, 1929-1967*, p. 35.

que luego de las elecciones de 1946 fueron identificados con el partido peronista. Señala Guillermina Oviedo que “desde el Estado se promovieron políticas culturales para generar consenso y adhesión, generando espacios de encuentro y dando a los trabajadores la sensación de sentirse contenidos en una estructura regional que promovía el crecimiento económico, y que a la vez les otorgaba seguridad y satisfacción por la expansión de los beneficios del Estado peronista”²².

Esto es relevante al momento de analizar la adquisición de derechos por parte de los habitantes de Comodoro, por cuanto la gradualidad y la discrecionalidad en su participación ciudadana continuaron durante la Gobernación Militar. Progresivamente los habitantes comenzaron a adquirir visibilidad y derechos de los que carecían en otros tiempos, en cuanto trabajadores y ciudadanos. “Este respaldo político se obtuvo mediante la penetración estatal sobre los territorios, en un triple juego envolvente de acción sindical, asistencial y política”²³.

La sanción de la ley 14.032/51 permitió que los habitantes de la Gobernación pudieran elegir al titular del Poder Ejecutivo Nacional y a sus delegados para la Cámara de Diputados durante el gobierno de Juan Domingo Perón. La legislación que preveía la provincialización fue sancionada en 1955, pero recién se logró luego de la caída del peronismo. La Gobernación Militar no tenía por objeto privar por tiempo indefinido a los ciudadanos residentes en su jurisdicción: “era una base sobre la cual habría de edificarse oportunamente un nuevo Estado provincial, de manera que, cumplida la misión que se ha previsto para el gobierno militar, Comodoro Rivadavia ha de transformarse en una de las más prosperas provincias argentinas”²⁴.

Al igual que en otros distritos, en 1951 triunfó el peronismo. Al decir de Orietta Favaro²⁵, se ciudadanizó la población habitante

22. Oviedo, Guillermina, “El Cine: un medio para ser ypefiano. Estudio de caso de YPF en el marco de la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia, 1945-1955”, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA (2005), p. 4.

23. Ruffini, Martha, “La consolidación inconclusa del Estado: los Territorios Nacionales, gobernaciones de provisionalidad permanente y ciudadanía política restringida (1884-1955)”, Revista SAAP, vol. 3, núm. 1 (agosto 2007), p. 14.

24. AA.VV., *Libro del Cincuentenario de Comodoro Rivadavia, 1901-23 de febrero-1951*, p. 64.

25. Favaro, Orietta, “Re-visitando el tema del estado-nación en la historia argentina. Reflexiones desde otro lugar: los territorios nacionales”, Revista, Pilken, Sección Ciencias Sociales, Vol. 18, N° 1 (2015).

de los territorios nacionales, pero con una ciudadanía concedida antes que conseguida. Como efecto de los reclamos de los sectores excluidos de la participación política, la ciudadanía fue otorgada por el Estado, evidenciando que la concesión final siempre es estatal. El agradecimiento por lo “recibido” se plasmó en las urnas. La integración de los Territorios a la Nación ha sido analizada por diversos autores considerando a esta como una estrategia política del peronismo. Ruffini destaca que la ciudadanía fue concediéndose a medida que los territorios fueron peronizados y manifestaron su adscripción doctrinaria. La autora indica que no fue una decisión improvisada y con un objetivo electoral, sino que su planteo era la unidad política de la Nueva Argentina, imaginada como parte del proyecto partidario.

En tiempos en los que el peronismo tenía mayoría en el Congreso, transformar a la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia en una provincia hubiera sido un trámite legislativo. Pero resolver la transición de una zona militar a provincia era una situación diferente a la planteada en otros Territorios. Creemos que hubiera sido objeto de amplios debates, difíciles y espinosos, que podrían haber desestabilizado la situación compleja del gobierno en la década de 1950. De todas formas, a mediados de 1955 el Congreso de la Nación modificó el estatus jurídico y político de Chubut y Santa Cruz, restituyéndoles los límites geográficos previos a la existencia de la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia, cuando cada uno de ellos formaba parte del Territorio Nacional de Chubut y de Santa Cruz. Pero creación, la ley existía solo en el texto, no hubo ninguna acción efectiva en pos de la provincialización, aunque “es cierto que gran parte de la transición de estos territorios se hallaba prácticamente finalizada para 1955”²⁶. Aquí cabe consignar que el Golpe de Estado de la denominada Revolución Libertadora que provocó el quiebre institucional, suspendió la convocatoria a elección de Convencionales Constituyentes en las provincias y designó nuevas autoridades.

En ese contexto no democrático, se derogó la Constitución de 1949 y se convocó una Asamblea Constituyente para sancionar una nueva. Tanto el llamamiento como la nueva Constitución fueron cuestionados; fue deslegitimada por la renuncia de algunos represen-

26. Ruffini, Martha y Blacha, Luis, “La provincialización postergada de la Patagonia Argentina (1955-1958)”, *Temas y Debates* N° 25, Año 17 (enero-junio 2012), p. 67.

tantes, por estar viciada de nulidad por la proscripción del peronismo y especialmente por las características autoritarias de los promotores de la convocatoria²⁷. El gobierno militar, cada vez más debilitado, decidió recurrir a una salida institucional convocando a elecciones presidenciales para 1958, manteniendo al margen de la participación al peronismo. En ese marco se convocó a la Convención Constituyente de 1957 en Chubut. La Honorable Convención Constituyente de Chubut comenzó a sesionar a fines de agosto de 1957 con representantes de la Unión Cívica Radical Intransigente y la del Pueblo, el Partido Demócrata Cristiano, el Demócrata Progresista y el Partido Socialista. Cabe recordar que los partidos políticos nacionales en Chubut tenían una corta vida institucional, ya que los ciudadanos de los Territorios Nacionales y la Gobernación Militar no estaban habilitados para participar en las elecciones nacionales y los pequeños partidos locales fueron desapareciendo con la llegada de aquellos de carácter nacional.

Los convencionales, sin dilación alguna²⁸, cumplieron con el plazo perentorio establecido por el poder *de facto*.

“Durante el tiempo previo a la creación de la provincia del Chubut, en Comodoro hubo un fuerte debate en el que algunos sectores se expresaron en contra de la disolución de los límites de la Gobernación Militar por los perjuicios económicos que ocasionaría ese cambio (...) Sin embargo, la excesiva importancia de Comodoro terminaría jugándole en contra nuevamente: el argumento más fuerte para llevar la capital a Rawson es que el valle chubutense, sin ese rol, quedaría relegado ante la carencia de otros recursos naturales”²⁹.

En febrero de 1957 se realizaron las primeras elecciones para autoridades provinciales en Chubut, la fórmula ganadora de la UCRP, formada por Roque González y Atilio Viglione, asumió en octubre

27. El 26 de abril por el decreto ley 7756/56 se aprueba el Plan Prebisch y al día siguiente la derogación de la Constitución de 1949 y de vigencia limitada de la de 1853. Jorge Francisco Cholvis considera que la cercanía entre ambas cuestiones no puede considerarse casual. En su texto *Consecuencias del Bando militar que derogó la Constitución Nacional de 1949* señala que se debió a la incompatibilidad de la política económica instaurada por el gobierno *de facto* que se enfrentaba con una valla de carácter constitucional, por lo que simplemente derogó la Constitución vigente.

28. Con anterioridad se había trabajado en subcomisiones, en Comodoro Rivadavia, Trelew y Esquel, con miembros de los distintos partidos.

29. AA.VV., *Crónicas del Centenario de Comodoro Rivadavia*, pp. 341 y 343.

de ese año. Al decir de Mónica Gatica y Gonzalo Pérez Álvarez³⁰, el impulso más decisivo en la Patagonia aconteció luego de la sanción de la Constitución Provincial, cuando el Estado nacional fortaleció su presencia en la Patagonia, conformando las bases que permitieron un rápido y mayor poblamiento de las “nuevas provincias”. Con ellas se incorporaron “nuevos” ciudadanos que pudieron ejercer sus derechos políticos, en igualdad de condiciones con los habitantes del resto de la Nación, aunque en 1962 un golpe de Estado provocó –una vez más– la caída de un gobierno constitucional.

3. Consideraciones finales

El Territorio Nacional de Chubut (1884-1944) fue el espacio donde se instaló el pueblo de Comodoro Rivadavia en 1901, en el Golfo San Jorge, actual provincia de Chubut. Sus habitantes se encontraban en desigualdad jurídica con respecto a los ciudadanos de las provincias por cuanto el gobierno central dejaba escasos márgenes a las iniciativas locales de los territorianos. Si bien gozaron de todos los derechos civiles garantizados por la Constitución Nacional, carecieron de facultades políticas para participar en las elecciones generales para cargos ejecutivos y legislativos nacionales.

De todas formas, el laxo control directo por parte del Estado permitió el surgimiento de una dinámica particular hacia el interior de su sociedad que buscaba quebrar la exclusión a través de diversas estrategias, exigiendo mayor autonomía, la inserción en la representación parlamentaria, el nombramiento de funcionarios con residencia en el territorio o la participación en la elección del gobernador. Algunas de estas demandas nunca fueron satisfechas o se dilataron en el tiempo. Mientras tanto, los habitantes de los Territorios Nacionales participaban de la política local, eligiendo o siendo elegidos miembros del Consejo Municipal de Comodoro Rivadavia. Estas cuestiones no son menores considerando que la primera Constitución recién se concretó –“concedió”– en 1957.

La modificación del estatus de la región y de la creciente ciudad, que pasó a ser la capital de la Gobernación Militar de Comodoro Ri-

30. Gatica, Mónica y Pérez Álvarez, Gonzalo, “Provincialización, corporaciones y política: la Convención Constituyente del Chubut en 1957”, *Historia política*. com (2012), p. 16.

ivadavia (1944-1955), provocó una gradual participación ciudadana que derivó en la adquisición de derechos postergados. Comenzó con la afiliación en los sindicatos y la incorporación a los partidos políticos nacionales (especialmente a partir de la primera presidencia de Juan Domingo Perón). Cabe señalar que fue la llegada del peronismo, más que la creación de la Gobernación, la que da inicio a las reformas profundas. Este movimiento fue el impulsor de los cambios y la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia su brazo ejecutor. La participación en la elección presidencial de 1951 incluyó la elección de un diputado nacional (con voz y sin voto), por lo que la participación política continuaba siendo restringida, y aunque se ampliaba, aún no era plena.

En 1955 se aprobó la tan ansiada creación de la nueva provincia de Chubut, pero el golpe de Estado complicó el panorama. En la región se dio por extinguida la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia y sus habitantes vieron cómo se perdían los privilegios como asiento de la capital regional y cómo retrocedían los logros alcanzados durante el gobierno peronista. En virtud del golpe de Estado, se anularon las convenciones colectivas de trabajo, se suspendieron las reuniones partidarias, se clausuraron diarios y se aumentaron las persecuciones políticas. En 1957, el gobierno militar de la Revolución Libertadora convocó al electorado para que eligiera a los convencionales encargados de redactar la Constitución provincial. A pesar de ser controvertida y polémica, fue sancionada y puesta en vigencia.

La creación de esta nueva entidad política cumplió con el anhelo de los habitantes de la región, pero la capital provincial designada fue Rawson y no Comodoro Rivadavia, tal como los comodorenses esperaban. En febrero de 1958 se realizaron las primeras elecciones de autoridades provinciales y municipales en Chubut.

Bibliografía

- AA.VV., *Libro del Cincuentenario de Comodoro Rivadavia, 1901-23 de febrero-1951* (Comodoro Rivadavia: El Rivadavia, 1951).
- AA.VV., *Crónicas del Centenario. Comodoro Rivadavia 1901-2001* (Comodoro Rivadavia: Diario Crónica, 2001).
- Bandieri, Susana, *Historia de la Patagonia* (Buenos Aires: Sudamericana, 2005).

- Borges, Marcelo y Torres, Susana, *Company Town: Labor, Space, and Power Relations across Time and Continents* (New York: Palgrave Macmillan, 2012).
- Budiño, Marcos, *Comodoro Rivadavia. Sociedad Enferma* (Buenos Aires: Hernández, 1971).
- Cabral Marques, Daniel, “Hacia una relectura de las identidades y las configuraciones sociales en la historia petrolera de la ciudad de Comodoro Rivadavia y de la Cuenca del Golfo San Jorge”, IV Jornadas de Historia Social de Patagonia (2011).
- Carrizo, Gabriel, “La Patagonia argentina en el período de entreguerras. Acerca de los orígenes de la Zona Militar de Comodoro Rivadavia”, *Antítesis*, vol. 2, núm. 4 (julio-diciembre 2009).
- Dos Santos, Silvana, *Los españoles y sus descendientes en Patagonia Central en el siglo XX. Huellas culturales y experiencias identitarias* (Rosario: Prohistoria, 2014).
- Favaro, Orietta, “Re-visitando el tema del estado-nación en la historia argentina. Reflexiones desde otro lugar: los territorios nacionales”, *Revista Pilken, Sección Ciencias Sociales*, Vol. 18, N° 1 (2015).
- Gadano, Nicolás, *Historia del petróleo en la Argentina* (Buenos Aires: Edhasa, 2006).
- Leoni, María Silvia, “Los territorios nacionales” en *Nueva Historia de la Nación Argentina. La Argentina del siglo XX* (Buenos Aires: Planeta, 2001).
- Mármora, Lelio, *Migración al sur. Argentinos y chilenos en Comodoro Rivadavia* (Buenos Aires: Libera, 1968).
- Marques, Daniel y Palma Godoy, Mario, *Comodoro Rivadavia en tiempos de cambio*. (Comodoro Rivadavia: Ediciones Proyección Patagónica, 1993).
- Oviedo, Guillermina, “El Cine: un medio para ser ypefiano. Estudio de caso de YPF en el marco de la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia, 1945-1955”, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA (2005).
- Ruffini, Martha, “Peronismo, Territorios Nacionales y ciudadanía política. Algunas reflexiones en torno a la provincialización”, *Avances del Cesar* (Año V, Nro. 5, 2005).
- Ruffini, Martha, “Federalismo y ciudadanía política en la mirada de los juristas argentinos sobre los Territorios Nacionales”, *Revista Nordeste segunda época, Serie Investigaciones y Ensayos*, N° 26 (Historia. Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Humanidades. Resistencia, 2007).
- Ruffini, Martha, “La consolidación inconclusa del Estado: los Territorios Nacionales, gobernaciones de provisionalidad permanente y ciudadanía política restringida (1884-1955)”, *Revista SAAP*, vol. 3, núm. 1 (agosto 2007).

- Ruffini, Martha y Blacha, Luis, “La provincialización postergada de la Patagonia Argentina (1955-1958)”, *Temas y Debates* N° 25, Año 17 (enero-junio 2012).
- Ruffini, Martha, *La Patagonia mirada desde arriba. El grupo Braun-Menédez Behety y la Revista Argentina Austral, 1929-1967* (Rosario: Prohistoria, 2017).
- Torres, Susana, “Una primera aproximación a las relaciones laborales en Y.P.F. entre 1930-1955, II Jornadas de Historia de la Patagonia (2006).

DERECHO CONSTITUCIONAL

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MENDOZA: UN ESTUDIO JUS-HISTÓRICO DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1854 HASTA NUESTROS DÍAS

PATRICIO JAVIER LÓPEZ DÍAZ-VALENTÍN*

1. Introducción

El presente estudio es fruto del proyecto de investigación *Control de Constitucionalidad en Mendoza. Historia, evolución y proyecciones*, aprobado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, para el período 2021-2022, bajo la dirección de Mario Luis Descotte. El proyecto tiene por objeto indagar cómo se ha desarrollado el instituto de control de constitucionalidad en las distintas constituciones mendocinas, con una metodología jus-histórica.

El control de constitucionalidad¹ está íntimamente relacionado con el principio de la supremacía de la Constitución², dado

* Profesor titular (catedrático) de Historia de las Ideas Políticas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Miembro titular del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina.

1. Sobre control de constitucionalidad recomendamos entre la numerosa bibliografía: Amaya, Jorge A., *Control de Constitucionalidad* (Buenos Aires: Astrea, 2015). También: Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011); Ylarri, Juan Santiago, “El control judicial de constitucionalidad en Argentina”, *Revista Derecho Público Iberoamericano* 15 (2019), pp. 45-86.

2. En palabras de Germán Bidart Campos:

“El principio de la supremacía llega a la conclusión de que las normas y los actos infractorios de la constitución no valen, o lo que es lo mismo, que son inconstitucionales o anticonstitucionales. Sin embargo nos quedaríamos a mitad de camino si después de arribar a esa conclusión, no estableciéramos un remedio

su carácter normativo y fundamental, que encontraba su fundamentación en las propias normas constitucionales (artículos 5, 27, 28 y 86 inciso 2º de la Constitución de 1853/60). Tal como indica Jorge Amaya: “al mecanismo destinado a asegurarla se lo conoce como ‘control de constitucionalidad’, y su ejercicio –conforme a sus variantes– puede recaer en cabeza del Poder Judicial o en un órgano diferente, de composición política o mixta”³.

Básicamente, en el derecho occidental se encuentran dos modelos institucionales de control de constitucionalidad. Por un lado, el denominado control judicial difuso, que tiene su origen en los Estados Unidos de América (EE.UU.), en el cual se deja a los jueces la tarea de interpretar y aplicar las leyes y las normas constitucionales en el caso concreto. Por otro lado, se encuentra el sistema concentrado [modelo europeo] en el cual el ejercicio del control de constitucionalidad se encarga a un único órgano, que no integra el Poder Judicial, está fuera de su estructura normativa, y se denomina Tribunal Constitucional. Finalmente, aparece en América un tercer modelo, que sitúa dentro del Poder Judicial a jueces especializados que pueden actuar como sala dentro del Tribunal Supremo [como corte independiente] o, aun ubicando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea un único organismo el que tenga la palabra final sobre la interpretación constitucional, incluso permitiendo el control difuso de los jueces comunes⁴.

Nuestra Constitución Nacional, al igual que la de los EE.UU., no prevé expresamente la atribución judicial de controlar la constitu-

para defender y restaurar la supremacía constitucional violada. El principio sería teórico, y carecería de eficacia para hacerse valer.

Por eso, la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucionales, como mecanismo que, confrontando normas y actos con la constitución, verifica si están o no de acuerdo con ella, y en caso de no estarlo, los declara inconstitucionales, enervando su eficacia por falta de validez”. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I (Buenos Aires: EDIAR, 1995), p. 138.

3. Amaya, Jorge A., *Control de Constitucionalidad*, p. 58.

4. Cfr. Highton, Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coordinadores), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo I (México, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010), pp. 108-109.

cionalidad de las leyes. Solo con la reforma constitucional de 1994 se lo estableció expresamente, en el marco del amparo, conforme al nuevo artículo 43. Tal como ocurrió en los EE.UU., el nacimiento del control de constitucionalidad obedeció a una creación jurisprudencial en los recordados casos “Sojo” (1887) y “Elortondo” (1888). De todos modos, conforme al artículo 116 de la Constitución Nacional (originalmente artículo 97 C.N. 1853; artículo 100 C.N. 1853/60), por el cual el Poder Judicial de la Nación [Corte Suprema y tribunales inferiores] debe conocer y decidir “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”, siendo esta suprema (artículo 31 C.N.), puede entenderse que el Poder Judicial está obligado a no aplicar las normas contrarias a ella. Por otra parte, el artículo 3° de la ley 27 de 1862 dispuso que uno de los objetos de la justicia nacional “es sostener la observancia de la Constitución nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”⁵.

2. La Constitución de Mendoza de 1854 y el control político de constitucionalidad

En el caso de Mendoza, ya en su primera Constitución de 1854, redactada sobre un proyecto de Juan Bautista Alberdi, encontramos en el mismo texto de la Carta Magna un control de constitucionalidad, pero en este caso de tipo político, ya que lo ejercía el poder ejecutivo. Como sostiene Cristina Seghesso de López Aragón, dicha particularidad fue consecuencia de la gran carga histórica que había implicado las rencillas intestinas vividas en el país antes de dictarse la Constitución de 1853, por lo que nació para los gobernadores su investidura como agentes del gobierno federal para hacer cumplir en la provincia la Constitución y las leyes de la Nación (artículo 107 C.N. 1853; artículo 110 C.N. 1853/60)⁶. En las palabras de Seghesso de López Aragón:

“Esta facultad, proyectada por Alberdi conllevaba un valioso objetivo pues apuntaba a integrar la nación y la provincia, a consolidar esa relación que fue tan frágil en los comienzos de nuestra vida

5. Cfr. Amaya, Jorge A., *Control de Constitucionalidad*, pp. 123-124.

6. Cfr. Seghesso de López Aragón, M. Cristina, *Historia Constitucional de Mendoza* (Mendoza: IADECYP, 1997), p. 224.

independiente [...]. Dentro de las atribuciones del gobernador pero casi más como una obligación apareció, por única vez en la Constitución de 1854, una cláusula singular, de base unitaria, que estatúa cierto control político de constitucionalidad”⁷.

La cláusula aludida es la dispuesta en el inciso 9º del artículo 42 de la Constitución de Mendoza de 1854, que establecía entre las atribuciones al gobernador la siguiente: “Envía al Congreso Nacional i al Presidente de la República copias auténticas de todos los actos que sanciona la Cámara provincial, para examinar si son conformes o contrarios a la Constitución comun, a los impuestos nacionales, a los tratados estipulados con el Extranjero, o a los derechos de las otras Provincias”⁸. Esta cláusula como el inciso 8º del mismo artículo, que establecía que el gobernador era “ajente inmediato i directo del Gobierno Federal para hacer cumplir en la Provincia la Constitución i las leyes de la Confederacion i por su intermedio corren todos los actos exteriores de los poderes provinciales”⁹, habían sido redactadas por Alberdi a fin de que los gobernadores fuesen los tutores del orden jurídico y del equilibrio político¹⁰.

3. Proyectos de reforma y el control judicial de constitucionalidad

El primer proyecto de Reforma de la Constitución de 1854 data de 1867, y fue publicado en el periódico *El Constitucional*, en sus

7. Seghesso de López Aragón, M. Cristina, *Historia Constitucional de Mendoza*, p. 224.

8. *Constitución de la Provincia de Mendoza, Edición Oficial, 14 de Diciembre de 1854*, Archivo Histórico de Mendoza (en adelante A.H.M.), Época Independiente, Carpeta 29, Documento 4, fº 4. Se encuentra también edición impresa: *Constitución de la Provincia de Mendoza, Edición Oficial* (Mendoza: Imprenta de “El Constitucional”, 1875). Para la transcripción utilizamos la primera y se citará: C.M. 1854. Se aclara que las citas serán textuales, por lo que se respeta la ortografía de la época. Como aporte historiográfico se transcribirán los artículos citados, por la dificultad para el lector de acceder a las constituciones y proyectos consultados [fundamentalmente por no encontrarse digitalizados], ya sea en el cuerpo del texto o en nota al pie de página. Además, para que se puedan comparar las coincidencias y diferencias de redacción en los distintos proyectos y constituciones.

9. Artículo 42 inciso 8º C.M. 1854, fº 4.

10. Cfr. Seghesso de López Aragón, M. Cristina, *Historia Constitucional de Mendoza*, pp. 224-225.

ediciones del jueves 7 y sábado 9 de noviembre de 1867¹¹. Dicho proyecto es atribuido por el propio periódico a Eusebio Blanco¹². Es interesante este documento porque el autor evidentemente [a diferencia de la corriente que triunfará y se expresará en distintos proyectos de reforma] no vio necesario incorporar el control judicial de constitucionalidad, por lo contrario expresamente lo veda al establecer en el artículo 74: “Las sentencias que espidan los tribunales i juzgados serán siempre ordenadas segun la lei, no siéndoles permitido juzgar del valor intrínseco de ella o de la equidad de la misma”¹³. Este artículo privaba a los jueces de la facultad de juzgar el valor intrínseco de las leyes o la equidad de las mismas, por lo que tampoco podían valorar su constitucionalidad o inconstitucionalidad. En definitiva, nos recuerda la famosa frase de Montesquieu en la que el juez se limita a ser la boca de la ley¹⁴.

En este proyecto todavía está muy presente la necesidad de un gobernador fuerte, como agente del gobierno federal y garante de la Constitución. Dicha concepción surge de manera explícita del artículo 65 que expresamente dispone: “El Gobernador es el jefe de la administracion i como tal inspecciona a todas las autoridades, correspondiendole tambien mantener la independenciam de los Poderes públicos”¹⁵. Así como también en el artículo 66: “El Gobernador de la provincia es agente inmediato i directo del Gobierno federal, para hacer cumplir en la provincia la constitucion i las leyes del Congreso; i por su intermedio corren todos los actos exteriores de los Poderes provinciales”¹⁶.

11. En el A.H.M. se encuentran disponibles las dos ediciones mencionadas.

12. Cfr. Egües, Carlos E., *Historia Constitucional de Mendoza* (Mendoza: EDIUNC, 2008), p. 20.

13. “Proyecto de reforma de la Constitución de Mendoza”, *El Constitucional*, Año XVII, Número 3.967 (Mendoza: 09/11/1867).

14. Conforme Montesquieu: “Podría suceder que la ley, que es a un mismo tiempo perspicaz y ciega, fuese en ciertos casos excesivamente rigurosa, pero como los jueces de la nación, según hemos dicho ya, no son otra cosa que los labios que pronuncian las palabras de la ley, o seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza, ni su rigor [...]”. Montesquieu, Charles Louis de Secondat Barón de, *El espíritu de las leyes*, traducción de Narciso Buenaventura Selva (Madrid: 1845), Libro XI, Capítulo VI, p. 101.

15. “Proyecto de reforma de la Constitución de Mendoza” (Mendoza: 09/11/1867).

16. “Proyecto de reforma de la Constitución de Mendoza” (Mendoza: 09/11/1867).

La Constitución de 1854 fue, sin embargo, objeto de fuertes críticas por parte de algunos juristas mendocinos por la fuerte impronta del gobernador, entre otras cosas, por el mencionado control político. En esta dirección encontramos a Manuel A. Sáez, quien en su *Proyecto de Constitución para la provincia de Mendoza*, publicado en 1870, prefigura con claridad el control de constitucionalidad de todas las disposiciones o actos de los poderes públicos por parte del Poder Judicial¹⁷. Sáez entre las atribuciones que le concedía al Poder Judicial incluía expresamente dicho mecanismo de control en el artículo 30: “La tiene también para juzgar a petición de parte de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones o actos de los poderes públicos de la provincia y declarar si los unos o los otros deben ser obedecidos por el pueblo o no, siendo esta atribución exclusiva de la Cámara de Justicia”¹⁸.

En la misma línea crítica que Sáez, encontramos a Julián Barraquero, quien sostenía refiriéndose a la Constitución de 1854 en la *Memoria del año 1879 presentada a la Honorable Legislatura por el Ministro de Gobierno y Hacienda Dr. D. Julián Barraquero*:

“Nuestra Constitución dedica un absolutismo altamente pernicioso pues el Poder Ejecutivo reasume las funciones legislativas y judiciales. Las legislativas, porque tiene medios para deshacer anular o rehacer todo mandato legislativo: y las judiciales, porque nombra, sin el control de otro poder, a los jueces y además está en sus manos la rebaja de sus sueldos. En nuestra Constitución no existe, pues, la división de los poderes, y sin ella no hay gobierno republicano”¹⁹.

Será una preocupación constante de Barraquero la de garantizar la división de poderes. Como consecuencia de ello puso especial interés en reformar la conformación del Poder Judicial y conferirle de manera expresa la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en consonancia con Sáez, y asegurar la inamovilidad de los jueces y la intangibilidad de sus remuneraciones²⁰.

17. Cfr. Egües, Carlos E., *Historia Constitucional de Mendoza*, p. 24.

18. Sáez, Manuel Antonio, *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza* (Rosario: Imprenta de L. Vidal, 1870), publicado como “III-Apéndice documental” en: Seghesso de López, M. Cristina, *El jurista Manuel Antonio Sáez (1834-1887). Voz crítica y pensamiento socio-jurídico de su tiempo* (Mendoza: EDIUNC, 2007), p. 228.

19. Citado en: Egües, Carlos E., *Historia Constitucional de Mendoza*, p. 27.

20. Cfr. Egües, Carlos E., *Historia Constitucional de Mendoza*, p. 27.

Barraquero va a plasmar estas ideas en distintos proyectos de Constitución que redactó, ya sea en soledad o en compañía de otros publicistas²¹. En este sentido es muy importante el *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza* presentado a la Honorable Convención Constituyente de la Provincia por Elías Villanueva y Julián Barraquero con fecha de 7 de enero de 1881²². Lo trascendente de este documento radica no solo en la normativa propuesta, sino en su fundamentación. En este sentido, el control de constitucionalidad lo consagran en los artículos 44 y 171 inciso 4°. Sus textos serán la base sobre la que se redactarán los proyectos y constituciones que le sigan, de ahí la importancia en su transcripción:

“Artículo 44. Toda ley, decreto, reglamento ú orden contrarios á las disposiciones de esta Constitución, ó que impongan al ejercicio de las libertades y derecho reconocidos en ella, otras restricciones que las que ella misma permite, ó priven á los habitantes de la Provincia de las garantías que asegura, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los Jueces, ni ejecutadas por ninguna otra autoridad.

Los individuos que sufran los efectos de toda órden que viole ó menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen accion civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violacion o menoscabo les cause, contra el empleado ó funcionario que lo haya autorizado ó ejecutado²³.

Artículo 171. La Suprema Corte de Justicia conoce orijinaria y esclusivamente: [...] 4. De los recursos de constitucionalidad ó in-

21. Julián Barraquero fue coautor junto con Elías Villanueva del *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza* presentado a la Honorable Convención Constituyente de la Provincia con fecha de 7 de enero de 1881. Al año siguiente integró la Comisión que redactó un proyecto de Constitución en septiembre de 1882. Luego, también como convencional integró la Comisión redactora de la Convención Constituyente de 1894 que receptorá sus ideas entorno al control judicial de constitucionalidad. Finalmente, su figura vuelve a surgir en la Convención de 1915-1916, en la que presentará un nuevo proyecto de Constitución, y formó parte de la Comisión Redactora, manteniendo sus ideas sobre el control judicial de constitucionalidad, las cuales fueron plasmadas en el texto de 1916.

22. Villanueva, Elías y Barraquero, Julián, *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza* (Mendoza: Imprenta de “El Constitucional”, 1881).

23. Villanueva, Elías y Barraquero, Julián, *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza*, p. 10.

constitucionalidad de ley; decreto ó reglamento, correspondiendo a la ley de Procedimientos judiciales, fijar el adecuado á estos casos”²⁴.

Sin embargo, tal como he sostenido, la trascendencia de este proyecto no solo radica en su articulado, que prácticamente, salvo pequeñas diferencias de redacción, va a ser reiterado en los distintos proyectos y constituciones posteriores, sino en su fundamentación, la que se encuentra en las notas de los artículos 44²⁵ y 171²⁶. Los autores justifican la redacción del artículo 44, específicamente el hecho de introducir la posibilidad de la violación de una prescripción constitucional por un reglamento o una simple orden, además de los casos de una ley o decreto, ya que: “Es mas comun y posible que se viole una garantia constitucional por medio de un reglamento o una orden que por una ley; porque media siempre mas estudio y reflexion para dictar esta que un reglamento ú orden”²⁷.

Villanueva y Barraquero entendían que no se podía “[...] afianzar la paz social y garantir las libertades públicas, si el Poder Judicial no tiene potestad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos”²⁸. Para ellos, surgía con claridad la necesidad de consagrar constitucionalmente el control judicial de constitucionalidad como garantía de la división de poderes, y garantía de los ciudadanos ante la posibilidad de la arbitrariedad estatal. De ahí la crítica que efectúan a la Constitución de 1854, al entender que ella no facultaba al Poder Judicial para reprimir “constitucionalmente” posibles desmanes en el caso que “[...] la Lejislatura sanciona una ley arbitraria, ó el P. Ejecutivo espide un decreto inconstitucional, y no hay poder humano que reprima constitucionalmente esos desmanes, porque al Judicial que es al que naturalmente debe compe- tirle, nuestra Constitucion no le da facultad para ello”²⁹. De ahí que:

24. Villanueva, Elías y Barraquero, Julián, *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza*, pp. 36-37.

25. Villanueva, Elías y Barraquero, Julián, *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza*, pp. 10-11 [Nota 44].

26. Villanueva, Elías y Barraquero, Julián, *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza*, pp. 36-37 [Nota 171].

27. Villanueva, Elías y Barraquero, Julián, *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza*, p. 11 [Nota 44].

28. Villanueva, Elías y Barraquero, Julián, *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza*, p. 36 [Nota 171].

29. Villanueva, Elías y Barraquero, Julián, *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza*, p. 36 [Nota 171].

“Mientras no exista un poder que interprete en última instancia la Constitución, no puede haber uniformidad en su aplicación y tarde o temprano tienen que radicarse prácticas viciosas y en contradicción con su letra y espíritu”³⁰. Para ellos, estaba claro que era el Poder Judicial quien debía ser el intérprete último de la Constitución y sería la “garantía más sólida” para los intereses de los ciudadanos:

“El Poder Judicial es por su naturaleza el supremo intérprete de la Constitución; es el agente natural de la inteligencia que debe darse a esta cada vez que ocurra un caso de interpretación. Es el eje del mecanismo constitucional, que marcando en su movimiento la órbita de los demás poderes, garante las libertades públicas haciendo iguales y coestensivas las facultades de todos”³¹.

Como he afirmado, la trascendencia de este documento radica no solo en el articulado proyectado sino en su fundamentación. Más allá de establecer el mecanismo constitucional de control judicial difuso, este documento lo justifica a partir de entender al mismo como garantía de la división de poderes, y ser necesario para la protección de los intereses de los ciudadanos ante la posible arbitrariedad de los poderes ejecutivo y legislativo.

Al año siguiente aparece nuevamente la figura de Barraquero, ya que integró la Comisión que presentó el 2 de octubre de 1882 un proyecto de constitución. Dicha comisión estuvo conformada además de Barraquero por Oseas Guiñazú, Pedro I. Anzorena, Federico Corvalán, Pedro Sérpez y C. S. de la Torre³² [sin embargo, si bien en el documento original del archivo figuran solo estas firmas, en el publicado también figuran como integrantes de la comisión José N. Lencinas y Moisés Lucero]³³. En dicho proyecto se establece el mecanismo de

30. Villanueva, Elías y Barraquero, Julián, *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza*, p. 36 [Nota 171].

31. Villanueva, Elías y Barraquero, Julián, *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza*, p. 36 [Nota 171].

32. *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza, presentado por una comisión, 1882*, A.H.M. Época Independiente, Carpeta 29, Documento 8, f° 46.

33. *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza, Setiembre de 1882*, p. 31. Se encuentra un ejemplar en A.H.M., el mismo no tiene la tapa ni las primeras hojas por lo que se desconoce la imprenta y demás datos de edición. Además, es importante que figura como fecha de presentación el mes de “Setiembre de 1882” [p. 31] y no “Octubre” como figura en el obrante en: A.H.M. Época Independiente, Carpeta 29, Documento 8, f° 1 y 46.

control judicial en el artículo 48³⁴ por el cual se garantiza a toda persona damnificada por una ley, decreto u orden que contraría a la Constitución la posibilidad de solicitar ante los tribunales la declaración de inconstitucionalidad y demandar por la reparación de los daños y perjuicios al responsable. Y en el artículo 148³⁵ se establece la obligación de los jueces de resguardar la supremacía constitucional.

Avanzando en el tiempo encontramos un proyecto de abril de 1888, redactado por la comisión conformada por Pedro I. Anzorena, Matías Godoy, Agustín Videla y Nicolás A. Villanueva³⁶. Ese proyecto reitera con diferencias mínimas de redacción los artículos 48 y 148 del proyecto de 1882. Así, en el artículo 45 se establecía el control judicial de constitucionalidad como derecho de “toda persona damnificada”³⁷, y en el artículo 144 la obligación de los jueces de velar por la supremacía constitucional³⁸.

Estos proyectos (1882 y 1888) son prueba de cómo [seguramente por la fuerte impronta de los antecedentes norteamer-

34. Artículo 48: “Toda persona damnificada por razón de una lei, decreto u órden contrarias a las prescripciones de esta Constitución podrá ocurrir a los tribunales ordinarios solicitando la declaración de inconstitucionalidad i demandando de quien corresponda segun lei, sin necesidad de autorizacion previa, las reparaciones del daño que hubiese sufrido”. *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza, presentado por una comisión, 1882*, A.H.M. Época Independiente, Carpeta 29, Documento 8, fº 11 y vta.

35. Artículo 148: “Los Tribunales i Juzgados de la Provincia en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando esta Constitucion i los tratados provinciales, como lei suprema respecto a las leyes que sancionare la Legislatura”. *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza, presentado por una comisión, 1882*, A.H.M. Época Independiente, Carpeta 29, Documento 8, fº38 vta.

36. *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza, presentado por una comisión en el mes de abril de 1888*, A.H.M. Época Independiente, Carpeta 29, Documento 13, fº 36.

37. Artículo 45: “Toda persona damnificada por razón de una ley, decreto ú orden contrarias á las prescripciones de esta Constitución, podrá ocurrir a los tribunales ordinarios solicitando la declaración de inconstitucionalidad y demandando del funcionario que la haya autorizado ó ejecutado, sin necesidad de autorizacion previa, las reparaciones del daño que hubiese sufrido”. *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza, presentado por una comisión en el mes de abril de 1888*, A.H.M. Época Independiente, Carpeta 29, Documento 13, fº 7.

38. Artículo 144: “Los Tribunales y Juzgados de la Provincia en el ejercicio de sus funciones, procederán aplicando esta Constitucion y los tratados provinciales, como ley suprema respecto a las leyes que sancionare la Legislatura”. *Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza, presentado por una comisión en el mes de abril de 1888*, A.H.M. Época Independiente, Carpeta 29, Documento 13, fº 28.

canos³⁹ y por el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había consagrado jurisprudencialmente el control judicial de constitucionalidad] en los publicistas mendocinos había coincidencia en la necesidad de consagrar constitucionalmente dicho mecanismo de control, para garantizar la supremacía constitucional y la garantía de la división de poderes.

4. Consagración constitucional del mecanismo de control judicial de constitucionalidad

Luego de más de 20 años en los que en distintos proyectos se planteaba la necesidad de consagrar constitucionalmente el control judicial de constitucionalidad⁴⁰, este encontrará su consagración en

39. La admiración por la Constitución de los EE.UU. continuó a través de todo el siglo XIX y principios del XX, tanto es así que los miembros de la Comisión Redactora de la Convención de 1915/1916 manifestaban en su Informe leído a la Honorable Convención Constituyente en la Segunda Sesión Ordinaria, el 29 de septiembre de 1915, lo siguiente:

“Cuarenta años después de aquella primera Constitución, los representantes de la Provincia de Mendoza, reunidos en Convención por su voluntad y elección ordenaron, decretaron y establecieron la Constitución de 1895, que, sin duda ninguna, revela varias jornadas hacia adelante, en el camino del progreso institucional. [...] el pueblo de esta Provincia había realizado enormes progresos en la ciencia de gobernarse a sí mismo **bajo los principios republicanos democráticos que han hecho del gran pueblo de Washington el más feliz y próspero de la tierra.**

En ese camino y a la sombra de su Magna Carta la Provincia de Mendoza pudo avanzar digna y valerosamente en la prosecución de sus grandes destinos futuros”. *Debates de la Convención Constituyente de 1915* (Mendoza: Alberto Patiño Correa, 1941), p. 43.

Y también:

“[...] este proyecto de Constitución, sancionado por V. H. colocará a la Provincia de Mendoza en primera fila en materia de régimen institucional republicano y democrático, porque en él han sido consultados todos los elementos que hacen de una Constitución el molde único del que surgirá, en los días venideros, el pueblo verdaderamente libre, verdaderamente soberano, verdaderamente dueño de sí mismo en toda la plenitud de su capacidad real como entidad del derecho público. **Con esta Carta Orgánica el pueblo e [sic] Mendoza podrá decirse, a justo título, hermano del gran pueblo de Washington”.** *Debates de la Convención Constituyente de 1915*, p. 46. Las negritas son mías.

40. Se aclara que entre el martes 11 de julio y el sábado 5 de agosto de 1871 se publicó en el periódico *El Constitucional* un proyecto de reforma de la Constitución de Mendoza. En este proyecto, a contrapartida del ambiente jurídico y político des-

la Carta Magna de diciembre de 1894, en la que se lo estableció en los artículos 49⁴¹ y 154 inciso 3⁴², con redacciones muy similares a los textos del proyecto de Villanueva y Barraquero de 1881.

Es importante destacar que, una vez constitucionalizado dicho mecanismo de control, este será reiterado en las distintas constituciones que siguieron a la de 1894. Esos textos son: Constitución de 1900: artículos 47⁴³ y 155 inciso 3⁴⁴; Constitución de 1910:

cripto, no se incluye el control de constitucionalidad, no es un tema que se regule. Cfr. “Proyecto de reforma de la Constitución de Mendoza”, El Constitucional, Año XX, Época III, Número 40 (Mendoza: 11/07/1871) - El Constitucional, Año XXI, Época III, Número 50 (Mendoza: 05/08/1871). En A.H.M. se encuentra una transcripción del mismo: “Reforma de la Constitución del año 1855 (sic) para hacer efectivos en ella los derechos y garantías acordados por la Constitución Nacional del año 1860 (Copia)”, A.H.M. Época Independiente, Carpeta 29, Documento 6.

41. Artículo 49: “Toda ley, decreto ú orden contrarias á las prescripciones de esta Constitución ó que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permitan, ó priven á los ciudadanos de las garantías que aseguren serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los Jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole ó menoscabe estos derechos, libertades y garantía, tienen accion civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación ó menoscabo les causen, contra el empleado ó funcionario que la haya autorizado ó ejecutado”. *Original de la Constitución de Mendoza de 1894* (en adelante C.M. 1894), A.H.M. Época Independiente, Carpeta 29, Documento 21, fº 11 y vta.

42. Artículo 154: “La Suprema Corte se compondrá de tres miembros por lo menos y tendrá las siguientes atribuciones: [...] 3º Ejerce la jurisdiccion ordinaria y de apelacion para conocer y resolver sobre la Constitucionalidad ó inconstitucionalidad de leyes, decretos, resoluciones ó reglamentos que estatuyen sobre materia rejida por esta Constitucion y se controvertan por parte interesada”. C.M. 1894, fº 46 y vta.

43. Artículo 47: “Toda ley, decreto ú orden contrarios á las prescripciones de esta Constitución, ó que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ella, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, ò priven á los ciudadanos de las garantias que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces.

Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole ó menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación ó menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado ò ejecutado”. *Constitución de la Provincia de Mendoza, Edición Oficial* (Mendoza: Talleres Tip. “Antigua Casa Mickes”, 1900), p. 14 (en adelante C.M. 1900).

44. Artículo 155: “Son atribuciones y deberes de la Suprema Corte: [...] 3º-Ejerce la Jurisdicción originaria y de apelación, para conocer y resolver sobre la constitucionalidad de leyes, decretos, resoluciones reglamentos que estatuyan

artículos 16⁴⁵ y 105⁴⁶; Constitución de 1916: artículos 48 y 144 inciso 3º, y la Constitución derogada de 1949: artículos 9⁴⁷ y 170 inciso 1º⁴⁸.

Me detendré en los artículos respectivos de la Constitución de 1916, no solamente por ser la vigente, sino también por la peculiaridad de ser partícipe de su redacción el siempre presente Barraquero. Este importante actor fue quien en la primera sesión preparatoria, de fecha 12 de febrero de 1915, entregó a la Convención Constituyente

sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada”. C.M. 1900, p. 49.

45. Artículo 16: “Toda ley, decreto ú orden, contrarios á las prescripciones de esta Constitución, ó que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ella, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, ó priven á los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces.

Los individuos que sufran los efectos de toda orden que menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación ó menoscabo les cause, contra el empleado ó funcionario que las haya autorizado ó ejecutado”. *Constitución de la Provincia de Mendoza* (Mendoza, Tipografía “El Debate”, 1910), pp. 11-12 (en adelante C.M. 1910).

46. Artículo 105: “Corresponde á la Suprema. Corte, conocer de los recursos que se inter pongan contra sentencias definitivas de los Tribunales inferiores, dictadas en causas en que se hubiese controvertido la constitucionalidad ó inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por la Constitución de la Provincia; siempre que ésto formase la materia principal de la discusión entre las partes; en las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia, y en los demás casos que determine la ley”. C.M.1910, p. 48.

47. Artículo 9: “Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a esta Constitución o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ella otras restricciones que las establecidas en su texto o priven de las garantías que asegura, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces.

Las personas que sufran sus efectos, además de la impugnación por inconstitucionalidad, tendrán derecho a reclamar las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause”. *Constitución de la Provincia de Mendoza, Edición Oficial* (Mendoza, 1949), p. 6 (en adelante C.M. 1949).

48. Artículo 170: “La Suprema Corte tiene competencia: 1º) Originaria o de apelación, para conocer y resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada. En la vía originaria podrá promoverse la acción aún sin lesión actual.

Para declarar la inconstitucionalidad se requiere voto afirmativo de la mayoría del total de miembros de la Corte”. C.M. 1949, pp. 68-69.

su proyecto de Constitución⁴⁹ en el que reitera en su articulado el mentado control de constitucionalidad⁵⁰, además de integrar la Comisión Redactora de la Convención⁵¹, que decantarán finalmente en

49. Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente. Acta de la 1° Sesión Preparatoria del día 12 de febrero de 1915. *Debates de la Convención Constituyente de 1915*, pp. 15-40.

50. Artículo 46: “Toda ley, decreto, orden o resolución, contrarios a las prescripciones de esta Constitución, sancionadas o dictadas por cualquier autoridad de la o que impongan al ejercicio de las libertades Y derechos reconocidos en ella, otras restricciones o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguren, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los Jueces.

Las personas que sufran los efectos de esas contravenciones, violando o menoscabando estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionarios que las hayan autorizado o ejecutado”. *Debates de la Convención Constituyente de 1915*, p. 19.

Y artículo 146: “La Suprema Corte de Justicia se compondrá de cinco miembros, por lo menos, de un Procurador de la misma y tendrá las siguientes atribuciones: [...] 3°-Ejerce jurisdicción ordinaria y de apelación para conocer y resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada”. *Debates de la Convención Constituyente de 1915*, p. 30.

51. Conformada por: Severo G. del Castillo, Juan M. Contreras, Julián Barraquero, Alberto A. Day, Arturo Funes, Exequiel Tabanera, Rafael Guevara, Ramón Morey y Joaquín Guevara (h.). En el Acta de la 2° Sesión Ordinaria del día 29 de setiembre de 1915 obra el *Informe de la Comisión Redactora*, pp. 42-46; y el *Proyecto de Constitución de la Provincia de Mendoza*. *Debates de la Convención Constituyente de 1915*, pp. 46-71. Los artículos referidos al control de constitucionalidad fueron el 49 y el 143 inciso 3°, y los mismos no presentaron disidencias: “Artículo 49. Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a las prescripciones de esta Constitución o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellas otras restricciones que las que los mismos artículos permiten o priven a los habitantes de las garantías que aseguran, serán inconstituciones (sic) y no podrán ser aplicados por los jueces.

Las personas que sufran sus efectos, además de la acción de nulidad tendrá derecho a reclamar las indemnizaciones de los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que las haya autorizado o ejecutado”. *Debates de la Convención Constituyente de 1915*, p. 50.

Y artículo 143: “La Suprema Corte tendrá las siguientes atribuciones: que sean compatibles con esta Constitución. [...] Tercero: Ejerce jurisdicción ordinaria y de apelación para conocer y resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada”. *Debates de la Convención Constituyente de 1915*, p. 61.

la redacción de los artículos 48 y 144 inciso 3° [los cuales fueron aprobados sin observaciones] que establecen expresamente el control judicial difuso de constitucionalidad:

“Artículo 48. Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a las prescripciones de esta Constitución o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ella, otras restricciones que las que los mismos artículos les permiten, o priven a los habitantes de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces.

Las personas que sufran sus efectos, además de la acción de nulidad, tendrán derecho a reclamar las indemnizaciones por los juicios que tal violación o menoscabo les cauce, contra el empleado o funcionario que los haya autorizado o ejecutado⁵².

Artículo 144. La Suprema Corte tendrá las siguientes atribuciones y deberes, sin perjuicio de los demás que determine la ley: [...] inc. 3) Ejerce jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada⁵³.

5. Conclusión

A diferencia de la Constitución de los EE.UU. y de nuestra Constitución Nacional, en Mendoza desde la primera Constitución de 1854 ha estado expresamente establecido el control de constitucionalidad. En un primer momento, como control político al ser ejercido por el poder ejecutivo, como consecuencia de la redacción original de la Constitución Nacional de 1853 al ser los gobernadores agentes del gobierno federal para hacer cumplir en la provincia la Constitución y las leyes de la nación, se les confirió un cúmulo de facultades, entre las que se encontraba este control político de constitucionalidad, que terminaba desdibujando la división de poderes y el sistema republicano. Por lo que hubo una reacción por parte de los juristas mendocinos, entre los que se destacaron Sáez y sobre todo Barraquero, quienes entendieron la necesidad de consagrar el con-

52. *Constitución de la Provincia de Mendoza* (Mendoza: Tipografía “La Tarde”, 1916), p. 22 (en adelante C.M. 1916).

53. C.M. 1916, pp. 68-69.

trol judicial difuso de constitucionalidad como garantía del sistema republicano.

El control judicial de constitucionalidad se fue arraigando en la mente de los juristas y políticos mendocinos a partir de 1870. Así, durante más de dos décadas, encontramos distintos proyectos de Constitución, en los que invariablemente aparecía en su articulado expresamente establecido el control judicial de constitucionalidad, al que veían como garantía de la división de poderes y de los ciudadanos frente a los gobernantes. Este movimiento tuvo su consagración definitiva en la Constitución de 1894, en la que por primera vez en los artículos 49 y 154 inciso 3° se establecía finalmente el control judicial de constitucionalidad. A partir de allí no hubo constitución mendocina que no lo estableciera [Constituciones de 1900, 1910, 1916, e incluso la derogada de 1949].

Bibliografía

- Amaya, Jorge A., *Control de Constitucionalidad* (Buenos Aires: Astrea, 2015).
- Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I (Buenos Aires: EDIAR, 1995).
- Egües, Carlos A., *Historia Constitucional de Mendoza* (Mendoza: EDIUNC, 2008).
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011).
- Highton, Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coordinadores), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo I (México, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010).
- Seghesso de López, M. Cristina, *El jurista Manuel Antonio Sáez (1834-1887). Voz crítica y pensamiento socio-jurídico de su tiempo* (Mendoza: EDIUNC, 2007).
- Seghesso de López Aragón, M. Cristina, *Historia Constitucional de Mendoza* (Mendoza: IADECYP, 1997).
- Ylarri, Juan Santiago, “El control judicial de constitucionalidad en Argentina”, *Revista Derecho Público Iberoamericano* 15 (2019), pp. 45-86.

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

LA JUSTICIA PENAL EN LA EXPEDICIÓN DE MAGALLANES (1520)

CARLOS GABRIEL ROCCA MONES RUIZ*

1. Introducción e hipótesis

En 2020 se cumplieron 500 años de la llegada de la expedición Magallanes-Elcano al Río de la Plata, de la celebración de la primera misa y del objeto de este trabajo, la primera aplicación del Derecho Penal Indiano en el actual territorio argentino, entre los días 2 y 7 de abril de 1520.

Nuestra hipótesis: Magallanes, en su calidad de capitán general y justicia mayor, ¿obró conforme a derecho? ¿Obró con justicia, según los valores de la época y del Rey que le había delegado su autoridad?

Nos planteamos si la aplicación de las sentencias impuestas por el capitán general de la expedición don Hernando de Magallanes fueron conforme a la ley, se ajustaron a derecho, y si es moralmente reprochable su conducta. Para ello, analizaremos los hechos que motivaron dichas sentencias.

La metodología será de la dogmática jurídica, con valoración de testimonios, como en la administración de justicia del crimen, para determinar si las sentencias fueron aplicadas conforme al derecho vigente, y averiguar las razones del conflicto y los móviles de las conductas tipificadas como delictivas.

* Profesor adjunto de Historia del Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina. Docente de Historia del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Jefe de Redacción de Cruz del Sur, Revista de Humanidades.

2. Fuentes

Son seis las fuentes directas de testigos presenciales. La crónica de Francisco Antonio Pigafetta, tanto versiones impresas como digitales. El sistema de esta crónica se ordena en cuatro libros, sin subdivisión en capítulos. Su método es meramente cronológico, y la mención que hay en ella del objeto de este trabajo es muy escueta. Lo desarrolla en un solo párrafo a partir del título “Complot contra Magallanes” julio de 1520.

La del piloto Ginés de Mafra, en un volumen que contiene tres obras, editado en 1921. La que nos interesa es la segunda. Se encuentra ordenada en capítulos y su método también es cronológico, pero al contrario de Pigafetta, es muy rica en detalles sobre el motín en particular, pues le dedica cuatro de sus dieciocho capítulos¹.

El testimonio, ante autoridades portuguesas, de Martín de Ayamonte, grumete de la nao Victoria que huyó en la isla de Timor el 5 de febrero de 1522, junto con Bartolomé de Saldaña, hombre de armas. Es el “Auto de las preguntas que se hicieron a dos españoles que llegaron a la fortaleza de Malaca venidos de Timor en compañía de Álvaro Juzarte, capitán de un junco”. Fue descubierto y transcrito en Portugal en 1933 por el historiador portugués António Baião, y vuelto a transcribir por Neves Águas en una publicación francesa en 1986, aunque pese a lo indispensable que es, para la historiografía ha pasado inadvertido. Este relato, por provenir de un tripulante, y la cantidad y calidad de la información aportada, es de suma importancia².

El Documento, referido a veces como Manuscrito de Leiden, o Leyde y su original compuesto por Fernão de Oliveira (1507-1581) que fue en su compañía³. Este documento, también esencial, fue traducido al castellano por el ingeniero Tomás Mazón Serrano y publicado en la sección “Otras fuentes” de su portal “La Primera Vuelta al

1. De Mafra, Ginés, *Libro que trata del descubrimiento y principio del estrecho que se llama de Magallanes* (Madrid: Real Sociedad Geográfica, 1921), pp. 183-212.

2. <https://www.rutaelcano.com/martin-ayamonte> (consultado el 10 de septiembre de 2019).

3. https://3d34c7df-4aea-4cd8-8436-9739d0131801.filesusr.com/ugd/9a00c3_3e706ea3c3f7422590636ec848ecba2e.pdf.

Mundo. Expedición de Magallanes y Elcano”⁴. Estas dos –tercera y cuarta– se las debemos a él.

La información que mandó tomar Magallanes en San Julián el 26 de abril de 1520 sobre el atentado cometido por Gaspar de Quesada, capitán de la nao Concepción. La tomamos de Martín Fernández Navarrete⁵, y también transcrita por Cristóbal Bernal Chacón en la página web “La Primera Vuelta al Mundo”. En esta información testimonian varios de los tripulantes que presenciaron los hechos.

Entre los testimonios, están los interrogatorios que Sancho Díaz de Leguizamo, alcalde de Casa y Corte, tomó por separado en Valladolid, el 18 de octubre de 1522, a Juan Sebastián de Elcano, capitán; Francisco Albo, piloto; y Fernando Bustamante, barbero y curandero de la nao “Vitoria”; tras su regreso. Su transcripción también fue realizada por Cristóbal Bernal⁶, y el escaneo de su original verse en el Archivo General de Indias en Sevilla⁷.

Las crónicas oficiales de Pedro Mártir de Anglería⁸, Gonzalo Fernández de Oviedo⁹, Francisco López de Gómara¹⁰ y Antonio Herrera y Tordesillas¹¹, de valor histórico pero no jurídico, porque no son testigos presenciales sino cronistas a los cuales les han llegado estas noticias a través de terceros y, en algunos casos, luego de transcurrido un largo tiempo.

4. <https://www.rutaelcano.com/bibliografia-otra>.

5. Fernández Navarrete, Martín, *Colección de Viajes y Descubrimientos que hicieron por Mar los Españoles desde fines del siglo XV (Tomo IV expediciones al Maluco: viage de Magallanes y de Elcano)* –en adelante CVDME– (Madrid, 1837), pp. 189-200.

6. <https://www.rutaelcano.com/bibliografia-otra>: Código de Referencia ES.41091.AGI/28.2.24.1//PATRONATO.34.R.19.

7. <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/show/122228?nm>

8. Mártir de Anglería, Pedro, *Décadas del Nuevo Mundo (Década Quinta, Libro VII “De la vuelta al mundo”)* (Buenos Aires, 1944), pp. 425-442.

9. Fernández de Oviedo, Gonzalo, *Historia General y Natural de las Indias (2ª parte, tomo 1º, libro XX, capítulos I-XIV)* (Real Academia de la Historia, Madrid, 1852, volumen 2), pp. 7-58.

10. López de Gómara, Francisco, *Historia General de las Indias (Capítulos XCI-XCIX)* (Calpe, Madrid, 1922, Tomo I), pp. 213-238.

11. Herrera y Tordesillas, Antonio, *Historia general de los hechos de los castellanos en las Islas y Tierra Firme del Mar Océano, en 8 décadas (Década 2ª, libro 2º, capítulos 19-20; libro 4º, capítulos 9-10; libro 9º, capítulos 10-15; Década 3ª, libro 1º, capítulos 3-11)* (Madrid, 1730).

Entre las fuentes indirectas la Colección de Viajes y Descubrimientos de Martín Fernández Navarrete que ha echado mano a la obra de Antonio Herrera y Tordesillas, enriqueciendo la suya propia con documentos inéditos¹². Las de José Toribio Medina, y el padre Pablo Pastells S.J., también consisten en la publicación de documentos que, en su mayoría, se hallan en el Archivo General de Indias. El archivero de Indias, R.P. Pablo Pastells, S.J., trata sobre el motín en el capítulo IV “La tragedia de San Julián” de su obra “El descubrimiento...”¹³ y recomienda, para apreciar la verdad de estos tristes acontecimientos, consultar los documentos dados a la luz en junio de 1920 por el Archivo General de Indias de Sevilla, del que fue director¹⁴.

Del testimonio del contador Juan López de Recalde surge que desde el 8 de agosto de 1520 se comenzó a tomarles declaración, con dos escribanos, a los cincuenta y cinco marinos que llegaron en la nao San Antonio y en tres días apenas lo habían hecho con veintiuno. Con cada uno de ellos demoraba medio día, pues sus declaraciones comenzaban el 10 de agosto de 1519 en que partieron de San Lúcar de Barrameda hasta el día 6 de agosto de 1520 en que regresaron al puerto de Las Muelas, en Sevilla. Dicha información se sacó con toda brevedad posible “para enviarla en limpio a la Corte, para que vista por su Majestad mande proveer lo que más fuere para su servicio”. Esta masa documental hasta el presente no ha sido hallada en el Archivo General de Indias, aunque no descartamos que pueda hallarse en el Archivo de Simancas, la Real Chancillería de Valladolid o en algún otro archivo del reino.

3. Los actores procesales

Esta armada estaba compuesta por cinco naves, la San Antonio de 120 toneles (144 toneladas), la Trinidad de 110 toneles (130 to-

12. Fernández Navarrete, Martín, CVDME (tomo 4°).

13. Rev. Padre Pastells, Pablo. S.J. *El descubrimiento del Estrecho de Magallanes* (Biblioteca de Historia Hispano-americana, Madrid, 1920, Tomo I), pp. 69-73.

14. “Información hecha por mandato de Hernando de Magallanes para averiguar lo ocurrido en la nao San Antonio” Documento N° 90, Colección General de Documentos relativos a las Islas Filipinas existentes en el Archivo de Indias de Sevilla (tomo III, 1519-1522) (Compañía General de Tabacos de Filipinas, Barcelona, 1920), pp. 78-94. También en Fernández Navarrete, CVDME (Tomo 4°, Documento XX), pp. 189-199.

neladas), la Concepción de 90 toneles (108 toneladas), la Victoria de 80 toneles (96 toneladas) y la Santiago de 60 toneles (96 toneladas) y zarpó de Sanlúcar de Barrameda el 10 de agosto de 1519. Las únicas que regresaron fueron la San Antonio, el 6 de mayo de 1521 con 55 hombres, y la Trinidad el 6 de septiembre de 1522 con 18 tripulantes.

De la nao Trinidad, Hernando de Magallanes, capitán de su nave y general de la flota, adelantado, gobernador y justicia mayor; Esteban Gomes, piloto real; León de Espeleta, escribano; Gonzalo Gómez de Espinosa, alguacil; Francisco Antonio Pigafetta, cronista que embarcó como criado del capitán general; Ginés de Mafra, marino, de Jerez, marido de Catalina Martín, vecinos de Palos, que a lo largo del derrotero se convirtió en piloto y luego fue el autor de una de las crónicas fundamentales del viaje. De la nao San Antonio, Juan de Cartagena, capitán, caballero de Burgos¹⁵; Juan Rodríguez de Mafra y Andrés de San Martín, pilotos; Juan de Elorriaga, maestre, vizcaíno de Guipúzcoa y vecino de Sevilla; Gerónimo Guerra, escribano. De la nao Victoria: Luis de Mendoza, capitán; Martín Méndez, escribano; Antonio Salomón, maestre; Antonio Genovés, grumete que se echó al mar y desapareció; Martín de Ayamonte, grumete, hijo de Diego Lora y Marina Lora, vecinos de Ayamonte que entró en lugar de Esteban de Jeréz, quien se ausentó. Huyó en las Islas Molucas y brindó su declaración testimonial en la información labrada en sede jurisdiccional de Portugal. De la nao Concepción: Gaspar de Quesada, capitán; Sancho de Heredia, escribano; Luis del Molino, criado del capitán. De la nao Santiago: Juan Rodríguez Serrano, capitán, Gerónimo Guerra, escribano.

Según el listado de tripulantes, no había ningún letrado, pero sí un escribano en cada barco, muy probablemente idóneos en práctica jurídica: Martín Méndez de la nao Victoria y Sancho de Heredia de la Concepción, eran escribanos reales; Gerónimo Guerra de la nao San Antonio, León de Espeleta de la nao Trinidad, Antonio da Costa de la nao Santiago. Martín Méndez fue uno de los 13 hombres de la nao Victoria apresados en Cabo Verde por los portugueses cuando estaban finalizando la circunnavegación, y que volvieron a España unas semanas después. Participó en la expedición de Sebastián Caboto a las Molucas en 1526, pero tras una

15. Conocemos este dato por la declaración de Martín de Ayamonte, ante las autoridades judiciales portuguesas.

fuerte disputa con él fue abandonado en una isla de costa de Brasil junto a Miguel de Rodas, y ambos morirán intentando escapar. Sancho de Heredia y León de Espeleta fueron muertos por los indios el 1º de mayo de 1521 en la emboscada de Cebú. Gerónimo Guerra regresó en la nao San Antonio que desertó al mando de Esteban Gomes. Antonio o Alfonso da Costa estuvo en el intento de tornaviaje de la Trinidad por el océano Pacífico hasta México, pero fue apresado por los portugueses al regresar a las Islas Molucas y no se supo más nada de él¹⁶.

4. Valoración de los testimonios

Juan Sebastián del Cano, declara ante las autoridades de la Corte en Valladolid, el 18 de octubre de 1522:

“Que esto fue [empezó] en la costa de Guinea, sobre la prisión de un maestro que habían prendido allí por sodomítico y prendió luego el mismo día Magallanes al dicho Juan de Cartagena por ello y le privó de la capitanía y veeduría, y quiso echar desterrado en la costa de Brasil y por el ruego de los otros capitanes no le echó entonces y dióle preso a Gaspar de Quesada sobre su pleito homenaje para que le tuviese preso. De la nao (San Antonio) donde era capitán Juan de Cartagena, hizo capitán a Alvaro de Mezquita, su primo, y que después echó a Juan de Cartagena y a un clérigo en tierra de los patagones”.

Y esta, según Juan Sebastián del Cano, fue la causa que produjo el quiebre definitivo de la relación de Juan de Cartagena con el capitán general de la armada.

Sobre el “Documento de Leiden, compuesto por Fernão Oliveira”, tenemos algunas reservas: su autor no aporta el nombre del informante, por lo cual, tratándose de un anónimo, carece de valor probatorio.

Pero lo tomamos como indicio, pues nos brinda datos que no surgen de ningún otro testimonio:

“Desde las Canarias partieron la vuelta del cabo de San Agustín, que es una tierra de Brasil [...], y en la costa de Guinea anduvieron

16. Todos estos datos surgen de las fuentes directas, procesadas por el ingeniero Tomás Mazón Serrano en su portal Primera Vuelta al Mundo: <https://www.rutaelcano.com/tripulacion>.

un mes con calmas, y después otro mes con tempestades, lo que enfadó a Juan de Cartagena, capitán de la San Antonio, como hombre poco experimentado en el mar, no sufriendo bien sus enfados. Por cuanto era veedor de la hacienda y capitán en segundo de esta armada por orden del rey, se fue en su esquife hasta la nao Buena Ventura (Trinidad), donde estaba el capitán Fernando de Magallanes y, con furia e insolencia, le dijo al dicho capitán que había engañado al rey su señor, y que no sabía por dónde ir y que les conducía a todos a perderse sin propósito, por lo que le pidió que le dijera el camino que llevaba señalado y, si no, le haría prender. El capitán general le respondió que no tenía que darle cuenta a él de su camino, que se recogiera en su navío y que siguiera su farol, si no le haría prender y castigar como rebelde. Juan de Cartagena dijo entonces a varios hombres que llevaba consigo para eso que arrestaran al capitán, que se defendió ayudado por los de la nao, y prendieron a Juan de Cartagena. Permaneció unos días preso y fue por capitán de su nao Antonio de Sousa [Coca], contador de la armada, mas pasados algunos pocos días rogaron al capitán general los otros capitanes y personas honradas de la armada que soltase a Juan de Cartagena, y él lo soltó y restituyó en su cargo y capitanía”.

Sin embargo, Fernão Oliveira, del caso de Antonio Salomón, no dice nada. El marino Francisco Albo, que se recibió de piloto durante el viaje y cobró celebridad histórica a través de su Diario de Navegación, coincidente con el anterior, declaró:

“que el dicho Juan de Cartagena dijo al dicho Fernando de Magallanes, yendo por la mar de Canarias que le diesen la ruta para donde iban, y Fernando de Magallanes le respondió que no se curase [cuidase] de aquello. Y sobre esto estaban diferentes entre ellos, y que después el dicho Magallanes hizo prender al dicho Juan de Cartagena. Que por esta misma causa tenían los capitanes diferencia con el dicho Magallanes”.

Y Fernando de Bustamante: “dijo que no la sabe, porque al tiempo que pasó no estaba este testigo con ellos, pero que oyó decir que el dicho Magallanes y Cartagena habían habido [tenido] palabras sobre las derrotas y sobre que el Cartagena había dicho al Magallanes si los llevaba a vender a tierra de moros”.

Es decir que, además del ajusticiamiento de Antonio Salomón, el maestre de la nao Victoria, capitaneada por Luis Mendoza, contaríamos con otro antecedente que generó una fricción entre el capitán general Magallanes, con su persona conjunta, Juan de Cartagena, ca-

pitán de la San Antonio, y los otros dos capitanes, Luis de Mendoza y Gaspar de Quesada, que apoyaban a Cartagena.

El más célebre de los cronistas, Antonio Pigafetta es muy escueto sobre este hecho. Solo dice:

“Habíamos apenas fondeado en este puerto cuando los capitanes de las otras cuatro naves formaron un complot para matar al comandante en jefe. Estos traidores eran Juan de Cartagena, veedor de la escuadra; Luis de Mendoza, tesorero; Antonio Çoça (Sosa), contador, y Gaspar de Quesada. El complot fue descubierto: se descuartizó al primero y el segundo fue apuñalado. Se perdonó a Gaspar de Quesada, quien algunos días después meditó una nueva traición. Entonces el comandante, que no osaba quitarle la vida porque había sido creado capitán por el Emperador en persona, lo arrojó de la escuadra y lo abandonó en la tierra de los patagones con cierto sacerdote su cómplice”¹⁷.

Por el contrario, Ginés de Mafra dedica cuatro capítulos a este hecho¹⁸ y es el testimonio más minucioso y, tal vez, el menos interesado y más imparcial, pues se trata de una memoria personal y no tiene intención de mejorar su posición ante una autoridad política o judicial, como podría pensarse de Sebastián del Cano, que había tomado un papel activo en la rebelión, o de favorecer a una de las partes, como el mismo Pigafetta, que figura como criado de Magallanes en la lista de embarcados.

17. En la edición Calpe, Madrid, 1922, p. 60, se señala en la nota (1) “Vehador o veador, en antiguo portugués, significaba el administrador de un conjunto de hombres; en español se le llama veedor, de la palabra veer, que significa ver o inspeccionar”. Algunos escritores han pretendido demostrar que Juan de Cartagena era obispo; pero Pigafetta no hubiera olvidado el mencionar esta circunstancia, y Magallanes no le hubiera castigado tan cruelmente si hubiese ostentado esta dignidad. En la nota (2) se señala que este clérigo era Pedro Sánchez Reina, y en la nota se señala (3): Cuando [Esteban] Gómez, mandando el navío San Antonio, después de haber abandonado a Magallanes en el estrecho, pasó de nuevo por el puerto de San Julián, recogió a los dos a bordo y los llevó otra vez a España. En la 4ª edición de la Colección Austral, N° 207 (Espasa-Calpe Argentina, S.A. Buenos Aires, 1954), pp. 49-50, al final de este párrafo se ha agregado la siguiente nota entre corchetes: [cuando la San Antonio, pilotada por Esteban Gómez, desertó de la expedición, volvió a pasar por San Julián, recogiénolos para traerlos a España]. Este hecho no está probado, pues estos desterrados no figuran en el listado de tripulantes llegados en esta nave.

18. Entre las pp. 185-186.

5. Las sentencias

El motín en Bahía de San Julián no fue el primer hecho delictivo del viaje, ni el primero en ser juzgado. El 3 de octubre de 1519 pasaron por las islas de Cabo Verde, y costeando Guinea, fueron al Brasil. En estas costas de África, Antón Salomón, maestre de la nao Victoria, vecino de la ciudad de Trapani, en el Reino de Sicilia, y marido de Juana, hija de Antonio Ferrer, fue procesado, juzgado, sentenciado y condenado “por someteco”¹⁹. Hallado culpable del delito de sodomía, sentenciado y condenado a la pena de muerte²⁰. Según Juan Sebastián Elcano, esta condena fue la causa de la primera discordia grave entre Magallanes y Cartagena. La armada llegó a una bahía en la costa del Brasil, el 13 de diciembre, motivo por el cual fue llamado Puerto de Santa Lucía²¹. La sentencia fue allí ejecutada el martes 20 de diciembre de 1519²².

El domingo de Ramos, 1º de abril de 1520 en horas de la noche, fondeadas las naves en el puerto de San Julián, en la costa patagónica, se produce el motín.

El capitán general Hernando de Magallanes ordenó recuperar la nave Victoria, de la que se había apoderado Luis de Mendoza, capitán y tesorero de la armada, quien fue muerto durante el golpe de mano. Al día siguiente ordenó la pena post-mortem de descuartizamiento del ejecutado y se detuvo algunos días en investigar el delito.

19. En el *Diccionario de la Lengua Castellana, tomo sexto* (Madrid: Imprenta de la Real Academia Española, año de 1739), p. 149, no hemos hallado el término “someteco”, pero sí: SOMETICO, CA. adj. Lo mismo que Sodomita. Traheho Covarr[ubias] en su Thesóro; pero tiene poco uso, y es del estilo bajo. Suele decirse sodomítico.

20. R.P. Pastells, Pablo, “El descubrimiento del estrecho de Magallanes”, Apéndice: Documento N° 3, “Relación de sueldos abonados a la tripulación”, p. 218. Archivo General de Indias, 1519, legajo 41-6-25. Documento N° 5 “Relación de todas las personas que fallecieron en la expedición”, p. 231 y Medina, tomo I, p. 171.

21. La mayoría de las fuentes señala esta bahía como la actual Río de Janeiro. Sin embargo, el Ingeniero Tomás Mazón Serrano lo duda y considera que es la bahía de Sepetiba, ver conferencia pronunciada en Museo San Telmo, San Sebastián, 3 de septiembre de 2019 (minuto 16:42): <https://www.youtube.com/watch?v=5JeHicQ-5T4&t=35s>. Martín de Ayamonte dice en su declaración: “ahora se llama Bahía de Santos”.

22. R.P. Pastells, Pablo, “El descubrimiento del estrecho de Magallanes” (Volumen I, capítulo III, Hacia el estrecho) (Madrid, 1920), p. 65 (Apéndice Documento N° 5, Patronato de Simancas, 1522-1529 legajo 1-2-1/I), p. 231.

El sábado 7 de abril de 1520, Hernando de Magallanes dictó sentencia contra Gaspar de Quesada, capitán de la nao Concepción. En su veredicto sentenció a Gaspar de Quesada y a un criado suyo, a la pena de muerte. Se ejecutó en el mismo puerto de San Julián, en la costa patagónica, con aplicación de la pena de descuartizamiento post-mortem por el delito de traición al rey, en su modalidad de motín. Porque no había verdugo, aceptó por salvar su vida Luis del Molino, el criado, de serlo de su amo, y con sus manos lo ahogó y descuartizó²³.

Días después, el sábado 11 de agosto de 1520, el capitán general Hernando de Magallanes dictó sentencia contra Juan de Cartagena y contra Pedro Sánchez (Reina), clérigo (a este último por haberlo amenazado con el “fuego del infierno”), les aplicó la pena de destierro, dejándolos abandonados en aquella tierra, en el islote que lleva el nombre de “Isla de la Justicia” hasta el día de hoy. Sobre los motivos del destierro del sacerdote, afirma Medina: “Tripulantes de la San Antonio [la nave que desertó desde el estrecho] contaron a su llegada a España, según el extracto que de sus deposiciones asienta en su carta al Obispo de Burgos el contador Antonio López de Recalde, que el castigo de Calmette fué «porque diz que dijo que no tenían mantenimientos para seguir el viaje, e no le quiso decir las cosas que las gentes en confesión le decían». Añadían aún, que su abandono en tierra había sido precedido «de otros tantos tratos de cuerda» como los que hizo dar al piloto Andrés de San Martín. Navarrete observa que «no es creíble que Magallanes, después de haber dado tantas pruebas de religiosidad antes de salir con su expedición, intentase obligar a un sacerdote a que le descubriese y revelase los secretos de la confesión de sus súbditos». Observación no menos aplicable a los «tratos de cuerda», o sea, azotes que le hiciera dar²⁴. En lo que estarían, sin duda, en la verdad, era de que se le castigase por afirmar que, de seguir adelante, iban a faltarles mantenimientos,

23. Algunas fuentes como Pigafetta indican “un criado” sin especificar quien, pero el contador Recalde en su carta al obispo de Burgos, y Padre Pastells, en el tomo 1, p. 73, segundo párrafo, lo indican.

24. Martín Fernández Navarrete, CVDME, tomo IV (Apéndice, documento XX, “Carta del contador Juan López de Recalde al obispo de Burgos dándole cuenta de la llegada al puerto de las Muelas de la nao San Antonio una de las que componían la Armada de Magallanes; de la cual se separó en el Estrecho”), p. 201. El “trato de cuerdas” no era el castigo de azotes que creyó entender José Toribio Medina, sino el tormento judicial, como medida procesal para hacer confesar al reo, que consiste en el estiramiento de los cuatro miembros, mediante sendos cabos.

hecho acerca del cual se había mandado expresamente por Magallanes, y nada menos que so pena de muerte, que nadie hablase. Por lo demás, no hay que olvidar que quienes señalaban de tales hechos a Magallanes, aún sin ser sus enemigos, tenían interés en justificar su desertión para paliar el castigo del que en verdad se habían hecho acreedores. Por otra parte, Medina afirma –sin poder explicar por qué– que Calmette y Sánchez de Reina son una sola y misma persona, que españolizó su apellido después de ingresar en la armada²⁵.

Según Antonio de Herrera, aunque halló a más de cuarenta hombres involucrados y como coautores o partícipes, que eran susceptibles de ser condenados a la pena muerte, los perdonó por necesitarlos para servicio de la armada, y porque no le pareció que convenía mostrarse riguroso y hacerse malquisto con el excesivo castigo. Al parecer, esta indulgencia no fue *motu proprio*, sino que tuvo que ser “persuadido” de ello. En efecto, Ginés de Mafra, a quien no puede sospecharse de simpatizar con los amotinados ni de mala predisposición con el capitán general, dice que Magallanes había ordenado “ahorcar a cuarenta hombres de los más honrados y amigos de los capitanes muertos, y entre ellos a un hidalgo que después tuvo el mismo cargo que el Magallanes (se refiere obviamente a Juan Sebastián del Cano). Esta crueldad no consintió la demás gente de la armada yéndole a la mano al Magallanes, el cual viendo que no podía salir con su intención, mudó consejo y conmutó la pena en otra menor”²⁶.

Días más tarde un clérigo francés que (según Pigafetta y otros se llamaba Luis Sánchez de Reina) iba en la nao San Antonio, procuró de amotinar la gente y no hallando nadie que le acudiese, fue descubierto, detenido y sentenciado al destierro en aquella tierra, con Juan de Cartagena.

Consideramos que Hernando de Magallanes aplicó la sentencia legal, conforme las Siete Partidas, un ordenamiento de origen medieval, en tanto que Juan de Cartagena, par y “conjunta persona” de Magallanes, debía ser consultado y no estuvo de acuerdo con esta sentencia. Nuestra hipótesis es que por su proximidad –familiar– del obispo de Burgos, Juan de Fonseca, debe haber observado sobre este

25. Medina, José Toribio, *El descubrimiento del Océano Pacífico: Hernando de Magallanes y sus compañeros*, Tomo I, p. 363, nota 2.

26. De Mafra, Ginés, *Libro que trata del descubrimiento y principio del estrecho que se llama de Magallanes* (Editado por la Real Sociedad Geográfica, Madrid, 1921), p. 190.

hecho una visión más piadosa y propia de la modernidad, sumado al cargo jerárquico que ostentaba Salomón –maestre de la Victoria– y no se podían dar el lujo de desperdiciar. Por otra parte, dado que Salomón gozaba de una posición de poder y nadie fue acusado, procesado ni juzgado como “consentidor”, esto es sodomita pasivo, la rigurosidad de la sentencia podría considerarse se haya tratado de un hecho de abuso.

Sin embargo, encontrándose ya la flota en la costa patagónica, el viernes 27 de abril de 1520, Antonio Genovés, grumete de la nao Victoria se echó al mar y desapareció. Apareció ahogado el lunes 21 de mayo siguiente²⁷. Todo parece indicar que fue un suicidio, y el móvil fue, al parecer, el hecho de que se le formó pesquisa (la instrucción de una causa penal). En efecto, pesaba sobre él la acusación de “somético” [sodomita], que un mozo le había levantado en el puerto de San Julián. Ante la posibilidad de ser condenado y, en consecuencia, ejecutado con deshonor, no se atrevió a afrontar las consecuencias de ser hallado culpable. No puede afirmarse o negarse que este caso se relacione con el anterior o se trate de uno distinto, pero conviene recordar que el imputado y ejecutado Antonio Salomón, era maestre en la misma nave.

6. Significado jurídico, aspectos procesales y judiciales

El delito de sodomía estaba tipificado en la Partida 7^a, título XXI “De los que fazen pecado de luxuria contranatura”. En la ley 1 se establece de dónde proviene el nombre de sodomía, en la ley 2 se establece la pena de muerte, siendo punibles tanto el autor activo (fazedor) como el pasivo (consentidor), a excepción del menor de 14 años, o quien hubiera sido forzado. En la ley 3 se establece que cualesquier miembro del pueblo puede acusar²⁸.

27. Relación de tripulantes de la Armada enviada al descubrimiento de la Especiería fallecidos, desertores o dejados en las Molucas. Signatura: Patronato, 34, R.11, número de orden 6°. https://sevilla.2019-2022.org/wp-content/uploads/2016/03/4.ICSevilla2019_Declaracion-de-fallecidos-en-el-viaje-s14.pdf. El original en el Archivo General de Indias, Sevilla: <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/description/122220>.

28. *Las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio*. Partida Séptima, título XXI (Salamanca, 1576) (Edición Benito Monfort, Valencia, 1767), pp. 178-179 (Barcelona, 1844), pp. 329-331.

El Fuero Real en el Libro IV, Título IX “De los que dejan la orden (religiosa) y de los sodomitas”, en la ley I se ocupa de los primeros, en tanto que en la II condena a estos últimos: “... mandamos que cualesquier que sean que tal pecado fagan, que luego que fuer sabido, que am[b]os [a dos] sean castrados ante todo el pueblo, e después al tercer día que sean colgados por las piernas fasta que mueran, e nunca donde sean tollidos”²⁹.

En las Ordenanzas Reales de Castilla, Tomo 3, Libro VIII, Título XIX, se reproduce la Bula del Papa Pío V, Pontífice máximo, que prohíbe la blasfemia, la sodomía, los concubinarios, deambulantes por iglesias pobres, etcétera³⁰.

En el Espéculo, se menciona a la “trayción” en el Libro Tercero, título V “Del acaudillar huestes”, ley X “Que pena debe tener quien matase, o hiriese o deshonorase a su caudillo”³¹. En el Libro Cuarto título II “de los Alcaldes” Ley XII “Quales pleitos deben librar los adelantados”³².

Sobre la traición, en la Séptima Partida, título II de las trayciones³³, se la define por ser “... uno de los mayores yerros y de nuestos en que los hombres pueden caer... quier se hagan por obras, quier se digan por palabras”. Ley I, qué cosa es traición, y de donde tomó este nombre, y cuántas maneras son de ella. Entendemos que el motín de la expedición habría encuadrado en la séptima manera de traición: “La setena es, si alguno hiciese bullicio, o levantamiento en el Reyno, haciendo juras, o cofradías de Caballeros, o de Villas, contra el Rey, de que naciese daño a él, o a la tierra”.

En el título XXXI³⁴ de las penas, la ley 4^a establece como primera, la de muerte, la ley 5^a establece quién puede dar penas a quienes las merecen. El destierro no podía darlo otro que el rey o

29. *Opúsculos legales del rey don Alfonso el Sabio, publicados y cotejados con varios códices antiguos por la real academia de la historia* (Tomo 2, Edición de Madrid, en la Imprenta Real, 1836), p. 134.

30. *Ordenanzas Reales de Castilla* (Tomo 3, Edición de Madrid, 1780), p. 372.

31. *Opúsculos legales*, tomo 1 (Libro Tercero, Imprenta Real Madrid, 1836), p. 105.

32. *Opúsculos legales*, tomo 1 (Libro Cuarto, Imprenta Real Madrid, 1836), p. 138.

33. *Las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio*. Partida Séptima (Salamanca, 1576). (Benito Monfort, Valencia, 1767), pp. 36-39 (Barcelona, 1844), pp. 72-75.

34. *Las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio*. Partida Séptima (Edición Benito Monfort, 1767), p. 225 (Barcelona, 1843), p. 406.

alguien como Adelantado general por él señaladamente en toda su tierra, designado especialmente por él. En la ley 6ª se establecen las penas prohibidas y entre ellas está la de crucifixión. Cabe aclararlo, puesto que en “La Conquista del Mundo, Fernando de Magallanes” del canal RTVE Documentales se muestra, en la dramatización animada, a un crucificado en San Julián³⁵. Esto es a todas luces falso. Y no solo porque la ley lo prohibía expresamente, sino porque ni siquiera las crónicas que relatan este hecho consignan que se haya ejecutado de esa forma.

En el Ordenamiento de Alcalá de Henares, la Ley 5ª reproduce la traición. Pero la séptima modalidad descrita en la figura de traición en la Séptima partida es la octava en este ordenamiento: “La octava es, si alguno ficiere bollicio levantamiento del Reyno haciendo juras, o cofradías de cavalleros, o de Villas contra el Rey de que naciese daño al Rey, o al Reyno”. En efecto, en este ordenamiento se introduce como sexta modalidad una nueva conducta que en el original de la Séptima Partida no figura³⁶.

En las Ordenanzas Reales de Castilla, Tomo 3, Libro VIII, Título VII, Ley 1 se reproduce la norma del Ordenamiento de Alcalá de Henares, que pena la traición³⁷.

Sobre la pena post-mortem del descuartizamiento, Abelardo Levaggi en cita a Constancio Bernaldo de Quirós³⁸ dice tiene orígenes muy turbios en el Derecho español y que sería una práctica germana reaparecida en España en la segunda mitad del siglo XVI, probablemente por influjo de la *Constitutio criminalia carolina* dada por el Emperador a Alemania, pero asimismo presente a consecuencia de la unión de las dos Coronas, el 6 de octubre de 1520. En realidad, el caso que nos ocupa es de la primera mitad y anterior a la entronización del rey de España como emperador de Alemania.

35. RTVE Documentales <https://www.youtube.com/watch?v=ZeO2NgluEII> minuto 29:13-24.

36. *Ordenamiento de Alcalá de Henares* (Imprenta de Joachin Ibarra, Madrid, 1774), pp. 92-93.

37. *Ordenanzas Reales de Castilla*, Tomo 3 (Madrid, 1779), pp. 202-204.

38. Levaggi, Abelardo. *Las penas de muerte y aflicción en el Derecho Indiano rioplatense (Primera Parte)*. *Revista de Historia del Derecho* 3 (Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1976), p. 141. En la nota 113 cita a *La picota en América (Contribución al estudio del Derecho penal indiano)* (La Habana, 1948).

La *Constitutio criminalis carolina* habría tenido influencia del Espejo de Sajonia de 1225, que no es otra cosa que la recopilación escrita de costumbres del derecho germánico, de las cuales probablemente provenga la acción de hacer cuartos al cuerpo del condenado a muerte por traición.

Dice Bernd Marquard que se considera una cierta influencia del único código penal elaborado del Medioevo europeo, la Partida Séptima de Castilla del siglo XIII, con 363 artículos, “que habla de todas las acusaciones y malfetrías que los hombres hacen por las que merecen recibir pena” y que alcanzó, en el siglo XVI, su cénit de autoridad, pues tanto la sucesión de los Habsburgo alemanes en Castilla a partir de 1516 como los consejeros castellanos de Carlos V y varias similitudes en las lógicas penales y procesales sostienen esta hipótesis, aunque faltan todavía investigaciones detalladas al respecto³⁹.

Un buque es la prolongación del territorio cuya bandera enarbola y más en una expedición militar y oficial, donde no hay otra instancia de apelación que el capitán y su capitán general o almirante en una flota.

En las Siete Partidas⁴⁰, título XXXI de las penas, ley 4^a se establece como primera, la de muerte. La ley 5^a establece quién puede dar penas a quienes las merecen. El destierro no podía darlo otro que el rey o alguien como Adelantado general por él señaladamente en toda su tierra, designado especialmente por él, por lo cual el capitán general se encontraba plenamente facultado. En la ley 6^a se establecen las penas prohibidas y entre ellas está la de crucifixión. Cabe aclararlo, pues en una recreación fílmica que sea ha realizado así muestra la pena de uno de los amotinados de San Julián⁴¹. Esto es a todas luces falso. Y no solo porque la ley lo prohibía expresamente, sino porque ni siquiera las crónicas que relatan este hecho consignan ese hecho.

En la capitulación sobre el descubrimiento de la Contratación de la especería, firmada el 22 de marzo de 1518, entre el rey don Carlos, por un lado, y Hernando de Magallanes, por el otro, en su

39. Marquardt, Bernd. *El primer código penal sistemático de la modernidad temprana europea: la Constitutio Criminalis Carolina de 1532. Pensamiento Jurídico* 45 (ISSN 0122-1108, enero-julio, Bogotá, 2017), p. 23.

40. *Las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio* (Benito Monfort, Valencia 1767), p. 225 (Barcelona, 1843), p. 406.

41. <https://www.youtube.com/watch?v=m9fjctzU4U> minutos 29:13-15.

calidad de capitán general y adelantado, a cargo de la administración de justicia de la expedición, pues su socio y compañero Rui Falero, luego quedó fuera:

“... E acatando la voluntad con que vos habéis movido á entender en el dicho descubrimiento por nos servir,... hayáis é llevéis la veintena parte con el título de nuestros Adelantados é Gobernadores de las dichas tierras é islas, vosotros é vuestros hijos y herederos de juro para siempre jamás, con que quede para Nos é para los Reyes que después de Nos vinieren la suprema, é siendo vuestros hijos y herederos naturales de nuestros Reinos, casados en ellos, é conque la dicha Gobernación é título de Adelantados después de vuestros días quede en un hijo é heredero, é de ello vos mandaremos despachar vuestra carta é privilegios en forma”⁴².

Respecto a los cuerpos jurídicos probablemente deben haber llevado una edición de “Las Siete Partidas”, hecha en Sevilla en 1491 por los impresores Maynardo Ungut Alamano y Lançalao Polono, con glosas en castellano de Alonso Díaz de Montalvo. No pudo haber sido otra edición que la de 1501, pues la siguiente fue en 1528⁴³.

7. Algunas conclusiones

Los tripulantes no tenían verdadera noción de las identidades de la totalidad ni de la mayoría de los miembros de la expedición, solo conocían a sus compañeros más próximos.

Ginés de Mafra, por ejemplo, llama “Sebastián de Magallanes” a Hernando de Magallanes, confundiendo así su nombre de pila con el de Juan Sebastián del Cano, quien finalizara la expedición y lo sucediera en el mando, atribuyéndoselo al capitán general.

Antonio Pigafetta confunde, invirtiendo los roles, a Juan de Cartagena –capitán destituido de la nao San Antonio– con Gaspar de Quesada –capitán amotinado de la nao Concepción– y dice que el primero fue ejecutado y el segundo perdonado y luego desterrado,

42. Fernández Navarrete, Martín, CVDME (Tomo 4º, Documento Número III), pp. 116-121.

43. García Gallo, Alfonso, “El ‘Libro de las Leyes’ de Alfonso el Sabio (Del Espéculo a las Partidas)”, Anuario de Historia del Derecho Español XXI-XXII (Madrid, 1951-1952), pp. 347-528.

cuando en verdad fue al revés. Ginés de Mafra también parece equivocarse en el mismo sentido: pues indica a Juan de Cartagena como el luego ejecutado y descuartizado, en tanto que a Gaspar de Quesada como el desterrado con el sacerdote. Gaspar de Quesada fue ejecutado y descuartizado y Juan de Cartagena, desterrado. Lo cual es más verosímil, porque además del motín, Quesada fue autor del homicidio en grado de tentativa contra el maestre Juan de Elorriaga. En cambio, Juan de Cartagena se entregó sin resistencia alguna.

¿Qué produjo el quiebre entre Magallanes y sus capitanes? Según Juan Sebastián Caboto, había una desconfianza mutua por la nacionalidad. Esto es verosímil, puesto que Magallanes no perdía la oportunidad de reemplazar los capitanes que la corona le había asignado por sus parientes y connacionales. Según el piloto griego Francisco Albo: dijo que no sabe más de lo que tiene dicho de suyo. De lo tocante a esta pregunta más de que el dicho Álvaro de Mezquita y los otros portugueses aconsejaban al capitán Magallanes lo que había de hacer.

Una incógnita: ¿qué causa detuvo a Fernando de Magallanes tanto tiempo en los puertos que entraba, que estuvo en el uno ocho o nueve meses gastando los mantenimientos, y en el otro cuatro o cinco sin hacer ningún rescate ni provisión, y perdía el tiempo de la navegación?

En cuanto a nuestra hipótesis, el Capitán General Hernando de Magallanes obró conforme a la ley. En efecto, tenía jurisdicción para aplicar las penas, previstas en el ordenamiento vigente. Por otra parte, en una expedición naval de destino incierto, donde reinaba la desconfianza entre los altos mandos, en un clima enrarecido y más habiendo reincidencia, como en el caso de Juan de Cartagena, no tenía demasiado margen de maniobra para la clemencia, sea mediante el indulto o la imposibilidad de conceder apelación y enviar el caso a la corte. Hasta la acción contra Luis de Mendoza, puede llegar a comprenderse. Recordemos que en la Corte se interrogó al maestre y capitán Juan Sebastián El Cano, al piloto Francisco Albo y al barbero Fernando de Bustamante, conforme la segunda pregunta, por qué fue ejecutado directamente si podría haber sido aprehendido y si hubo una promesa de por medio. Y El Cano, muy preciso, respondió que al alguacil que cumplió la orden y la ejecución de Mendoza, entregó doce ducados, y a los otros seis ducados de la hacienda del occiso. Pero todavía nos cuestionamos si fue con justicia, porque si no ejecutó a todos los amotinados, que eran cerca de cuarenta, fue porque

tuvo una cerrada oposición de todas las tripulaciones, es decir, cerca de doscientos hombres⁴⁴. Situación imposible de sostener.

Es indudable que Magallanes era de una personalidad excepcional: muy versado y entendido en el arte de la navegación, con mucha experiencia. Era valiente y decidido, lo demostró en la acción de Cebú, donde llegó a la temeridad y terminó perdiendo la vida con muchos de sus tripulantes. Inclusive era un hombre religioso y piadoso según testimonios de los protagonistas. Pero también era de un carácter adusto, parco y poco flexible. Esa expedición le quedó demasiado grande, pero nos preguntamos ¿a quién no le habría quedado? Solo tenía confianza en su pequeño círculo de parientes y compatriotas y no supo ganarse la confianza y la simpatía de los altos mandos: Juan de Cartagena, Gaspar de Quesada y Luis de Mendoza, los capitanes del resto de las naves, que eran gente de confianza y respondían a los armadores de la expedición, gente que a su vez había confiado en él, entregándole su patrimonio y a las que Magallanes, por otra parte, les debía lealtad.

Es indudable que Magallanes tenía la certeza de la existencia del Estrecho, pero desconocía con exactitud su ubicación y por ello se negaba a dar explicación alguna, guardándose el secreto hasta su descubrimiento, temiendo que se lo pudieran apropiar. Dado que los otros capitanes no tenían su experiencia en navegación, como el caso de Juan de Cartagena, debía haberlos instruido y poner al tanto de sus planes, para ganarse su confianza. En vez de eso, hizo todo lo contrario, sumado a la desconfianza mutua, que alimentaba el mismo Magallanes, apoyándose exclusivamente en sus parientes y amigos de su nación de origen, pese a haberse naturalizado en el reino de Castilla.

Otro factor en el quiebre de la relación con sus capitanes fue la dureza con que procedió en el caso de Antonio Salomón, el maestre de la nave de Juan de Cartagena ajusticiado por sodomita, capitán con el que tuvo severas diferencias debido a este caso, aplicando la ley de Partidas, pero no las instituciones de clemencia, sin contemplarse el caso a la luz de una mentalidad más propia de la edad moderna que medieval.

Pero recordemos hallarnos a principios del siglo XVI y que no podemos juzgar esa mentalidad, lo cual sería antihistórico, no ya con la actual, sino ni siquiera con la de mediados y menos aún con la de

44. Ver nota 26, testimonio del marino Ginés de Mafra en “Libro que trata del descubrimiento y principio del estrecho que se llama de Magallanes”.

finés del mismo siglo, porque también lo sería, dado que los valores habían cambiado significativamente a lo largo de dicho siglo. Y tampoco ese cambio era simultáneo para todas las personas.

Nuestra conclusión final es que, no obstante todas sus virtudes, a Hernando de Magallanes le faltaron condiciones de líder, porque la lealtad no se impone, se gana.

Bibliografía

a) Fuentes directas:

Crónicas:

De Mafra, Ginés. *Libro que trata del descubrimiento y principio del estrecho que se llama de Magallanes* (Editado por la Real Sociedad Geográfica en el establecimiento tipográfico de Torrent y compañía calle de Válgame Dios, número 6, Madrid, 1921): <https://archive.org/details/AX072>.

De Anglería, Pedro Mártir. *Décadas del Nuevo Mundo* (Vertidas del latín al castellano por el Dr. D. Joaquín Torres Asensio quien diólas a las prensas como homenaje al cuarto centenario del Descubrimiento) (Colección de Fuentes para el Nuevo Mundo. Editorial Bajel, Buenos Aires, 1944).

Fernández de Oviedo, Gonzalo. *Historia General y Natural de las Indias* (2ª parte, tomo 1º, libro XX, capítulos I-XIV) (Madrid, Real Academia de la Historia, 1852), volumen 2, pp. 7-58: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc2f7m2>.

Herrera y Tordesillas, Antonio. *Historia general de los hechos de los castellanos en las Islas y Tierra Firme del Mar Océano en 8 décadas* (Madrid, 1730).

Década 2ª, libro 2º, capítulos 19-20; libro 4º, capítulos 9-10; libro 9º, capítulos 10-15: <https://archive.org/details/generaldehechosd01herr/page/60/mode/2up>.

Década 3ª, libro 1º, capítulos 3-11): <https://archive.org/details/generaldehechosd02herr/page/n3/mode/2up>.

López de Gómara, Francisco. *Historia General de las Indias* (Tomo I, Capítulos XCI-XCIX) (Calpe, Madrid, 1922): <https://archive.org/details/historigeneralde01prich/mode/2up>.

Pigafetta, Antonio. *Primer viaje en torno al globo*.

- Versión castellana de Federico Ruiz Morcuende. Colección viajes clásicos editados y anotados bajo la dirección de J. Dantín Cereceda, Calpe, Madrid, 1922.

- Colección Austral N° 207, Espasa-Calpe Argentina, S.A. 4ª edición, Buenos Aires, 30 de octubre de 1954.
- La crónica en vivo de la expedición Magallanes-Elcano 1519-1522. Edición de Benito Caetano para la Fundación Civiliter <http://www.civiliter.es>, Sevilla, España, 2012.

Documentales:

Fernández Navarrete, Martín. *Colección de Viajes y Descubrimientos que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XV* (Tomo IV expediciones al Maluco: viage de Magallanes y de Elcano) (Madrid, 1837): <https://books.google.com.ar/books?id=iplTAAAcAAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.

Medina, José Toribio. *El descubrimiento del Océano Pacífico: Hernando de Magallanes y sus compañeros* (Documentos. Tomo II) (Santiago de Chile, Imprenta Elzeviriana, 1920): <https://archive.org/details/el-descubrimiento00medi>.

Pastells, Rv. Padre Pablo, S.J. *El descubrimiento del Estrecho de Magallanes (en conmemoración del IV Centenario por el Rvdo. P. Pablo Pastells de la Compañía de Jesús con la colaboración del Rvdo. P. Constantino Bayle, Parte Primera, Tomo I)* (Biblioteca de Historia Hispano-americana, 2 vol. Madrid, 1920): <https://archive.org/details/eldescubrimiento00past>.

Colección General de Documentos relativos a las Islas Filipinas existentes en el Archivo de Indias de Sevilla (Publicada por la Compañía General de Tabacos de Filipinas, tomo III, 1519-1522). (Barcelona, 1920): <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000175741&page=1>.

“Auto de las preguntas que se hicieron a dos españoles que llegaron a la fortaleza de Malaca venidos de Timor en compañía de Álvaro Juzarte, capitán de un junco” Archivo Nacional de Torre do Tombo (Lisboa). Código de referencia: PT/TT/CC/2/101/87 En “La primera vuelta al Mundo. Ruta Elcano”: <https://www.rutaelcano.com/martin-ayamonte>.

Jurídicas y lingüísticas:

Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio (1265).

- Edición nuevamente glosada por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su Magestad, en casa de Domingo Portonaris Ursino, Salamanca, 1576.
- Edición por el Dr. Don Joseph Berni y Catalá, abogado de los Reales Consejos. En la Imprenta de Benito Monfort, Valencia, 1767.

- Edición con las variantes de más interés y con la glosa de Gregorio López; vertida al castellano y estensamente adicionada, con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna... por Ignacio Sanponts y Barba, Ramón Martí de Eixala y José Ferrer y Subirana Barcelona, 1843.

Diccionario de la Lengua Castellana, tomo sexto, Madrid, Imprenta de la Real Academia Española, año de 1739.

b) Fuentes indirectas:

Hemerográficas:

García Gallo, Alfonso, “El ‘Libro de las Leyes’ de Alfonso el Sabio (Del Espéculo a las Partidas)”, *Anuario de Historia del Derecho Español* XXI-XXII (Madrid, 1951-1952), pp. 347-528: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-1951-10034500528.

Levaggi, Abelardo, “Las penas de muerte y aflicción en el Derecho Indiano rioplatense (Primera Parte)”, *Revista de Historia del Derecho* 3 (Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1976). <https://www.dropbox.com/s/zdzjj21zd18getv/Revista%20de%20Historia%20del%20Derecho%20n%C2%B03.pdf?dl=0>.

Marquardt, Bernd, “El primer código penal sistemático de la modernidad temprana europea: la Constitutio Criminalis Carolina de 1532”, *Pensamiento Jurídico* 45 (ISSN 0122-1108, enero-julio, Bogotá 2017), pp. 15-60: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/65666/pdf>.

Webgráficas:

La Primera Vuelta al Mundo. Expedición de Magallanes y Elcano: <https://www.rutaelcano.com/>.

Tomás Mazón Serrano /Viaje a la historia | Ciclo Elcano | San Telmo Museo: <https://www.youtube.com/watch?v=5JeHicQ-5T4&t=35s>

“La Conquista del Mundo, Fernando de Magallanes” Canal RTVE Documentales en la plataforma YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=ZeO2NgluEII>.

ALGUNAS NOTAS SOBRE EL ORIGEN DEL “ABORTO EUGENÉSICO” EN ARGENTINA: LA INFLUENCIA SUSTANCIAL PERO NO DEFINITIVA DE LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

JOAQUÍN IGNACIO MOGABURU*

Introducción

El artículo 86, inciso 2º del Código Penal, vigente desde 1922 y hasta la reforma recientemente operada (ley 27.610), establecía la no punibilidad del aborto –practicado por un médico diplomado– si el embarazo era producto “de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”. Este supuesto de exención de pena fue rotulado “aborto eugenésico”, aunque también fue denominado “aborto sentimental”, en cuanto abarcaría todo tipo de violación. La Comisión de Códigos del Senado fue quien incorporó ambas causales que no fueron objeto de observaciones ni críticas en el subsiguiente tratamiento parlamentario.

En el marco de una investigación más amplia destinada a identificar la voluntad de legislador histórico, este trabajo procura poner en evidencia, por un lado, los motivos expuestos por los propios senadores, pero al mismo tiempo confrontarlos con las ideas planteadas por Luis Jiménez de Asúa en su libro *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas* (1918)¹, el cual cons-

* Profesor en Historia, Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor asistente de Derechos Humanos y de la Clínica jurídica, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina.

1. Jiménez de Asúa, Luis, *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas* (Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1918).

tituye la principal cita de autoridad tenida en cuenta por aquellos legisladores.

1. La exposición de motivos de la Comisión de Códigos del Senado

1.1. Las palabras de la Comisión

En el extenso recorrido que implicó la sanción del Código Penal de 1921, cupo a la Comisión de Códigos del Senado la incorporación del segundo párrafo del artículo 86, en el que se regulaban los casos de no punibilidad del delito de aborto, a saber: aquel realizado para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y el practicado cuando el embarazo era consecuencia de una violación o de un atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente². El texto propuesto por la cámara alta no fue modificado ni discutido en la Cámara de Diputados, aunque sí recortado por el pleno del Senado, quedando definitivamente redactado de la siguiente manera:

“Artículo 86. - [...] El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2° *Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”³.

El informe de esta Comisión, integrada por Enrique Del Valle Iberlucea (Capital Federal), Joaquín Víctor González (La Rioja) y Pedro Garro (San Juan), enumeró en el capítulo XIX (“De los delitos y sus penas”) los argumentos de la novedad legislativa.

2. En rigor, el inciso 2° propuesto por la Comisión, finalmente recortado en el recinto, preveía: “Si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o demente el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido”.

3. El destacado no está en el original. Téngase presente que el texto citado mantuvo vigencia desde 1922 hasta enero de 2021 (al sancionarse la ley 27.610) con dos breves interrupciones durante los gobiernos *de facto* autodenominados Revolución Argentina y Proceso de Reorganización Nacional: en esos tres casos se dispuso, *grosso modo*, la impunidad del aborto ante todo caso de violación.

En atención a la importancia que registra la escueta fundamentación ensayada por los legisladores (sobre todo en contrapunto con las divergentes interpretaciones en que derivó) y a la íntima relación que guarda con el libro de Jiménez de Asúa, se transcriben a continuación los fragmentos concretos donde explican los motivos que los persuadieron de la incorporación⁴.

“Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del anteproyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre, no constituye delito.

La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal. Al referirse a este punto dice un distinguido profesor de derecho penal, citado varias veces en este informe, que es sumamente interesante la última redacción del anteproyecto de Código Penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda Comisión de peritos.

Es la primera vez –agrega–, que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. Gautier, comentando este artículo, apunta ya que en el caso de incesto ‘se podrían añadir consideraciones de orden étnico’ y que cuando ‘el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia’ podría argüirse, ‘más justamente aún que en el caso de incesto, el interés de la raza ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?’ (Jiménez de Asúa, *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, pág. 206).

El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficiencia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia el año 1911, se ocupó de la esteriliza-

4. De Tomaso, Antonio, *Código Penal argentino, sancionado el 30 de Septiembre de 1921, texto revisado y anotaciones marginales*, Tomo II (Buenos Aires: Talleres Gráficos Argentinos, 1921), pp. 325-326.

ción de los criminales. Y en trece estados de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales.

Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugénicos, sintiéndose por esa medida, según dijera van Hamel, ‘una repugnancia afectiva’, es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza. El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueron víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales”.

De la lectura del texto citado pueden extraerse tres ideas-eje que se profundizarán en los próximos apartados: 1) el reconocimiento de tratarse de una osada e innovadora disposición; 2) la plena vigencia de los planteos eugenésicos, demostrada por la autoridad del VII Congreso de Antropología Criminal y las leyes de varios Estados de Norteamérica; y 3) la conclusión de que, si bien la esterilización de delincuentes no podía (al momento) consentirse, sí se podía el aborto en cuanto se perseguía un fin preeminente como el perfeccionamiento de la raza.

1.2. El anteproyecto de código penal suizo y la innovación legislativa

La primera afirmación consistió en reconocer haber tomado estas disposiciones del artículo 112 del anteproyecto suizo de 1916, y si bien existen indicios para afirmar que tuvieron algún contacto directo con aquel⁵, la ponderación y la transcripción de la obra de Jiménez de Asúa resultan más que ilustrativas para entender que fue ella la fuente principal de la que emanan sus consideraciones.

5. Este indicio lo constituye el hecho de que la Comisión refiere a la hipótesis de evitación del “peligro para la vida o la salud de la madre”, para no penar el aborto, al que Jiménez de Asúa no alude en *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*. El resto de las consideraciones vertidas se encuentran casi en su totalidad en el libro.

Sobre el primer supuesto, denominado *aborto terapéutico* (el realizado para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre que no pueda ser evitado por otros medios), solo esgrimieron que no necesitaba explicarse, pues “cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre, no constituye delito” (p. 325). Expresión que denota el poco desarrollo que tenía aún la teoría analítica del delito.

Respecto al segundo inciso, reconocieron que importaba “una verdadera innovación en la legislación criminal” y fundaron esta afirmación refiriendo a Jiménez de Asúa (“un distinguido profesor de Derecho penal, citado varias veces en este informe”), para quien resultaba sumamente interesante la última redacción del anteproyecto de Código Penal suizo.

Recién después citan textualmente al penalista español, para dejar en evidencia que el precedente helvético implicaba la primera vez en que se legitimaría el aborto con un fin eugenésico, y compartir las reflexiones realizadas por Gautier al respecto. Cabe adelantarse y destacar que, si bien la cita del informe de la Comisión concluye ahí, Jiménez de Asúa recapitulaba el concepto de la siguiente manera: “Pero Gautier cree que estos argumentos de profilaxia son muy delicados, y termina diciendo que «bien considerado, parece que a pesar de las precauciones tomadas, la disposición será más peligrosa que útil»”⁶.

La innovación y osadía de esta legislación se evidencian: a) por la precoz regulación de la materia, pues hasta entonces solamente en Rusia se había permitido el aborto (por resolución del Comisariado de Justicia y Sanidad Pública de 1918, mantenida en los Códigos de 1922 y 1926); b) y por los fundamentos eugenésicos desplegados para justificar la no punibilidad (“un fin científico borra el carácter delictuoso”⁷), que, como se verá, no gozaban de pleno consenso.

En esta última línea, y antes de continuar, ha de subrayarse el creciente interés que la eugenesia tuvo a principios del siglo XX y que, pese a los horrores de la Segunda Guerra Mundial, muchos de sus postulados aún perviven en el ideario colectivo e incluso en las legislaciones. El origen de la disciplina puede rastrearse en el inglés Francis

6. Jiménez de Asúa, Luis, *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, p. 207.

7. Díaz, Emilio C., *El Código Penal para la República Argentina. Comentario de sus disposiciones* (Buenos Aires: Librería La Facultad, 1928 [3ª ed.]), p. 171.

Galton (1822-1911), quien en 1860 adoptó este concepto griego (*eugenes* –“buen origen”–) para referirse a la ciencia que trataba de todas las influencias que mejorarían las cualidades innatas, o materia prima, de una raza y aquellas que la podrían desarrollar hasta alcanzar la máxima superioridad⁸. En la práctica esta teoría propulsó medidas como el examen prenupcial (hoy vigente y obligatorio en Argentina), la esterilización de criminales, el aborto eugenésico, las restricciones a la inmigración, el control de la natalidad y el examen físico escolar.

Como señala Zimmermann, sin embargo, en términos políticos concretos el movimiento británico no había sido muy exitoso (solo había logrado la *Mental Deficiency Act* en 1913), en contraste con el auge en EE.UU., y habrá que esperar hasta concluida la Gran Guerra para que se difunda por todo el orbe, incluida América Latina, precisamente el período que aborda este trabajo, “*the hour of eugenics*”⁹.

1.3. Digresión sobre la importancia de la eugenesia para combatir el crimen

En el segundo párrafo del informe, la Comisión da a entender que en su seno no había unanimidad respecto a la importancia de la eugenesia en la persecución del delito, y por eso decide interrumpir allí mismo la profundización, temiendo *llegar muy lejos*. Sin embargo, destaca que su estudio sí revestía una importancia trascendental para algunos miembros de esta Comisión, entre los cuales se ha podido incluir indubitadamente a Joaquín V. González, pero no se ha resuelto con la misma certeza a cuál de los dos restantes le inquietaba esta cuestión¹⁰.

8. Soria, Eduardo, “El aborto eugenésico en el derecho penal argentino (1853-1922)”, EA Journal Volumen I (agosto de 2009). Destaca también que en 1860 se publicaron obras de importante influencia en el pensamiento científico como la teoría hereditaria de Gregor Mendel (1822-1884) y la teoría evolucionista de Charles Darwin (1809-1882).

9. Zimmermann, Eduardo A., “Racial ideas and Social reform. Argentina 1890-1916”, *Hispanic American Historical Review* n° 72: 1 (Durham: Duke University Press, 1992), pp. 41-42.

10. Entre quienes han propuesto el aporte sustancial de Joaquín V. González encontramos, entre otros, a Zimmermann y Soria, quienes rastrearon con éxito su afición por la eugenesia, al igual que Miranda, Marisa A. “Matrimonio y procreación en la ortodoxia eugénica argentina”, *Sociohistórica* n° 18-19 (La Plata: 2005), p. 153.

Antes de abandonar la explicación sobre los beneficios de esta disciplina, se enuncia que la misma ciencia penal “se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficiencia el aumento de la criminalidad”, lo cual quedaría acreditado –según parece inferir la Comisión– al constatar que el VII Congreso de Antropología Criminal (Colonia, 1911) se había ocupado de la esterilización de los criminales, y que en trece estados de Norte América se habían dictado leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales.

Como puede advertirse, si bien las virtudes de la ciencia eugénica eran vitoreadas por las élites culturales de la época, la falta de consenso generalizado obligaba a sus propulsores a actuar con cautela, matizando sus postulados pero al mismo tiempo intentando abonar argumentos de autoridad para alcanzar credibilidad. Entre quienes ofrecían reparos, Zimmermann¹¹ menciona, por un lado, a los defensores del derecho a la integridad del organismo humano como parte inseparable del derecho a la vida (Benjamin T. Solari) y, por otro, a escritores católicos como Emilio Lamarca, quien condenaba esta “supuesta ciencia social” como “depravada y homicida”¹².

Desde esta perspectiva se entiende la referencia a la autoridad del VII Congreso de Antropología Criminal y la mención genérica de leyes esterilizadoras norteamericanas. Es decir, no se trataba solamente de ideas innovadoras diseñadas en encuentros académicos, sino de discusiones genuinas del mundo civilizado que no habían quedado en meras teorías especulativas.

Lo interesante aquí no es tanto lo que dijo la Comisión en este párrafo, sino, en verdad, lo que omitió mencionar, puesto que –como se verá más adelante– fue también Jiménez de Asúa quien trajo a colación las discusiones sobre la esterilización de criminales en el marco del VII Congreso de Antropología Criminal. No obstante, en el único párrafo que le dedica al tema el autor español expuso:

“[...] se propuso por Hans Maier la esterilización de los criminales, siendo rechazada por la generalidad de los asistentes. Rosenfeld la ataca en su discurso ‘Sobre la relación entre la raza y el delito’. En las discusiones se manifestaron como decididos adversarios: Sommer, Schultze y Van Hamel (J.A.). Este último la rechaza

11. Zimmermann, Eduardo A., “Racial ideas and Social reform. Argentina 1890-1916”, pp. 42-43.

12. Zimmermann, Eduardo A., “Racial ideas and Social reform. Argentina 1890-1916”, pp. 42-43.

por ‘repugnancia afectiva’. Ferri, que en un tiempo defendió algo parecido, unió su voto al de la mayoría” (pp. 212-213).

En orden a las leyes estadounidenses, sobre las que se consignó solamente su dictado en trece estados, cabe reseñar que es un dato también tomado del libro de Jiménez de Asúa (aunque no se haya hecho constar), en el que se analizan con profundidad y bajo el título *Leyes esterilizadoras en los Estados Unidos* las diferentes normas adoptadas. Lo curioso es que los legisladores solo se hayan quedado con el encabezado de ese apartado en el que se daba cuenta: “Hasta ahora se han publicado en Norte-América leyes esterilizadoras de delincuentes, enfermos mentales, etc., en 13 de los 48 Estados de la Unión, y en 12 de ellos subsisten aún” (p. 213). Pues se le dedican varias páginas al análisis de cada una de ellas, y se subraya que casi todas las esterilizaciones practicadas en EE.UU. (y en Suiza) se habían realizado “con el consentimiento de los intervenidos, de sus familias y de las autoridades; y que la mayor parte de las leyes existentes exigen ese consentimiento para que la operación se lleve a cabo” (p. 227). Quizás a este consentimiento intentaron referirse los miembros de la Comisión cuando tras reconocer que, si bien había muchos detractores, las esterilizaciones se practicaban igual, aunque con la salvedad de ser “facultativas”, pues prima el interés en el perfeccionamiento de la raza. Es decir, tal vez el hecho de exigir el consentimiento de la mujer intentó matizar la imperiosidad propia de las prácticas eugenésicas. Lo cierto es que la oscuridad y la brevedad del texto no permiten aventurar demasiadas conjeturas. Lo único que puede agregarse es que la mayoría de esas leyes, pese a su veloz propagación, fueron derogadas, declaradas inconstitucionales o ignoradas hasta la década de 1920, según explica Zimmermann¹³, y, por tanto, no tuvieron (al momento) la trascendencia que los senadores parecen asignarle.

1.4. Conclusiones de los senadores: esterilizaciones no, aborto sí

Luego de haber recortado los argumentos expuestos por el penalista español, el informe concluye enfatizando que no era el mo-

13. Zimmermann, Eduardo A., “Racial ideas and Social reform. Argentina 1890-1916”, pp. 42-43.

mento de realizar “largas consideraciones sobre la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad”. Sin embargo, rematan su exposición advirtiendo que, si bien no existía aún consenso social sobre la esterilización de los delincuentes, resultaba *indiscutible* consentir el aborto cuando es practicado “con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza”.

Es aquí, debe reconocerse, donde el texto se torna bien oscuro. Si los primeros párrafos intentaban explicar, por un lado, la originalidad del planteo suizo y, por otro, la absoluta vigencia del tema, el último toma por absoluta sorpresa al lector, pues la conclusión a la que arriban no parece desprenderse de las premisas enunciadas. Desconocemos, por ahora, los motivos no escritos de los legisladores y las discusiones que han tenido sobre el punto, sobre los que nos encontramos trabajando. Empero, el aporte de este artículo apunta a revelar el razonamiento expuesto por los senadores y tratar de comprenderlos a la luz de la principal fuente con la que contaron: el libro *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*.

Es en este punto, precisamente, donde los congresistas toman verdadera distancia del autor español, y concluyen con un silogismo muy particular: interrumpen la verbosidad laudatoria sobre los beneficios de la eugenesia, para proponer, sin más, el aborto para perfeccionamiento de la raza, pese a advertir que no existe consenso sobre la esterilización por las mismas razones y contra la opinión del doctrinario que ellos mismos citan, pero sin mencionarla. Para coronar esta última frase, evocan un ejemplo de la Primera Guerra Mundial, todavía fresca en las retinas de toda Europa, que avalaría su postura: las violaciones de que fueron víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales.

De esta relectura se desprende que más que una exposición de motivos se trata de un breve estado de la cuestión, tomado casi en su totalidad del libro de Jiménez de Asúa, aunque sin consignar la cita precisa más que en una ocasión. Sin embargo, como se verá más adelante, si bien aprovechan los conocimientos del doctrinario ibérico, no concuerdan en todas sus propuestas y deciden referir solo aquellas conducentes a justificar la innovación normativa. Lo cual resulta lógico retóricamente, aunque no muy honesto intelectualmente.

Hasta aquí los argumentos enunciados expresamente por los tres senadores que suscribieron el informe, que podrían compendiarse así: a) reconocen que la disposición fue tomada del anteproyecto del Código Penal suizo de 1916 (que, paradójicamente, no fue adoptada por

el congreso helvético); b) la única cita de autoridad está constituida por el libro de Jiménez de Asúa analizado, donde se trae a colación esta novedad legislativa; c) admiten que estaban llegando muy lejos, inmiscuyéndose en el “dominio de la eugénica”, que para algunos miembros de la Comisión presentaba una importancia trascendental; d) los principios de la eugenesia debían ser utilizados por la ciencia penal “para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad”, citando al efecto el VII Congreso de Antropología Criminal de 1911 (Colonia) en el que se habría analizado la esterilización de los criminales, y la legislación de algunos estados de EE.UU. que preveían la misma medida pero la ampliaban para enfermos mentales; e) establecen que existiría un consenso multidisciplinario contrario a la esterilización de delincuentes; f) propician que resultaba *indiscutible* que la ley consintiera el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza; y se refuerza la afirmación trayendo a colación el problema suscitado en Bélgica durante la Primera Guerra Mundial, cuando las mujeres fueron violadas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales.

En las líneas que preceden no hay nada demasiado novedoso. Simplemente, se han recordado los motivos expuestos por los senadores argentinos para declarar impune algunos casos de aborto, con el añadido de una breve contextualización que puede ser útil para entrever las intenciones volcadas en el frío texto del informe. De lo analizado pocas dudas quedan sobre el objetivo eminentemente eugenésico perseguido por los legisladores, sin que pueda vislumbrarse con claridad la preocupación por “proteger a las mujeres que habían sido violadas” (Di Corleto¹⁴) ni que se hayan intentado contemplar “motivos sentimentales” (Becerra¹⁵). Por el contrario, lo que sí puede colegirse con suficiente holgura –al menos del texto legal y de la exposición de motivos– es que el acento eugenésico no se encuentra puesto en las capacidades mentales de las víctimas de las violaciones

14. Di Corleto, Julieta, *Malas madres; aborto e infanticidio en perspectiva histórica* (Buenos Aires: Didot, 2018), p. 167.

15. Becerra, Marina, “All you need is love. Ciudadanía, género y educación en los debates del primer socialismo argentino”, *Cadernos Pagu* n° 27 (julio-diciembre de 2006), pp. 373-400. La misma tesis sostiene en *Marxismo y feminismo en el primer socialismo argentino de Enrique Del Valle Iberlucea* (Rosario: Prohistoria, 2009), pp. 82-84, con remisión a un libro de Jiménez de Asúa dos décadas posterior, *Libertad de amar y derecho a morir* (Buenos Aires: Losada, 1942), y enfatizando la existencia de una coma luego de la palabra *violación* en el texto legal.

(aunque las refiere) sino, y principalmente, en sus perpetradores y el afán por que no tengan descendencia. Para lograr una comprensión cabal del tema, amerita introducirse en el análisis directo del libro *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, cuya lectura, según se constató, resultó sustancial para convencer a los legisladores de la pertinencia de la novedad normativa.

2. Influencia y aportes de Luis Jiménez de Asúa

2.1. Trascendencia de Jiménez de Asúa

Para entonces Luis Jiménez de Asúa no era todavía el encumbrado doctrinario de mediados de siglo, aunque sí un joven brillante que en 1913 había defendido su tesis doctoral en la Universidad Central de Madrid (hoy Universidad Complutense) bajo el título *El sistema de penas determinadas a posteriori en la ciencia y en la vida*¹⁶, que le permitió, con el patrocinio de su maestro, Constancio Bernaldo de Quirós, obtener la beca de la Institución Libre de Enseñanza, para ampliar sus estudios en Francia, Alemania y Suiza, donde estuvo en contacto con Garçon, Gautier, Mercier y Von Liszt, entre otros¹⁷. Luego afrontó con fondos propios una estancia en Suecia (1915), y en el mismo año, inició su actividad docente como profesor auxiliar interino en la Universidad Central, hasta que obtuvo por oposición la cátedra de Derecho penal en 1918. De ese mismo año data el libro referido por la Comisión de Códigos del Senado en el informe analizado en el capítulo anterior: *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*. Otro libro fruto de sus viajes fue *El derecho penal del porvenir. La unificación del Derecho penal en Suiza*¹⁸.

16. La obra fue publicada luego con el título *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas «a posteriori»* (Madrid: Hijos de Reus, 1913). El prólogo estuvo a cargo de Constancio Bernaldo De Quirós.

17. Una actualizada y completa biografía del penalista español: Roldán Cañizares, Enrique, *Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal, República, Exilio* (Madrid: Dykinson, 2019).

18. Jiménez de Asúa, Luis, *El derecho penal del porvenir. La unificación del derecho penal en Suiza* (Madrid: Hijos de Reus, 1916). El autor cuenta que encontrándose en Berlín estalló la guerra y debió abandonar la ciudad junto con sus notas, apuntes y, lo más grave, “los originales del estudio sobre el Anteproyecto de Código penal suizo”, los cuales pudo recuperar en el verano de 1915-1916 (pp. 19-20).

Su impactante hoja de vida y su fructífera pluma explican que incluso antes de llegar a los treinta años fuera conocido en el otro lado del Atlántico, y además sea la única referencia doctrinaria al explicar la incorporación del aborto eugenésico al Código Penal argentino. Pero existen más razones que explican la trascendencia del autor en el mundo intelectual del Río de la Plata, pues no solo se exportaban sus libros, sino que existía una fluida relación cultural que desembocó en su afincamiento definitivo en Argentina, tras abandonar su España natal. Precisamente de esta relación da cuenta Jiménez de Asúa en varios fragmentos de *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, en los que, por un lado, expone en detalle el proceso de codificación vigente en Argentina y, por el otro, se lamenta por la poca ascendencia que tiene en su país, en comparación con el sudamericano.

Lo cierto es que la influencia de Jiménez de Asúa en la América hispana resulta innegable, lo mismo que su erudición para estar al tanto de las novedades de la legislación penal del mundo occidental. De allí que la pertinencia de estudiar su figura se asiente en una triple razón: 1) es el único autor citado por la Comisión de Códigos del Senado en su informe; 2) es un doctrinario hartamente conocido y reconocido en Argentina; 3) sus obras escritas hasta entonces exponían con soltura las principales discusiones suscitadas en el mundo académico de la época, pese a que en su propio país no tuviera el eco por él deseado.

2.2. Estructura de *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*

Si bien ya se han hecho algunas referencias a la obra *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas* (1918), cabe enmarcar los propósitos del autor y el modo en que introduce las nociones tenidas en cuenta por los senadores para poder lograr comprender acabadamente la cuestión en ciernes.

Aclara el autor, en el prólogo (datado el 26 de diciembre de 1917), que el trabajo se dividía en dos partes “distintas, no sólo por el asunto, sino también por el método de indagación”; pues, según admitió, la política criminal europea la había estudiado sobre documentos originales “casi siempre en el país donde esas leyes viven”, pero la norteamericana le era conocida “sólo a través de los libros y

de las revistas" (p. 8), pese a que había postulado infructuosamente para estudiar en Columbia, Yale, Maryland o Chicago.

Agregaba que la múltiple actividad legislativa en los Estados Unidos imposibilitaba un estudio detallado, que solo podían hacer quienes habían vivido allí, aunque reconocía, sin ruborizarse, que "lo que esta segunda parte de mi libro pierde en extensión, lo gana en intensidad: las grandes perspectivas sólo se alcanzan desde grandes distancias".

En la primera parte (*La política criminal en las legislaciones europeas*), aborda la actividad legislativa inspirada en la política criminal moderna, para lo cual se enfoca en los siguientes países: Holanda, Noruega, Inglaterra, Suiza¹⁹, Alemania, Austria, Serbia, Dinamarca y Suecia. En el apéndice menciona los proyectos de Códigos penales de Argentina, Cuba y Costa Rica; aunque aclara que no los profundiza porque "ninguno de ellos se inspira totalmente en los principios de la Política criminal europea ni en los de reforma penal y penitenciaria de los Estados Unidos" (p. 69).

La segunda gran parte del libro se titula *La política criminal norteamericana*, y es la que redonda mayor interés, pues es donde se introduce la discusión recogida por los legisladores argentinos. Allí dedica gran parte de su exposición a un factor poco abordado en la política criminal europea como era la enmienda del penado; y en particular, como elemento distintivo, las instituciones de Reforma.

El primer capítulo describe la característica saliente del sistema estadounidense que identifica con la finalidad reformadora de la pena; el segundo analiza las instituciones del sistema, distinguiendo las educativas (sección primera), las reformadoras (sección segunda) y las medidas de seguridad y de prevención (sección tercera).

De lo expuesto se desprende que el tema que aquí concierne no se encuentra de ningún modo identificado como los principales, y como se verá enseguida, solo constituyó una referencia aislada dentro de las medidas de seguridad y de prevención, al introducirse la discusión sobre la legitimidad de esterilizar a los "anormales delincuentes incorregibles".

19. Allí subraya que los pormenores del anteproyecto de 1916 (publicado recién en la primavera de 1917) le eran conocidos a través de la epístola remitida por Gautier, fechada en Genthod, cerca de Ginebra, el 27 de agosto de 1917 (p. 32).

2.3. Contexto en el que se analiza el aborto por motivos de eugenesia

Cabe centrarse ahora sí en la sección donde se encuentra la cita realizada por la Comisión de Códigos, titulada *Medidas de Seguridad y Prevención* (sección tercera), medidas que adquieren relevancia en cuanto se mira el derecho penal desde el cariz del delincuente. Allí destaca los siguientes temas concretos:

I. Reclusión y vigilancia perpetua de los reincidentes.

II. Hospitalización e internado de enfermos mentales delincuentes y de anormales.

III. Prohibición del matrimonio y esterilización de los anormales y delincuentes incorregibles.

IV. Medidas aseguradoras contra la vagancia y la mendicidad.

V. “Probation system”.

Resulta insoslayable, por tanto, introducirse ahora en el capítulo III de esta sección, *Prohibición del matrimonio y esterilización de los anormales y delincuentes incorregibles*²⁰.

Siguiendo la metodología de todo el libro, el autor formula un relevamiento de las legislaciones y discusiones científicas vigentes, y se reserva unas pocas líneas, incluso en pie de página, para expresar su posición o al menos poner en dudas la opinión de los autores o textos citados. Por eso cuesta distinguir muchas veces si es el propio Jiménez de Asúa el que habla o simplemente enuncia ideas ajenas.

Sobre este punto inicia el capítulo reconociendo que “la herencia influye poderosamente en la criminalidad”, pues “se afirma [repárese en el modo en que se aleja de la primera aseveración] que de padres enfermos [...] nacen hijos degenerados, fatales candidatos al delito” y autores como Ribot afirmaron que también se heredan “los instintos, las malas tendencias”. Su conclusión básica es que si es eso cierto “debe impedirse que los delincuentes engendren” (pp. 196-197). Luego se traen a colación las experiencias de EE.UU. para “higienizar la raza”, vgr. la prohibición de matrimonios de los anormales y enfermos y la esterilización de los enajenados, los débiles y ciertos delincuentes.

En lo pertinente, interesa el punto “b” dedicado a las esterilizaciones. Al introducir la finalidad de esta medida, el autor destaca

20. Este capítulo replica el artículo “La esterilización de los anormales y los delincuentes incorregibles”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, volumen I (Año I, 1918), pp. 23-38, que vio la luz unos meses antes que el libro que aquí se comenta.

como un precursor a Garófalo, que con la misma intencionalidad de las “leyes asexualizadoras” de EE.UU., pero antes que ellas, planteó:

“La antigüedad castigaba implacablemente a los hijos por las faltas de sus padres. Nuestra época, más civilizada, debería, tan sólo impedir la procreación de individuos que, según todas las probabilidades, habrán de ser malvados y embrutecidos. En nuestra época **no se debe castigar a los hijos de los delincuentes, pero se debería impedir que nacieran**; por medio de la muerte de los delincuentes, o por el aislamiento perpetuo de su sexo, debería producirse una selección artificial, que daría por resultado el mejoramiento de la raza (*La Criminología*, trad. esp. de Dorado Montero, Madrid, «La España Moderna», s.a., págs. 363-364. La primera edición italiana fué [*sic*] impresa en Turín, Bocca, 1885)” (pp. 205-206).

También dio cuenta Jiménez de Asúa de que en torno a la pretensión de impedir que nacieran hijos de delincuentes se había discutido entonces “si sería preferible la esterilización previa o provocar el aborto en el caso concreto en que fuera de temer que el concebido había de heredar una tara irremediable”.

Para abundar sobre el punto, cita a pie de página a Paul Näcke²¹ (¿Aborto artificial o esterilización?), y destaca que resultaba *sumamente interesante* a este respecto el artículo 112 de la entonces última redacción (1916) del Anteproyecto de Código penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, y habría sido introducido por la segunda Comisión de peritos²². A continuación, Jiménez transcribe textualmente la parte pertinente de dicho artículo:

21. Näcke, Paul Adolf, “Künstlicher Abortus oder Sterilisation?”, *Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik*, XLII ([Leipzig]: 1911), p. 170. Este autor, médico, había prologado en 1907 la obra del patrono de Jiménez de Asúa: C. Bernaldo Quirós, *Las nuevas teorías de la criminalidad* (Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1908 [2ª ed.]), y había aprovechado para criticar con severidad a Lombroso por sus “investigaciones superficiales, los métodos insuficientes y las conclusiones apresuradas” (p. 13). En el texto citado por Jiménez de Asúa (aunque no comentado), Näcke reprocha a Max Hirsch el haberle citado de modo errático, pues, según aclara, él solamente había sugerido (para los epilépticos, los dementes crónicos, los imbéciles, los delincuentes habituales y los bebedores incurables) la esterilización para evitar la descendencia degenerada, no el aborto artificial, que lo entendió peligroso.

22. A todas las comisiones les reprocha el haber volatilizado “la sencillez, la brevedad, la encantadora precisión del proyecto que Stooss redactó”, generando un Código a la moderna pero “farragoso, largo, insoportable con sus distinciones y su casuismo (*sic*)” (p. 27).

“El aborto practicado por un médico provisto de patente, con el consentimiento de la persona embarazada, no es punible...; si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor, cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o enajenada, el consentimiento de su representante legal debe ser requerido para el aborto” (p. 206).

No es ocioso subrayar que el autor se tomó el trabajo de realizar la cita erudita de la fuente donde obtuvo esa información: “*Schweizerisches Strafgesetzbuch. Vorentwurf*, 1916; Zurich Kommissions-Verlag: Art. Institut Orell Füssli, s.a., págs. 72-75”, lo cual hace presumir que tenía en sus manos una copia del Anteproyecto referido.

En el mismo pie de página, aclara que “es la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado”, como bien lo reflejaron los senadores argentinos. Lo mismo que la referencia a Gautier, quien comentando este artículo –según Jiménez de Asúa– “apunta ya que en el caso de incesto se podrían añadir consideraciones de orden étnico” y que cuando “el embarazo sea resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia” podrían argüirse “más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza [pues, se pregunta, como conclusión] ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?”.

Sin embargo –y cabe hacer especial hincapié en este punto–, el español destaca que Gautier creía que estos argumentos de profilaxia eran muy delicados y terminaba diciendo que “bien considerado, parece que a pesar de las precauciones tomadas, la disposición será más peligrosa que útil”²³ (p. 207).

Luego de eso, no existen más referencias al aborto, sino que continúa con la discusión –bien latente entonces– acerca de la es-

23. También se cita aquí la referencia bibliográfica de esa obra de Gautier (*Sobre algunas disposiciones nuevas del proyecto de 1916*): “Sur quelques dispositions nouvelles du projet de 1916”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, volumen XXX ([Berna]: 1917), pp. 38-40. Un dato curioso es que en ese mismo número de la revista se realiza una recensión bibliográfica del libro *La unificación del Derecho penal en Suiza* de Luis Jiménez de Asúa, cuyo precio de venta ascendía a cinco pesetas (pp. 158-159).

terilización de los delincuentes, como método más refinado de la primitiva castración.

Al respecto cabe dejar sentado que, si bien la Comisión del Senado tomó del libro de Jiménez de Asúa el contenido necesario para fundar su exposición, lo cierto es que no concuerdan todas sus conclusiones con las del penalista español. En este sentido, debe recordarse lo adelantado oportunamente en cuanto a que los senadores omitieron citar la última frase de Gautier referida por Jiménez de Asúa (en la que reputa peligrosa la disposición del artículo 112 del anteproyecto suizo), y el hecho de que, si bien se discutió la esterilización de criminales en el VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia (año 1911), la moción fue “rechazada por la generalidad de los asistentes”, precisión que hace el español pero no la Comisión.

2.4. El VII Congreso de Antropología Criminal y las leyes estadounidenses

Sin perjuicio de la pequeña digresión realizada al pie de página en orden a la conveniencia de adoptar el aborto como medida sustitutiva de la esterilización previa, Jiménez de Asúa continúa el desarrollo del tema que le convocaba: las medidas para lograr la infertilidad de los *anormales* y *delincuentes incorregibles*.

Tras un relevamiento exhaustivo sobre los apologistas y detractores de esta práctica, y una descripción minuciosa sobre los pasos del procedimiento médico, el autor dedica un párrafo –solamente– a las discusiones que a su respecto habían surgido en el VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia en el año 1911²⁴. Allí dio cuenta de que había sido Hans Maier el propulsor de la esterilización de los criminales, aunque dicha medida fue “rechazada por la generalidad de los asistentes” (pp. 212-213). Puso en evidencia, asimismo, que Rosenfeld la había atacado, y que se habían manifestado como decididos adversarios Sommer, Schultze y van Hamel; este último profiriendo su “repugnancia afectiva”, recogida, a tientas, por los legisladores argentinos. Finalmente se enuncia que Ferri, que “en

24. Los Congresos anteriores habían tenido lugar en Roma (1885), París (1889), Bruselas (1892), Ginebra (1896), Ámsterdam (1901) y Turín (1906).

algún tiempo había defendido algo parecido”, había unido su voto al de la mayoría.

También se abordan los procedimientos de esterilización de la época y las leyes de cada uno de los estados de Norteamérica que la habían regulado, los casos en que se practicó en Suiza (pese a no estar legislado), el proyecto que intentaba incorporarlo a Cuba y se deja en claro que la mayoría de las normas vigentes exigían el consentimiento de los intervenidos, de sus familias y de las autoridades (pp. 213-227).

Al recapitular los temas abordados, Jiménez de Asúa expone su opinión, distinguiendo tres supuestos: a) enfermos mentales; b) delincuentes; c) esterilización como pena.

En el primero de los casos, su propuesta es la asexualización:

“Los imbéciles, los idiotas, los epilépticos, los degenerados, todos aquellos enfermos de la mente que han de engendrar esos tristes despojos tarados, dobles candidatos a la desgracia y al delito, deben ser objeto de la esterilización, cuando su enfermedad incurable sea, a juicio de los médicos especialistas, transmisible a sus descendientes. Es preciso evitar este legado maldito” (pp. 228-229).

Sin embargo, se expide negativamente cuando se trata de delincuentes, “por muy peligrosos e incorregibles que parezcan”, pues la herencia psicológica no estaba comprobada y respecto a la anatómica y patológica “parece hoy atrevido sentar una ley fatal e inmutable”. Pero enseguida realiza una salvedad cuando se trata de delincuentes que “además son enfermos mentales”, donde “la asexualización se impone; pero no como transgresores de la norma penal, sino como anormales o degenerados”.

Finalmente, plantea que resulta inadmisibile la castración como pena para los delitos contra la honestidad, al reputarlo “un bárbaro retroceso a las antiguas prácticas del talión simbólico, por injusto y por inútil, pues muy frecuentemente el impulso sexual que motiva los crímenes subsistiría” (p. 230). Como corolario, se pronuncia con vehemencia: “En todo caso, esperar el resurgimiento y mejora de las razas de las leyes asexualizadoras es una esperanza ingenua y utópica” (p. 230).

Como puede advertirse, si bien la influencia de Jiménez de Asúa sobre los integrantes de la Comisión de Códigos del Senado resulta insoslayable, de lo cual dan cuenta sus extensas evocaciones y la transcripción de párrafos completos de uno de sus libros, lo cierto es que, pese a los primigenios indicios, no puede derivarse sin más que

él hubiera propuesto el anteproyecto suizo como disposición modelo sino, por el contrario, entendió –al menos en ese momento– que no correspondía avanzar en esa línea, siguiendo las recomendaciones de Gautier, a quien reconocía como maestro y le había dedicado dos años antes el libro *El derecho penal del porvenir. La unificación del Derecho penal en Suiza*.

La evolución de su pensamiento, no obstante, produjo que algunos autores vieran en él al propulsor de la innovación legislativa. Para ello tuvieron en cuenta un escrito posterior en el que se manifestaba favorable al artículo 86 del Código Penal argentino. En el caso de Rabbi-Baldi Cabanillas²⁵ ponderó lo expuesto por Jiménez de Asúa en su artículo *El aborto y su impunidad*, del año 1942, en el que reconocía que “este número 2º [del artículo 86 CP] fue siempre interpretado por mí como comprensivo del aborto sentimental (caso de violación) y del aborto eugénico (caso del “atentado al pudor” sobre una idiota o demente)” y que entre los pocos penalistas argentinos que lo acompañaban en su interpretación se contaba Juan Ramos²⁶. Y en la misma línea Ezequiel Abásolo destacó, para justificar la presunta incitación del penalista ibérico, otro fragmento del mismo artículo en el que se proponía que “la interrupción del embarazo con miras eugénicas persigue una recta finalidad: impedir el nacimiento de infelices seres tarados, con una enorme carga degenerativa”²⁷. Si bien resulta tajante esa referencia, no puede predicarse la misma solidez al libro de 1918 al que se le han dedicado extensas líneas en este trabajo.

Sin embargo, tampoco parece acertada la interpretación realizada por Di Corleto, para quien el artículo 86 del Código Penal habría establecido (con la introducción de “ideas de vanguardia para su época”) que el aborto “está permitido en caso de peligro para la salud de la mujer y en supuestos de violación, incluso a mujeres dementes” y que la norma pretendía “por un lado, la finalidad eugé-

25. Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “El aborto no punible en la Argentina. Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una filosofía del derecho constitucional, a partir del caso ‘F.A.L.’ de la Corte Suprema”, *Pensar Derecho* N° 1 (Buenos Aires, septiembre de 2012), pp. 331- 378.

26. Jiménez de Asúa, Luis, “El aborto y su impunidad”, *La Ley*, T. 26 (1942), p. 986.

27. Abásolo, Ezequiel, “Raíces eugenésicas de los abortos no punibles en Argentina”, *Forum: Anuario del Centro de Derecho Constitucional* n° 6 (Buenos Aires: 2018).

sica de evitar el nacimiento de niños con discapacidades, y por otro lado, proteger a las mujeres que habían sido violadas”²⁸. Desde la misma base epistemológica, Becerra le reconoció al senador socialista Del Valle Iberlucea el mérito de proponer muy tempranamente “la despenalización del aborto no solo con fines eugenésicos sino también por los llamados «motivos sentimentales», esto es, en *cualquier* caso de violación”²⁹.

Como se ha podido reconstruir, empero, la gran ausente en la discusión es, precisamente, la mujer que ha sido víctima de un atentado contra el pudor o una violación, sin que los fundamentos brindados tanto por los legisladores cuanto por el penalista español hayan reparado suficientemente en ella. De hecho, no solamente los senadores omitieron hacer referencia alguna a esos motivos sentimentales, sino que tampoco Jiménez de Asúa los refiere en 1918, al escribir el libro comentado, sin perjuicio de que en décadas posteriores se manifieste a favor de contemplar esta hipótesis de no punibilidad como comprendida por el artículo 86 del Código Penal.

3. Algunas conclusiones parciales

Analizados en contexto y en contraste el informe de la Comisión de Códigos del Senado y la obra de Luis Jiménez de Asúa, pueden adelantarse algunas reflexiones que permitan seguir indagando sobre un tema tan delicado.

- 1) En primer lugar, no quedan dudas de la influencia ejercida sobre los senadores integrantes de la Comisión de Códigos por el libro *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, de Luis Jiménez de Asúa, no solamente porque es citado textualmente, sino porque todos los temas abordados guardan íntima relación con los expuestos por el jurista español.
- 2) Sin perjuicio de esta influencia, los senadores no adoptaron irreflexivamente todas las tesis defendidas por Jiménez de

28. Di Corleto, Julieta, *Malas madres; aborto e infanticidio en perspectiva histórica*, p. 167.

29. Becerra, Marina, “All you need is love. Ciudadanía, género y educación en los debates del primer socialismo argentino”, pp. 375-376; y *Marxismo y feminismo en el primer socialismo argentino*, p. 84.

Asúa, sino que utilizaron su pericia para ilustrar el tema en discusión, pero fueron más lejos que el propio español y decidieron incorporar el aborto eugenésico al Código Penal. Las discrepancias sustanciales se constataron en los siguientes puntos:

- a) Pese a los reparos expuestos por Gautier al texto del anteproyecto suizo (“la disposición será más peligrosa que útil”), que Jiménez de Asúa parece hacer propios, los legisladores desestiman la advertencia, y en vez de argumentar en contra deciden recortar la cita.
 - b) En cuanto a la referencia al trato brindado a la esterilización de delincuentes en el VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia (año 1911), los congresistas omitieron mencionar un dato sustancial que sí está en el libro: si bien se ocuparon del tema, la moción fue “rechazada por la generalidad de los asistentes”.
 - c) En consideración de la decisión finalmente adoptada puede afirmarse que la Comisión tomó una clara posición sobre la disyuntiva planteada por Jiménez de Asúa acerca de preferirse “la esterilización previa o provocar el aborto” ante la posible herencia de “una tara irremediable”, optando por la segunda, pese a que el penalista se había pronunciado en favor de asexualizar a los enfermos mentales y a los criminales solo si además son enfermos mentales, pero había excluido la adopción del procedimiento como pena y el aborto sobre la base del perfeccionamiento de la raza.
- 3) En definitiva, las divergencias entre ambos textos terminan de confirmar que la finalidad buscada por los legisladores con la adopción de la medida fue netamente eugenésica, aunque no con miras a evitar la descendencia de personas *idiotas o dementes* sino, en verdad, de los responsables de la violación.

Bibliografía

Abásolo, Ezequiel, “Raíces eugenésicas de los abortos no punibles en Argentina”, Forum: Anuario del Centro de Derecho Constitucional (UCA), n° 6 (Buenos Aires: 2018).

- Becerra, Marina, *Marxismo y feminismo en el primer socialismo argentino. Enrique del Valle Iberlucea* (Rosario: Prohistoria, 2009).
- De Tomaso, Antonio, *Código Penal argentino, sancionado el 30 de Septiembre de 1921, texto revisado y anotaciones marginales*, Tomo II (Buenos Aires: Talleres Gráficos Argentinos, 1921).
- Di Corleto, Julieta, *Malas madres; aborto e infanticidio en perspectiva histórica* (Buenos Aires: Didot, 2018).
- Jiménez de Asúa, Luis, *El derecho penal del provenir. La unificación del derecho penal en Suiza* (Madrid: Hijos de Reus, 1916).
- Jiménez de Asúa, Luis, *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas* (Madrid: Editorial Suárez, 1918).
- Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia y endocrinología* (Madrid: Historia Nueva, 1928).
- Levaggi, Abelardo, *El derecho penal argentino en la historia* (Buenos Aires: Eudeba, 2012).
- López Díaz Valentín, Patricio J., “La fundamentación eugenésica del Artículo 86, inc. 2º, del Código Penal y el fallo ‘F., A. L. s/ medida auto-satisfactiva’. Convalidación de una teoría aberrante”, *Prudentia Iuris*, nº 79 (junio de 2015), pp. 217-228.
- Soria, Eduardo R., “El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino (1853-1922)” en *EA-Journal* (Revista de Humanidades Médicas y Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología), Volumen 1 (agosto de 2009).
- Zimmermann, Eduardo A., “Racial ideas and Social reform. Argentina 1890-1916”, *Hispanic American Historical Review*, 72: 1 (Durham: Duke University Press, 1992), pp. 23-46.

LA CLASIFICACIÓN CRIMINOLÓGICA DE LOS DELINCUENTES PRECOCES: INFORMES MÉDICO-LEGALES. INICIOS DEL SIGLO XX

CARMEN GRACIELA RODRÍGUEZ LÓPEZ*

1. La niñez abandonada y delincuente

Tanto a fines del siglo XIX como a principios del siglo XX desde el Estado se debatieron y diseñaron políticas tendientes al control y normalización de lo que era considerada la infancia peligrosa.

Los niños fueron los destinatarios de procedimientos disciplinarios que se ejecutaron desde su órbita, siendo aquellos sujetos del desacuerdo científico y político, como también objeto de observación, prevención y control en pos del proyecto modernizador que quería lograr mejores ciudadanos y trabajadores.

El Estado al principio priorizó la recuperación del niño y de su ámbito familiar a través de instituciones públicas (escuelas) y privadas (asilos, hogares), sin intervenir sobre la niñez, luego asumió una función tutelar sobre el menor en situación de riesgo interviniendo abiertamente en sus relaciones familiares. La estrategia ideada apuntaba a evitar que los niños se conectaran con los espacios públicos o privados, donde pudieran ser contagiados por males o patologías sociales, tales como locura, enfermedad, delito y vagancia¹.

* Profesora adjunta de Historia del Derecho Argentino y de Historia de la Criminología en Argentina, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Comisión Directiva del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina.

1. Aversa, María Marta, *La cuestión social de la infancia abandonada y delincuente: debates y políticas públicas. Buenos Aires (1910-1931)*, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Tesis presentada en el año 2014, s/p.

La infancia que se encontraba fuera de los ámbitos normales de socialización y contención fue condenada en términos de peligrosidad social, o dicho de otra forma, el estado peligroso, tomado de la criminología, que significaba que el individuo ya no era juzgado sólo por el acto a realizar sino por el que virtualmente podría realizar².

Roberto Levillier señalaba que en el niño que no ha recibido en su medio ambiente la menor educación la vida práctica de la calle forma su mentalidad, su moralidad y su carácter. “No existiendo para él, ni justicia, ni reflexión, ni equidad”.

En la calle se encuentra en contacto con prácticas inadecuadas que lindan con el mundo de la delincuencia.

“Algún día en ese trato continuo con los peores elementos sociales, comete un desliz; tira una piedra ha algún vendedor ambulante, hurta el cambio al cliente, escamotea algún objeto de la tienda [...] El primer paso está dado, es llevado a la Comisaría y de ahí al Departamento de Policía donde permanece en contacto con delincuentes adultos. Pasando luego a la Prisión Nacional en calidad de encausado [...] Basta enunciar Señor Presidente que la cifra de 15.000 niños que acusan las estadísticas, abandonados por sus padres y explotados por ellos, o víctimas de la lacra de criminalidad precoz, para darse cuenta de la importancia y de la urgencia del problema que tiene que resolver el Congreso de la Nación”³.

En su estudio sobre “La delincuencia en Buenos Aires”, Levillier ahondaba aún más el tema, señalando que la infancia presupone un doble aspecto: a) la infancia en peligro, aquella que no se ha beneficiado de cuidados y de instrucción, y b) la infancia peligrosa, que ya ha dado sus primeros pasos en el mundo del delito. En estas circunstancias, el menor estaba en peligro moral en tres niveles: 1) por el abandono que conduce a la degradación física, que inhibe su futura capacidad de producción; 2) por apropiación ilegítima de su

2. Levillier Roberto, “La delincuencia en Buenos Aires”, en *Censo General de población, edificación, comercio e industrias de la ciudad de Buenos Aires*, volumen III (Buenos Aires: 1910), p. 396.

3. En 1904 había 6.678 niños de 0 a 14 años que se encontraban bajo la tutela de Asilos públicos o privados, mientras que en 1910 el total de la población huérfana ascendía a 6.564 menores. Levillier, Roberto, “La delincuencia en Buenos Aires”, p. 398.

trabajo, por la explotación del niño por sus padres; y 3) por su peligrosidad, al anular al niño como futuro ciudadano⁴.

Pero desde otra mirada, más empática con el niño, Alberto Meyer Arana se refería al tema y señalaba que “el niño pobre vivía ahogado en su diminuto cuarto de conventillo, y si la calle no le completará ese hogar tan primitivo, por el solo hecho de hallarse en la calle terminaba siendo llamado abandonado y vago”.

Entonces observaremos que varios son los factores que detallan los doctrinarios y que incidirían en la delincuencia precoz: a) la negligencia de los padres, b) el medio ambiente, y c) la falta de educación y disciplina mental, a lo que el Dr. Nerio Rojas agregaba la cuestión social y la individual, remitida a causas patológicas⁵.

Veremos, pues, cómo la cuestión social será otrora analizada a través de la observación y la experimentación, para lo cual se utilizará una serie de datos sobre los delitos y sobre los delincuentes, informes clínicos, estudios antropométricos y estadísticas.

Las fuerzas policiales también tendrán un rol importante en materializar las numerosas órdenes y restricciones dispuestas para controlar a los niños en el ámbito público, y la creación de asilos también hará su parte, sobre todo para aquellos niños sometidos a la tutela de la institución policial.

Dos maneras se podrán apreciar para encauzar la infancia abandonada, por un lado, a través de la creación de organismos encargados de reglamentar y vigilar los modos de vida de estos menores y, por el otro lado, complementariamente, atendiendo y financiando la beneficencia que actuaba de manera combinada con el ámbito estatal.

2. Clasificaciones de menores

Abordaremos inmediatamente cómo el credo reformista de nuestro país en el periodo citado llevó a cabo apreciaciones sobre la entidad psicológica de nuestros criminales precoces. De esos in-

4. Levillier Roberto, “La delincuencia en Buenos Aires”, p. 1 y ss.

5. Rojas, Nerio, “La anormalidad psíquica en la delincuencia de menores”, en Rojas, Nerio, *Problema de la infancia, infancia abandonada y delincuencia* (Buenos Aires: Ed. M.S.A., 1932), s/p.

formas surgieron estudios de diverso orden que dieron lugar a otras clasificaciones de la minoridad⁶.

Comenzaremos el análisis describiendo el panorama social de la época; observamos una gran corriente inmigratoria y una sociedad rioplatense aperturista, que se extiende y afianza, desplazando la vida rural y abriendo camino a la industrialización, lo que exigió una mano de obra abundante, un orden jurídico que proporcionara seguridad y jueces que solucionaran con celeridad los litigios⁷.

En esa sociedad se encontraban menores moral y materialmente abandonados por sus padres o familiares, entregados a la mala vida. Y como señala el gran jurista argentino Eusebio Gómez:

“Cuando tuvieron edad salieron a la calle, era indispensable que se ganaran el sustento. No podían ir a la escuela, allí no se admiten a los niños descalzos y harapientos, y el salario del padre no alcanza para costear lujos. Además ¿para qué educarlos? ¿Para vender periódicos en las esquinas? En las calles junto con otros niños de su edad, nacidos como él, jugaban muchas veces por dinero y reñían, por eso fueron encarcelados en múltiples ocasiones. Así conocieron a delincuentes avezados y se asociaron con ellos. Ya son ladrones ¿Quién les ha enseñado a distinguir lo bueno de lo malo?”⁸.

A lo que Santiago Estrada agregaba que el medio ambiente influía notablemente sobre ellos:

“Para los que habitan en el conventillo, parecen dichas aquellas palabras, entran sin conocerse, viven sin amarse y mueren sin llorarse. En ellos crecen, como mala hierba, centenares de niños que no conocen a Dios, pero que dentro de poco tiempo harán pacto con el Diablo. Carecen de la luz del sol, y se desarrollan raquíticos y enfermizos, como las plantas colocadas a la sombra. Carecen de ley moral y se desarrollan egoístas sin fuerza para el bien”⁹.

6. Los informes de las Defensorías de Menores reiterando constantemente la situación de esos niños y jóvenes a su cargo quedará evidenciado en las memorias institucionales, sostén argumental de su pedido a la autoridad estatal.

7. Tau Anzoátegui, Víctor, “Pensamiento jurídico y acción legislativa”, en *Nueva Historia de la Nación Argentina. La Argentina del Siglo XX (1914-1983)*, tomo 8 (Buenos Aires: Academia Nacional de Historia, 1997), p. 406 y ss.

8. Gómez, Eusebio, “El Problema Penal Argentino”, *Revista Archivo de Psiquiatría, Criminología aplicadas a las Ciencias Afines*, año XI, Buenos Aires (enero-febrero 1912), p. 414.

9. Morlachetti, Alberto, “La huelga de las escobas de 1907”, www.holinfo-decarlos.com.ar, visitado el 15 de mayo de 2016.

Atento a estas observaciones, entendemos por qué era cotidiano ver participar a menores en incidentes, huelgas y protestas de la clase trabajadora, comentadas muchas veces por las columnas policiales de los diarios de la época; ello fue sedimentando en la opinión pública cierta noción de que los rateros, los revoltosos, los abandonados, los peleadores y los miserables formaban parte de un mismo problema social, la infancia abandonada y delincuente¹⁰.

A ello se sumaban las fotografías de los magacines ilustrados, en donde confluyeron innumerables diagnósticos angustiosos sobre la criminalidad infantil, y donde se publicaron reportajes que canonizaban a pequeños delincuentes como grandes profesionales del hampa, con carreras absolutamente prometedoras. En estas notas se incluían fotos de frente y de perfil de terribles menores delincuentes y también de los rateros más célebres de Buenos Aires¹¹.

Lancelotti señalaba, basándose en las estadísticas de un estudio crítico publicado en 1910, que los menores de edad cometían casi la tercera parte de los delitos registrados diariamente en la Capital Federal. Desde 1903 hasta 1912 se registraban detenidos por la Policía 15.233 menores, de ellos 4.003 tenían menos de 16 años y 11.230 entre 16 y 20 años de edad¹².

10. Freidenrajj, Claudia, “Legiones de pequeños criminales. Percepciones y debates sobre la delincuencia precoz en Buenos Aires, 1880-1920”, *Claves. Revista de Historia, “Historia Social del Delito: Policía y Castigo en América, siglo XVIII-XX”*, volumen 3, n° 4, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República Oriental del Uruguay (enero-junio 2017), s/p.

11. Sherlock Holmes, “Los niños delincuentes”, año I, n° 2, Buenos Aires (11 de julio de 1911). Ver también “Los niños delincuentes”, en *Revista Caras y Caretas*, año XI, n° 254, Buenos Aires (17 de diciembre de 1908). La prensa fue el gran difusor de las preocupaciones de las elites morales sobre la infancia abandonada y delincuente y también la que contribuyó a fortalecer el clima de terror. “La criminalidad asume entre nosotros cada día proporciones más alarmantes. Las estadísticas de los tribunales y de la policía, sobre todo en la Capital, registran un número enorme de criminales reincidentes de ambos sexos, incorregibles [...] una numerosa población flotante que vive casi la mitad del año en la policía y en las cárceles, y la otra mitad en las calles, plazas y huecos, meditando y combinando nuevos delitos”. “Colonias penitenciarias. Criminales reincidentes”. *Periódico El Pueblo*, Buenos Aires (6 de abril de 1900).

12. Lancelotti, M. A., “La criminalidad en Buenos Aires. Al margen de la estadística 1887-1912”, *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal* (enero-febrero 1912), p. 25.

Sin lugar a dudas las estadísticas y los estudios médicos y sociojurídicos desarrollados en los períodos señalados provenientes no solo del Instituto de Criminología, luego devenido en Instituto de Clasificación, sino también de las experiencias recolectadas antes, en el Asilo de Reforma de Menores Varones de la Capital y en el Gabinete de Observación Criminológica de la Cárcel de Encausados bautizado como Oficina de Estudios Médico-Legales, fueron fundamentales para profundizar aún más sobre la criminalidad infantil¹³.

Los directores de dichos establecimientos tenían confianza en que la regeneración de los menores se montaba sobre el diagnóstico de la “infancia culpable como fenómeno social”.

Adolfo Vidal, director del citado Asilo de Reforma de Menores, ya había transformado esta institución en un verdadero laboratorio destinado a practicar observaciones sobre psicología, fisiología y antropometría en los menores, ilustrando simultáneamente sobre procedimientos y sistemas correccionales¹⁴.

En un informe presentado hacia 1902, Vidal, conjuntamente con el secretario Benjamín García Torres, demostraba la idiosincrasia de los niños criminales, vagabundos y abandonados física y moralmente que constituían la población del Asilo. Según sus palabras, ellos se caracterizaban, “por su espíritu exento de toda cultura [...]. En el caso de los delincuentes precoces, el delito de hurto y el delito contra la propiedad era el que arrojaba mayores porcentajes, debido a la pobreza de los hogares. En el caso de los menores entregados por sus padres a los jueces y a las Defensorías para su corrección, tienen todos los caracteres que singularizan la perversión de los delincuentes”¹⁵.

13. En 1898 los menores provenientes de la Cárcel Correccional de Buenos Aires en San Telmo, dirigidos por el padre redentorista Federico Grote, se instalaron en la nueva Casa de Corrección de Menores Varones de la Capital que luego pasó a ser Asilo de Reforma de Menores Varones en 1902, Cárcel de Encausados en 1905, Prisión Nacional en 1909, Cárcel de Encausados otra vez desde 1922, luego Prisión Nacional desde 1941, posteriormente Dirección Nacional de Institutos Penales a partir de 1958, Cárcel de Encausados nuevamente en 1960 y finalmente Prisión de la Capital Federal desde 1967. Web oficial del Servicio Penitenciario Nacional www.spf.gob.ar

14. Memorias del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública año 1903 (Buenos Aires: Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1904), pp. 734-735.

15. Vidal, Adolfo y García Torres, Benjamín, “Asilo de Reforma de Menores Varones. Memoria elevada al Ministro de Justicia”, en Revista Archivo de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines, Tomo III, Buenos Aires (1904), pp. 607-608.

Esto surgía por la indisciplina en los hogares, por el vicio, por el descuido, o la excesiva severidad de los padres, caracteres de rebeldía y anormalidad que se observaban en los hijos.

“El enemigo más temible que tiene la obra de reforma en relación a estos menores delincuentes, es su retorno a la sociedad luego de haber cumplido sus condenas, volver al ambiente nocivo y pernicioso que le despertó sus tendencias al delito o les hizo nacer sus odios y modales [...] por ello es necesario establecer sociedades de patronato de egresados, que con su acción benefactora completen los esfuerzos de los establecimientos correccionales”¹⁶.

Vidal asimismo sostenía que la tendencia a la holgazanería y la falta de sentido moral era la materia prima sobre la que debía desarrollarse la labor correctiva, para lo cual era primordial no solo el aprendizaje de un oficio, sino la adquisición de hábitos laborales y la demostración de conductas esperables en individuos enmendados que buscan reintegrarse al medio social¹⁷.

Para él, ocupaciones tales como vender diarios eran perniciosas para la moral del niño, “pues éste en la libertad de la calle encontraba incentivos que despertaban ansias y apetitos muchas veces inconfesables”. Dos factores obraban en la formación del delincuente precoz, uno intrínseco, la predisposición orgánica; y el otro extrínseco, la maldad del medio ambiente. Consideraba que para neutralizar ambas fuerzas, muchas veces concurrentes, se proponía la escuela y el taller. La primera disciplinando la ignorancia y la segunda creando hábitos de trabajo, labrando su porvenir, utilizando medios lícitos y honestos para ello¹⁸.

En 1905, al asumir la dirección de la Cárcel de Encausados, José Luis Duffy implementaba una serie de iniciativas que profundizaban las tendencias delineadas por la administración anterior. Realizó una serie de prácticas penitenciarias que iban al encuentro de los más sobresalientes principios de la criminología positivista. Inaugura un gabinete de observación criminológica, bautizado como Oficina de Estudios Médico-Legales, el cual funcionó en el interior

16. Vidal, Adolfo y García Torres, Benjamín, “Asilo de Reforma de Menores Varones. Memoria elevada al Ministro de Justicia”, p. 607.

17. Vidal, Adolfo y García Torres, Benjamín, “Asilo de Reforma de Menores Varones. Memoria elevada al Ministro de Justicia”, p. 608.

18. Vidal, Adolfo y García Torres, Benjamín, “Asilo de Reforma de Menores Varones. Memoria elevada al Ministro de Justicia”, p. 609.

de la cárcel de Encausados. Su máxima era “Ningún encausado debe ser condenado sin previo informe médico-legal”, practicándose en un principio sobre individuos menores de edad¹⁹.

Hacia 1932 el Dr. Jorge E. Coll –portador de una gran experiencia en las instituciones de la niñez– resaltaba la idea de que la única clasificación científica que podía hacerse entre los niños abandonados de los delincuentes era la que derivaba del estudio psicológico del menor, sobre todo para saber cuál era el mejor tratamiento a seguir. Para ello realizaba la siguiente tipología: “Niños abandonados materialmente”: a) huérfanos, b) expósitos (artículos 806, 807 y 808 del Código Penal), c) mayores de 10 años, perdidos o abandonados, y d) sin medios de subsistencia. “Niños abandonados moralmente”: a) quienes practicaban la vagancia y la mendacidad, b) quienes evidenciaban tratos de crueldad, abuso o explotación, y c) quienes tenían padres o tutores con condenas de más de tres años. Y finalmente “Niños en peligro moral”: a) aquellos que viviendo con sus padres frecuentaban cabarets, casas de juego, etc., b) aquellos que rechazaban la instrucción o se fugaban de sus hogares, c) aquellos que viviendo con sus padres vagaban por las calles, d) cuando padres o tutores eran delincuentes, y e) quienes cometían delitos de corrupción o prostitución²⁰.

Claudia Freidenraij, en su artículo “Hijos del rigor”, nos dice que la posibilidad de enmienda se montaba sobre el diagnóstico de la infancia culpable y desvalida, como fenómeno social²¹. No eran criminales natos, sino niños afectados “por precoces enfermedades del espíritu” nacidas del ambiente paupérrimo y vicioso de los hogares humildes, donde la autoridad paterna se veía, por lo menos, diluida, conduciendo frecuentemente a la delincuencia o al abandono de los menores.

Señala la autora que la delincuencia precoz se diagnosticaba principalmente como un problema derivado del ambiente, no es de extrañar que la reeducación de menores infractores se conciba como

19. Duffy, José Luis, *Estudios médico-legales. Anteproyecto de ley* (Buenos Aires: Tipografía de la Cárcel de Encausados, 1907), p. 12.

20. Coll, Jorge Eduardo, *Legislación y tribunales para menores en infancia abandonada* (Buenos Aires: Ed. M.S.A., 1932), pp. 18-19.

21. Freidenraij, Claudia, “Hijos del rigor. Las vicisitudes del primer reformatario argentino. Buenos Aires (fines del siglo XIX, principios del XX)”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, n° 5, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (octubre 2011), pp. 142-144.

una responsabilidad social. El principio de enmienda del menor requería la preparación del personal y de un método. En este sentido no puede pensarse en la rehabilitación por fuera de su relación con la determinación de la patología, su clasificación, las respuestas del delincuente ante la terapéutica y su estado de peligrosidad²².

3. Informes médico-legales

En la Oficina de Estudios Médico-Legales se estudiaron, en cada caso, las causas de criminalidad de los menores y los antecedentes relativos a su educación, a su herencia y a su fisiología²³. Esta Oficina generó una masa de información sobre delincuentes y delitos hasta entonces inexistente que reunida, ordenada y compilada buscaba servir al interés público por su rol orientador en la elaboración de políticas de la criminalidad como fenómeno social²⁴.

Las impresiones que captaban los médicos legistas sobre esos menores examinados eran consignadas con gran detalle, sobre todo su ansiedad y sus posturas corporales.

“El aspecto general de D no deja de llamar la atención. Durante los interrogatorios y mientras permanecía sentado, inclinaba la cabeza hacia la derecha y bajaba sumiéndola entre los hombros, al mismo tiempo que encorvando el dorso, hace salir hacia delante aquella, dando así a la parte anterior del tórax la apariencia de estar deprimido. Por lo general mantiene los ojos bajos y la mirada desconfiada. Al hablársele levanta los párpados, pero no así la cabeza. Llama también la atención el continuo movimiento que le agita: no puede tener las manos en reposo, estrujando sin motivo los objetos a su alcance. Hay algo en su exterior que involuntariamente recuerda el aspecto y actitud de las manos”²⁵.

Las relaciones entre los menores encarcelados fueron objeto de manipulación, control y gobierno. Su vida sexual contribuyó a ser

22. Freidenraij, Claudia, “Hijos del rigor. Las vicisitudes del primer reformatorio argentino. Buenos Aires (fines del siglo XIX, principios del XX)”, pp. 142-143.

23. Duffy, José Luis, *Estudios médico-legales*, p. 12.

24. Freidenraij, Claudia, “Hijos del rigor. Las vicisitudes del primer reformatorio argentino. Buenos Aires (fines del siglo XIX, principios del XX)”, p. 143.

25. Examen del Encausado A. D o R., en *Revista Penitenciaria*, año I, número 2, Buenos Aires (1905), p. 325.

de gran preocupación por parte del personal jerárquico de todo reformatorio. Las autoridades lo reconocían cuando afirmaban que el estudio de observaciones psicofisiológicas era uno de los temas principales del programa de la Oficina de Estudios Médico-Legales²⁶.

Habitualmente dichos informes daban cuenta de la anatomía anal de los menores: la identificación de este último como “infundibuliforme” implicaba una asociación automática con prácticas homosexuales²⁷.

Hubo casos en que las confesiones sexuales eran un síntoma agravante de la patología que percibían los médicos²⁸, ya que no mediaba pudor alguno, ni vergüenza, sino vanidad al relatarlas. En varios de esos casos declaraban abiertamente haber mantenido relaciones homosexuales a cambio de dinero²⁹.

Además de evaluar las maneras de concebir al delincuente en sus diversas facetas, para determinar la terapéutica a seguir, los informes de dicha oficina también cobraban otro valor cuando se los apreciaba como mecanismos que venían a insertarse en la incipiente justicia de menores³⁰.

A nivel de cada encausado individual, los informes médico-legales fueron planteados como una exigencia de la modernidad punitiva, atenta a salvaguardar las potenciales inequidades que dormitaban en un sistema penal que prescindía de la medicina a la hora de castigar a un delincuente. Además, se los consideró la mejor forma de prevenir la condena penal de seres enfermos e irresponsables de sus actos³¹, y se impusieron toda vez que se requería un informe

26. “La pederastia y el onanismo”, *Revista Penitenciaria*, año I, número 2, Buenos Aires (1905), pp. 39-40.

27. “Ángel Z de 15 a 16 años, encausado por delito de hurto: el examen psíquico practicado por los médicos de la Cárcel de Encausados establecía que cuando tenía 8 años y hasta los 10 fue pederasta pasivo, a los 13 empezó a masturbarse hasta la actualidad. Ahora estando en el Departamento Central de Policía, sirvió a practicas pasivas, de las que aún conserva huellas”. Informe del Encausado Ángel Z., en *Informes Médico-Legales*, tomo I (Buenos Aires: Tipografía de la Cárcel de Encausados, 1906), p. 332.

28. “La pederastia y onanismo”, *Revista Penitenciaria*, p. 47.

29. Examen del Encausado C. F., en *Revista Penitenciaria*, año I, número 2, Buenos Aires (1905), pp. 260-261.

30. Freidenraij, Claudia, “Hijos del rigor. Las vicisitudes del primer reformatorio argentino. Buenos Aires (fines del siglo XIX, principios del XX)”, pp. 142-144.

31. Duffy, José Luis, *Estudios médico-legales*, p. 22.

sobre el estado mental y la capacidad de delinquir del encausado, antes de que el juez dictase sentencia.

Estos estudios sobre los menores se volvieron parte principal de los procesos judiciales, y su realización se aceptó como forma de determinar el grado de discernimiento de estos, tal como lo prescribía el artículo 81, inciso 3, del Código Penal.

Así fue cómo médicos de la Oficina de Estudios Médico-Legales comenzaron a sustituir a sus colegas de los tribunales de observación y evaluación de los menores de edad por alcaldes, capellanes, maestros de escuela y talleres que participaban de ello³².

Las opiniones de dichos médicos no tuvieron carácter resolutorio sino sugerente para el juez, quien decidía en última instancia. Los diagnósticos que desarrollaron involucraron no solo al presunto delincuente, sino también a su entorno familiar y social, llegando a aconsejar en algunos casos la privación de la patria potestad, tal como expresaba Duffy “para liberar al menor de las consecuencias desastrosas de la mala educación o del abandono moral”³³.

4. La situación judicial de los menores abandonados moral y materialmente

El abandono moral y material de los menores por parte de sus padres era uno de los motivos que los llevaban a la criminalidad, transformándose ello en una variable constante de la época³⁴. Como

32. *Informes Médico-Legales*, tomo I (Buenos Aires: Tipografía de la Cárcel de Encausados, 1906), pp. 22-26.

33. Duffy, José Luis, *Estudios médico-legales*, p. 13.

34. Entre los factores etiológicos que determinaban la peligrosidad del menor se destacaba el mal ambiente familiar. Lombroso decía que el criminal es un individuo que quedó al estado salvaje y el niño es un pequeño incivilizado, llegando de esta manera a generalizaciones que hoy no se aceptan. Freud sostenía que el niño nace bueno y se perversa al no poder dar satisfacción apropiada a su tendencia sexual. La perversión nace del desequilibrio producido por la insatisfacción de tendencias instintivas. Sin embargo, Leonard Darwin sostenía que tres factores son los que inflúan para romper las normas legales: a) medio ambiente nocivo; b) tentación, como consecuencia del anterior; y c) malas cualidades naturales, generalmente de origen hereditario. A lo que agregaba Nerio Rojas que las causas sociales y las causas individuales o patológicas eran las causantes. Pero no obstante ello, la doctrina señalaba, como principal causante del estado de peligrosidad, el factor familiar sí, pero también la constitución orgánica anormal del niño. De Arenaza afirmaba que

solución al problema y como defensa social se propendía a la aplicación del Código Civil, sobre todo en lo relativo a la pérdida de los derechos de patria potestad por causa de indignidad, para que a través de dicha medida se evitara esa tendencia al abandono, además de la reincidencia del menor en el delito.

El Poder Ejecutivo, por decreto del 31 de agosto de 1905, resolvió que los jóvenes fueran retenidos en la Colonia de Marcos Paz³⁵ o remitidos a ella después del vencimiento de su condena y luego puestos a disposición del Defensor de Menores, a quien se

“el 49% de los niños están dentro del conjunto de anormales, y no normales hay un 70% que provienen de familias taradas”. Pudiendo ser esta anomalía de carácter hereditario o adquirido y en este último caso podían serlo en la vida intrauterina o en la extrauterina. Varios fueron los trabajos que permitieron afirmar la existencia real y verdadera de la herencia a la predisposición delictiva y también no faltaron personas que negaron el atavismo criminal, afirmando que el ambiente que rodea al menor es el principal factor de su predisposición delictiva. *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires (1924), pp. 406-423.

35. El hacinamiento de menores en la Correccional de Menores de la Capital Federal impulsó el traslado de jóvenes procesados y condenados a la Colonia de Marcos Paz, insistiéndose en la urgencia de separar los menores abandonados de los delincuentes con los que allí convivían. Así lo expresaba el Senador Salvador Maciá cuando, en su carácter de informante de la Comisión del Interior, le tocó defender la propuesta del Senado: “la Nación tiene la obligación apremiante de reglamentar de otra manera este asilo de menores;...tiene necesidad de separar los criminales de los que no lo son, [...] es urgentísimo que ese establecimiento no esté sirviendo como sirve actualmente de corrupción, en lugar de servir de enseñanza, de manera que [...] se trata precisamente de eso, separar a los criminales de los que no lo son y de poder clasificar entre los niños a los que necesitan simplemente corrección de los que necesitan castigo porque son delincuentes...”. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores* (sesión del 6 de julio de 1904), año 1905, p. 430. Para poder clasificar a los niños detenidos se requería tener ciertos saberes y experiencia, por eso el Poder Ejecutivo encargó que se contactaran con el especialista inglés en Asilos de Reforma Mateo H. Embley. Su informe, elevado al Poder Ejecutivo Nacional y al Poder Legislativo en 1904, se constituyó en una pieza argumentativa central para quienes defendieron la creación de la Colonia de Marcos Paz. Luego la distancia entre el proyecto institucional y el devenir cotidiano de la institución se debió no solo a problemas de financiamiento, a la lentitud de los procesos, sino también a las concepciones de los empleados sobre cuál era el modo correcto de desplegar sus labores, que en síntesis hizo de Marcos Paz un Asilo Correccional carente de plan metódico y científico. Zapiola, María Carolina, “¿Escuela regeneradora u oscuro depósito? La Colonia de Menores Varones de Marcos Paz 1905-1919”, ver en Gayol, Sandra y Pesavento, Sandra, *Sociabilidades, justicias y violencias: prácticas y representaciones culturales en el cono sur (siglos XIX y XX)* (Buenos Aires-Porto Alegre, Brasil: 2001), pp. 23-24.

le daría conocimiento del hecho enviándosele copia autenticada de los antecedentes para que se iniciase juicio sobre la pérdida de la patria potestad. Continuaba el decreto aseverando que los menores comprometidos en esta situación serían remitidos, no obstante reclamación de los padres o guardadores, hasta que se obtuviera el pronunciamiento del juez³⁶. La medida se cumplió estrictamente hasta 1906, en que la declaró ilegal la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, respecto a la parte que se refiere a la retención de menores a pesar de la reclamación de los padres o tutores.

Ante dicha reclamación el Poder Ejecutivo toma cartas en el asunto y dicta, el 6 de septiembre del citado año, un decreto disponiendo que los Directores de la Cárcel de Encausados y la Colonia de Menores Varones de Marcos Paz participasen en las investigaciones ordenadas por el decreto del 31 de agosto de 1905, con toda la anticipación que fuere necesaria para que, llegado el caso, se iniciare el juicio sobre pérdida de patria potestad para obtener la resolución del juzgado civil antes del día en que el menor debía salir en libertad. Pero cuando por cualquier motivo no se dictare la resolución del juzgado con anterioridad a su salida en libertad, el menor sería entregado a sus padres sin perjuicio de la prosecución de los trámites indicados en el mismo³⁷.

El Director de la Cárcel de Encausados, Duffy, señalaba que la práctica fue demostrando que para proteger a los menores, o mejor dicho a la sociedad, contra la indignidad de los padres no bastan las disposiciones del Código Civil y los decretos del Poder Ejecutivo; a tal efecto nos remitiremos a los casos concretos citados por dicha dirección:

En el caso de Roque Abarres o Abruchessi, el menor, en el transcurso de seis años (1900-1906) fue procesado ocho veces por delito de hurto, habiéndose dictado sentencia condenatoria en cuatro de esos procesos; a pesar de haberse probado los antecedentes de

36. Duffy, José Luis, "Protección a la Infancia. Necesidad de una ley especial", en Memoria de 1907 presentada al Congreso Nacional por el Ministro de Justicia e Instrucción Pública Dr. Federico Pinedo, tomo 1, Anexo Justicia 1906, Buenos Aires (1907), pp. 236-243.

37. Reforma del decreto del 31 de agosto de 1905, sobre retención de menores. Dr. Duffy, José Luis, en Memoria de 1907 presentada al Congreso Nacional por el Ministro de Justicia e Instrucción Pública Dr. Federico Pinedo.

incapacidad de los padres para dirigir su educación, el joven les fue entregado, en virtud de una resolución del Juzgado en lo Civil.

Otro caso fue el de Adolfo Carrozi, quien ingresó a la Cárcel de Encausados el 1° de mayo de 1906 procesado por el delito de hurto, dando cumplimiento a una orden del Sr. Juez Correccional Dr. Obligado. La Oficina de Estudios Médico-Legales practicó examen psicológico al menor, y después de exponer todos los antecedentes personales y de familia, y de verificar dicho examen, concluyeron: "... es presumible, dada la contextura psíquica de Carrozi, que reincida en el delito y esté destinado a ser por lo mismo un frecuente poblador de cárceles".

Cuando el Juez Correccional falló en este caso, dictó auto de sobreseimiento provisional, y el Director ordenó que el menor fuera entregado a su familia por tratarse de un delincuente primario. A los tres meses de haberle concedido la libertad, el menor reincide en el delito de hurto, y se confirma la presunción de la Oficina de Estudios Médico-Legales.

El Juez Correccional Fabio López García fue llamado a entender en esta causa y solicitó el informe a la misma Oficina, la cual envió copia del primer dictamen: "Teniendo en cuenta el alcoholismo del padre, su demostrada inhabilidad para la dirección de su hijo y la degeneración mental de éste, creemos necesario que se declare la pérdida de la patria potestad y se interne a Carrozi en una colonia penal, dada la falta de un establecimiento especial para esta clase de delincuencia".

La Dirección, cumpliendo con la orden del juez citado, puso al menor a disposición de la Defensoría, a la cual dirigió la nota fechada el 18 de octubre; en ella expuso los antecedentes mencionados, e iniciado el juicio sobre pérdida de la patria potestad, el Juez Civil dispuso que el menor fuera entregado a su familia.

El último caso al cual nos referiremos poco difiere de los anteriores; es el de Ramón Iturreta, de quince años de edad, procesado diez veces por hurto.

Desde 1901 era huérfano de madre; el padre había tenido dieciséis entradas en la cárcel, de las cuales doce fueron por delitos contra la propiedad y cuatro por delitos contra las personas. Su tía Josefa Lastreto también había sido procesada por tentativa de homicidio en 1903. Estos antecedentes demostraban que se trataba de un caso en que el interés social requería que se prive al padre de los derechos de patria potestad. Como la última pena impuesta al menor vencía el 10

de noviembre de 1905, la Dirección, con la anticipación debida, en octubre del citado año dirigió nota a la Defensoría de Menores a los efectos de lo dispuesto en los decretos del Poder Ejecutivo; sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido no se había recibido comunicación de ninguna clase sobre el asunto, y si el menor se encontraba a disposición de la Defensoría era porque el padre no se había hecho cargo de él³⁸.

5. Informes elaborados por José Ingenieros y por Víctor Mercante sobre delincuencia precoz

Los estudios de Ingenieros sobre la delincuencia precoz y los niños vendedores de periódicos, y los trabajos del pedagogo argentino Víctor Mercante sobre criminología infantil, publicados ambos en la Revista Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicadas a las Ciencias Afines, nos demuestran el profundo interés científico que había sobre el tema.

La investigación realizada por la prensa en 1901 acerca de las condiciones de vida y trabajo de la población, que demostraba la gran lucha que se llevaba a cabo contra tantas dificultades para conseguir trabajo medianamente remunerado, y la gran desocupación generadora de vagancia fueron el punto de partida del estudio de Ingenieros.

Los datos que fue obteniendo fueron suministrados por los administradores de diarios, por el Depósito de Contraventores, por el Dr. Nicanor Sarmiento del Refugio de Menores, y por los informes otorgados por José C. Soto, director de la Casa Correccional de Menores Varones, durante su gestión. Tales estadísticas resultaron de observar directamente, con perspectiva individual y grupal, a vendedores y exvendedores de diarios caídos en la vagabundez o la delincuencia, advirtiendo que se distinguían grupos bien diferenciados: vendedores industriales, que hacían del oficio su fuente de sustento; vendedores adventicios, que vivían del azar, sin techo, ni alimentación segura, causas que los arrojaban al pequeño hurto y luego a la vida delictuosa; y los delincuentes propiamente dichos.

38. Casos citados por el Director de la Cárcel de Encausados, Dr. José Luis Duffy, en Memoria 1907 presentada al Congreso Nacional por el Ministro de Justicia e Instrucción Pública Dr. Federico Pinedo, p. 371.

Los adventicios oscilaban entre 7.000 y 12.000, no menos de las dos terceras partes de los delincuentes que estaban asilados en la sección de detenidos, del Refugio Nocturno, en la Casa de Corrección de Menores Varones o en el Depósito de Contraventores³⁹.

Luego de establecer las ventajas e inconvenientes del desempeño de los menores en este oficio, llegó a la conclusión de que “el desempeño de la niñez como medio de difusión del periódico presenta inconvenientes, traducidos en causas de degeneración individual y social”⁴⁰.

Debía suprimirse progresivamente el empleo de la niñez como medio de difusión del periódico, siendo dicha labor perjudicial tanto para el niño como para la sociedad. Y aconsejaba elaborar una legislación protectora del trabajo de la infancia, reglamentada conforme a las reglas de higiene. El Congreso de la Prensa Argentina, luego de analizar el estudio de Ingenieros, emitió su voto en el mismo sentido⁴¹.

Víctor Mercante, por su parte, aporta a la criminología de los menores trabajos muy interesantes sobre las tendencias criminales de estos. Señala que “éstas le son naturales, como eran naturales en el hombre primitivo, las que se modifican al crecer, en grados diferentes, según el sino hereditario que traigan y la acción del medio que los rodea. En la escala de las necesidades, se presentan primero las nutritivas, después las sensitivas, y por último las morales e intelectuales. En todas las determinaciones del niño es raro que no se encuentre velada la inocencia, al parecer, por un propósito de envidia, vanidad o de egoísmo. La acción doméstica, siendo diversa en cada hogar, da tipos heterogéneos que difícilmente se avienen, lo cual produce en la sociedad o la escuela, los choques destinados a fundir el carácter, aminorando la energía de las impulsiones en beneficio de los sentimientos humanitarios [...]. Pero la escuela solo ha iniciado trabajos de carácter didáctico, buscando elementos con que fundar un procedimiento para instituir, no para formar, aptitudes morales”.

39. Ingenieros, José, “Los niños vendedores de diarios y la delincuencia precoz” (Nota sobre una encuesta efectuada en 1901), *Revista Archivo de Psiquiatría, Criminología y Medicina Legal*, Año VII, Buenos Aires (1908), p. 330.

40. Ingenieros, José, “Los niños vendedores de diarios y la delincuencia precoz”, pp. 341-344.

41. Rodríguez López, Carmen Graciela, “La niñez abandonada y delincuente al iniciar el siglo XX. Los menores vendedores de periódicos”, www.derecho.uba.ar/investigación.

El autor denuncia que la falta de gabinetes bien montados en las escuelas, como también la falta de registros y personal bien preparado, impiden conocer mejor al niño y prevenir así “los síntomas que se muestran desde los primeros años” [...] “pues no hay regularmente maestro preparado, que al observar detenidamente una clase pueda identificar al que presenta tendencias al delito”.

Entre 1902 y 1904 Mercante desarrolló una serie de estudios sobre criminología infantil, publicados en los Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicadas a las Ciencias afines, basados en jóvenes entre 13 y 18 años de edad, procesados o condenados por distintos delitos: robo, parricidio, disparo de arma de fuego y homicidio. En esos casos explica cómo la acción doméstica y social es gravitante sobre el menor, así como lo es el factor escolar, los sentimientos, carácter, sentido moral y aptitudes para desarrollar cierta habilidad.

En sus observaciones distingue cuál es la raza y el temperamento del menor, porque lo considera determinante a la hora de emplear tal o cual modalidad delictiva.

Como ejemplos podemos citar algunos de sus casos:

– El del niño D, como lo llama el autor, que se encontraba encarcelado por haber herido con un cortaplumas a un muchacho en una gresca. Aquí se llega a la conclusión de que había accionado de esa manera, por la falta de educación en su medio social (aunque su educación doméstica ha sido de virtud y tiene predisposición al aprendizaje de un oficio y a ocupar la actividad en cosas útiles), por su espíritu de raza italiana, en donde, ante una situación de amenaza contra él, por un grupo de muchachos, utiliza un arma para pelear y atacar y no el puño como es costumbre en Argentina [...] la falta de adaptación ha provocado el choque, en un ambiente extraño, ya que el niño ha venido de Italia a los dos años y medio, regresando a su patria en seguida, y vuelto a nuestro país a los 8 años de edad, acometiendo años después el delito...⁴².

– *El detenido G, procesado por parricidio*: de su estudio se desprende que es menor de 16 años, hijo de un padre toscano y una

42. Mercante, Víctor, “Estudios sobre Criminología Infantil”, Revista Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicadas a las Ciencias afines, tomo IV, Buenos Aires (1904), p. 567 y ss.

madre genovesa. Es robusto físicamente, tiene estrabismo muy pronunciado, amnesia, insensibilidad moral y razón tardía; los instintos energéticos, mientras que los centros de la inhibición casi atrofiados [...]. Pasa períodos de tranquilidad, y repentinamente es víctima de los ataques de rabia en los que no se sabe lo que hace. Expuesto a los peligros de la impulsión violenta, bajo el estímulo de una sola palabra, es un epiléptico con caracteres muy marcados de debilitamiento psíquico.

Acción doméstica y social: se formó en un hogar modesto, virtuoso y de trabajo, pero de continuas riñas. Refractario al consejo, nunca aprovechó de la solicitud con que pretendía reformarlo el padre, quien sufrió mucho por su carácter violento; le quisieron colocar en la escuela de grumetes, por la fe que tenía en un régimen de severa disciplina, pero no fue admitido por el defecto de la vista. Se trató de darle un oficio, el de pintor, pero en un año no sabe encuadrar todavía. En el hogar la violencia corregía a la violencia; sin embargo G no conservó nunca odios, y con el finado, a quien ultimó en una gresca acometida por exceso de ira, aprendía la guitarra poco antes del crimen e iba a misa los domingos...en la cárcel esto último ha desaparecido.

Factor escolar: la escuela nada pudo contra la herencia coercitiva del criminal; ingresó a los 8 años y salió a los 14: no pasó de tercer grado, alcanzando conocimientos como alumno regular de segundo grado en lectura y escritura. Tenía un estado rudimentario de aquellas facultades que arrojan la conciencia.

Desarrollo de aptitudes: el sistema nervioso débil y anómalo. La simpatía, el amor, la bondad, son sentimientos atrofiados, pero bien marcados en el espíritu de desobediencia. En semejante terreno la acción escolar es nula y fracasa siempre el empeño de modificar los instintos por medio de la educación.

Conclusión: posee estigmas de degeneración psíquica; un sistema nervioso débil, siendo un epiléptico. Sus anomalías son de carácter hereditario: poco debe a los factores social y escolar ingentemente resistidos por él. Cualquier circunstancia puede irritarlo rápidamente y provocar una impulsión peligrosa de carácter ofensivo. El acto reflejo de la impulsión se agrava por carecer de centros inhibitorios y directores. Hay en él idea fija, el ansia de destruir que de latente pasa rápidamente a ser activa. Hay anomalías en los sentidos, amnesia general, atención débil y raciocinio atrofiado. Conocimientos rudimentarios. No tiene pasiones, ni emociones. Siempre

igual, excepto en el momento de ira. Siendo pocos los estigmas físicos, pero muy notables⁴³.

De esta manera, Mercante pergeña sus estudios sobre el menor delincuente manteniéndolo en el anonimato. Sus notas criminológicas y sus informes psicopedagógicos resultaron de gran interés para Ingenieros, quien bajo su dirección los publicó en distintos volúmenes de la revista citada. Estos y otros trabajos científicos, desarrollados en las primeras décadas del siglo XX basados en estadísticas y testimonios cotidianos de la realidad, contribuyeron notoriamente a las reformas que en materia laboral y penal se emprenderían *a posteriori*.

6. Clasificación y estudio médico psicológico efectuado por el Dr. Carlos De Arenaza⁴⁴ hacia 1922

El Dr. De Arenaza combina la mirada científica y racional con principios morales y tradicionales que condenaban el rumbo disfuncional tomado por la veloz modernización económica de las grandes ciudades.

El autor nos dice que el problema de la delincuencia infantil reviste trascendencia social indiscutible, y ha aumentado en los últimos tiempos, habiéndose modificado fundamentalmente el criterio social y jurídico para apreciarla, por ello importa revertir procedimientos y sistemas adaptándolos a las circunstancias. Remarca que el aumento de la delincuencia infantil responde a causas múltiples según ha investigado en un millar de estudios médico-psicológicos pacientemente recogidos en 18 años de dedicación casi exclusiva, en donde se deduce que es en los hogares irregulares donde se incuban los futuros delincuentes.

El autor nos revela en este análisis cuáles fueron los fracasos de los procedimientos empleados hasta la fecha en lo que hace a la represión y prevención de la delincuencia infantil:

43. Mercante, Víctor, "Estudios sobre Criminología Infantil", p. 568 y ss.

44. Carlos De Arenaza fue médico de la Policía de la Capital entre 1901 y 1922, como también de la Oficina Médico Legal de la Prisión Nacional entre 1905 y 1917, además de Jefe del Servicio Médico Legal de la Alcaldía de Menores entre los años 1920 y 1922.

“Muchos medios no solo resultaron ineficaces sino que han sido considerados contraproducentes; prejuicios doctrinarios, ignorancia de la realidad de los hechos, un concepto equivocado de lo que ella importaba como problema social y el desconocimiento completo de la psicología infantil, no han hecho más que ir alimentando en forma alarmante la hueste siempre creciente de la delincuencia habitual”.

“El fracaso en lo que a reincidencia se refiere, [...] se evidencia en la presencia a diario de criaturas de 10 a 12 años, con elevado número de procesos, por delitos de toda índole, pero eso no fue suficiente para dejar de lado vetustos sistemas que no hicieron sino agravar de más en más este pavoroso problema social vigente”⁴⁵.

“Hemos retrogradado, los niños se corrompían en lúgubres prisiones, en la más odiosa y repugnante promiscuidad con adultos delincuentes, degenerados y viciosos de la peor especie, y nosotros nos limitamos a cerrar los ojos para no ver tanta vergüenza, que no era más que una consecuencia lógica de nuestra criminal indiferencia. El niño para la ciencia penal, no era sino un hombre pequeño con sus mismos defectos, atributos y cualidades en un grado menor [...] pero pasibles por consiguiente de los mismos sistemas de intimidación y represión; que apenas si se les admitían algunos atenuantes, ello le permitía reducir las penas en proporción a la edad...”⁴⁶.

A esta altura de la observación, De Arenaza soslaya que la carencia de antecedentes en la “infancia maleante” y al margen de la ley tiene un actor más temible que ha sabido sustraerse a la acción de la justicia, y por ende a la curativa del tratamiento, constituyendo un elemento más peligroso que aquel por el que fue procesado o considerado una o más veces, pues casi siempre el primero se sirvió del segundo para realizar el acto antisocial sin exponerse a sus probables consecuencias; uno es una víctima, el otro un hacedor de víctimas que gestionará y corromperá a los abúlicos, a los débiles y a los cándidos. De ahí los prejuicios doctrinarios y la ignorancia de la realidad, sumada al desconocimiento de la psicología infantil, van contribuyendo al crecimiento de la delincuencia habitual⁴⁷.

45. De Arenaza, Carlos, “Menores delincuentes. Clasificación y estudio médico psicológico”, p. 42.

46. De Arenaza, Carlos, “Menores delincuentes. Clasificación y estudio médico psicológico”, p. 43.

47. De Arenaza, Carlos, “Menores delincuentes. Clasificación y estudio médico psicológico”, p. 43.

En lo que respecta al estudio individual del menor delincuente, sostiene que es indispensable destinarlo al instituto apropiado, según sea un enfermo o un anormal, un sujeto peligroso, un retardado o un simple ineducado. Para ello se requiere saber sobre su constitución física y psíquica, sus relaciones con el medio ambiente para luego poder individualizar la pena y el tratamiento a seguir en cada caso⁴⁸, “pues la pena no debe buscar el castigo del criminal sino su enmienda, apreciando no el delito en sí mismo, ni la responsabilidad criminal, sino su temibilidad”⁴⁹.

Enfatiza en que a veces la violencia del carácter en el menor, los actos impulsivos, las rebeldías que provocan su expulsión del colegio, lo llevan al vagabundaje y por consiguiente a la delincuencia: “... he estudiado en muchos niños esa insensibilidad, indiferencia y reticencia al afecto o caricias; no responden a la clasificación ‘locos morales’. No, es que muchos de ellos no conocieron a sus padres, [...] es que ellos solo conocieron el golpe brutal, la imprecación

48. Por ejemplo, “Carlos, argentino de 15 años de edad, sin profesión, acusado de complicidad de hurto [...] concurrió a la escuela con asiduidad, no menos de 6 años, su rudeza no pudo pasar inadvertida a sus profesores, que lo consideraban torpe y de muy mala cabeza [...] Durante sus fugas del hogar era aprovechado por sujetos de mal vivir, que luego de hacerle beber 2 o mas copas de grapa lo llevaban a sitios apartados donde ejercían en él todo tipo de degradación humana que se ha podido inventar [...] Carlos es un degenerado físico y psíquico con taras hereditarias. Es perverso [...] es débil de voluntad, es falta de sentimientos afectivos y morales. Su mentalidad es inferior y por debajo de la media que correspondería a su edad y concurrencia a la escuela”. Informe sobre las condiciones psíquicas de un joven a cargo de los médicos de la Cárcel de Encausados. De Arenaza, Carlos y Raffo, J. V., “Sobre la patología de la pubertad” en Revista Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines, año V, Buenos Aires (1906), p. 49.

49. Carlos De Arenaza se pregunta en su estudio: “¿Cómo fijar el procedimiento a emplear si ignoramos al niño? Unos serán refractarios a la escuela porque se encuentran mejor en la calle, porque el abandono del padre, la despreocupación los exime de vigilancia y no los obliga a concurrir a la escuela. Otro será el analfabeto, porque la avaricia de su familia prefiere utilizarle comercialmente. Otros, no son pocos, no van a la escuela porque ello implica un martirio, retardados mentales, deficientes intelectuales, constituyen en el curso el hazme reír de sus condiscípulos... de ahí que, cabizbajos, prefieren esconder su vergüenza en la calle, donde su insuficiencia mental pasa desapercibida, que concurrir a la escuela para ser testigos, poco menos que inconcientes pero doloridos, de los progresos de sus compañeros”. Señala que no son suficientes las informaciones de los delegados y maestros, sobre todo estos últimos, que tienen numerosos niños en sus cursos. Aunque sostiene que un profesor consciente debe informar al Tribunal de Menores. De Arenaza, Carlos y Raffo, J. V., “Sobre la patología de la pubertad”, pp. 49-50.

obscena y la mano que se les acercó para castigarlos, no para ofrecerles un punto de apoyo. ¿Quién sino el médico podrá demostrar que esa falta de afectividad o de sentimiento, no es sino aparente, no responde a un proceso patológico, no atestigua una locura moral? Individualizado el tratamiento a aplicar en cada caso, le permitirá al juez de menores un accionar eficaz, para determinar su reeducación”. Entonces, “la importancia y la necesidad del informe médico-psicológico no se discute...”⁵⁰.

Al finalizar el estudio, De Arenaza llega a la conclusión de que “un médico y no otra persona es la única capacitada para expedir a ciencia y conciencia un estudio completo sobre la personalidad física y psíquica del menor delincuente; y ese informe debe resultar no de un simple interrogatorio o de un examen más o menos hábil, sino de una observación prolongada, minuciosa y científica realizada en un establecimiento apropiado, con colaboradores preparados y conscientes de sus deberes y responsabilidades. No basta el título profesional para expedir una información de la índole requerida por el tribunal; ello exige estudios complementarios de materias poco trilladas porque no tienen o por lo menos no se les da en la práctica profesional la importancia que revisten; ganarse sus corazones para llegar a la verdad”.

En 1922 se estableció que, de 200 menores examinados en la Alcaldía, 108 contaban en sus familias antecedentes bien claros de alcoholismo. Esto le quiso ser refutado a De Arenaza por delegados, concluyéndose que estos se limitaban a preguntar a la familia o al propio interesado si se embriagaba, trayendo información incompleta.

“El informe médico-psicológico debe ser realizado por un profesional con conocimientos especiales en la materia y expedido después de una prolongada observación en un establecimiento adecuado, completado con la más amplia información sobre la familia, ambiente social y capacidad para el trabajo, lo que ha de constituir la base fundamental de la resolución del Tribunal; él permitirá al juez formar el concepto exacto e integral de lo que es el niño y será

50. De Arenaza, Carlos y Raffo, J. V., “Sobre la patología de la pubertad”, pp. 49-50.

el punto de partida del tratamiento médico psicológico que habrá de seguirse a fin de poder hacer pedagogía y terapéutica a la medida”.

De acuerdo con ello, en el Segundo Congreso Nacional de Medicina de 1922 se llegó a la siguiente votación, a raíz de lo abordado; 1) En todo proceso contra menores, o en que estos intervengan, es indispensable el examen médico-psicológico previo del acusado. 2) El estudio debe ser realizado por médicos especializados y después de una observación conveniente en un establecimiento apropiado.

7. Informe clasificatorio o ficha individual elaborada por el Dr. Carlos De Arenaza

En este apartado observaremos los pasos seguidos por el Dr. De Arenaza en la confección de fichas individuales de cien menores en edad escolar, alojados en el Asilo Policial, los cuales serían trasladados a un internado en Olivera⁵¹. El estudio y clasificación respondía a una orden verbal emitida por el Jefe de Policía de la Capital al Presidente de la Comisión Asesora de Asilos y Hospitales Regionales Dr. Domingo Cabred, quien le encomendaba a De Arenaza dicha tarea⁵².

En la carta que dirige al Jefe de la División Judicial de la Policía de la Capital, De Arenaza hace referencia al degradado ambiente que presenta el Asilo y las explicaciones personales que les dio a las familias de los menores sobre las ventajas educativas que les reportaría a estos el ingresar a la Colonia Escuela Olivera.

Señala que obtuvo consentimiento familiar solo de 70 menores, a los que se les confeccionaron sus correspondientes fichas personales, “habría deseado que las fichas médico-legales de los 30 restantes hubieran correspondido a aquellos seres que por abandono moral o material, pudieran estar comprendidos en la ley 10.903, pudiendo de esta forma y con intervención del Tribunal de Menores hacer factible su internación en Olivera”.

51. Los estudios abarcaban: la información social, el examen físico-psíquico y el nivel de instrucción.

52. Carta al Sr. Jefe de la División Judicial de la Policía de la Capital. Buenos Aires, enero de 1923. Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal, dirigida por el Dr. Helvio Fernández, Año X, 1923, Buenos Aires (1923), pp. 500-501.

Estos menores no fueron autorizados y algunos retirados temporalmente por sus padres, intuyendo el desalojo completo del Asilo Policial.

En cuanto al valor efectivo de las conclusiones a que arriba en cada ficha particular, el autor sostiene que es de carácter relativo:

“En muchas oportunidades he sostenido que, en el estudio médico-psicológico, la clasificación de un menor delincuente abandonado o ineducado no puede realizarse sino por la observación prolongada del mismo, en un establecimiento apropiado y por el consentimiento amplio y exacto del ambiente, de las familias, etc. Sería utópico pretender que las fichas personales de cada uno de los cien menores representara un diagnóstico definitivo y un pronóstico exacto sobre el porvenir del sujeto; no, nada de eso, ellas no constituyen sino una impresión fundada en una serie de elementos subjetivos y objetivos, afirmada en el presente caso por la seguridad que acuerdan a esta opinión la práctica adquirida en más de veinte años de dedicación y estudio, pero una impresión al fin”.

También deja bien en claro que la edad de los menores estudiados resta eficacia a las conclusiones, ya que estos están en un constante cambio hacia la adolescencia.

La ficha consta de cuatro secciones:

1. En la primera se anotan los antecedentes de los padres, sus vicios, enfermedades y cualidades; las de sus antepasados, particularizándolos sobre aquellas taras que, al pasar de una generación a otra, dejan rastros indelebles, modificando la constitución de la prole, debilitándola y exponiéndola al ataque del medio exterior.

También se anota todo lo referente al ambiente de la familia, el de los hermanos, situación económica y legal del hogar; dejándose constancia de si esa situación es pasajera o definitiva, si su miseria responde a una desocupación temporaria o a una incapacidad definitiva por enfermedad o vicio. Esta parte de la ficha concluye con un pequeño resumen en el que consta el número de hijos e hijas menores de 6 años, los de 6 a 14 y los de más de 14 años, es decir los que están en condiciones de contribuir al sostén de los suyos. De este modo se puede apreciar, en pocos segundos, la situación exacta de cada hogar.

2. La segunda parte se refiere al menor en particular, deja constancia de las circunstancias del nacimiento, de las enfermedades te-

nidas, de su estado actual, precisado por un minucioso examen clínico, así como el regular funcionamiento de sus sentidos.

3. La tercera parte se refiere al examen pedagógico, sus antecedentes escolares, grados que llegó a cursar y su habilidad manual. Estos datos se complementan con la opinión sintética del profesor respecto de las condiciones intelectuales del niño, acompañada de un autógrafo y un dibujo espontáneo que permitan a los profesionales que se hagan cargo de su instrucción definitiva apreciar, desde el primer momento, sus buenas o malas cualidades.

Se sintetiza en la última parte, y en muy pocas palabras, la opinión definitiva del suscripto, indicando el camino a seguir en cada caso y señalando el establecimiento de elección para la reeducación del causante.

La elección del establecimiento debe hacerse, siempre, dentro de aquellos que dependen de la citada Comisión de Asilos y Hospitales Regionales.

4. La cuarta es el examen psicológico, evaluándose al niño para ver si presenta taras familiares, teniendo en cuenta el ambiente en donde se desarrolla, el buen o mal ejemplo que recibe, el que va a influir en forma decisiva sobre la ulterior actuación del mismo, de ahí que contemple con particular pesimismo el porvenir probable de esas criaturas, salvo que se los retire del ambiente en que actúan, fortificando sus cuerpos debilitados por las privaciones, orientando sus instintos e inclinaciones e instruyendo y educando su espíritu.

De la clasificación de las cien fichas de referencia, setenta resultan de una evaluación directa y treinta de una evaluación indirecta, lo cual se refleja de esta manera⁵³:

Aparentemente normales.....	70 niños
Retardados mentales.....	10 niños
Degenerados mentales.....	12 niños
Epilépticos.....	2 niños
Afectados de Tuberculosis.....	4 niños
Tuberculosos y Neuropáticos.....	2 niños

53. Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal, pp. 506-507.

Del presente cuadro se deduce cuál fue el destino que convino dar a estos niños. Según De Arenaza, si bien alguno de los degenerados y una pequeña parte de los retardados podían ser internados en Olivera sin mayores problemas, “ya que se trata de casos poco pronunciados, no menos de 10 a 12 criaturas deberán ser recluidas en la Escuela de Torres y cuatro de los seis tuberculosos requieren un clima de montaña, es decir, ser remitidos a Santa María”⁵⁴.

8. Conclusión

Finalizamos este artículo señalando que las expresiones reformistas que apelaron a la normalización y racionalización de los modos de vida de los obreros y su entorno familiar también plantearon un complejo campo de estudio, de allí que la infancia representaba un problema en el cual el Estado encontró razones morales y de defensa social para intervenir sin dificultad en ámbitos privados antes regulados por los usos y creencias populares. De ahí la necesidad de fundar instituciones que encauzaran por la buena senda moral a los menores, considerando a la educación integral y al aprendizaje de oficios los pilares básicos de la integración de la infancia abandonada al proyecto político de la elite dirigente.

La implementación de medidas y programas preventivos fueron orientados hacia la organización terapéutica del trabajo, con un fin preciso de transformar a los menores en futuros trabajadores y buenos ciudadanos⁵⁵.

Los estudios realizados debían reemplazar los prontuarios policiales que generaban un estigma permanente en el menor. Esos informes surgidos de las fichas médico-legales representaron legítimamente la tendencia ideológica de los profesionales que llevaron a cabo la tarea de reencaminar a los desvalidos o abandonados.

Sin lugar a dudas el objetivo de la doctrina penal positivista fue establecer medidas de seguridad por razones de prevención social

54. Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal, p. 507.

55. Aversa, María Marta, “Infancia abandonada y delincuente. De la tutela provisoria al Patronato Público (1910-1931)”, en Daniel Lvovich y Juan Suriano (editores), *Las políticas sociales en perspectiva histórica Argentina, 1970-1952*, Universidad Nacional de General Sarmiento (Buenos Aires: Editorial Prometeo Libros, 2006), p. 91.

y, como destaca Mary Beloff, todas las personas menores de edad que no se sociabilizaban a través de los mecanismos informales de control social, serían resociabilizadas por medio del derecho penal (en sentido material). Y una de las tantas inconsistencias teóricas de este planteo consistía en pretender la resociabilización de “asociales”, como eran considerados en el país a comienzos del siglo XX a los hijos de inmigrantes de tendencias ácratas o de izquierda que trabajaban con sus padres vendiendo publicaciones en las calles⁵⁶.

Fue así como los problemas atinentes al menor se convirtieron en factores criminógenos y ello implicó transformar al menor en un sector a penalizar, de ahí que las medidas correctivas aplicadas por la sociedad sobre la infancia se vincularon con la idea de que ese menor sería considerado un enfermo, más susceptible de curación que de castigo⁵⁷. Y sus patologías estarían sujetas a políticas de saneamiento, separación y tratamiento, rasgo distintivo de la reforma social analizada⁵⁸.

Bibliografía

- Aversa, María Marta, “La cuestión social de la infancia abandonada y delincuente: debates y políticas públicas. Buenos Aires (1910-1931)”, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Tesis presentada en el año 2014.
- Aversa, María Marta, “Infancia abandonada y delincuente. De la tutela provisoria al Patronato Público (1910-1931)”, en Daniel Lvovich y Juan Suriano (editores), *Las políticas sociales en perspectiva histórica Argentina, 1970-1952*, Universidad Nacional de General Sarmiento (Buenos Aires: Editorial Prometeo Libros, 2006), p. 91.
- Beloff, Mary, “Los adolescentes y el sistema penal”, Universidad de Palermo, www.palermo.edu/pdfs/revista_juridica.

56. Beloff, Mary, “Los adolescentes y el sistema penal”, Universidad de Palermo, www.palermo.edu/pdfs/revista_juridica.

57. Méndez, Emilio y García Carranza, Elías (coordinadores), Primer Informe San José de Costa Rica 21 a 25 de agosto 1985: “Infancia, adolescencia y control social en América Latina: Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay, Venezuela”, *Proyecto de investigación. Desarrollo del Tribunal de Menores en Latinoamérica. Tendencias y Perspectivas* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1990), pp. 1-23.

58. Salvatore, Ricardo, “Criminología positivista, reforma de prisiones y la cuestión social obrera en Argentina”, en Juan Suriano (ed.), *La cuestión social en Argentina 1870-1943* (Buenos Aires: Editorial La Colmena, 2000), p. 157.

- Caras y Caretas*, año XI, n° 254, Buenos Aires (17 de diciembre de 1908). Coll, Jorge Eduardo, *Legislación y tribunales para menores en infancia abandonada* (Buenos Aires: M.S.A., 1932).
- De Arenaza, Carlos, “Menores delincuentes. Clasificación y estudio médico psicológico” (Trabajo presentado al Segundo Congreso Nacional de Medicina, 1922), en *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, dirigida por el Dr. Helvio Fernández, Año X, Buenos Aires (1923).
- De Arenaza, Carlos y Raffo, J. V., “Informe sobre las condiciones psíquicas de un joven a cargo de los médicos de la Cárcel de Encausados: Sobre la patología de la pubertad”, en *Revista Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines*, año V, Buenos Aires (1906).
- Duffy, José Luis, *Estudios médico-legales. Anteproyecto de ley* (Buenos Aires: Tipografía de la Cárcel de Encausados, 1907).
- Duffy, José Luis, “Protección a la Infancia. Necesidad de una ley especial”. Memoria de 1907 presentada al Congreso Nacional por el Ministro de Justicia e Instrucción Pública Dr. Federico Pinedo, Anexo Justicia 1906, t. I, Buenos Aires (1907).
- Freidenraij Claudia, “Legiones de pequeños criminales. Percepciones y debates sobre la delincuencia precoz en Buenos Aires, 1880-1920”, *Claves. Revista de Historia, “Historia Social del Delito: Policía y Castigo en América, siglo XVIII-XX”*, volumen 3, n° 4, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República Oriental del Uruguay (enero-junio 2017).
- Freidenraij Claudia, “Hijos del rigor. Las vicisitudes del primer reformatorio argentino. Buenos Aires (fines del siglo XIX, principios del XX)”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, n° 5, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (octubre 2011).
- García Méndez, Emilio y Carranza, Elías (coordinadores), *Primer Informe San José de Costa Rica 21 a 25 de agosto 1985: “Infancia, adolescencia y control social en América Latina: Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay, Venezuela”*, *Proyecto de investigación. Desarrollo del Tribunal de Menores en Latinoamérica. Tendencias y Perspectivas* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1990).
- Gómez, Eusebio, “El Problema Penal Argentino”, *Revista Archivo de Psiquiatría, Criminología aplicadas a las Ciencias Afines*, año XI, Buenos Aires (enero-febrero 1912).
- Informe del Encausado Ángel Z., en *Informes Médico-Legales*, tomo I (Buenos Aires: Tipografía de la Cárcel de Encausados, 1906).
- Ingenieros, José, “Los niños vendedores de diarios y la delincuencia precoz” (Nota sobre una encuesta efectuada en 1901), *Revista Ar-*

- chivo de Psiquiatría, Criminología y Medicina Legal, Año VII, Buenos Aires (1908).
- Lancelotti, M. A., “La criminalidad en Buenos Aires. Al margen de la estadística 1887-1912”, *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires (1912).
- Levillier, Roberto, “La delincuencia en Buenos Aires”, en *Censo General de población, edificación, comercio e industrias de la ciudad de Buenos Aires*, volumen III.
- Memorias del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública año 1903 (Buenos Aires: Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1904).
- Mercante, Víctor, “Estudios sobre Criminología Infantil”, *Revista Archivos de Psiquiatría y Criminología aplicadas a las Ciencias afines*, tomo IV, Buenos Aires (1904).
- Morlachetti, Alberto, “La huelga de las escobas de 1907”, www.holinfodecarlos.com.ar, visitado el 15 de mayo de 2016.
- Periódico El Pueblo (Buenos Aires: 6 de abril de 1900).
- Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires (1923-1924).
- Revista Penitenciaría*, año I, número 2, Buenos Aires (1905).
- Rodríguez López, Carmen Graciela, “La niñez abandonada y delincuente al iniciar el siglo XX. Los menores vendedores de periódicos”, www.derecho.uba.ar/investigación.
- Rojas, Nerio, “La anormalidad psíquica en la delincuencia de menores”, en Rojas, Nerio, *Problema de la infancia, infancia abandonada y delincuencia* (Buenos Aires: Ed. M.S.A., 1932).
- Salvatore, Ricardo D., “Criminología positivista, reforma de prisiones y la cuestión social obrera en Argentina”, en Juan Suriano (ed.), *La cuestión social en Argentina 1870-1943* (Buenos Aires: Editorial La Colmena, 2000).
- Salvatore, Ricardo D., *Subalternos, Derechos y Justicia Penal. Ensayos de historia social y cultural argentina 1829-1940* (Buenos Aires: Editorial Gedisa, 2010). <http://historiapolitica.com>.
- Sherlock Holmes, “Los niños delincuentes”, año I, n° 2, Buenos Aires (11 de julio de 1911).
- Tau Anzoátegui, Víctor, “Pensamiento jurídico y acción legislativa”, en *Nueva Historia de la Nación Argentina. La Argentina del Siglo XX (1914-1983)*, tomo 8 (Buenos Aires: Academia Nacional de Historia, 1997).
- Vidal, Adolfo y García Torres, Benjamín, “Asilo de Reforma de Menores Varones. Memoria elevada al Ministro de Justicia”, en *Revista Archivo de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines*, tomo III, Buenos Aires (1904).
- Web oficial del Servicio Penitenciario Nacional www.spf.gob.ar.

Zapiola, María Carolina, “¿Escuela regeneradora u oscuro depósito? La Colonia de Menores Varones de Marcos Paz 1905-1919”, ver en Gayol, Sandra y Pesavento, Sandra, *Sociabilidades, justicias y violencias: prácticas y representaciones culturales en el cono sur (siglos XIX y XX)* (Buenos Aires-Porto Alegre, Brasil: 2001).

Anexo Documental

*Informe Médico Legal*⁵⁹

Al Señor Juez.....

Tengo el agrado de elevar a V. S. el estudio médico psicológico referente al menor Baldomero Rafael P., argentino, de 17 años de edad, vendedor de diarios.

Procede de la unión legítima de Baldomero P. y Clara D.

Español el primero, de poco más o menos 46 años de edad, viudo, fue empleado de comercio y ha hecho abandono de su familia a raíz de desavenencias con un hermano de la que fuera su esposa. Es un hombre sano, que comete excesos alcohólicos, pero de avanzadas ideas comunistas.

No se ha podido reunir antecedentes con respecto a sus antepasados.

Clara D. falleció hace siete años de tuberculosis pulmonar. Era argentina y tenía 27 años de edad.

Se ocupaba de los quehaceres de la casa y ha excepción hecha de la dolencia que le produjo la muerte, fue sana, sin crisis neuropáticos, ni particularidades de carácter dignas de mención.

La madre de D. vive, y se ha hecho cargo del cuidado y la educación de sus nietos.

Del matrimonio nacieron cuatro hijos, que son: Baldomero, Juan José, Ismael y Nélide, de 16, 15, 13 y 11 años de edad respectivamente. El segundo de ellos sufrió en su primera infancia de convulsiones, es de temperamento muy nervioso y hasta los ocho o nueve años padeció de incontinencia nocturna de orina. Los demás son sanos.

La abuela con dos nietos y sus hijos mayores, todos solteros, ocupa un departamento de cinco habitaciones en la calle San Juan N°... por el que abona 140 pesos mensuales.

59. Dr. Carlos de Arenaza, Documentos Judiciales. Informe Médico Legal, en Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal, Órgano del Instituto de Criminología de la Penitenciaria Nacional, n° 63, Buenos Aires (mayo-junio 1924), pp. 351-356.

Los tres menores concurren a la escuela y saben leer y escribir; Nélida vive en el pueblo de Saavedra en casa de una tía.

Las referencias obtenidas sobre la familia le son favorables.

Con respecto al causante, puede informarse que su talla es elevada; mide 1,68 centímetros y el estado de su nutrición es regular; pesa 56 kilos.

El cráneo de vértice elevado, de gran eje vertical, con frente alta en forma de torre, poca sapiencia de las bóvedas parietales y temporales.

Pabellones auriculares pequeños, desiguales, aplicados al cráneo, con los lóbulos adherentes.

Los arcos ciliares regularmente poblados; las aberturas palpebrales distintas, los ojos pardos oscuros, con pupilas que reaccionan a la luz y a la acomodación; la izquierda mucho mayor que la derecha; normal la visión.

Nariz de proporciones reducidas, como lo son en general el conjunto de sus rasgos fisonómicos.

La boca de labios gruesos, bien dibujados; los dientes en buen estado de conservación, no así los molares que aparecen destruidos por carie; implantación y forma muy buena.

Lengua rosada, húmeda, sin cicatrices, ni temblores.

Tronco de regular desarrollo, con un perímetro a la inspiración de 87 centímetros que se reduce a 79 en la expiración forzada.

La piel de color blanco, sin cicatrices, nevus, ni tatuajes. La sensibilidad distinta de las dos puntas del estesiómetro es de 29 milímetros en el dorso.

Sistema muscular regular; tomada la fuerza con el dinamómetro Collin, marca 31 para la mano izquierda y 35 para la derecha.

Nada de particular en el aparato sexual.

Pulmón y corazón bien. Las demás funciones orgánicas son fisiológicas.

He examinado los instintos de este menor sin hallar perversiones, desviaciones, ni debilidades de ningún género; no hay temor al medio exterior, no hay ni ha habido ideas, ni propósitos de atentar contra su existencia.

En el de nutrición, no hay preferencias determinadas, no hay inclinación patológica por el uso de bebidas alcohólicas; no se ha embriagado. Ha hecho uso moderado del vino o la cerveza durante las comidas.

Ha mantenido relaciones sexuales con prostitutas concurriendo a los prostíbulos; se ha masturbado y aún lo hace actualmente en forma moderada.

No figura en sus antecedentes policiales delitos contra la propiedad, ni se han reunido en esta Oficina ni por el Delegado, antecedentes que le señalen como inclinado a cometer atentados de esa índole.

Es un pródigo, nunca tuvo ahorros y gastaba rápidamente los pesos que ganaba o que su familia le entregaba. En ocasiones esperaba a sus hermanos menores en el camino que debían seguir para llegar a la escuela,

para acariciarles y regalarles dinero o juguetes; todo ello aparece en armonía con las características dominantes de su personalidad.

Es emotivo y desde el primer momento me llamo la atención que al dirigirle la palabra o hacerle alguna observación con respecto a la irregularidad de su existencia, se turbaba y enrojecía...¡¡ y ello es tan extraordinario constatarlo entre los internos de la casa!!...que no ha podido pasar desapercibido.

Es un afectivo, de voluntad no muy firme, tiene amor propio y sentimientos de delicadeza personal.

Con respecto al valor de sus facultades intelectuales, casi prefiero dejar la palabra al niño; ahí van, producciones de prosa y en verso, sus composiciones llevan el sello de su personalidad sensible y afectiva; se retrata en ellas de cuerpo entero y uno se admira de encontrar entre los menores de esta casa, criaturas de sus características.

Su instrucción es buena, llegó a cursar el primer año del Colegio Nacional, tiene nociones generales bastantes extensas que le permiten determinarse con conocimiento de causa; tiene facilidad para el dibujo y van agregados a este informe algunas pruebas de sus conocimientos en aritmética.

Tiene inclinación por el cultivo del arte teatral, frecuentó siempre los teatros de la Capital, “La Opera”, “El Nacional”, “El San Martín”; no le atrae ni le interesa el cinematógrafo y como ejercicio físico prefiere el football, al que se entregaba apasionadamente todos los domingos.

En una palabra, es una criatura que tiene tan pocos puntos de semejanza o contacto con los habituales pensionistas de esta casa, que su permanencia en ella debe reducirse a lo indispensable y debe buscársele una ocupación en armonía con su muy buena intelectualidad y moral. Como trabajador se condujo correctamente en las ocupaciones que desempeño y si últimamente llegó a la venta de diarios, corresponde hacer un distinguo en el sentido, que no se connaturalizó con el ambiente cuyas características las ha diseñado con rasgos vigorosos en la composición que le acompaña, titulada “El Canillita”, interesante por muchos conceptos, haré la transcripción de algunos de sus párrafos lo que permitirá a V.S. formarse una idea del niño, de sus ideas y del conocimiento del ambiente en que actuara.

Veamos:

“Desde el momento en que la madre entornó los párpados para dormir el último y más feliz de los sueños, comenzó para él la nueva vida de sus sufrimientos y privaciones, esa vida que lo conduciría a la venta callejera de diarios, a ese método de vida, que es la puerta que conduce a la perversión y al vicio”.

Más adelante agrega refiriéndose al padre inhumano: “Más de una vez resistió sobre su endeble cuerpo los más rudos azotes, como castigo a sus juegos infantiles o a sus travesuras de niño y también más de una vez

se vio privado de alimento diario, porque su padre gastaba en el alcohol el humilde salario de cada día”.

“Y así después de sus sufrimientos innumerables; una fría mañana de invierno abandonó para siempre el chiribitil miserable del conventillo inmundo y se lanzó a la calle; se largo a recorrer la Ciudad y se sintió libre lejos del alcance de las iras de esa fiera que tenía por padre”.

La vida en la calle la pinta con rasgos sombríos; “sufriendo fríos y hambres contenidas, muchas veces durmió en los umbrales de las puertas céntricas, junto a las lujosas vidrieras, de los escaparates... y sintió dentro de su cabeza deseos de robar, deseos de delinquir, pero su corazoncito, en sus terribles luchas interiores, pudo más que su cabeza enferma...”.

“Así vagando llegó hasta los diarios, vio allí, la gran masa de vendedores a la espera de los periódicos y quiso hacerse canillita, porque tenía hambre y amaba la libertad”.

Más adelante continúa: “en esa forma es como comenzó a codearse poco a poco con individuos de mal vivir; con hombres proscriptos por la sociedad, con seres parásitos que se encuentran al margen de la ley”.

“Y también poco a poco, llegó a vivir entre ellos alimentando su cerebro en aquel ambiente gris y rastrero que lo envolvía todo, con esa pesada atmósfera de robos y de crímenes”.

La pinta luego curtido por el frío y el sol:

Voceando en una esquina los diarios... “sonriente y satisfecho” y agrega: “y se sonríe satisfecho porque no llega a comprender el misterio profundo e insondable de su porvenir; porque en su cerebro infantil, en su inexperiencia de niño, no se da cuenta que siguiendo en ese ambiente algún día ha de caer forzosa e irremisiblemente”. Y tersa: “Tal vez un día, caiga vencido en su lucha por la vida y degenera en un ebrio o en un ladrón, porque los caminos que ha de seguir, si no se regenera a tiempo, conducen hasta allí, hasta la sala triste de un hospital o hasta la tapia enrejada de una cárcel gris y fría”.

¿Puede concebirse un cuadro más vivo del canillita? P. la ha vivido y observado, y dotado de inteligencia y poder de síntesis, ha concretado en pocas líneas, la vida azarosa de nuestros pilluelos callejeros y desde el punto de vista inicial, el hogar incompleto e inmoral, desde el padre ebrio y brutal, que maltrata a los hijos y que les abandona, hasta el hambre que les acicatea y les arroja a la calzada, luego el ambiente de perdición que les lleva a la cárcel o al hospital, todo está tratado con sobriedad y exactitud.

¿Por qué P. se hizo vendedor de diarios?...

A la muerte de la madre, los niños se alojan en casa de la abuela y a cargo de un hijo de la última; el padre les abandona y el niño ingresa a una sociedad editora de la que su tío era administrador, donde permanece año y medio conduciéndose correctamente y entregando a la abuela los 100 pesos de sueldo que ganaba; a raíz de un desagrado con el tío abandona el negocio y la familia.

Busca trabajo en varias casas de comercio y después de algunas alternativas, entra de lleno en la venta de periódicos, hasta el principio del corriente año, en que fue detenido por no tener la autorización para hacerlo.

En su vida de canillita, actúa en forma distinta al gremio en cuanto tiene una casa de pensión donde se recoge regularmente todas las noches, siempre solo y donde suministran de él informes en un todo satisfactorios.

No registra antecedentes policiales y todo induce a creer que es su amor a la libertad, su amor propio quizás exagerado, que no le ha permitido volver al hogar de su abuela, de donde saliera por disgusto con su tío, lo que le ha llevado a la calle, de donde esta dispuesto a retirarse buscando en otra ocupación más armonía con sus características personales, los medios de vida necesarios a su subsistencia.

Considero, Señor Juez que el padre, que nada hizo hasta hoy por el niño, que nada hizo por sus hermanos menores, que por su comunismo y falta de carácter, no está en condiciones de guiar a esta criatura, no será capaz de auxiliarle en su existencia, ni proporcionarle los elementos necesarios para que alcance la situación a que por sus meritos puede aspirar; creo que ese Tribunal debe solicitar de quien corresponda el ingreso del menor a una de las Escuelas del Ministerio de Marina, que funcionan en la Isla Martín García; allí se le puede ofrecer una carrera, el niño reúne las condiciones que exigen los reglamentos respectivos y puede dársele el certificado de buena conducta que aquellos reclamen en virtud de haberla observado muy buena en los meses que lleva en esta casa y no tener antecedentes policiales de ningún género; salvo el caso de que pudiera colocársele en situaciones más ventajosas.

Saluda a V. S. con toda consideración.

Carlos de Arenaza

DERECHO LABORAL Y CUESTIÓN SOCIAL

LA LEY DE TRABAJO A DOMICILIO DE 1918: LA INSPIRACIÓN ARGENTINA

ELISABET VELO I FABREGAT*

*Les bruses no eren pagades ni bé ni malament,
però se n'havien de fer sis cada dia per poder menjar
i jo només vaig arribar a fer-ne tres. [...]
La màquina tenia dies bons i dies dolents.
Els dies dolents el fil se'm quedava apilotat
sota les costures i feia perruques.
Si les tallava, tot es descosia
com si mai hagués estat cosit.¹*

El carrer de les Camèlies – Mercè Rodoreda.

1. Introducción

Entre los siglos XIX y XX, la consolidación de la Revolución Industrial comportó, entre otras consecuencias y allí donde se implementó, la adaptación de una parte del trabajo agrícola a una continuación de la industria fabril. Esa transformación se dio en numerosos

* Profesora asociada de Historia del Derecho y las Instituciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Forma parte del Centro de Estudios e Investigación “Mujeres y derechos” de la misma universidad.

1. “Las blusas no estaban pagadas ni bien ni mal, pero se tenían que hacer seis cada día para poder comer y yo solo llegué a hacer tres. [...] La máquina tenía días buenos y días malos. Los días malos el hilo se me quedaba apilonado bajo las costuras y hacía pelucas. Si las cortaba, todo se descosía como si nunca hubiera estado cosido”.

países alrededor del mundo, convirtiéndose en una de las mayores fuentes de ingresos de los obreros y, especialmente, las obreras².

Ese tipo de trabajo permitía compaginar el trabajo productivo, por el que se percibía un jornal, con el reproductivo, para seguir cuidando a sus hijos y personas dependientes. El hecho de que la obrera se ocupara en un trabajo remunerado se valoraba como un “mal mayor” para complementar el salario del cónyuge y alimentar a la familia, pero en ningún caso se debía dejar de cumplir con los deberes propios del “ángel del hogar”. Esa concepción de la feminidad era una herencia del siglo XVIII, cuando diferentes autores como Fray Luis de León, entre otros, teorizaron sobre el ideal de mujer³. La obligación de la mujer era criar a los hijos con la abnegación maternal propia de la mujer, a la vez que cuidaba a las personas mayores de la familia que pudieran vivir en casa. Todo ello cumpliendo jornadas laborales de largas horas, con apenas tiempo para descansar y percibiendo una escasa remuneración por su trabajo.

La situación de las obreras a domicilio se precarizó hasta tal extremo en las sociedades con mayor industrialización que fue objeto de preocupación por parte de la clase política. En Inglaterra se denominó “*sweating system*” (trabajo de sudor), pues la explotación de las obreras conllevó la necesidad de los poderes públicos de implementar medidas para combatirlo, fuera con la limitación de la jornada laboral o el establecimiento de un salario mínimo. La preocupación por esas obreras fue compartida por diferentes países, por lo que se llevó a cabo una terea de recogida de información extensa que, en algunos casos, derivó en leyes o proyectos de ley que trataron de proteger a las obreras a domicilio.

Este trabajo constituye una primera aproximación a la comparación entre las diferentes realidades del trabajo a domicilio en España y la República Argentina, motivo por el que los textos de referencia serán, principalmente, los contenidos en el informe del proyecto de ley español publicado en 1918.

2. Puertas, Sílvia, *Artesanes i obreres* (Alguaire: Diario La Mañana, 1994), p. 11.

3. Cantero, María Ángeles, “De ‘perfecta casada’ al ‘Ángel del hogar’, o la construcción del arquetipo femenino del siglo XIX”, Tonos, Revista Electrónica de Estudios Filológicos 14 (diciembre 2007).

2. Informaciones de la Asociación Internacional por la Protección Legal de los Trabajadores (AIPLT)

En la Asamblea de la AIPLT celebrada en Basilea en 1900, se acordó la creación de secciones nacionales para la recogida de información sobre trabajo a domicilio, empleando para ello una encuesta unificada. En el caso de España, en 1908 se publicó el monográfico “El trabajo a domicilio”, firmado por D. Amando Castroviejo, Doctor en Derecho y Profesor de la Universidad de Santiago, y D. Pedro Sangro y Ros de Olano, secretario de la Sección española de la AIPLT. Esa publicación fue una primera aproximación de la situación de las trabajadoras a domicilio en España y daba respuesta a las cuestiones que la AIPLT sugirió que se incluyeran en las perceptivas encuestas que se debían realizar. A pesar de que esa encuesta no fue devuelta por la totalidad de talleres a los que se envió, la información y noticias que se recogieron permitieron comprobar la magnitud de los problemas existentes en ese sector⁴. Ese informe sistematiza la información por territorios y relaciona el tipo de industria que se lleva a cabo, el número de personas que se ocupan en cada uno de ellos y el salario que se percibe. Además, se confirma que la mayoría de las personas que trabajan a domicilio son mujeres, motivo por el que será una cuestión que principalmente se centrará en las obreras.

Todas esas informaciones recogidas en los países industrializados se tomaron como referencia para la elaboración de los posteriores proyectos de ley que se llevaron a cabo, que tenían como objetivo último mejorar las condiciones de vida y de trabajo de las obreras a domicilio.

Una de esas normas fue la que se elaboró en el Instituto de Reformas Sociales español (en adelante, IRS) y que tomó como referencia las informaciones del mismo Estado y las obtenidas alrededor del mundo, así como las leyes y proyectos de ley que se habían elaborado en otros países. El informe de elaboración de esa propuesta de ley llevó por título “Preparación de un proyecto de ley sobre el trabajo a domicilio”, se publicó en 1918 y ocupó un total de 777 páginas, en la que se incluyó un extenso estudio sobre esta cuestión.

4. Castroviejo, Amando y Sangro y Ros de Olano, Pedro, *El trabajo a domicilio en España*, Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, Sección Española 14 (1908), p. 11.

3. El trabajo a domicilio en la República Argentina y el Estado español: similitudes y diferencias a partir de los informes a la AIPLT

Como se ha explicado en el epígrafe anterior, el informe de proyecto de ley español incluyó informes y normas jurídicas elaboradas en otros países. Esa fuente de conocimiento nutrió aún más los conocimientos de los técnicos del IRS para elaborar la ley que debía regular la situación de las obreras españolas.

Los países sobre los que se recogió esa información eran diversos, entre ellos Gran Bretaña, Estados Unidos de América, Francia, Bélgica, Holanda, Austria, Alemania e Italia, entre otros. Respecto a las leyes y proyectos de ley se encuentran las de Alemania, Gran Bretaña, Nueva Zelanda, Bélgica y Austria, entre otros. Cabe señalar que, en el caso de Estados Unidos de América, cada estado adaptó la norma jurídica en consonancia con su propia realidad. Cada informe y propuesta normativa aportaron información de gran validez, así como propuestas para regular la cuestión del trabajo a domicilio. Entre estas, las más frecuentes eran el registro de obreras que trabajaban a domicilio, las jornadas de trabajo, así como el pago de los materiales que se usaban para la elaboración de las piezas encargadas por los patronos⁵. Una de las cuestiones que también centraron el debate fue la necesidad de implementar un salario mínimo para las obreras a domicilio, cuestión que, como ya se avanzó desde el mismo IRS y se recogía en el informe, revestía de dificultad por la diversidad de productos que se realizaban y las características propias de cada trabajo. Sin embargo, el objetivo último era implementar mecanismos para revertir la situación de miseria económica en las que se encontraba ese colectivo de obreras, provocada por los “salarios del hambre”⁶ que se percibían en el sector.

5. El uso del masculino y el femenino para referirnos a obreras y patronos no es casual, pues mientras el colectivo de trabajadoras era mayoritariamente femenino, los patronos eran, normalmente, hombres. Ello cambia cuando nos referimos a modistas que emplean a otras obreras, que también eran mujeres. En ese caso se especificará de manera concreta.

6. Velo Fabregat, Elisabet, “El trabajo a domicilio en el centro del debate y la política social de principios del siglo XX”, *Revista de Derecho Social* 96 (enero-abril 2022), p. 134.

El trabajo a domicilio en la República Argentina también fue una de las fuentes de inspiración del proyecto español. El trabajo a domicilio se centraba en la industria de la confección y el zapato y se nutría de un gran número de obreras que, a la vez, aglutinaban a familiares y vecinas para llevar a cabo el trabajo encomendado. Ese trabajo se realizaba de manera fragmentada (una parte del trabajo se realizaba en las pequeñas fábricas y la otra a domicilio) y con el empleo de maquinaria⁷. La incorporación del trabajo a domicilio implicó muchos cambios en la industria del zapato, sector que fragmentó su producción e incorporó en mayor número, según los intereses del patrón, a mujeres y niños y niñas entre las personas que trabajaban en él. La contratación de mujeres fue tan elevada que poco a poco ese sector se feminizó. El hecho de que fueran mujeres las que mayoritariamente trabajaban a domicilio no era casual, pues ese tipo de ocupación les permitía no abandonar las obligaciones domésticas. Esa doble ocupación las condicionaba a aceptar unas condiciones de trabajo sumamente precarias, lo que también interesaba a comerciantes e industriales. En el informe publicado en Argentina se percibe el trabajo a domicilio de esta manera: “[...] la oportunidad de añadir una nueva entrada al presupuesto de familia sin los sacrificios de abandonar el hogar, que esto importa para ella y para su familia la salida de la madre o de la hija a la fábrica”⁸. Así, las ganancias que conllevaba el trabajo a domicilio permitían que las madres o las hijas no descuidaran sus obligaciones de cuidados familiares, que tenían asignados por razón de su sexo y cuya delegación a otros miembros de la familia era inasumible, con la excepción de otras mujeres como podía ser el caso de las abuelas.

En lo que respecta a la cuestión económica, cabe subrayar que a finales del siglo XIX la presencia de listados de salario mínimo para costear los diferentes trabajos que se llevaban a cabo era frecuente. En esas listas se podía comprobar la fragmentación de los trabajos necesarios para la elaboración de zapatos, lo que implicaba la con-

7. Kabat, Marina y Pascucci, Silvina, “El trabajo a domicilio como empleo precario. Alcances y límites de la legislación que intentó regularlo en la Argentina”, en DD.AA., *VI Jornadas de Sociología de la UNLP, 9 y 10 de diciembre de 2010* (Buenos Aires: Universidad Nacional de La Plata, 2010), pp. 2-3.

8. Instituto de Reformas Sociales, *Preparación de un proyecto de ley sobre trabajo a domicilio* (Madrid: Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1918), p. 57.

tratación de varias personas para producir un par de ellos⁹. La extensión del trabajo a domicilio en la importante industria del zapato ya comportó la incorporación de mecanismos de control salarial que se reivindicaron años más tarde.

Para comprender cuán inspiradora podía ser para España la realidad argentina nos debemos fijar en las informaciones aportadas ante la AIPLT. En el caso de la República Argentina, el informe se publicó en la página 79 del *Boletín del Departamento Nacional del Trabajo*, fechado de 31 de diciembre de 1914¹⁰, y en este se pueden encontrar tanto similitudes como diferencias con el trabajo a domicilio español. Antes de profundizar sobre el contenido del informe y compararlo con el caso español, debemos incidir en un hecho que nos ha llamado la atención: la descripción que se realiza sobre el procedimiento de obtención de la información para el informe. Según se explica, con el objetivo de obtener datos que fueran fieles a la realidad de las obreras a domicilio, fue un inspector el que pasó hogar por hogar con encuestas para que las personas trabajadoras contestaran¹¹. Esta tarea, que puede parecer anecdótica, revela el interés que tenía la institución argentina en conocer de primera mano la información que podían aportar las trabajadoras a domicilio sobre su situación laboral, económica y de salubridad, otra de las cuestiones especialmente relevantes cuando se examinan las circunstancias que rodeaban el trabajo a domicilio. El hecho de que fuera un inspector en persona el que se preocupara de que una representación de las obreras a domicilio contestara directamente la encuesta y evitar la posible manipulación que podía implicar la intervención de los patronos aporta un testimonio muy valioso sobre cuán en serio se tomaron el deber de recoger la voz de la clase obrera, muchas veces olvidada en los tratados sobre la cuestión social. Además, cabe tener en cuenta que, en Argentina, así como en el Estado español, otra de las cuestiones comunes y que tienen relación con la falta de testimonios directos de las obreras fue la dificultad de organización de las

9. Kabat, Marina, “*Fatto in casa*. El trabajo a domicilio en la industria argentina del Calzado y sus vínculos con el desarrollo fabril, 1870-1890”, *Razón y Revolución* 9 (otoño 2002), pp. 5-6.

10. Instituto de Reformas Sociales, *Preparación de un proyecto de ley sobre trabajo a domicilio*, p. 53.

11. Instituto de Reformas Sociales, *Preparación de un proyecto de ley sobre trabajo a domicilio*, p. 53.

obreras a domicilio a causa de su dispersión en el lugar de trabajo. Es por ello por lo que hoy en día nos han llegado pocos testimonios de obreras a domicilio y muchas veces los que han atravesado el paso del tiempo han sido a partir de escritos publicados por intelectuales que en su momento escribieron textos sobre la cuestión¹².

En lo que respecta a las similitudes, la industria predominante en ambos países (y en la gran mayoría de países del mundo) era la textil, especialmente el vestido y el zapato. En el Estado español, esta última industria tuvo una especial implementación en el País Valenciano, donde existía una gran tradición artesanal organizada en gremios, que contaban con mujeres y niños trabajando en sus domicilios. Esta estructura primaria sería la que se aprovecharía durante la industrialización para despegar a finales del siglo XIX con la industria de las alpargatas en Alicante. La importancia de esa industria fue tal que a finales de ese siglo ya empleaba 4.000 personas solo en la ciudad de Elche, la mayoría a domicilio¹³. Otra industria en común en ambos países fue la de guerra, en la elaboración de uniformes y arsenal. En el caso español, el informe de Castroviejo y Sangro y Ros de Olano ya informaba sobre la existencia de una industria a domicilio de fabricación de diferentes tipos de armas, tanto de fuego como armas blancas, especialmente en el País Vasco y Albacete¹⁴.

El modo de recibir los encargos también era similar en ambos países: tanto en la República Argentina como en el Estado español las obreras a domicilio recibían los encargos de los patronos de las fábricas o de los pequeños comercios, siendo los patronos los que imponían sus condiciones, como por ejemplo el tiempo de entrega de los productos, las retribuciones por producto y la obligación de las obreras de avanzar el coste de las materias primas, como por ejemplo el hilo. En ocasiones, las mismas trabajadoras de las fábricas acababan los productos en sus domicilios debido a la sobre-

12. Un ejemplo fue la intervención de la Inspectora del IRS María de Echarri en la Semana Social de Sevilla de 1909, que se publicó en la *Revista católica de cuestiones sociales* ese mismo año. En esa intervención describió las insalubres condiciones de trabajo de las obreras a domicilio y las consecuencias que tenía sobre la salud de estas. Velo Fabregat, Elisabet, “El trabajo a domicilio en el centro del debate y la política social de principios del siglo XX”, pp. 121-122.

13. Miranda, José Antonio, “De la tradición artesana a la especialización industrial. El Calzado valenciano 1850-1930”, *Historia Industrial* 4 (1993), p. 19.

14. Castroviejo, Amando y Sangro y Ros de Olano, Pedro, *El trabajo a domicilio en España*, pp. 63 y 74.

carga de trabajo que tenían. Además, en ambos casos la retribución era, a menudo, menor para los productos elaborados a domicilio que en la fábrica, aunque en la misma cantidad que los elaborados en pequeños talleres, siendo menor el salario percibido por las mujeres a pesar de ser mayoría en el trabajo a domicilio.

Con la incorporación de las máquinas de coser y otros sistemas automatizados de trabajo, las obreras a domicilio asumieron la elaboración de los productos baratos, esto es, ropa blanca que se vendía por bajo precio¹⁵. Ello también revirtió, como ya se ha indicado, con el pago de bajas retribuciones y la miseria de las condiciones de vida de las obreras a domicilio. La suciedad de los trabajos que se realizaban a domicilio, así como la falta de higiene afectó las condiciones de vida de ese colectivo. Además, según los productos que se elaboraban, los encargos se recibían por temporadas, motivo por el que los ingresos eran variables, aumentando la situación de inseguridad económica de las familias.

La precariedad económica y en las condiciones higiénicas y de salud era un denominador común en el trabajo a domicilio. A pesar de ello, algunas de las diferencias entre ambos países eran favorables a las obreras argentinas, aunque tampoco suponían una mejora radical respecto de sus homólogas españolas. En primer lugar, una de las diferencias más relevantes era la ubicación y las condiciones de los domicilios en los que vivían y trabajaban las obreras. Mientras los domicilios de las obreras españolas se ubicaban cerca de las fábricas, en Argentina vivían a más de 100 kilómetros de los centros fabriles, incluso en los suburbios. Ello comportaba una menor exposición a los humos de las fábricas, aunque, en contrapartida, el camino para recoger y entregar los productos era más largo y, en ocasiones, tedioso.

Otra de las diferencias relevantes era la ventilación de los domicilios, que en Argentina era mayor que en España y ello tenía conse-

15. Esta situación fue denunciada por la escritora barcelonesa Dolors Monserdá en su artículo “La calamitat de lo barato”, publicado en la revista *La Tralla* en 1907. En ese artículo se lamentaba de las consecuencias que comportaba el hecho de que los artículos se vendieran a bajo precio (las “baraturas”) porque comportaban unas bajas retribuciones para las cosedoras. Además, en el mismo artículo animaba a sus congéneres de clase, las mujeres de la alta burguesía de Barcelona, para que compraran artículos a precios más razonables y solo acudieran a comercios y modistas que tuvieran a sus trabajadoras en unas condiciones dignas.

cuencias directas sobre la salud. Mientras que las obreras argentinas trabajaban en casas con amplios ventanales y patios, las españolas vivían en hogares pequeños con ventanas que, en ocasiones, estaban ubicadas en los patios de luces donde se mezclaban los olores y humos de los otros hogares, en los que, posiblemente, también se trabajaba a domicilio. Además, cabe tener en cuenta que en los domicilios convivían muchos miembros de una misma familia, lo que imposibilitaba poder disponer de un espacio de trabajo que no fuera donde se realizaba la vida común o, en su caso, incluso trabajaban en las estancias que se usaban como alcoba o dormitorio. El perjuicio que esas condiciones de vida comportaban para la clase obrera derivaba en enfermedades cardíacas u otras como la tisis¹⁶, que provocaban su muerte.

Sobre la implicación de los miembros de la familia en el trabajo a domicilio, una de las principales diferencias entre las prácticas llevadas a cabo en ambos países era que en España los hijos e hijas menores también participaban del trabajo a domicilio, mientras que en Argentina “no aparece el niño de corta edad trabajando en el domicilio para afuera”¹⁷. Esta cuestión es relevante porque la protección de la infancia también era objeto de preocupación por parte de las instituciones. En este sentido, en España se habían aprobado normas en 1873 y 1900 que pretendían apartar a los niños y niñas de las fábricas, cometido que no se cumplió en el trabajo a domicilio, donde el cuerpo de Inspección de Trabajo, creado en 1906, no acostumbraba a intervenir y, por lo tanto, no era posible poder controlar si los obreros y obreras a domicilio se servían de sus hijos e hijas para elaborar las piezas que tenían encomendadas¹⁸.

16. Cascales Tortajada, Marta, “La vida y la experiencia de las cosedoras a domicilio en la Ciudad de Sabadell durante el siglo XX”, en Espuny, María Jesús y Velo, Elisabet (coords.), *Historia, Derecho y Sociedad con perspectiva de género* (Madrid: Dykinson, 2020), p. 112.

17. Instituto de Reformas Sociales, *Preparación de un proyecto de ley sobre trabajo a domicilio*, p. 55.

18. A pesar de las normas aprobadas que tenían como objetivo proteger a la infancia, como la Ley Benot de 1873 y la Ley de 13 de marzo de 1900 de mujeres y niños, una de las Leyes Dato, en las memorias de Inspección de Trabajo se seguía dando testimonio de haber encontrado en las fábricas mano de obra infantil muy por debajo de la edad permitida. Vallès, Daniel, “«España Social»: la revista de la Sección Española de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores”, *Historia, Trabajo y Sociedad* 11 (2020), p. 98.

Además de la infancia, otro colectivo que participaba en el trabajo a domicilio desde una posición (aún más) desventajosa eran las aprendizas. A diferencia de España, en Argentina no se abusaba del uso de las aprendizas en cada unidad doméstica, a diferencia de España, donde sí se empleaba a numerosas aprendizas. Asimismo, tanto en un país como en otro la situación de este colectivo era parecida: para las que percibían una contraprestación económica el salario era muy bajo, algunas también recibían comida en la casa en la que aprendían el oficio y otras no percibían ningún tipo de contraprestación. Si las obreras a domicilio eran un colectivo que padecía unas condiciones de trabajo difíciles, las aprendices y los hijos e hijas representaban el último escalafón del uso y abuso de las condiciones que revestían el trabajo a domicilio. Asimismo, a pesar de las duras condiciones, el informe argentino explica que no se detectaron empresas de “*sweating*”, lo que sí ocurría en España con las consecuencias que ello comportaba para las condiciones de trabajo y salud de las obreras.

4. El proyecto de ley de 1917 de la República Argentina y el Proyecto de ley de 1918 del Reino de España

Como se ha explicado en el epígrafe anterior, los informes presentados ante la AIPLT por parte de la República Argentina y el Estado español sobre la situación del trabajo a domicilio revelan similitudes y diferencias del trabajo a domicilio entre ambos países. Fruto de ambos informes se elaboraron sendos proyectos normativos, que tenían como objetivo final dar respuesta a los problemas de este tipo de trabajo.

En septiembre de 1917, el senador Enrique del Valle Iberlucea¹⁹ presentó el proyecto de ley ante el Senado y la Cámara de Diputados de la República Argentina. Este proyecto contenía 25 artículos, fruto de un arduo trabajo que se había llevado a cabo desde 1913, cuando el Congreso autorizó la creación de una Comisión Interparlamentaria para realizar el pertinente estudio, explicado en el epígrafe an-

19. Del Valle Iberlucea fue un senador socialista, uno de los máximos impulsores del marxismo argentino de principios del siglo XX. Pons, Adriana, “Del Valle Iberlucea: entre la Guerra y la Revolución”, *Boletín de Historia, FEPAI* 58 (2011), p. 22.

terior. Esta ley sí fue aprobada, aunque su aplicación efectiva fue muy escasa²⁰.

Por lo que respecta al proyecto de ley español, fue presentado por el Instituto de Reformas Sociales en 1918 después de años de trabajos e indagaciones. En ese caso, se presentó en Cortes, pero la crisis de la Restauración relegó el proyecto a un segundo plano. No sería hasta la Dictadura de Primo de Rivera cuando se recuperó el proyecto y se aprobó el Real Decreto Ley de 26 de julio de 1926, de trabajo a domicilio. Volviendo al proyecto de 1918, consistía en diez bases y dos disposiciones transitorias. La base primera contenía las definiciones de trabajo a domicilio, en la segunda se establecía el Patronato de trabajo a domicilio, en la tercera se definían los Comités mixtos de fijación de salarios y del trabajo a domicilio, que se seguían desarrollando en las bases cuarta, quinta y ya en la sexta se establecía cómo se debían fijar los salarios, lo que también se articulaba en las bases séptima y octava. En la base novena se establecían las obligaciones de los patronos y de los servicios auxiliares del Instituto de Reformas Sociales, así como las sanciones previstas en caso de incumplimiento de la norma. Por último, la base décima indicaba el mecanismo para la aplicación de la ley, así como aquellas cuestiones que debían tenerse en cuenta para la previsión presupuestaria para dar cobertura a las dietas previstas para los vocales de los comités mixtos, el sostenimiento de los servicios técnico-administrativos y las subvenciones a instituciones tutelares y protectoras de las trabajadoras a domicilio.

El articulado de la norma argentina y de la española tienen algunas similitudes y diferencias, que permiten apreciar dónde incidían en uno y otro país. Por lo que respecta a las diferencias, se centraban en dos materias: la higiene y la prevención ante las enfermedades contagiosas Y la creación del “Registro del Trabajo a Domicilio”.

Sobre la primera cuestión, el artículo 1 establecía que, cuando en los talleres privados trabajaran por cuenta ajena una o más personas que no pertenezcan a la familia, se deberían cumplir las condiciones sobre higiene y seguridad indicadas por las autoridades sanitarias municipales. Esta concreción no se contemplaba en España, donde las condiciones de higiene eran deplorables. Otra previsión

20. Kabat, Marina, “*Fatto in casa*. El trabajo a domicilio en la industria argentina del Calzado y sus vínculos con el desarrollo fabril, 1870-1890”, p. 6.

en la norma argentina era la de reglas específicas para ramas industriales que presenten peligro para la vida, que en España solamente se prevenía para mujeres y niños en talleres peligrosos. Asimismo, el artículo 4 prevé una cuestión importante que en el proyecto español no se menciona: la prohibición de trabajar en las estancias del domicilio que sirvieran de dormitorio, comedor o cocina, lo que se podía dejar de cumplir solamente con autorización de Inspección. En el mismo sentido, el artículo 5 prevenía la prohibición de elaborar vestidos si en el domicilio vivía una persona afectada con una enfermedad contagiosa. El celo de la norma argentina por la preservación del cuidado de la higiene en el domicilio de las obreras y la elaboración de las prendas que se producían no se encuentra en la norma española, a pesar de que era sabido de las enfermedades que padecían las obreras por las insalubres condiciones en las que trabajaban. Aunque las restricciones espaciales comportaban poder disponer de menos espacio para producir y la prohibición de elaborar vestidos si se convivía con una persona con una enfermedad contagiosa también podía implicar un problema en los ingresos, el cuidado de la higiene era vital para garantizar tanto la salud de las obreras como de las posibles compradoras de los vestidos y enseres que se producían en el domicilio.

Otra cuestión diferencial entre ambos proyectos es la previsión, por parte de la norma argentina, de un “Registro de Trabajo a Domicilio”, que se desarrollaba en los artículos 8 a 11. En estos se señalaba que las personas que desearan emplearse a domicilio debían inscribirse en ese registro, momento en el que recibían un certificado conforme constaba en el listado. Además, se prohibía la contratación de personas no inscritas en el registro, previendo una sanción económica en caso de incumplirlo. Por parte de los empleadores, debían registrar a esas personas que contrataran, indicando nombre, apellidos, dónde se ocupaban, naturaleza del trabajo encargado y el importe remunerado por la realización de este. Por último, en el caso que se empleara a una persona a domicilio, las prendas realizadas por esa persona debían contener la etiqueta “Hecha a domicilio”, cuyo incumplimiento también se sancionaba.

El etiquetaje de las prendas realizadas a domicilio era una amplia reivindicación por parte de los sectores que defendían el respeto de las condiciones de trabajo y retributivas de las obreras a domicilio, dando lugar a esas “listas blancas” en las que se incluían los comercios que vendían los productos debidamente etiquetados en

señal a ese respeto por un sector obrero muy castigado por la dureza de su trabajo. Asimismo, es sorprendente que el proyecto español no contuviera ese registro de obreras a domicilio, pues era una de las medidas que en muchos de los países se incluía en sus normas e informes por ser eficiente en el control de las personas que se dedicaban a ello y las retribuciones por ellas percibidas por el trabajo realizado.

Aunque las diferencias entre ambas normas versaban sobre dos cuestiones importantes, uno de los parecidos que también es relevante es en la cuestión salarial: en ambas normas se preveía un órgano para determinar los salarios a domicilio. En el caso argentino se denominaba “Comisiones de Salarios”, que dependían del Departamento Nacional de Trabajo; en España se denominaban “Comités Mixtos de fijación de salarios y del trabajo a domicilio”, que eran creados por el Instituto de Reformas Sociales y dependían orgánicamente del Patronato de Trabajo a Domicilio. En este último caso, se subraya la particularidad de que la base tercera prevé que, en estos Comités, las mujeres podían elegir a sus miembros y, “en cierto modo”, también podían ser elegibles. Esta mención es importante porque, a pesar de articularse de una forma paternalista, se las tiene en cuenta para discutir los salarios que deben percibir sus congéneres obreras. Esa observación de las obreras mujeres no se contempla en la norma argentina.

La cuestión salarial encierra más cuestiones comunes entre ambos países: en ambos casos se prevé que el salario retribuido en el trabajo a domicilio no debía ser inferior que el pagado en las fábricas por la producción de los mismos productos. En ese sentido, el precio mínimo por pieza no debía ser inferior al cálculo del precio hora retribuida en las fábricas. Por lo que respecta concretamente al trabajo a domicilio, en ambas normas se señala que el precio de las materias primas y de la maquinaria que la obrera debía comprar para la elaboración del trabajo a domicilio debía ser cargado en el precio de las prendas que debían satisfacer los patronos y comerciantes que encargaban el trabajo a esas obreras. El pago de las materias primas, como por ejemplo el hilo, y de la maquinaria necesaria, como las máquinas de coser, fue una de las cuestiones ampliamente discutidas y tratadas en los informes recogidos por la AIPLT, pues se consideraba un abuso la práctica de algunos patronos y fabricantes de no costear aquellas materias que debían comprar las obreras para la producción de piezas. Esa mala práctica se consideraba que era una ruina para las obreras, motivo por el que se prohibió.

Otra de las similitudes es la previsión de un régimen sancionador en caso de incumplimiento de la norma por parte de patronos y fabricantes. Asimismo, este régimen sancionador no fue aplicado en el caso español porque el proyecto de ley no fue aprobado. En el caso argentino, la escasa aplicación de la norma reflejaba la ineficacia de las sanciones previstas.

Una de las críticas que se puede hacer a la norma argentina es que, a pesar de procurar la higiene de las obreras y estipular unas normas muy detalladas sobre riesgos laborales, entre otras cuestiones, se convenía que los inspectores no podían acceder a los talleres de familia a menos que tuvieran “noticia fundada de infección en alguno de ellos de cualquiera de las formas de explotación, de higiene o de salubridad indicadas por la Autoridad sanitaria local”. Puesto que aquellos abusos que se daban en el trabajo a domicilio raramente se ponían en conocimiento de las autoridades por la misma naturaleza de familiaridad o vecindad que podía vincular a las personas que trabajaban en la misma unidad productiva doméstica, ello comportaba que la existencia de abusos en este tipo de trabajo quedara lejos del control y la observación de Inspección, pues esa prohibición impedía cualquier iniciativa de los inspectores a visitar los domicilios si existía solamente una sospecha de que se cometían abusos. El resultado final era la desprotección de las obreras a domicilio.

Por parte del proyecto de ley español, se observa que muchas de las bases se dedican a la creación de organismos dedicados a la aplicación de la norma jurídica y a la vigilancia de su cumplimiento: el Patronato de Trabajo a Domicilio, el Comité Mixto de Fijación de Salarios, tanto central como en los territorios, además de los servicios técnico-administrativos auxiliares de Inspección de Trabajo que se dedicaran al trabajo a domicilio. La amplia descripción de estas instituciones y la previsión presupuestaria del pago de las dietas es muy amplia, además de las subvenciones previstas para las organizaciones protectoras de las trabajadoras a domicilio, para publicaciones especiales sobre el trabajo a domicilio, así como exposiciones y congresos y comisiones de estudios que se organicen sobre esta materia. Cabe tener en cuenta que este tipo de organizaciones y encuentros de debate los organizaba la burguesía, motivo por el que el gasto público en esas cuestiones seguramente no era tan necesario como garantizar que las obreras a domicilio mejoraran de forma efectiva sus condiciones de vida. El proyecto de ley español contiene muchas generalidades que no fueron posibles de concretar

por vía reglamentaria tal y como se preveía, pues su no aprobación dejó sin protección a las obreras a domicilio

5. Conclusiones

El trabajo a domicilio fue una de las formas que tomó la Revolución Industrial, cuando parte de la producción de las fábricas y los comercios se encargaba a mujeres que trabajan en casa para no abandonar sus obligaciones de cuidado de menores o personas mayores dependientes mientras ganaban un dinero que complementaba el salario principal, que era el del cónyuge.

Como se ha podido comprobar, tanto en la República Argentina como en el Reino de España el trabajo a domicilio tenía características parecidas, como los sectores mayoritarios: vestidos y zapatos, entre otros como la estacionalidad del trabajo. Entre las diferencias, ya analizadas, se puede deducir que las condiciones de higiene y salud de las obreras argentinas eran levemente mejores que las de obreras españolas, atrincheradas en domicilios pequeños, cerca de las fábricas y sin ventilación alguna.

Una de las diferencias más importantes fue que el proyecto español no fue aprobado, al contrario que el proyecto argentino. Asimismo, la falta de aplicación de esta última norma rebajó su eficacia, pues el colectivo de obreras a domicilio fue uno de los más desprotegidos, cuestión común de todos los países que informaron sobre ello.

En cuanto a la norma argentina, se valora la preocupación por el cumplimiento de las normas de higiene y salud laborales, lo que en España no se profundizó. Asimismo, en ambos casos se abordó la cuestión salarial, una de las cuestiones más discutidas en los foros políticos y sociales que trataban la cuestión. La preocupación de las obreras a domicilio fue una cuestión relevante, pues eran un colectivo feminizado que debía afrontar las mayores vicisitudes de la clase obrera: falta de higiene, trabajo a destajo y sin horarios, salarios bajos y todo ello mientras daban respuesta a las necesidades de menores y personas mayores que convivieran en el domicilio, además de padecer hambre y el contagio de enfermedades como la tisis. Unas condiciones de trabajo que dificultaban que las obreras pudieran llevar una vida digna.

Bibliografía

- Cantero, María Ángeles, “De ‘perfecta casada’ al ‘Ángel del hogar’, o la construcción del arquetipo femenino del siglo XIX”, Tonos, Revista Electrónica de Estudios Filológicos 14 (diciembre 2007).
- Cascales Tortajada, Marta, “La vida y la experiencia de las cosedoras a domicilio en la Ciudad de Sabadell durante el siglo XX”, en Espuny, María Jesús y Velo, Elisabet (coords.), *Historia, Derecho y Sociedad con perspectiva de género* (Madrid: Dykinson, 2020).
- Castroviejo, Amando y Sangro y Ros de Olano, Pedro, *El trabajo a domicilio en España*, Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, Sección Española 14 (1908).
- Instituto de Reformas Sociales, *Preparación de un proyecto de ley sobre trabajo a domicilio* (Madrid: Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1918).
- Kabat, Marina, “*Fatto in casa*. El trabajo a domicilio en la industria argentina del Calzado y sus vínculos con el desarrollo fabril, 1870-1890”, Razón y Revolución 9 (otoño 2002).
- Kabat, Marina y Pascucci, Silvina, “El trabajo a domicilio como empleo precario. Alcances y límites de la legislación que intentó regularlo en la Argentina”, en DD.AA., *VI Jornadas de Sociología de la UNLP, 9 y 10 de diciembre de 2010* (Buenos Aires: Universidad Nacional de La Plata, 2010).
- Miranda, José Antonio, “De la tradición artesana a la especialización industrial. El Calzado valenciano 1850-1930”, *Historia Industrial* 4 (1993).
- Pons, Adriana, “Del Valle Iberlucea: entre la Guerra y la Revolución”, *Boletín de Historia, FEPAI* 58 (2011).
- Puertas, Sílvia, *Artisanas i obreres* (Alguaire: Diario La Mañana, 1994).
- Vallès, Daniel, “«*España Social*»: la revista de la Sección Española de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores”, *Historia, Trabajo y Sociedad* 11 (2020).
- Velo Fabregat, Elisabet, “El trabajo a domicilio en el centro del debate y la política social de principios del siglo XX”, *Revista de Derecho Social* 96 (enero-abril 2022).

LEGISLACIÓN PROTECTORA DE LA MUJER Y DEL NIÑO (1900-1924): UNA PERSPECTIVA COMPARADA ESPAÑA-ARGENTINA

MARÍA JESÚS ESPUNY TOMÁS*

La mujer trabajadora fue un producto de la revolución industrial, no tanto porque la mecanización creara trabajos para ella allí donde antes no había habido nada, como porque en el transcurso de la misma se convirtió en una figura problemática y visible¹.

1. Presentación

La protección generalizada a mujeres y niños se inició a nivel mundial en el último tercio del siglo XIX como consecuencia de la intervención del Estado en la cuestión social. Las primeras leyes del trabajo fueron fruto de las preocupaciones, mitad filantrópicas (protección al obrero individual), mitad defensivas (prevención ante el movimiento asociativo), del momento².

* Profesora emérita de Historia del Derecho y de las Instituciones, Universidad Autónoma de Barcelona, España. Premio Vicens Vives a la calidad docente universitaria 2016, Departamento de Empresa y Conocimiento de la Generalidad de Cataluña.

1. Scott, J. W., “La mujer trabajadora en el siglo XIX” en Duby, G. y Perrot, M., *Historia de las mujeres en Occidente*, Tomo IV (Madrid: Taurus minor, 2000), pp. 427-461.

2. Clavero, Bartolomé, “Institución de la reforma social y constitución del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 41 (1990), pp. 5-25 y *Anuario de Historia del Derecho Español* 49 (1989), pp. 859-884; Clavero, Bartolomé, “La Historia del Derecho ante la Historia social”, *Historia Instituciones Documentos* 1 (1974), pp. 241-261.

Las primeras normas se hallan impregnadas de un acento humanitario que inspira el *lenguaje de la caridad* que regula los aspectos fundamentales de las relaciones laborales: las leyes de accidentes de trabajo, de mujeres y niños, de descanso dominical o de inspección de trabajo entre otros³. La legislación intentará suavizar asperezas, evitar luchas entre el capital y el trabajo en la vida de la gran industria que encuentra al faltar los lazos que habían presidido las relaciones entre maestros y artesanos en etapas anteriores⁴. Las primeras etapas del movimiento legislativo se inclinan sobre todo a la protección de las llamadas “medias fuerzas”, mujeres y niños y a la tutela de su salud física y moral⁵.

La protección a los menores y a las mujeres es una preocupación en la que coinciden todos los países⁶. Se acredita por diferentes motivos: la repercusión en la salud de la población futura de

3. Montoya Melgar, Alfredo, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)* (Madrid: Civitas, 1992), pp. 28 y ss.; Lobato, Mirta, “El Estado y el trabajo femenino: el Departamento Nacional del Trabajo” en Lvovich, Daniel y Suriano, Juan, *Las políticas sociales argentinas en perspectiva histórica. Argentina, 1870-1952* (Buenos Aires: UNGS, Prometeo, 2005); Cortés, Rosalía y Marshall, Adriana, “Estrategias económicas, intervención social del Estado y regulación de la fuerza del trabajo. Argentina, 1890-1990”, *Estudios del Trabajo* 1 (1991), pp. 21-46.

4. Dato e Iradier, Eduardo, “Significado y representación de las leyes protectoras del trabajo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 114 (1909), pp. 5-28; Pérez González, V., “Apuntes sobre la cuestión social”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 100 (1902), pp. 566-582 y 101 (1902), pp. 5-25; Palacios, Alfredo Lorenzo, *Por las mujeres y los niños que trabajan* (Valencia: F. Sempere y Compañía Editores, s.d.), p. 5: “el ensanchamiento del antiguo taller del maestro corporativo”.

5. Posada, Adolfo, “El derecho y la cuestión social” estudio preliminar a *El derecho civil y los pobres* de Antonio Menger (Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1898), pp. 5-67; reproducido por Posada, Adolfo, “Sobre el aspecto jurídico del problema social”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 92 (1898), pp. 70-87; Posada, Adolfo, “La reforme social en Espagne”, *Revue Internationales de Sociologie* 5-6 (1907), pp. 362-363; Martín Valverde, Antonio, “La formación del Derecho del trabajo en España” estudio preliminar en AA. VV., *La legislación social en la Historia de España* (Madrid: Congreso de los Diputados, 1987), p. xxv, siguiendo la distinción hecha por Giugni, V. G., *Introduzione allo studio della autonomia collettiva* (Milán: Giuffè, 1960), pp. 50 y ss.; Espuny Tomás, María Jesús, “Legislació històrica i Gènere” en Bodelón, Encarna y Giménez, Pilar, *Desenvolupant els drets de les dones: àmbits d'intervenció de les polítiques de gènere* (Barcelona: Diputació de Barcelona, 2000), pp. 15-31.

6. Hepple, Bob (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países* (Madrid: Centro de

la explotación de mujeres y niños y su condición de víctimas indefensas de este grupo de trabajadores. Informes médicos explican la influencia fatal en el estado físico de la mujer, la debilidad en el hijo y el deterioro de las nuevas generaciones⁷. La medicina y la higiene complementan estas premisas⁸.

El salario de la madre de familia equilibraba el presupuesto doméstico ante el escaso sueldo que percibía el marido. Los resultados del trabajo de la mujer en la fábrica se consideraban perjudiciales para su vida familiar y repercutían negativamente en su salud física, en la de sus descendientes y en la moralidad⁹.

2. Eduardo Dato y Alfredo Lorenzo Palacios: reformadores sociales

Eduardo Dato (1856-1821) era el Ministro de la Gobernación en España desde 1899 y desde este cargo se dispuso llevar a la legislación española el fruto de sus trabajos y estudios sobre cuestiones económico-sociales. Dato había estudiado como político y como jurista los perdurables antagonismos entre capital y trabajo y acometió desde el partido conservador una empresa que parecía reservada a escuelas más radicales¹⁰. Presentó a las Cortes el proyecto de ley sobre accidentes de trabajo que fue sancionado y promulgado el día 30 de enero de 1900. A esta siguió la del 13 de marzo de 1900 que reglamentaba el trabajo de las mujeres y de los niños, dando normas protectoras y ejerciendo una tutela sobre el grupo más débil del mer-

Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994), especialmente pp. 123-125.

7. Martín Valverde, Antonio, "La formación del Derecho del trabajo en España", pp. li-lv.

8. López Piñero, José María; García Ballester, Luis y Faus Sevilla, Pilar, *Medicina y Sociedad en la España del siglo XIX* (Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964), especialmente pp. 115-208.

9. *Sceances du Congres Ouvrier Socialiste de France*, Marseille, 1880, con referencias a Michelle Perrot, "El elogio del ama de casa en el discurso de los obreros franceses del siglo XIX" en Amelang, James S. y Nash, Mary (eds.), *Historia y género: las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea* (Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, 1990), pp. 241-265.

10. Castillo, Santiago, Prólogo a la edición facsímil de Adolfo Buylla y otros, *El Instituto de Trabajo. Datos para la historia de la reforma social en España* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986), pp. 7-23.

cado laboral. Estas dos normas de comienzos del siglo XX suponen el tránsito hacia una legislación obrera sistematizada, de la Comisión de Reformas Sociales al Instituto de Reformas Sociales, que consolidará el intervencionismo científico en las relaciones de trabajo¹¹. Antonio Cánovas, Segismundo Moret, Eduardo Dato, José Canalejas, Gumersindo de Azcárate han ligado su nombre a la historia de la primera legislación social española¹².

La formación como jurista, político y académico de Alfredo L. Palacios (1878-1956) estuvo marcada por la preocupación por las leyes sociales. El “Nuevo Derecho”, el derecho de los trabajadores, fue impulsado a partir de 1904 al ser elegido como primer diputado socialista¹³. En este primer mandato propuso la ley de descanso dominical, la ley de la jornada de ocho horas, la ley reglamentaria de mujeres y niños, un proyecto de ley para la represión de la trata de blancas (que se convertiría en la Ley 9.143 en 1913, también conocida como “Ley Palacios”) y el proyecto de ley sobre accidentes de trabajo¹⁴: “Anheloso de que surgiera al fin el derecho nuevo, amplio, humano, tendente a la dignificación del trabajo para que reemplazara el derecho arcaico cristalizado en criterios viejos, inicié en la Cámara de diputados, una serie de leyes de justicia social, especializándome con la que protege el trabajo de las mujeres y de los niños”¹⁵. Sin embargo, no participó en la preparación de la Ley Nacional de Trabajo de 1904 propuesta por Joaquín V. González, con el que debatió en intervenciones parlamentarias dentro del proceso de la reforma social

11. Espuny Tomás, María Jesús, “Eduardo Dato y la legislación obrera”, *Historia Social* 43 (2002), pp. 3-14; Espuny Tomás, María Jesús, “Fisiología i moral en la legislació social”, en *Àgora@ 2000, Jornades per la igualtat d’oportunitats i responsabilitats a la vida laboral i familiar* (Barcelona: Generalitat de Catalunya, Institut Català de la Dona, 2001), pp. 137-141.

12. *Legislación del Trabajo* (Madrid: Minuesa de los Ríos, 1900). Edición oficial dirigida por el propio Eduardo Dato.

13. Salvioli, Giuseppe, *El derecho civil y el proletariado*, Estudio preliminar y edición de Bartolomé Clavero (Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979), pp. 146-147. Acerca de la aparición del “nuevo derecho” a nivel internacional y la preocupación entre políticos y juristas.

14. Pino, Cecilia, “Alfredo Palacios: un argentino imprescindible”. Patrimonio legislativo <https://apym.hcdn.gob.ar/publicaciones/articulos/24>.

15. Palacios, Alfredo L., *Por las mujeres y los niños que trabajan*, pp. 116-117; Nosedá, Paula, “Análisis del elemento histórico en el nuevo derecho de Alfredo L. Palacios”, *Cartapacio de Derecho. Revista Virtual de la Facultad de Derecho* 14 (2008), pp. 1-25.

argentina¹⁶. Palacios perteneció a la generación de juristas de 1910, a los que se consideran creadores del Moderno Derecho¹⁷. El jurista argentino tenía amplios conocimientos del derecho social europeo y especialmente del español, de las actividades sindicales desarrolladas por la Unión General de Trabajadores en Madrid en relación al trabajo femenino y de las publicaciones del Boletín del Instituto de Reformas Sociales¹⁸. En Argentina, la opinión de Estanislao Zeballos indicaba que bastaban las disposiciones del Código Civil junto con las de los Códigos Comercial y Penal para dar solución a las relaciones entre el patrón y sus obreros¹⁹. La escasez de las normas del Código Civil español sobre el arrendamiento de servicios, así como su tardía entrada en vigor, dejaban multitud de cuestiones a concertar por las partes según el principio de autonomía de la voluntad²⁰.

3. Las primeras normas españolas y argentinas

3.1. Apuntes sobre la Ley española de 13 de marzo de 1900

El proyecto Dato sobre el trabajo de las mujeres y los niños que será la Ley de 13 de marzo de 1900 incorpora una gran parte de las cuestiones, criterios y aspectos más polémicos de los proyectos anteriores y aporta algunas novedades comunes a otros del mismo jurista. Desarrolla la prohibición del trabajo a los niños menores de 10 años, la reducción de la jornada laboral para no perjudicar su desarrollo

16. Posada, Adolfo, *Joaquín V. González. Un pedagogo y sociólogo argentino* (Madrid: Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1912). Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores. Sección Española, núm. 25, pp. 10-15.

17. Tau Anzoátegui, Víctor, “Los Juristas Argentinos de la Generación de 1910”, *Revista de Historia del Derecho* 2 (1974), pp. 225-286.

18. Palacios, Alfredo L., *Por las mujeres y los niños que trabajan*, pp. 124-125. En la p. 44 cita la opinión del catedrático de la Universidad de Barcelona, Ignacio Valentí Vivó (1841-1924).

19. Martiré, Eduardo, *Dos Lecciones de Historia del Derecho Argentino (1900-1949)* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1989); Nosedá, Paula, “Análisis del elemento histórico en el nuevo derecho de Alfredo L. Palacios”, en relación también con la tesis de Juan Bialek Massé recogida por Martiré.

20. Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid: Tecnos, 3ª Edición, 1981), pp. 599-604; Clavero, Bartolomé, *Manual de historia constitucional de España* (Madrid: Alianza Editorial, 1989), pp. 37-38.

físico, la prohibición de trabajo en lugares insalubres y peligrosos, la higiene en los talleres, la separación de sexos en las fábricas y la instrucción infantil. Entre las novedades figura la creación de unas Juntas Locales y Provinciales de Reformas Sociales con importantes facultades de inspección y de vigilancia que contará con la oposición reformista por considerarlas próximas a la patronal. Resulta significativo en esta Ley, el desarrollo y concreción de los derechos de las mujeres en el embarazo, puerperio y lactancia. Esta Ley estará vigente y no se derogará junto a otras disposiciones relacionadas con el trabajo de mujeres y niños, hasta la cláusula derogatoria de la Ley de contrato de trabajo de 1944²¹.

Los artículos dedicados al trabajo de las mujeres en el Reglamento de 13 de noviembre de 1900 para la aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900 se refieren a la prohibición absoluta a las mujeres menores de edad para trabajos de agilidad, equilibrio o fuerza en establecimientos y espectáculos públicos, aunque tuvieran carácter literario o artístico. Será necesario justificar antes su mayoría de edad. La autoridad gubernativa dispensará, en todo caso, después de valorar la relación entre los inconvenientes físicos y morales del trabajo y las condiciones de las mujeres menores de edad.

La jornada de trabajo de mujeres y menores regulada por la Ley y el Reglamento de 1900 se completará con el Real Decreto de 26 de junio de 1902 que situará en 11 horas diarias o 66 semanales, contando con el preceptivo descanso dominical. De este texto es interesante resaltar la facultad de inspección que se otorga de forma específica a las Juntas Locales y Provinciales de Reformas Sociales y que ya estaba recogida en la Ley y en el Reglamento, en definitiva

21. Espuny Tomás, María Jesús, “La primera legislación social protectora de la mujer: una perspectiva comparada” en Ramos Vázquez, Isabel (coord.), *Derecho y Trabajo en el siglo XIX* (Madrid: Dykinson, 2017), pp. 81-133; Espuny Tomás, María Jesús, “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, *Iuslabor* 3 (2006); Espuny Tomás, María Jesús, “La protección a la maternidad en el textil catalán (1919-1923)” en Castillo, Santiago y Ruzafa, Rafael (coord.), *Actas del VI Congreso de Historia Social, La previsión social en la historia* (Madrid: Siglo XXI, 2009); Espuny Tomás, María Jesús, “El descanso puerperal y su cumplimiento” en Franco, Gloria (ed.), *Debates sobre la maternidad desde una perspectiva histórica (siglos XVI-XX)* (Barcelona: Icaria Editorial, 2010), pp. 189-205.

la necesidad de buscar instrumentos de control ante la inobservancia de los preceptos²².

3.2. *La Ley 5.291 argentina de 30 de septiembre de 1907*

La discusión del proyecto presentado en junio de 1906 por Palacios provoca entre algunos diputados la petición de postergarlo desde la primera moción. El diputado señala los informes minuciosos que presenta al Congreso “que llevan las firmas de Bunge, Alsina, Bialnet Masset y ocho médicos de la asistencia pública”. Palacios explicaba así su larga trayectoria hacia la aprobación definitiva:

“Ocho veces he hecho moción pidiendo fijación de día para que se trate el proyecto que reglamenta el trabajo de las mujeres y de los niños, y ocho veces ha sido aceptada la moción que he formulado, ocho veces he escuchado el asentimiento general de los señores diputados para tratar lo que he conceptuado siempre como sencillo, justo y humano y ocho veces he visto postergada mi moción aún en contra de las leyes más elementales del debate”²³.

Al iniciarse las sesiones del año 1907, el diputado Palacios vuelve a insistir para que se trate su proyecto sobre el trabajo de mujeres y niños. A distintas mociones de aplazamiento (doctor Delcasse, diputado Demaría), se siguen discusiones en particular, sobre las horas de trabajo para los menores, limitación de la jornada y descanso de las mujeres embarazadas, antes de ser sancionada por el Congreso.

Esta norma, que fue promulgada oficialmente el 14 de octubre de 1907, consta de 12 artículos divididos en cuatro capítulos. El primero está dedicado a las disposiciones de derecho civil (artículos 1º al 6º), a continuación las dedicadas al derecho penal (artículos 7º y 8º), el tercero trata de las disposiciones especiales para la capital de la República (un amplio artículo 9º) y finalmente el capítulo IV se refiere a cuestiones varias relacionadas con la aplicación de la ley²⁴.

22. Palomeque, Manuel Carlos, “Orígenes de la regulación del trabajo femenino en España: la Ley de 13 de marzo de 1900”, Cuadernos de Derecho del Trabajo 1-2 (1975-1976), pp. 223-271; Escribano Gutiérrez, Juan, *La mujer trabajadora en el derecho histórico del trabajo en España* (Granada: Editorial Comares, 2019), pp. 5-28.

23. Palacios, Alfredo L., *Por las mujeres y los niños que trabajan*, pp. 46-54.

24. Etcheverry, Ricardo, *La ley argentina sobre reglamentación del trabajo de mujeres y niños* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias

3.2.1. Menores

La limitación de la edad de los menores a partir de 10 años coincide con la norma española. Una cuestión relacionada con la formación escolar de los jóvenes difiere en los dos casos. Así, en Argentina, los mayores de 10 años que no hayan completado su instrucción obligatoria no podían ser contratados, mientras que en España se permite trabajar a los menores de 10 años que sepan leer y escribir, en cuyo caso pueden empezar a trabajar a los nueve años.

El defensor de menores del distrito, una figura novedosa de la legislación argentina, podría autorizar el trabajo de los menores sin la formación escolar básica cuando su trabajo fuera indispensable para su subsistencia, la de sus padres o la de sus hermanos. El Ministerio de Menores desplegaba un control minucioso sobre los industriales, comerciantes o sus representantes que ocupasen a menores: exigía llevar un registro minucioso donde constaran el nombre y apellido, lugar y fecha de nacimiento, residencia y los nombres, apellidos, profesión y residencia de sus padres o tutores²⁵. En España, el Reglamento de 13 de noviembre de 1900 que desarrolla la Ley de 13 de marzo de 1900 dedica una atención más significativa a la instrucción primaria y religiosa (artículos 11 al 15). Las formalidades que se han de observar para que un menor entre a trabajar son: el permiso paterno o materno, del tutor o del director del asilo o centro de beneficencia por medio de un acta delante de la autoridad local, la certificación de la edad del menor por el Registro Civil, la confirmación de que el trabajo que realizará no será superior a sus fuerzas y que no sufre enfermedad contagiosa o infecciosa, y que está vacunado. Este certificado había de ser expedido en papel de oficio por los médicos forenses o de la beneficencia y había de ser gratuito²⁶.

Económicas, 1918). Este documento forma parte de la colección de tesis doctorales de la Biblioteca central “Alfredo L. Palacios”. Fuente: Biblioteca Digital de la Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de Buenos Aires; Kandel, Ester, *Ley de trabajo de mujeres y menores. Un siglo de su sanción* (Buenos Aires: Editorial Dunken, 2008), pp. 13-29.

25. Espuny Tomás, María Jesús, “La primera legislación social protectora de la mujer: una perspectiva comparada”, pp. 81-133, con referencia al *livret* de la primera legislación francesa (1847).

26. “Los documentos a que se refiere este artículo quedarán en poder del patrono quien los presentará siempre que a ello sea requerido por los Inspectores”.

El examen médico de los menores es facultativo por parte de la autoridad local argentina, frente a la obligatoriedad de la vacunación de las mujeres y los niños en la legislación española. El cuidado de la fisiología del menor y de su desarrollo resulta semejante a la preocupación extendida en las medidas protectoras también para las mujeres. Una protección a la salud y a la moralidad que conlleva también el descanso semanal, dominical en España, para este colectivo que se justifica aún más en el artículo 6º de la ley argentina.

El capítulo II establece unas disposiciones de derecho penal que ofrecen similitudes con la legislación histórica española, la represión a través de una multa pecuniaria o incluso un arresto va dirigido a “todo individuo que haga ejecutar por menores de 16 años ejercicios peligrosos de fuerza o dislocación”. La Ley española de 26 de julio de 1878 de trabajos peligrosos de los niños regula en el mismo sentido una actividad laboral calificada como peligrosa y que estaba directamente relacionada por una parte con la tipología propia de los espectáculos públicos de aquel momento y por otra con la mendicidad o la vagancia.

Las disposiciones especiales para la capital de la República recogen diversos temas, así la jornada laboral de los menores de 16 años (ocho horas diarias y 48 semanales)²⁷. Estos, igual que las mujeres, si trabajan todo el día podrán disponer de un descanso de dos horas al mediodía. En España, la reducción de la jornada laboral se limita por razón de la edad, de la peligrosidad física y la moralidad.

Otro aspecto que se recoge en este capítulo de la Ley argentina son las normas prohibitivas del trabajo de niños de 12 años en establecimientos industriales, del empleo de mujeres y menores de 16 años en las industrias peligrosas o insalubres y también en el trabajo nocturno, entendiéndose este como el que se realiza de las nueve de la noche a las seis de la mañana. El Reglamento español de 13 de noviembre de 1900 confirma el concepto de trabajo nocturno previsto por la Ley: comprende desde las siete de la tarde a las cinco de la mañana. Este horario se permitía a los mayores de 14 años y a los menores de 16 y no podía superar las ocho horas diarias; en todo caso no podrían trabajar cuatro horas seguidas sin descansar.

Comienza a perfilarse la idea de inspección ya prevista como una de las funciones de las Juntas Locales y Provinciales de Reformas Sociales.

27. Palacios, Alfredo L., *Por las mujeres y los niños que trabajan*, pp. 80-91 sobre jornada laboral.

3.2.2. Mujeres

Como hemos visto, tanto en la legislación española como en la norma argentina muchas de las normas destinadas a los menores incluyen a las mujeres dentro del concepto de “medias fuerzas”. En relación con el embarazo y la lactancia hay una especial referencia a la mujer obrera en la Ley 5.291 al prescribir que en caso de alumbramiento podrá dejar de concurrir a las fábricas o talleres hasta los 30 días subsiguientes con reserva del puesto de trabajo. El ideal maternal de las mujeres afianza el concepto del hombre protector que tiene que trabajar para llevar el pan a su familia²⁸. La lactancia permite a la madre amamantar a su hijo durante 15 minutos cada dos horas, sin computar ese tiempo con el destinado al descanso de trabajo²⁹. La Ley española de 13 de marzo de 1900 instaura por primera vez en el artículo 9 el reposo de la trabajadora las tres semanas posteriores al parto e incluso si se solicita antes, con reserva del puesto de trabajo. Se reconoce, asimismo, la hora de lactancia diaria dentro del horario laboral, dividida en dos medias horas si lo estiman conveniente. Esta hora no puede descontarse del salario.

El Reglamento de la ley española amplía la suspensión de la relación laboral de la mujer embarazada a partir del octavo mes de embarazo y se mantiene la reserva del lugar de trabajo hasta después de las tres semanas posteriores al parto. El puerperio se prevé de cuatro semanas, una semana más, con una certificación facultativa³⁰.

28. Lobato, Mirta Zaida, “Una mirada histórica sobre las trabajadoras en la Argentina”, Superintendencia de Riesgos del Trabajo, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mirta_lobato.pdf.

29. Palacios, Alfredo L., *Por las mujeres y los niños que trabajan*, p. 111, en relación a la reforma que propone sobre el tiempo de puerperio, y p. 131, en referencia a las “cajas de maternidad” siguiendo la opinión de Adolfo Posada en el Boletín del Instituto de Reformas Sociales, n° 26.

30. Fernández de Castro, Rafael, *Trabajo de mujeres y niños en establecimientos industriales y mercantiles* (Madrid: Librería de Leopoldo Martínez, 1904), p. 23: “aun cuando el art. 9 de la Ley sólo establece el período de tres semanas para que descansen las mujeres que sean madres después del alumbramiento, el art. 18 del Reglamento de 13 de noviembre de 1900 amplía el plazo legal en una semana más o sea hasta cuatro semanas, si a juicio del facultativo lo exigieran la naturaleza o el estado de la operaria. Por esta aclaración, se ajusta nuestra ley al acuerdo tomado sobre la materia en la Conferencia de Berlín de 1890 que consiste en el reposo de cuatro semanas después de haber salido de su cuidado; acuerdo seguido en la práctica por algunas naciones”.

Se establece también una posibilidad de redistribución del tiempo de lactancia reafirmando que nunca será descontada del jornal de la mujer. Al reservar la Ley y el Reglamento a la mujer el lugar de trabajo durante tres o cuatro semanas no dice nada respecto al salario durante este período de tiempo por lo que se entiende que no cobraba: el textil catalán, sin embargo, adoptó una medida al respecto³¹. Tampoco aparece nada relacionado con el salario durante el período puerperal en la Ley 5.291 argentina.

Aparece un precedente de la ley de la silla española (1912) al ordenar que en los establecimientos atendidos por mujeres existan asientos para su comodidad³². Esta Ley será derogada por la Ley 11.317 de trabajo de las mujeres y los niños de 30 de septiembre de 1924.

4. Reglamento para la aplicación de la ley reglamentaria de trabajo de mujeres y menores en la Capital de la República de 1908

La Ley 5.291, promulgada el 14 de octubre había de empezar a regir el 14 de abril de 1908 de acuerdo con la *vacatio legis* de seis meses prevista en el artículo 11 del texto legal. El Reglamento consta de 26 artículos presentados sin una división específica.

Las medidas de seguridad a que deberán ajustarse las fábricas y los talleres se ciñen a la limpieza y a la ventilación, a evitar las emanaciones nocivas para la salud y las aglomeraciones que puedan limitar el aire respirable (artículo 2º). Se estima la cantidad de aire requerida para la salubridad de fábricas y talleres en 10 metros cúbicos por personas y se exige se publicite el número de personas que pueden emplearse en cada habitación (artículo 3º). Exigencia del mantenimiento de una temperatura razonable en cada habitación de acuerdo con la ley y los reglamentos municipales (artículo 5º) y de

31. Espuny Tomás, María Jesús, “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, *Iuslabor* 2 (2006); Espuny Tomás, María Jesús, “La protección a la maternidad en el textil catalán (1919-1923)” en Castillo, Santiago y Ruzafa, Rafael (coord.), *Actas del VI Congreso de Historia Social, La previsión social en la historia* (Madrid: Siglo XXI, 2009); Espuny Tomás, María Jesús, “El descanso puerperal y su cumplimiento” en Franco, Gloria (ed.), *Debates sobre la maternidad desde una perspectiva histórica (siglos XVI-XX)* (Barcelona: Icaria Editorial, 2010) pp. 189-205.

32. Espuny Tomás, María Jesús y García González, Guillermo, “¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la silla”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política* 11 (2010), pp. 43-57.

instalaciones sanitarias suficientes y adecuadas, separadas si hubiere personal de ambos sexos (artículo 6°). Se fijan con detalle todas las medidas de seguridad relacionadas con los motores a vapor, con la maquinaria peligrosa y los aparatos de transmisión (artículo 7°). Un aspecto digno de resaltar es la apertura de las puertas, siempre hacia afuera, evitando cerrarlas con llave o con cerrojos (artículo 8°).

En relación con la salud de los obreros, establece la disponibilidad de agua potable y prohíbe la introducción de bebidas alcohólicas (artículos 10 y 11). Un aspecto que incide en la moralidad es la disposición que ordena la existencia de locales distintos de los del trabajo y separados para poder cambiarse la ropa, cuando se encuentren trabajadores de ambos sexos (artículo 12).

El Reglamento, a partir de su artículo 13, amplía las normas de la Ley concretando algunos aspectos del trabajo de las mujeres y de los niños. Se permite el trabajo nocturno a las mujeres mayores de edad que se ocupen en el servicio doméstico, en el cuidado de los enfermos o en espectáculos públicos (artículo 13). En relación con la autorización a los menores para el trabajo cuando no han completado su instrucción obligatoria, los defensores de menores certificarán la situación tras haber comprobado plenamente su veracidad y entregarán el documento al menor o a su representante legal (artículo 14). Respecto al registro, ya anunciado en la Ley 5.291, si el defensor de menores advierte que entre los obreros inscritos “hay alguno residente fuera del distrito”, se lo comunicará al defensor que le corresponda³³. Este registro podrá ser examinado por el funcionario que ejerza como policía del trabajo y tomar copia (artículo 15°). Deberá registrarse también el menor de 16 años que deba ejecutar trabajos fuera de la fábrica con expresión de la cantidad y la naturaleza del trabajo encargado, las fechas y el cumplimiento del encargo para comprobar que no se exija a los menores una jornada mayor que la permitida por la Ley (artículo 16).

Las prohibiciones a los menores de 16 años y a las mujeres menores de edad se determinan en un amplio artículo 17 del Reglamento. Un primer aspecto corresponde a la prohibición de ocuparlos en los talleres donde se confeccionan elementos que puedan herir su moralidad. Este aspecto también se contempla en el artículo 6° de la

33. Etcheverry, Ricardo, *La ley argentina sobre reglamentación del trabajo de mujeres y niños*, pp. 4-5, acerca del carácter general de la Ley 5.291 y la discusión sobre la diferencia entre la legislación especial de la capital.

Ley española de 13 de marzo de 1900. Los objetos son semejantes (escritos, anuncios, grabados, pinturas, emblemas, estampas), y aún existe otra similitud al señalar en ambas normas: “demás objetos que, sin estar bajo la acción de las leyes penales, sean de tal naturaleza que puedan herir su moralidad”. Existe también un paralelismo en la prohibición a los menores de 16 años (en este caso no aparecen las mujeres en ninguna de las dos normas) de trabajar en espectáculos públicos. España ya contaba con una Ley de protección de los niños de 26 de julio de 1878. En la Ley de 13 de marzo de 1900 (artículo 6º, inciso 2) se especifican exactamente los trabajos de agilidad, equilibrio, fuerza o dislocación que no aparecen en la disposición argentina.

Los párrafos siguientes se refieren a prohibiciones en relación con distintos aspectos laborales prohibidos a las mujeres y a los menores de 16 años. Se trata de una enumeración exhaustiva que guarda una gran similitud en todos los aspectos que recoge el Real Decreto de 25 de enero de 1908 sobre las industrias y trabajos que se prohíben en España a los niños de ambos sexos menores de 16 años y a las mujeres menores de edad. El artículo 18 del Reglamento argentino prohíbe absolutamente el trabajo de menores de 16 años y de mujeres en un listado de 37 industrias, repitiendo en el artículo 18 un listado semejante de 18 fábricas. Los pesos máximos que los obreros pueden cargar se hallan detallados en el artículo 20, la distinción se hace por edades, varones menores de 16 años, mujeres menores de 16 años y mujeres desde 16 a 20 años. El límite máximo de carga que pueden arrastrar o empujar tanto en los establecimientos como en la calle se determina con la misma distinción de edades y de sexo que en el artículo anterior en el siguiente.

El Real Decreto de 25 de enero de 1908 en España establece una distribución más diferenciada en dos bloques. El primer bloque comprende la prohibición absoluta del trabajo a menores y mujeres en las industrias que puedan provocar riesgos de intoxicación, de explosión o incendio o a posibles estados patológicos. El segundo bloque prohíbe el trabajo en aquellos talleres que produzcan polvos, emanaciones o vapores ácidos entre otros. Los pesos coinciden en ambas legislaciones, española y argentina, con idéntica distribución por edades y sexos³⁴.

34. García González, Guillermo, “Los trabajos prohibidos a la mujer en el Real Decreto de 1908: la exclusión como instrumento de protección”, *Iuslabor* 2 (2014).

Los últimos artículos del Reglamento establecen un sistema de observación para el cumplimiento de la ley de forma diferenciada. Así, estaba atribuida al Departamento Nacional de Higiene en los aspectos que incidan en la vigilancia de las fábricas y talleres para asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales que protejan la salud de los trabajadores (artículo 22). El Intendente Municipal, por su parte, vigilará los lugares de trabajo a los efectos de la seguridad y la moralidad (artículo 23). El cuidado de que los menores no estén perjudicados en su instrucción obligatoria estará bajo la responsabilidad del Presidente del Consejo Nacional de Educación (artículo 24). La policía, por su parte, ejercerá la vigilancia en caso de infracción punible (artículo 25). Toda persona capaz que tuviere conocimiento de la infracción de cualquiera de las disposiciones de la ley relativa al trabajo de mujeres y niños podía denunciarla ante la autoridad policial o judicial competente a fin de que esta lo compruebe de forma efectiva (artículo 26).

Conocemos el cumplimiento de la Ley por los datos que nos proporciona el diputado Palacios durante el año 1910. Así, notas del Departamento Nacional de Higiene donde se da cuenta de los resultados de su inspección en el cumplimiento de la Ley 5.291³⁵. Notas correspondientes al Departamento del Trabajo a Higiene, solicitando la comprobación de denuncias sobre el cumplimiento de la Ley³⁶. Las aclaraciones a la Jefatura de Policía por las que denuncia las infracciones a la Ley y las respuestas del jefe de Policía³⁷. Finalmente, el autor recoge unos informes dirigidos al presidente interino del Departamento Nacional del Trabajo acerca del cumplimiento de la Ley en las fábricas de tejidos e hilanderías, en las fundiciones de acero, hierro, bronce, fábricas de alpargatas, donde pone en evidencia la inobservancia de la Ley protectora de mujeres y niños³⁸. El Decreto reglamentario de la Ley orgánica del Departamento Nacional del Trabajo (Ley 8.999) de 2 de enero de 1913 otorgó a la División de Inspección y Vigilancia el servicio de inspección y vigilancia directa en los establecimientos industriales y comerciales de la Capital Federal y Territorios Nacionales. En España, el Reglamento para la Inspección de Trabajo de 1 de marzo de

35. Palacios, Alfredo L., *Por las mujeres y los niños que trabajan*, pp. 203-211.

36. Palacios, Alfredo L., *Por las mujeres y los niños que trabajan*, pp. 212-218.

37. Palacios, Alfredo L., *Por las mujeres y los niños que trabajan*, pp. 218-220.

38. Palacios, Alfredo L., *Por las mujeres y los niños que trabajan*, pp. 220-233.

1906 encarga a este cuerpo, dependiente del Instituto de Reformas Sociales, la vigilancia de la Ley de 13 de marzo de 1900, puntualizando la excepción del trabajo agrícola y en talleres de familia prevista en el Reglamento de 1900. En 1907, el primer año que funciona el Servicio de la Inspección de Trabajo queda perfectamente delimitado el grado de incumplimiento de la Ley de 1900 de trabajo de mujeres y niños. Los testimonios de las actuaciones inspectoras en las diferentes regiones en que se encuentra dividido el territorio son indiscutibles y se recogen en las diferentes Memorias anuales de la propia Inspección de Trabajo³⁹.

5. Ley 11.317 de trabajo de las mujeres y los niños de 30 de septiembre de 1924

El cambio más importante es la edad del inicio al trabajo de los niños que será a partir de los 12 años de edad (Capítulo I, artículos 1º-4º). También en la ocupación de mujeres mayores de 18 años y menores de 18 años en relación con la jornada laboral. Se fija un nuevo horario del trabajo nocturno y se reglamentan las industrias peligrosas e insalubres (Capítulo II, artículos 5º-12). La protección a la maternidad se consolida con un período puerperal de descanso las seis semanas posteriores al parto (Capítulo III, artículos 13-15). Una disposición importante se recoge en el artículo 13.3: “No podrá despedirse a ninguna mujer con motivo de embarazo y deberá conservarse el puesto de trabajo”. El permiso de lactancia se aumenta a 15 minutos cada tres horas. Las habilitaciones de las salas maternas serán obligatorias en los establecimientos que ocupen un número de mujeres para los niños menores de tres años.

Respecto a las disposiciones de aplicación (Capítulo IV, artículos 16-20) es importante la pervivencia de la libreta a los me-

39. Vallès Muñío, Daniel, “La Aplicación de la Ley de Trabajo de Mujeres y Niños de 1900 en las memorias de la Inspección de Trabajo (I)”, *Iuslabor* 3 (2018); Espuny Tomás, María Jesús, “Los orígenes de la Inspección de Trabajo en España (1906-2006)”, *Iuslabor* 4 (2006); Espuny Tomás, María Jesús, “Los colaboradores de la Inspección de Trabajo desde la historia”, *Iuslabor* 1 (2006); Espuny Tomás, María Jesús, “Una tarea preventiva y represiva: las primeras actuaciones” en Espuny Tomás, María Jesús y Paz Torres, Olga (coord.), *Inspección de Trabajo 1906-2006* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), pp. 39-68.

nores que trabajan con los datos necesarios para comprobar el cumplimiento de la obligación escolar y las condiciones del trabajo al que se va a dedicar. Las disposiciones penales por las infracciones y reincidencias se contemplan en el Capítulo V (artículos 21-26). Las disposiciones de esta Ley se incorporan al Código Civil y Penal de la Nación.

6. Conclusiones

El género como determinante de una normativa histórica forma parte de mi línea de investigación centrada en la primera legislación social española protectora de la mujer y del menor. La intervención estatal en la esfera sociolaboral argentina circula por cauces similares. El papel de la mujer como ama de casa, esposa y madre de familia se verá alterado de forma significativa con su entrada en la fábrica y el taller. El mal ejemplo, las seducciones, la libertad del lenguaje, los celos y las envidias afectarán su moralidad. La fisiología femenina, portadora de vida, atraviesa por ciertos momentos críticos que le impiden realizar su trabajo en condiciones óptimas. La situación jurídica especial protegiéndola contra la fatiga de las largas horas de la fábrica, del trabajo nocturno, de algunos trabajos peligrosos situarán a las mujeres en un plano inferior económico. Una legislación protectora muy estricta provocará, en su contra, el desánimo de los empleadores en contratar a mujeres⁴⁰.

El estudio comparativo ha intentado significar los aspectos similares o diferentes entre ambas legislaciones, los valores que se defienden o se reflejan en las leyes o en las instituciones jurídicas. El espacio cronológico se ha marcado partiendo de la primera ley española, la Ley Dato de 13 de marzo de 1900 y la última ley argentina de este período, la Ley 11.317 de 30 de septiembre de 1924 que deroga la Ley 5.291. Durante estos años, especialmente en España se promulgaron muchas normas que incluían a las mujeres y a los menores por los proyectos de ley elaborados por el Instituto de Reformas Sociales (1903-1924), continuador de las tareas de un inicial

40. Gueybaud, J., "La législation protectrice de la femme", *Le mouvement féministe: organe officiel des publications de l' Alliance nationale des sociétés féminines suisses* 12 (1924).

intervencionismo llevado a cabo por la institución pionera, la Comisión de Reformas Sociales.

Hemos intentado aproximarnos al desarrollo de los ordenamientos jurídicos de España y de Argentina en las etapas de formación de un “Derecho nuevo” en un grupo específico de trabajadores especialmente protegidos por sus características personales, menores y mujeres. Sin duda, existieron influencias mutuas y transferencias jurídicas entre los dos países. La Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores y el sorprendente conocimiento de toda la legislación europea por parte de Palacios justifican las similitudes. Muchas normas de nuestros sistemas nacionales derivaron de otros o estos influyeron en ellas de forma trascendente. No dudamos de una cierta “internacionalización” por parte de las instituciones y de las personas que intervinieron en la reforma social que acreditaban una estrecha relación entre ellas.

Bibliografía

- Amelang, James S. y Nash, Mary (eds.), *Historia y género: las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea* (Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, 1990).
- Castillo, Santiago, Prólogo a la edición facsímil de Adolfo Buylla y otros, *El Instituto de Trabajo. Datos para la historia de la reforma social en España* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986), pp. 7-23.
- Clavero, Bartolomé, “Institución de la reforma social y constitución del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 41 (1990), pp. 5-25 y *Anuario de Historia del Derecho Español* 49 (1989), pp. 859-884.
- Clavero, Bartolomé, “La Historia del Derecho ante la Historia social”, *Historia Instituciones Documentos* 1 (1974), pp. 241-261.
- Clavero, Bartolomé, *Manual de historia constitucional de España* (Madrid: Alianza Editorial, 1989).
- Cortés, Rosalía y Marshall, Adriana, “Estrategias económicas, intervención social del Estado y regulación de la fuerza del trabajo. Argentina, 1890-1990”, *Estudios del Trabajo* 1 (1991), pp. 21-46.
- Dato e Iradier, Eduardo (dir.), *Legislación del Trabajo* (Madrid: Minuesa de los Ríos, 1900). Edición oficial.
- Dato e Iradier, Eduardo, “Significado y representación de las leyes protectoras del trabajo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 114 (1909), pp. 5-28.

- Escribano Gutiérrez, Juan, *La mujer trabajadora en el derecho histórico del trabajo en España* (Granada: Editorial Comares, 2019).
- Espuny Tomás, María Jesús, “Eduardo Dato y la legislación obrera”, *Historia Social* 43 (2002), pp. 3-14.
- Espuny Tomás, María Jesús, “El descanso puerperal y su cumplimiento” en Franco, Gloria (ed.), *Debates sobre la maternidad desde una perspectiva histórica (siglos XVI-XX)* (Barcelona: Icaria Editorial, 2010), pp. 189-205.
- Espuny Tomás, María Jesús, “Fisiología i moral en la legislació social”, en *Agora@ 2000, Jornades per la igualtat d'oportunitats i responsabilitats a la vida laboral i familiar* (Barcelona: Generalitat de Catalunya, Institut Català de la Dona, 2001), pp. 137-141.
- Espuny Tomás, María Jesús, “La primera legislación social protectora de la mujer: una perspectiva comparada” en Ramos Vázquez, Isabel (coord.), *Derecho y Trabajo en el siglo XIX* (Madrid: Dykinson, 2017), pp. 81-133.
- Espuny Tomás, María Jesús, “La protección a la maternidad en el textil catalán (1919-1923)” en Castillo, Santiago y Ruzafa, Rafael (coord.), *Actas del VI Congreso de Historia Social, La previsión social en la historia* (Madrid: Siglo XXI, 2009), pp. 1-19.
- Espuny Tomás, María Jesús, “Legislació històrica i Gènere” en Bodelón, Encarna y Giménez, Pilar, *Desenvolupant els drets de les dones: àmbits d' intervenció de les polítiques de gènere* (Barcelona: Diputació de Barcelona, 2000), pp. 15-31.
- Espuny Tomás, María Jesús, “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, *Iuslabor* 3 (2006).
- Espuny Tomás, María Jesús, “Los colaboradores de la Inspección de Trabajo desde la historia”, *Iuslabor* 1 (2006).
- Espuny Tomás, María Jesús, “Los orígenes de la Inspección de Trabajo en España (1906-2006)”, *Iuslabor* 4 (2006).
- Espuny Tomás, María Jesús, “Una tarea preventiva y represiva: las primeras actuaciones” en Espuny Tomás, María Jesús y Paz Torres, Olga (coord.), *Inspección de Trabajo 1906-2006* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), pp. 39-68.
- Etcheverry, Ricardo, *La ley argentina sobre reglamentación del trabajo de mujeres y niños* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, 1918).
- Fernández de Castro, Rafael, *Trabajo de mujeres y niños en establecimientos industriales y mercantiles* (Madrid: Librería de Leopoldo Martínez, 1904).
- García González, Guillermo, “Los trabajos prohibidos a la mujer en el Real Decreto de 1908: la exclusión como instrumento de protección”, *Iuslabor* 2 (2014).

- García González, Guillermo y Espuny Tomás, María Jesús, “¿Protección o discriminación? A propósito de la Ley de la silla”, *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política* 11 (2010), pp. 43-57.
- Giugni, V. G., *Introduzione allo studio della autonomia collettiva* (Milán: Giuffè, 1960).
- Gueybaud, J., “La législation protectrice de la femme” en *Le mouvement féministe: organe officiel des publications de l’Alliance nationale des sociétés féminines suisses* 12 (1924).
- Hepple, Bob (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países* (Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994).
- Kandel, Ester, *Ley de trabajo de mujeres y menores. Un siglo de su sanción* (Buenos Aires: Editorial Dunken, 2008).
- Lobato, Mirta, “El Estado y el trabajo femenino: el Departamento Nacional del Trabajo” en Lvovich, Daniel y Suriano, Juan, *Las políticas sociales argentinas en perspectiva histórica. Argentina, 1870-1952* (Buenos Aires: UNGS, Prometeo, 2005).
- Lobato, Mirta Zaida, “Una mirada histórica sobre las trabajadoras en la Argentina”, Superintendencia de Riesgos del Trabajo. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mirta_lobato.pdf.
- López Piñero, José María; García Ballester, Luis y Faus Sevilla, Pilar, *Medicina y Sociedad en la España del siglo XIX* (Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964).
- Martín Valverde, Antonio, “La formación del Derecho del trabajo en España” en AA. VV., *La legislación social en la Historia de España* (Madrid: Congreso de los Diputados, 1987), pp. xiii-cxiv.
- Martiré, Eduardo, *Dos Lecciones de Historia del Derecho Argentino: La regulación jurídica del trabajo en la primera mitad del siglo XX (1900-1949)* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1989).
- Montoya Melgar, Alfredo, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)* (Madrid: Civitas, 1992).
- Noseda, Paula, “Análisis del elemento histórico en el nuevo derecho de Alfredo L. Palacios”, *Cartapacio de Derecho* 14 (2008), pp. 1-25.
- Palacios, Alfredo Lorenzo, *Por las mujeres y los niños que trabajan* (Valencia: F. Sempere y Compañía Editores, s.d.).
- Palomeque, Manuel Carlos, “Orígenes de la regulación del trabajo femenino en España: la Ley de 13 de marzo de 1900”, *Cuadernos de Derecho del Trabajo* 1-2 (1975-1976), pp. 223-271.
- Pérez González, V., “Apuntes sobre la cuestión social”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 100 (1902), pp. 566-582 y 101 (1902), pp. 5-25.
- Pino, Cecilia, “Alfredo Palacios: un argentino imprescindible”, *Patrimonio legislativo* <https://apym.hcdn.gob.ar/publicaciones/articulos/24>.

- Posada, Adolfo, “El derecho y la cuestión social” en Menger, Antonio, *El derecho civil y los pobres* (Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1898), pp. 5-67.
- Posada, Adolfo, *Joaquín V. González. Un pedagogo y sociólogo argentino* (Madrid: Imprenta de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1912). Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores. Sección Española 25, pp. 10-15.
- Posada, Adolfo, “La reforme social en Espagne”, *Revue Internationale de Sociologie*, 5-6 (1907), pp. 362-363.
- Posada, Adolfo, “Sobre el aspecto jurídico del problema social”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 92 (1898), pp. 70-87.
- Salvioli, Giuseppe, *El derecho civil y el proletariado*, en Estudio preliminar y edición de Bartolomé Clavero (Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979), pp. 146-147.
- Scott, J. W., “La mujer trabajadora en el siglo XIX” en Duby, G. y Perrot, M., *Historia de las mujeres en Occidente*, Tomo IV (Madrid: Taurus minor, 2000), pp. 427-461.
- Tau Anzoátegui, Víctor, “Los Juristas Argentinos de la Generación de 1910”, *Revista de Historia del Derecho* 2 (1974), pp. 225-286.
- Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid: Tecnos, 3ª Edición, 1981).
- Vallès Muñío, Daniel, “La Aplicación de la Ley de Trabajo de Mujeres y Niños de 1900 en las memorias de la Inspección de Trabajo (I)”, *Iuslabor* 3 (2018).

EL DERECHO Y LA CUESTIÓN SOCIAL: DISTINTAS MIRADAS EN LA *ENCUESTA DEL CENTRO DE ESTUDIANTES DE CIENCIAS ECONÓMICAS* (UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, 1920)

LUIS MARÍA CATERINA*

1. Introducción

En 1920, el Centro de Estudiantes de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires realizó una amplia encuesta¹, consultando a personas cuya opinión aparecía como relevante para analizar la “cuestión social” y proponer soluciones. El conjunto expresaba una diversidad de voces y de matices, con miradas muchas veces encontradas a partir de presupuestos ideológicos antagónicos, que iban incluso a cuestionar siquiera la existencia del problema como tal. Constituye un documento interesante para pulsar el ambiente intelectual respecto al tema social; a pesar de ello, ha merecido poca atención de parte de los historiadores².

No se ha podido precisar el criterio con el cual fueron elegidos los consultados, la mayoría de la ciudad de Buenos Aires, muy pocos de Rosario. Más notorio es que en el conjunto –si bien aparecen

* Decano y Profesor titular ordinario (catedrático), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, Argentina. Vicedirector 2º del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina.

1. En adelante *Encuesta*.

2. El único trabajo que conocemos es Paura, Vilma, “La cuestión social en debate: la encuesta del Centro de Estudiantes de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, 1920”, en *ESE, Estudios Sociales del Estado*, volumen 3, nro. 5, pp. 132-165, primer semestre de 2017- ISSN 2422-7803. Su trabajo brinda un panorama general, al que nos remitimos, priorizando nuestro análisis en los abordajes de las cuestiones jurídicas vinculadas al tema.

voces que pueden vincularse a los sectores más conservadores de la sociedad— no se encuentran representados los sectores patronales más relevantes.

El presente trabajo apunta a buscar, en ese universo heterogéneo, cuál era la importancia que se asignaba al derecho en la búsqueda de soluciones, y cuáles eran las propuestas de renovación del ordenamiento jurídico que se formulaban. Si bien la *Encuesta* es la fuente fundamental del trabajo que presentamos en las Jornadas, pretendemos a partir de esa encuesta profundizar en las biografías de muchos de los requeridos, y en el futuro, entrar en diálogo con aspectos de la obra y actividad de quienes opinaron en ella en su totalidad, y no, como hemos hecho ahora, señalando los encuestados cuyas respuestas nos han parecido más relevantes para el fin propuesto³.

En el tomo —correspondiente a los números 66-73 de la Revista (año 1920)— se registra un total de 66 entrevistas; una sola mujer interviene —Alicia Moreau de Justo—.

Los consultados conforman un conjunto amplio y variado: conservadores (Lauro M. Castro, Estanislao S. Zeballos), anarquistas (F. Ricard), distintas vertientes del socialismo (Adolfo Dickman, Alfredo Palacios, Juan B. Justo, Rodolfo Ghioldi, Alicia Moreau de Justo), católicos sociales tanto laicos (Francisco Casiello, José Sutti, Enrique Prack) como clérigos (Pbro. Nicolás Fasolino, Fray Gabriel Emilio Cuello, Pbro. Gabriel Palau, Alberto Molas Terán), evangélicos bautistas (Pablo Benson), evangélicos (William Morris), georgistas (Manuel López Villamil), entre otros. Fuera de los socialistas aparecen —sin identificarse como tales— algunos hombres con una actuación prolongada en la vida pública argentina, como José Bianco y José León Suárez.

En lo que respecta a las profesiones puede distinguirse un número importante de abogados y algunos ingenieros; de una mayoría de los consultados, no podemos precisar profesión, ocupación o actividad principal.

Las colaboraciones son de extensión muy dispar. Por su brevedad se destaca la de José Ingenieros (apenas catorce líneas), mientras otras son muy extensas, destacándose en este sentido como la de

3. Nos hemos limitado provisoriamente a las asignaciones ideológicas de las personas que son más conocidas en la literatura de la época, difiriendo la de otras que nos resultan desconocidas o cuyas ideas aparecen más difíciles de ubicar en relación con las principales corrientes de pensamiento de la época.

mayor extensión –aun cuando no es una respuesta específica para la *Encuesta*, sino un folleto anterior– la de Juan B. Justo (treinta y una páginas).

Para la mayoría de los consultados, la cuestión social existe, siendo evidente para algunos, mientras que otros dedicarán parte de su exposición a demostrarla. Pocos la niegan o minimizan, recurriendo a los argumentos habituales de la época: la potencialidad del país, la enorme posibilidad de movilidad social ascendente. Quienes así opinan no reservan lugar alguno a la actuación del Estado, ni menos todavía a la actividad legislativa que este puede desenvolver. Quizá quien mejor exprese ese pensamiento sea Lauro M. Castro, presidente de la Liga Agraria⁴.

En la mayoría que reconoce su existencia, la cuestión social puede ser advertida en un contexto amplio y multicausal, o por el contrario, como dependiente de una variable principal, generalmente asociada a problemas morales. Para muchos de los consultados, era muy importante y fuente de los problemas argentinos la cuestión agraria, siguiéndole en importancia la carestía de la vida, las condiciones de trabajo y las debilidades de un sistema de seguridad social apenas esbozado.

2. La función del Estado y la ley

En general, el papel del Estado no solo es reconocido, sino reclamado como absolutamente imprescindible para la solución del problema social; en la mayoría de los casos, tal enunciación es explícita, en muchos surge implícita, pero muy claramente deducida de la necesidad de legislación al respecto.

La importancia asignada a la ley supera barreras ideológicas, religiosas y partidarias: su papel es claramente reconocido por hombres de todas las orientaciones. Así lo expresa un evangélico bautista como Pablo Benson que hace referencia a la necesidad de la “buena legislación”, como un católico quien reclama “... una sabia y conveniente legislación sobre el trabajo, el comercio, la industria, para favorecer la organización social”. La amplitud de legislación reclamada alcanza a un conservador como Béccar Varela, quien sostiene

4. *Encuesta*, p. 125.

que ha de establecerse “el impuesto a la renta progresivo, de pensiones a la vejez, de protección a los niños y desvalidos”⁵.

Sobre la necesidad de leyes que contemplen diversos aspectos de la vida agraria, se expresan todos los que ven en ella la necesidad de reformas importantes⁶.

Sin entrar en mayores detalles, Teodoro Aleman sostiene que hay que reformar la legislación en su conjunto, proponiendo como modelo “la más perfecta”, que a su juicio es la de Nueva Zelanda⁷.

3. La cuestión social en el horizonte moral y político

Muchas de las intervenciones realizan exposiciones –reconociendo siempre la existencia tanto del problema como de la necesidad de su solución–, abordándolo en un marco general de enunciaciones de principios doctrinales. Así un clérigo como Fasolino considera que es fundamentalmente un problema de origen moral y religioso. Sigue sin mayores variantes los lineamientos de la encíclica *Rerum Novarum*, aunque afirma claramente: “La acción del Estado debe dar por resultado leyes, que ayuden a establecer el reinado de la justicia, protegiendo los derechos de los más débiles y siendo previsor de las necesidades colectivas de las diversas clases sociales”⁸.

Otro clérigo –Cuello–, también siguiendo a *Rerum Novarum*, expresa que Iglesia y Estado concurren a la solución del problema social, pero sin propuesta concreta⁹.

Desde otro ángulo ideológico, Rodolfo Ghioldi formula consideraciones generales sobre el momento histórico, haciendo particular hincapié en lo que ha significado la Revolución Rusa de 1917. Historia la evolución hasta la culminación en la Revolución de octubre, proponiéndola como modelo a realizar, pero sin vincularla a ningún punto concreto de propuesta para la cuestión social argentina. Ello pese a que al inicio de su colaboración exalta el cambio realizado por el estudiantado universitario argentino y que culmina en la *Encuesta*, contribuyendo eficazmente a dilucidar problemas fundamentales, y

5. *Encuesta*, p. 12.

6. Desarrollaremos este tema en el punto 5.

7. *Encuesta*, p. 8.

8. *Encuesta*, p. 147.

9. *Encuesta*, p. 91.

concorre así a la “indispensable depuración de las ideas que exige todo nuevo estadio social”¹⁰.

Sin tanta insistencia en el hecho revolucionario, tanto Juan B. Justo como Alfredo Palacios y Alicia Moreau van a dar visiones generales del problema en el contexto mundial, pero sin precisar propuestas concretas para nuestro país. Juan B. Justo celebró la idea pese a estar gratamente impresionado por el “ingenuo entusiasmo juvenil”; se limitó a remitirle el folleto de su autoría “El Socialismo”, aclarando que estaba agotado y podía repetirlo en la *Encuesta*. Caso particular, es el único que descalifica a los que desde las sectas religiosas opinan en una encuesta científica, considerando que no debían haber sido consultados¹¹.

Otras colaboraciones se expresan en términos de generalidades de orden moral, sin precisión alguna; así pueden considerarse la de Hermann Imsand y Esteban Isern¹².

José Ingenieros (la contestación más corta de todas las que se hicieron llegar a la *Encuesta*) se limita a decir que hay dos partidos, el de la Injusticia y el de Solidaridad, y que por convicción y por sentimiento pertenece al segundo¹³.

Jacobo Joselevich exalta el sionismo frente a la cuestión social, señalando los principios mosaicos primero y luego la actividad del sionismo del siglo XIX, aunque tampoco realiza referencias a la actividad realizada por la comunidad en el ámbito argentino.

Los clérigos de la Iglesia Católica consultados, en general, aportan una visión espiritual de la cuestión, buscando las causas profundas. Así, para Alberto Molas Terán, el materialismo liberal corroe a los patrones y el histórico a los obreros, hay una crisis de autoridad (señala la indisciplina estudiantil como problema). Sin embargo, nada esboza como solución concreta, pues entiende que todo está supeditado a las premisas fundamentales que enuncia: “... sin principios la base de espiritualismo y sin hombres de gobierno en el parlamento como en el ejecutivo nos parecen muy precarios todos los medios que se inventen para resolver la cuestión social entre nosotros”¹⁴.

10. *Encuesta*, p. 150.

11. *Encuesta*, p. 180.

12. *Encuesta*, p. 166.

13. *Encuesta*, p. 166.

14. *Encuesta*, p. 276.

Dentro del nivel de generalización doctrinaria, y desde el catolicismo social, Palau sostiene que mientras no volviera la sociedad al orden cristiano, no habría solución porque la lucha continuaría del capitalismo contra obrerismo y de este contra aquel. Avanza luego señalando algunas pautas que tendría que tener la legislación:

“La legislación social de cada país, las conexiones internacionales, la municipalización de servicios, los varios modos de intervención del Estado en las cuestiones patronales-obreras, etc., etc., impedirán algunos de los excesos lamentos y abrirán camino a que reine un poco más de justicia, de equidad y de humanidad en el mundo del trabajo. Pero de ahí no se pasará esto mismo se alcanza sin grandes dispendio y no menores inconvenientes.

De todos modos, hemos de esforzarnos todos porque llegue algo y cesen tantas injusticias y atropellos”¹⁵.

Una nota absolutamente discordante son las manifestaciones que realiza Francisco Reverter, un clérigo que apartándose de la línea del catolicismo social contemporáneo –que siempre se referenciaba en los principios que enunciara la encíclica *Rerum Novarum*– avanza hacia la esfera política, planteando una durísima crítica a la democracia y al sistema parlamentario, en un tono que preanuncia los cuestionamientos de fines de la misma década del veinte.

“Permanecer ilusionados con el sistema parlamentario solo porque nos lo dio la democracia sin decidimos a buscar algo más serio, más viril, más seguro, más profundo y más activo, no sería digno de otra cosa que de lo va a venir como se acuda pronto a la misma raíz del mal; un gran pensador dejó esta frase para los dirigentes, que es un grito de alarma en este caso: ‘el pueblo nunca pide cuenta a su administrador, cuando se cansa de él, lo degüella’”¹⁶.

Algunos de los requeridos creen en un proceso de superación paulatino, por el solo desenvolvimiento de las potencialidades hu-

15. *Encuesta*, p. 342.

16. *Encuesta*, p. 395. La sigla R.P. (Reverendo Padre) que antecede al nombre del consultado en el texto nos hizo suponer que era un sacerdote del clero secular, y orientó nuestra búsqueda en esa dirección. Ello, pese a que en el índice el apellido figura Revert, y no Reverter. V. Avella Chafer, Francisco, *Diccionario biográfico del Clero secular de Buenos Aires*, T. II 1901-1950 (Buenos Aires: Instituto Salesiano de Artes Gráficas, 1985), p. 190. De la escueta referencia biográfica mencionada, a quien se lo identifica como Francisco Reverter, si bien se lo reconoce como conocido orador sagrado, nada se dice que haya tenido interés en desarrollos doctrinarios de tópicos sociales o políticos.

manas. Así Pascarella, sostiene: "... el hecho real es que día a día se acentúa el proceso nivelatorio, y como ese proceso en el fondo consiste en un perfeccionamiento integral del hombre y no solo de ciertos hombres, el resultado sería fatal e inevitable: la desigualdad económica, fruto de un régimen imperfecto, tendrá que desaparecer con todo lo demás que obstaculiza la realidad de ese proceso..."¹⁷.

También Raúl Prebisch, a pesar de ser del grupo organizador de la *Encuesta*, manifiesta en su respuesta un alto nivel de generalidad, sin precisiones ni propuestas, aunque es clara su crítica a un modo simplificado de ver la realidad atribuyendo la raíz o al menos la exacerbación de la cuestión social al problema de la inmigración o las ideas importadas: "La evolución social es, pues incontenible; es inútil querer detenerla; es lógica tratar de encauzarla (esta es tarea de gobierno). Nada podrá ella la retórica patrioter a que ya estamos acostumbrados, a pesar de los esfuerzos desesperados de los que tienen el espíritu agobiado bajo el peso de intereses creados"¹⁸.

Los socialistas, en general, sostienen su absoluta convicción en la necesidad de que el socialismo sea el criterio rector de la sociedad, abundando en todos los casos en críticas al capitalismo, con largas referencias a las luchas obreras ocurridas en otras latitudes. Tal el caso de Alicia Moreau, quien hace un largo estudio sobre el devenir de la actividad obrera y socialista en el mundo, sin mención de lo que ocurre en la Argentina¹⁹.

Alfredo Palacios es quien tiene en ese sentido una mirada más local, pues hace referencia al momento laboral argentino, particularizando sus críticas a la Liga Patriótica Argentina y a la Asociación del Trabajo. Y concluye con una expresión de fe, que busca sintetizar sus aspiraciones, marcando claramente las diferencias que lo separan de otros referentes del mismo espacio ideológico: "... por espíritu patriótico que para mí es compatible con la revolución, anhelo la transformación social de mi país, que determinará instituciones jurídica nuevas, fundamentando la vida, sobre la base incommovible de la justicia social"²⁰.

Quienes se vinculan con el anarquismo formulan consideraciones generales. Teniendo una posición de cambio absoluto y radical, es

17. *Encuesta*, p. 395.

18. *Encuesta*, p. 401.

19. *Encuesta*, p. 277.

20. *Encuesta*, p. 342.

comprensible que no hagan propuestas concretas. Así, F. Ricard sostiene que el anarquismo filosófico espera del proletariado la evolución que solo él puede realizar, solucionando así la cuestión social²¹.

Por su parte, C. Díaz no reconoce ni propiedad ni autoridad, “el remedio está en suprimir las dos”. ¿Qué efecto tendrá tal acción? Y a la pregunta que se formula, contesta sin ambages: “Vendrá el comunismo”. Considera que no es una utopía porque están como ejemplo las comunidades religiosas, y existió ese sistema entre los indios que vivieron en América del Sur, antes de la llegada del mercantilismo²².

Mauricio Durriu habla de principios morales en general, aunque menciona que “Amparo, con recursos colectivos y por la ley, del individuo y del hogar, hasta librarles de las angustias y padecimiento de la miseria; extinción consiguiente de la indigencia. La intervención del estado en ese sentido correrá parejas con el perfeccionamiento de las instituciones políticas”²³.

4. La solución en reformas legislativas generales

Varias contestaciones inscriben las respuestas a la cuestión social en temas mucho más vastos que requieren soluciones legislativas que van más allá de los temas habitualmente asociados a la problemática.

Así, Emilio Coni reclama que no haya herencias entre extraños, que el estado se haga cargo de la educación total del indigente que no la pueda afrontar y de los que, pese a tener voluntad, no tienen capacidad para afrontar las vicisitudes de la vida²⁴.

José Díaz de Souza, por su parte, sostiene que todos los problemas sociales se solucionarían fácilmente estableciendo el impuesto único. Como advierte la dificultad de su implementación, sostiene que los mecanismos son la necesidad de un presupuesto equilibrado y estrictamente reducido a los gastos de carácter ineludible, abaratamiento de la vida, mejora de la salud y mantenimiento del vigor de la raza, eliminación del analfabetismo y justicia pronta y barata. El presupuesto se equilibra con la aplicación del impuesto

21. *Encuesta*, p. 423.

22. *Encuesta*, p. 136.

23. *Encuesta*, p. 139.

24. *Encuesta*, p. 86.

único, la eliminación del ejército permanente, supresión de dietas de legisladores y los sueldos de presidentes, gobernadores y ministros. El abaratamiento, también por el impuesto único, de los servicios públicos, y la represión de los trusts²⁵.

Si bien el pensamiento de Edison Podestá tiene contacto con quienes pregonaban como central el problema agrario, pues requería legislación para regular los arrendamientos y la expropiación de latifundios, ampliaba sus propuestas más allá promoviendo la oficialización de todos los servicios públicos y la creación de la marina mercante nacional, recurriendo a reformas impositivas para no gravar el consumo sino la renta. Todas esas iniciativas podrían articularse dentro del sistema representativo y republicano, aunque preconizaba un régimen unitario, sobre el cual no abundaba en detalles pese a la singularidad de su pensamiento. No hace ninguna manifestación sobre la necesidad de leyes laborales o de previsión social²⁶.

Carlos J. Ghirardi centra su propuesta en el tema en la colaboración técnica que pueden prestar los profesionales contables en mejorar y tecnificar la administración pública:

“Si llegaran a sancionarse en nuestro país leyes de impuesto al mayor valor de la tierra, a la renta, al ausentismo, al exceso en los beneficios; leyes que atacaran al latifundio facilitando la subdivisión de la tierra, exponiendo tierras rurales para entregar a los agricultores con grandes facilidades de pago; leyes que persiguieran a los acaparadores que encarecen el precio, restringen la circulación y entorpecen la distribución de los artículos de primera necesidad; leyes que amparasen al obrero contra los rigores de las crisis, desocupación, y vejez, y otras más que forman la legislación moderna, estas serían letra muerta hasta tanto se formaran el cuerpo de funcionarios y los elementos necesarios (catastros, padrones, cédulas, etc.), para aplicarlos dentro de la más estricta verdad y justicia”²⁷.

5. La cuestión agraria como eje fundamental

Un grupo importante de respuestas centró su preocupación respecto a la cuestión social en el tema agrario, considerando por

25. *Encuesta*, p. 127.

26. *Encuesta*, p. 387.

27. *Encuesta*, p. 160.

tanto que las leyes fundamentales a dictar tendrían que regular la propiedad de la tierra. Con obvias diferencias, con notorias divergencias y alcances en sus propuestas, resulta un tema de interés que supera ampliamente diferencias ideológicas.

Teodoro Aleman sostiene: “Existe un proyecto de ley del hogar que adjudicaría un pedazo de tierra propia a miles de familias humildes. Pero, no se pone en práctica”²⁸.

Por su parte, José Bianco afirma que el problema agrario solo existe entre nosotros como un “error en la ordenación jurídica”, y que el remedio es “una legislación que vincule al hombre a la tierra”²⁹.

De los católicos sociales es Sutti (recordemos que elabora un programa legislativo amplio, abarcando tres aspectos que considera fundamentales: obrero, agrario y comercial) quien antes que nada señala que “La verdadera cuestión es la agraria. Una legislación que hiciera posible la vida de los trabajadores rurales y los protegiera convenientemente, traería como consecuencia la reconversión de las grandes masas de trabajadores que se aglomeran en las ciudades y solucionaría el problema”.

Respecto al tema agrario, señalaba que “nuestra legislación es casi nula”, destacando como mal fundamental el latifundio. Como soluciones proponía altos impuestos para obligar a los dueños a entregar la tierra a los colonos, una legislación que facilitara la colonización de las tierras fiscales, la obligatoriedad por ley de que las mejoras que introdujeran los arrendatarios debían ser indemnizadas al abandonar el campo, el fomento de las Cajas Raiffeisen, y toda clase de cooperativas y bancos agrícolas.

También en este tema sostenía la primacía de la intervención del Estado a través de la ley, sosteniendo que era necesaria la “intervención decidida por parte del Estado, con disposiciones legales que aseguren el desarrollo armónico de las actividades rurales”³⁰.

Desde el socialismo, Enrique Dickman considera que es necesario organizar no solo los salarios y condiciones de trabajo, sino

28. *Encuesta*, p. 10. Aleman atribuye la falta de legislación, fundamentalmente, al egoísmo de las clases dirigentes.

29. *Encuesta*, p. 50.

30. *Encuesta*, pp. 453-455. En cuanto a la crisis comercial, Sutti también señala la importancia de la intervención del Estado en la reglamentación del comercio por mayor, represión del juego de la bolsa, la intervención en los trust para evitar abusos y la reforma del régimen aduanero.

que debe avanzarse sobre la organización de la producción. No propone en concreto regulaciones legales (aunque pueda suponerse que las tiene presentes), reclamándola sin embargo sobre la tenencia de la tierra: “Resolvamos por la ley creadora nuestro grave problema agrario, y no esperemos que sea resuelto por la violencia destructiva. Pero si no sabemos hacer lo primero no tenemos derecho a repudiar lo segundo”³¹.

Esteban Bruera –si bien como veremos desarrolla un programa de legislación del trabajo–, a continuación del mismo, enumera las medidas que han de tomarse respecto al capital. Las dos primeras que propone refieren a la problemática de la propiedad de la tierra: fraccionamiento del latifundio y formación de la pequeña propiedad; arrendamiento máximo, según las regiones, los lugares y los cultivos. Luego explica otras de carácter más general: fiscalización amplia de las Sociedades Anónimas, considerándolas empresas públicas; favorecer por medio de exenciones y concesiones a todas aquellas constituidas por un mayor número de accionistas, como medio de aproximación al fraccionamiento subjetivo del capital; esto es, dividir el número de sus poseedores sin descentralizarlos; fomento de cooperativas de crédito y de consumo, alquileres máximos, extensión del Estado empresario sobre todo para proveer a necesidades más indispensables. Una cita de Henry George respecto a “dar riquezas al que la produce y asegurarse al que la economiza” y la conclusión sintetizada en “Intervención amplia del Estado” nos dan alguna orientación respecto a los fundamentos de su pensamiento³².

El georgismo como solución de la cuestión social es claramente asumido en otros consultados, que constituyen un grupo significativo por su adhesión clara y explícita a tal corriente de pensamiento. En este grupo, su insistencia respecto a la necesidad de la división de la tierra y la aplicación del impuesto único sobre ella no se relacionan con la necesidad o conveniencia de una legislación social en general.

Manuel López Villamil lo expresa sin ambages bajo el título de “Georgismo o revolución”. Previamente ha condensado su pensamiento en “La cuestión social es una cuestión económica y moral:

31. *Encuesta*, p. 131.

32. *Encuesta*, Esteban Bruera, pp. 55-56.

no Política. Se formula así: Tierra Libre. No robarás”. Más audaz resulta su afirmación: “En los tiempos que corremos, ser georgista significa ser conservador y adoptar el impuesto único, significa evitar la catástrofe social que inevitable se acerca”³³.

Otro de los consultados que se identifica en la misma línea de pensamiento –Máspero Castro– dice:

“... Mientras nosotros no consigamos la causa de la mala distribución de la riqueza: la propiedad privada de la tierra, será inútil que agreguemos esperanzas en solucionar este grave problema.

... una manera muy sencilla e inmediatamente practicable. El Estado aplicaría el impuesto único sobre la tierra libre de mejoras. Este impuesto se iría aument[and]o gradualmente hasta absorber [í]ntegra[me]nte la renta del suelo, y al mismo tiempo se irían eliminando todos los impuestos actuales, de manera que si bien pronto nos encontraríamos con la aplicación en toda su pureza el impuesto único. Cuando llegemos a absorber toda la renta del suelo, ya habremos llegado al punto deseado, de la abolición de la propiedad privada del suelo. Donde no hay renta usufructuable no hay propiedad posible. Y así, sin indemnización ni confiscaciones habremos conseguido resolver el gran problema social”³⁴.

Para Gregorio Enriquez, el gran problema a la cuestión social es “... abolir de una vez y para siempre, el infame y monstruoso monopolio de la tierra; de él arrancha todos los males que afligen y extorsionan a la humanidad”; la misión de los legisladores se reducía a estudiar y recomendar el “impuesto único sobre el valor de la tierra libre de mejoras”, considerando que tal medida era suficiente para solucionar el problema social³⁵.

Para Andrés Linares, el problema esencial es el monopolio de la tierra, que debe ser abatido como punto principal de acción; “... avalúense todas las tierras, separando las mejoras introducidas por el Capital y Trabajo privados y de ese valor social hágase la única fuente de recursos fiscales”³⁶. La particularidad de este autor es que es el único que identifica su procedencia: Realicó, La Pampa.

33. *Encuesta*, pp. 246-251.

34. *Encuesta*, p. 266.

35. *Encuesta*, p. 140.

36. *Encuesta*, pp. 213-214.

6. La prioridad de una legislación obrera

Varios de los requeridos se refieren a una legislación específicamente obrera, entendiendo por tal una que regule las relaciones laborales y las condiciones de trabajo. En algunos casos, su preocupación está en un pie de igualdad con el tema agrario.

Uno de ellos es el ya mencionado Esteban Bruera, que detalla puntos que considera esenciales al respecto, aunque vincula directamente la posibilidad de tal legislación, con la presencia del Estado, con decisión y poder suficiente para desarrollarlo, señalando el marco constitucional que precisamente posibilita su desempeño:

“El remedio consiste en destruir las causas, para lo cual se hace necesario una fuerza virtual y materialmente poderosa, a la que vez sensata y serena. Creo que solo el Estado reúne esas condiciones –el nuestro por lo menos– y su arma es la legislación con todas las garantías que emanan de nuestro sabio principio constitucional de la división y el equilibrio de los poderes”.

Luego enumera cuales serían las normas que habría que dictar:

- salario mínimo (que permita una cómoda, aunque modesta, subsistencia a todo jefe de familia con tres o cuatro hijos y en condiciones tales que estos puedan asistir a las aulas durante toda la edad escolar y la madre dedicarse exclusivamente a sus cuidados domésticos;
- jornada máxima de seis a ocho horas (según las actividades que se desempeñen);
- reglamentación lo más restrictiva posible del trabajo de las mujeres y los niños;
- retiros para la invalidez y pensiones para la vejez;
- construcción de viviendas cómoda e higiénicas.

Otro de los consultados –Nicolas Ciruzzi– dirá respondiendo a la pregunta de cómo podría afrontarse el conflicto entre capital y trabajo: “con una buena legislación obrera”, reclamando que se concrete, pues en todo el mundo “está haciendo estragos la ‘proyectomanía’”, cifrando la esencia de una ley obrera que sirviera para resolver los problemas, principiando por estudiar el salario que debería adoptarse: “... los poderes públicos deberían intervenir solamente para fijar el salario mínimo, a fin de cortar los abusos. (...) las horas de trabajo, reglamentación de las tareas de la mujer y de los

niños, compensación de accidentes y jubilación por vejez o inhabilitación motivada por el trabajo; y bastaría para tener una legislación concreta, aumentar la organización de las asociaciones gremiales en forma de evitar paros generales y desórdenes y el arbitraje obligatorio para consolidar, en lo sucesivo, nuevos y más peligros gérmenes de conflictos entre el capital y el trabajo”.

Y continuaba, luego, exponiendo su pensamiento respecto al carácter central de la legislación que requería: “Con una sabia legislación obrera se aumentará la producción y quedarán heridas de muerte las teorías de quienes asocian la destrucción como remedio infalible para solucionar el conflicto y convertir al mundo en una Jauja”³⁷.

De los consultados que están vinculados al catolicismo social, quien expondrá con mayor detalle las normas que hay que dictar será un hombre de Rosario, José Sutti. Si bien, como vimos, sostiene que el gran problema es el agrario –a los que suma el obrero y el comercial–, respecto al tema obrero, enumera una serie de puntos, principiando por los que han de referirse a la cuestión obrera:

- reconocimiento y formato por parte del estado de las asociaciones gremiales;
- fundación y protección de cooperativas de consumo;
- fijación de un salario mínimo y jornada máxima de trabajo y descanso dominical obligatorio;
- legislación tendiente a facilitar la adquisición del hogar obrero;
- supresión progresiva del trabajo de la mujer casada;
- reglamentación del trabajo de menores, separación de sexos en el trabajo, igual retribución del trabajo femenino;
- instalación de salas cunas en los grandes talleres;
- sanción de medidas legales que garanticen la salud de los trabajadores en los talleres y fábricas;
- participación de los obreros en los beneficios que los patrones obtengan;
- creación de cajas de seguros contra el paro forzoso –seguros contra la invalidez, ancianidad y accidentes de trabajo–;
- impulso a las sociedades de socorros mutuos.

37. *Encuesta*, pp. 72-74.

Para que no queden dudas sobre la consideración que le merece el dictado de normas adecuadas, concluye sosteniendo que se requiere "... en general legislación seria y eficaz para amparar y proteger instituciones que las circunstancia reclamen"³⁸.

Si en otras contestaciones a la *Encuesta*, hay referencias a la importancia de una legislación que regule el trabajo, hay dos en las cuales se prioriza –casi diríamos en forma exclusiva– para la solución de la cuestión.

Una de ellas es la de Alejandro Unsain –en camino de convertirse en el mayor referente del naciente derecho del trabajo–, que simplifica la cuestión con una frase precisa y directa: "todo es cuestión de legislación". Su explicación muestra el desasosiego de un fino conocedor de la realidad, con una vasta experiencia de los trajes legislativos, que advierte que su preocupación no es compartida –menos su urgencia– por los legisladores que tendrían que estar ocupados en su elaboración: "Más leyes obreras y buenas leyes obreras debe ser el grito del momento en la República Argentina, donde los más hermosos proyectos no alcanzan a despertar el interés de los legisladores. Si solo la tercera parte de los que se han presentado en los últimos años hubiesen sido aprobados, el país no presentaría su cuestión obrera el grado de crisis que presenta hoy"³⁹.

Enrique B. Prack (un hombre ligado tanto al catolicismo social como al empresariado), por su parte, sostenía que "... el pensador y el gobernante deben encarar los problemas sociales para dirigir las fuerzas vivas al mejoramiento general". Proponía que "ante todo, su primer trabajo consiste en formular una acertada legislación obrera".

Y luego se explayaba diciendo: "No bastan cinco o seis leyes más o menos convenientes. Se requiere un código completo, bien planeado y elaborado. Sobre todo hay problemas, como el de la libertad de trabajo, el de los conflictos entre el capital y el trabajo y el de los sindicatos que reclaman una solución legislativa inmediata"⁴⁰.

Señalaba que debía dedicarse "todo su esfuerzo a su solución, abandonando cualquier otra cuestión por preciosa, por importante que pareciera". No hay nada que reclame con tanta urgencia su atención, desestimando inmediatamente que pudiera bastar solo aplicar con energía las leyes represivas, que sostenía debían aplicarse pero:

38. *Encuesta*, p. 453.

39. *Encuesta*, p. 478.

40. *Encuesta*, pp. 398-399.

“... Hacer radicar la solución única y exclusivamente en esa aplicación, importa olvidar que detrás de los delincuentes y de los agitadores hay un mundo obrero, hay millares de hombres que aspiran a mejorar su suerte, y que muchas de sus aspiraciones están plenamente justificadas”⁴¹.

7. Un torbellino de ideas

Para quienes estamos familiarizados con los debates intelectuales respecto a la cuestión –largo debate que ocupara un período de la historia argentina que puede situarse entre 1890 y mediados de la década de 1920–, las páginas de la *Encuesta* resultan la condensación de debates y posturas que se ventilaban en ámbitos académicos y legislativos. Aparecen los utópicos absolutos y los realistas convencidos; los que ven la salida de un laberinto y reclaman soluciones y los que con sus discursos –muchas veces referidos más que nada a lo que ocurre en Estados Unidos o Europa– añoran mundos ideales. Están los que niegan la realidad que tienen en sus puertas y los que esperan la revolución porque ya ocurrió en Rusia.

También se nos presenta la dura realidad de los siguientes años en la Argentina. No hay mínimas coincidencias: unos ven que hay problemas que solucionar a la brevedad –la legislación laboral y de seguridad social–, y que se puede avanzar. Otros ven los problemas más permanentes, más graves, más difíciles: el problema de la tenencia de la tierra. Pero los apriorismos ideológicos, los intereses creados, dificultan que se pueda discutir cuestiones concretas en lapsos razonables.

La *Encuesta* –sobre la que esperamos poder avanzar especialmente en la correcta identificación de cada uno de los protagonistas– es un microcosmos que nos adelanta que la cuestión social será de difícil y lenta resolución en la Argentina. Mientras unos buscan concretarla y circunscribirla a algunos temas de posible solución inmediata, otros la amplían tanto que resulta cada vez más difícil centrar el meollo de los problemas. Y, por último, otros buscan las causas de manera tan exhaustiva y profunda que la solución, en vez de ser asequible y posible en tiempos humanos, se dilata indefini-

41. *Encuesta*, p. 399.

damente transformándose en utopía, o se acelera en revoluciones desesperadas.

Sin embargo, siempre hay algo que llama la atención en esta década: la libertad de discusión. Los temas pueden ser dispersos, pero también no se encierran en leyes. Está todo por hacerse, pero eso, si bien dificulta los resultados concretos, amplía los límites de las cuestiones.

**PENSAMIENTO, LITERATURA
Y CULTURA JURÍDICA**

**“PIDAMOS A LA LEGISLACIÓN COMPARADA
UN POCO DE LUZ”. LA “LEGISLACIÓN COMPARADA”
EN LAS TESIS DOCTORALES PRESENTADAS
A LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES DURANTE
LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX**

VIVIANA KLUGER*

En 1869 se fundaba en Francia la *Société de Législation Comparée*, mientras que en 1876 se creaba en el mismo país la Oficina de Legislación Extranjera. Unos años más tarde, en 1900, se celebraba en París el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado. Aproximadamente para la misma época, se presentaban en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires una serie de tesis para optar al título de Doctor, en las que los estudiantes acudían a lo que ellos denominaban “legislación comparada”, a efectos de fundamentar sus posturas y rebatir los argumentos en contra.

El objeto del presente trabajo consiste en pasar revista al uso que del derecho comparado hicieron quienes elaboraron sus tesis doctorales durante el período 1871-1895. A tal efecto, comienzo con una referencia a las tesis doctorales, para pasar a analizar qué legislación y doctrina extranjera trajeron a colación los tesisistas en esa casa de estudios en Argentina, qué opinión les merecía, qué pensaban acerca de la utilidad o conveniencia de acudir a este derecho, qué diálogos recreaban, el valor o el disvalor con el que acudían al

* Profesora titular (catedrática) de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Vicedecana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana (Argentina). Vicedirectora 1ª del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina.

mismo, la necesidad o no de apearse a este derecho, lo acertado o no del criterio seguido por el codificador a la hora de inclinarse por determinada legislación o doctrina extranjera, qué sistemas jurídicos consideraban que debían tomarse como modelos y hasta qué punto, y su conocimiento acerca del contexto en el que se había dictado la legislación que citaban. Concluyo con unas consideraciones finales.

Mi fuente principal serán las tesis que giraron alrededor del matrimonio, deberes y derechos conyugales, divorcio, filiación y alimentos, presentadas ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el referido período.

1. Las tesis doctorales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

Al momento de creación de la Universidad de Buenos Aires, los estudios jurídicos estaban dispuestos en dos niveles: el académico, cuyo título lo daba la Universidad –Doctor en Jurisprudencia– y el profesional, que habilitaba para litigar o abogar por alguna causa. Esta estructuración era en forma sucesiva, porque primero debían cursarse los estudios en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad y luego en la Academia de Jurisprudencia, con un total de cinco o seis años, según la época.

En consecuencia, el título que otorgaba la Universidad no era habilitante para ejercer la profesión de abogado, porque quien aprobaba las asignaturas previstas solo recibía un título académico que no le permitía desempeñarse en el foro. Para ello, el egresado de la Universidad debía cursar luego tres años en la Academia de Jurisprudencia, situación que varió en 1872 al suprimirse la Academia y crearse la cátedra de Procedimientos en la Universidad, por lo que esta última comenzó a otorgar el título de abogado¹.

En 1874 el Departamento de Jurisprudencia se transformó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. De acuerdo con su primer reglamento, dictado en 1875, cursados los cinco primeros años se obtendría el grado de licenciado y terminados los seis, el de doctor. El

1. Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino* (Buenos Aires: Depalma, 1998), Tomo I, Parte General, pp. 343-345; Seoane, María Isabel, *La enseñanza del derecho en la Argentina. Desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1981), pp. 61-67.

primero habilitaba para el ejercicio de la abogacía y magistratura; el segundo para el profesorado universitario. El plan se reducía a cinco años, los títulos de abogado y doctor se otorgaban al mismo tiempo y, conforme Agustín Pestalardo, nunca se expidieron diplomas de licenciado². En consecuencia, para ser abogado era necesario ser primero doctor, paso al que se llegaba únicamente con la aprobación de la tesis. Esta fue obligatoria para el ejercicio de la abogacía hasta 1914, año en el que se separaron los títulos de abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales. En 1905 la Facultad de Derecho dictó una ordenanza volviendo “voluntaria” la presentación de las tesis, para poco tiempo después exigir su presentación³.

Hoy en día la tesis de Doctorado constituye el paso previo para alcanzar el grado académico máximo del sistema universitario y se identifica con un trabajo de “largo aliento” –muy elaborado, erudito, el fruto de desvelos de largos años. En los primeros años de la Universidad de Buenos Aires, sin embargo, las tesis no alcanzaban esos niveles. Hasta mediados del siglo XX, las tesis eran escritos muy breves en su mayoría, de entre 30 y 60 páginas aproximadamente, probablemente por el corto tiempo que los doctorandos tenían para entregar el trabajo. Eran escritos elaborados, en algunos casos y a primera vista, con apuro, sin profundizaciones, solo para cumplir un requisito burocrático y sin mayores pretensiones intelectuales. La mayoría fueron éditas, atento a que una disposición de 1863 obligó a su publicación.

La elección del tema de tesis –siempre que se contara con la aprobación del Consejo Directivo– fue variando con el transcurso del tiempo. En este sentido, se dispuso, a partir de 1903, que todos los años los profesores debían presentar tres temas de su asignatura sobre los cuales debían versar las tesis, de los que luego se escogería uno⁴.

2. Pestalardo, Agustín, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires* (Buenos Aires: Imprenta Alsina, 1914), p. 85.

3. Riva, Betina Clara y González Alvo, Luis Gabriel, “Tesis doctorales en jurisprudencia y saber penitenciario en la Universidad de Buenos Aires (1869-1915). Revisitando una fuente de historia social de la justicia y el derecho”, en *Revista Electrónica de Fuentes y Archivos Centro de Estudios Históricos “Prof. Carlos S. A. Segreti”*, Córdoba-Argentina, año 6, número 6, 2015, pp. 66-87.

4. Candiotti, Marcial, *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires. Catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario 1821-1921* (Buenos

2. La legislación y doctrina extranjera citadas en las tesis doctorales

El punto de partida de la legislación y doctrina extranjeras citadas por los doctorandos fueron los códigos y autores mencionados por Dalmacio Vélez Sarsfield en sus notas al Código Civil.

El codificador argentino fue un gran conocedor del derecho extranjero, de lo que dan cuenta las citas, concordancias y notas que colocó al pie de la mayoría de los artículos de su Código. En este sentido, muchísimas de las soluciones de su Código están inspiradas en leyes vigentes en esa época, así como en las obras de doctrina en boga. De esta manera, el Código Civil Francés de 1804 fue la fuente principal del Código Civil Argentino: de los 2282 artículos del Código Napoleón, la mitad fue reproducida en el argentino, de los que 445 fueron copiados literalmente. La otra fuente muy utilizada por Vélez Sarsfield fue el *Esboço* –anteproyecto de Código Civil para el Brasil– de Augusto Teixeira de Freitas, que le sirvió de base especialmente en el libro de las personas. Otros códigos y proyectos fueron fuente de numerosas disposiciones tales como el Código austríaco, el Landrecht prusiano, el de Baviera, el italiano, el de Luisiana, el holandés, los códigos sardo, toscano y de Parma, el proyecto de Código Civil de Nueva York, el proyecto de Código Civil para España de García Goyena, el Código Civil chileno preparado por Andrés Bello y el proyecto de Código Civil para Uruguay de Eduardo Acevedo⁵.

Además de los códigos, Vélez Sarsfield conocía muy bien la doctrina más moderna de la época. Las notas del codificador dan cuenta de que estaba familiarizado con los juristas franceses Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau, Charles Demolombe, Raymond Théodore Troplong, Karl Salomo Zacharie, Alexandre Duranton, Napoléon Marcadé, Philippe Antoine Merlin de Douai, Frédéric Mourlon y François Laurent. Los alemanes Friedrich Karl von Savigny y Charles Gustave Maynz también fueron asiduamente citados

Aires: Talleres Gráficos del Ministerio de Agricultura de la Nación, 1920), pp. 17, 21, 176 y 278.

5. Medina, Graciela, “La enseñanza del Derecho Comparado”, en Aberastury, Pedro (comp.), *Estudios de Derecho Comparado* (Buenos Aires: Eudeba-Fundación Konrad Adenauer, 2012), p. 36.

por el codificador, así como el derecho romano al que remitía frecuentemente.

En este sentido, los tesisistas se “apropian” del Código Civil Francés⁶, del *Esboço*⁷, del Código austríaco⁸, del Landrecht prusiano⁹, del de Nápoles¹⁰, del de Baviera¹¹, del Código Civil Italiano¹², del de Luisiana, del de Vaud,¹³ del holandés¹⁴, del sardo¹⁵, del suizo¹⁶, del de Haití¹⁷, del proyecto de Código Civil para España de García Goyena¹⁸,

6. Mendoza, Cándido V., *De la legitimación* (Buenos Aires: Imprenta de S. Ostwald, 1880), p. 28; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino* (Buenos Aires: Imprenta, Litografía y Encuadernación de Stillier & Laass, 1884), pp. 19 y 22; Koch, Pedro, *La Legitimación* (Buenos Aires: Impr. de Ostwald y Martínez, 1881), p. 17; Robert, José E., *Hijos naturales* (San Martín: Escuela de Artes y Oficios, 1883), p. 59, entre otros.

7. Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni, 1883), p. 28.

8. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural* (Buenos Aires: Imprenta del Porvenir, 1879), p. 35.

9. Viale, Emilio, *Estudio sobre hijos naturales* (Buenos Aires: Imprenta del Mercurio, 1874), p. 22; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse* (Buenos Aires: Imprenta de M. Biedma, 1884), p. 47.

10. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, p. 30.

11. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35.

12. Piran, Antonio M., *Sucesión intestada de los hijos naturales. Estudio sobre el capítulo IV, Tít. IX, Lib. IV, del Código Civil* (Buenos Aires: Imprenta y Librería de Mayo, 1872), pp. 18 y 20; Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, p. 41; Pellicer, Julio, *Filiación natural* (Buenos Aires: E. Sarniguet, 1895), pp. 16-17. Ninguno de los tesisistas indica a qué código italiano hace referencia, pero presumo que se trata del Código de 1865.

13. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35.

14. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35.

15. Piran, Antonio M., *Sucesión intestada de los hijos naturales. Estudio sobre el capítulo IV, Tít. IX, Lib. IV, del Código Civil*, p. 24; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35; Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni, 1879), p. 25; Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 46; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, p. 34.

16. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35.

17. Piran, Antonio M., *Sucesión intestada de los hijos naturales. Estudio sobre el capítulo IV, Tít. IX, Lib. IV, del Código Civil*, pp. 18-19; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 3.

18. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35.

del chileno¹⁹ y del proyecto de Código Civil para Uruguay²⁰. Otros códigos aludidos por nuestro codificador, tales como el toscano, el de Parma y el proyecto de Código Civil de Nueva York, no aparecen referenciados en las tesis.

El Código Civil Francés es asiduamente citado por los tesisistas en lo que respecta a la prohibición de indagación de la paternidad, legitimación y reconocimiento, obligaciones entre padres e hijos naturales y derecho sucesorio de los hijos naturales²¹.

En relación con la doctrina jurídica extranjera referida en el código velezano, nuestros tesisistas recurren a Aubry y Rau²², Demolombe²³,

19. Piran, Antonio M., *Sucesión intestada de los hijos naturales. Estudio sobre el capítulo IV, Tít. IX, Lib. IV, del Código Civil*, pp. 7-8, 20 y 24; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 41 y 55; Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, pp. 42-43, 57 y 59; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 53; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 21-22 y 34; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 30; Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 31.

20. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 30.

21. Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 28; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, pp. 19 y 22; Koch, Pedro, *La legitimación*, p. 17; Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 59; De Tezanos Pinto, David, *De los hijos naturales* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni, 1871), p. 39; Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 17; Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 59.

22. Lafuente, Francisco de la, *Estudio sobre los hijos naturales* (Buenos Aires: Imprenta Especial para obras, de Pablo E. Coni, 1875), pp. 15-16, 18 y 20; Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 22; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 41-42 y 52-53; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, pp. 44-46 y 60; Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 66; Almada, Alejo, *Divorcio* (Buenos Aires: Imprenta de A. Monkes, 1895), p. 26.

23. Viale, Emilio, *Estudio sobre hijos naturales*, pp. 20-21; Lafuente, Francisco de la, *Estudio sobre los hijos naturales*, pp. 15, 23 y 25; Laidlaw, Tomás W., *Filiación natural* (Buenos Aires: Impr. de M. Biedma, 1880), pp. 27-28 y 34; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 44; Meyer, Martín, *Una cuestión sobre filiación natural* (Buenos Aires: Imprenta Rural, 1875), p. 32; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 47; Robert, José E., *Hijos naturales*, pp. 50 y 60; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, p. 35; Vásquez, Sotero F., *Breve estudio sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales entre los pueblos antiguos y en Roma. Estudio sobre la sucesión de los hijos naturales y filiación natural en el código argentino con una síntesis sobre lo que disponen los diversos países de Europa sobre la materia* (Buenos Aires: Imp. y Fund. de Tipos La República, 1884), pp. 77-78 y 88; Urquiza, Justo G., *Investigación de la paternidad* (Buenos Aires: Imprenta de El Siglo, 1879), p. 35; Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo*

Troplong²⁴, Bigot de Preaumeneau, Pothier²⁵, Zachariae²⁶, Toullier²⁷, Duranton²⁸, Marcadé²⁹, Merlin³⁰, Mourlon³¹, Demante³², Masse³³,

natural (Buenos Aires: Imprenta de M. Biedma, 1879), pp. 28, 37 y 40-41; Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 48; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 20; Almada, Alejo, *Divorcio*, p. 26.

24. Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 15; Laidlaw, Tomás W., *Filiación natural*, p. 31; Urquiza, Justo G., *Investigación de la paternidad*, p. 16; Arigós Rodríguez, Ramón, *El matrimonio* (Buenos Aires: Tipografía de M. Biedma, 1881), pp. 17 y 19.

25. Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, p. 46; Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 19; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, pp. 29, 32 y 41-42; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 29; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 21 y 51; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, pp. 11, 23 y 54; Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, p. 35.

26. Lafuente, Francisco de la, *Estudio sobre los hijos naturales*, p. 14; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 44; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 21 y 41; De Tezanos Pinto, David, *De los hijos naturales*, p. 25; Laidlaw, Tomás W., *Filiación natural*, pp. 28 y 33; Robert, José E., *Hijos naturales*, pp. 40, 51 y 62; Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, pp. 26, 33 y 34; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 44; Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 45; Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 22; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, pp. 29 y 48.

27. Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 19; Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 45; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 38.

28. Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, pp. 45 y 48-49.

29. Meyer, Martín, *Una cuestión sobre filiación natural*, p. 30; Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, pp. 38, 44 y 48; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 40-41.

30. Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 11 y 14.

31. De Campero, Octavio, *El proyecto de ley de matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni e Hijos, 1888), p. 21; Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni, 1895), pp. 46-50; Ávila, Manuel, *Patria potestad* (Buenos Aires: Imprenta y Lit. á vapor de Luis Maunier, 1888), p. 54.

32. Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, pp. 36 y 38.

33. Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 21; Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, p. 43.

Delvincourt³⁴, Duvergier³⁵, Portalis³⁶, Renault, Marcére³⁷, Cambacérès, Tronchet³⁸, Vergés³⁹, Acollas⁴⁰, Savigny⁴¹, Maynz⁴², Vazeille⁴³, Story⁴⁴, José Vicente y Caravantes⁴⁵, Ortolan, Namur, Escriche⁴⁶, Dalloz⁴⁷, entre otros.

34. De Tezanos Pinto, David, *De los hijos naturales*, p. 27; Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, 65-67.

35. Urquiza, Justo G., *Investigación de la paternidad*, p. 24; Viale, Emilio, *Estudio sobre hijos naturales*, p. 13; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, pp. 30 y 42; Robert, José E., *Hijos naturales*, pp. 20 y 22; Vásquez, Sotero F., *Breve estudio sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales entre los pueblos antiguos y en Roma. Estudio sobre la sucesión de los hijos naturales y filiación natural en el código argentino con una síntesis sobre lo que disponen los diversos países de Europa sobre la materia*, p. 62; Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 22; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, pp. 26 y 36.

36. Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, pp. 44 y 49; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, pp. 28 y 35; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 47; Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 42; Marchini, Emilio, *Estudio sobre el matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta Nacional, 1884), p. 79.

37. Almada, Alejo, *Divorcio*, pp. 42-43.

38. Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, pp. 13 y 46; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 29.

39. Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 21.

40. Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, p. 11; Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, p. 23.

41. Viale, Emilio, *Estudio sobre hijos naturales*, p. 22; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 38-39.

42. Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 11 y 14.

43. Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, p. 78.

44. Carol, Remijio, *El matrimonio en general* (Buenos Aires: Imprenta del Porvenir, 1879), p. 16.

45. Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 23; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 31, Ávila, *Patria potestad*, p. 55.

46. Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 11, 14 y 15; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 9.

47. Urquiza, Justo G., *Investigación de la paternidad*, p. 21; Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, p. 30; Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 42; Vásquez, Sotero F., *Breve estudio sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales entre los pueblos antiguos y en Roma. Estudio sobre la sucesión de los hijos naturales y filiación natural en el código argentino con una síntesis sobre lo que disponen los diversos países de Europa sobre la materia*, p. 61; Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 21; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 36; Cernadas, Ricardo, *Alimentos* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni e Hijos, 1888), p. 18.

Los tesisistas también citan canonistas como Justo Donoso y Juan Devoti –que De Tezanos Pinto menciona al referirse a los impedimentos para contraer matrimonio–⁴⁸.

Pensadores y juristas del Racionalismo como Montesquieu y Beccaria vienen a la mente de Pirán, Morris y Fernández cuando reflexionan acerca de las leyes humanas o positivas, las leyes naturales y el castigo, todo ello vinculado con la necesidad o no de proteger a las distintas categorías de hijos⁴⁹. En cuestiones probatorias relacionadas con la filiación ilegítima, Robert menciona al utilitarista inglés Jeremy Bentham⁵⁰.

Una tesis como la de Sotero F. Vásquez, que gira básicamente sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales en “los pueblos antiguos” y en Roma –como señala el autor, “un estudio mas bien histórico que jurídico”–, menciona historiadores como Jules Michelet, Charles Giraud, Lucien de Valroger y Amédée Thierry⁵¹.

Las revistas extranjeras –por ejemplo, la *Revue de législation* de Wolowski– son citadas, sin indicar autor, en el tema del matrimonio civil⁵².

Nuestros tesisistas también acuden a la jurisprudencia extranjera, con poca frecuencia y en forma genérica⁵³.

3. El derecho comparado

El Derecho Comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en

48. De Tezanos Pinto, David, *De los hijos naturales*, p. 20.

49. Piran, Antonio M., *Sucesión intestada de los hijos naturales. Estudio sobre el capítulo IV, Tít. IX, Lib. IV, del Código Civil*, p. 11; Morris, Jorge, *Hijos sacrílegos* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni, 1876), pp. 16-17; Fernández, Sixto, *Poseción de estado de hijo natural*, p. 49.

50. Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 26.

51. Vásquez, Sotero F., *Breve estudio sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales entre los pueblos antiguos y en Roma. Estudio sobre la sucesión de los hijos naturales y filiación natural en el código argentino con una síntesis sobre lo que disponen los diversos países de Europa sobre la materia*, p. 14.

52. Álvarez, Juan José, *Matrimonio (lib.1, sec. 2, cap. 1 del C.C.)* (Buenos Aires: Imprenta de S. Ostwald, 1880), p. 32.

53. Se refiere a la jurisprudencia española y las decisiones de los “tribunales y Cámaras de los lores en Inglaterra”, Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 28; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 28.

el mundo, con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado⁵⁴. Los estudios sobre este tema han adoptado diversas denominaciones, tales como “Legislación comparada” o “Ciencia comparada del derecho”, entre otros.

La denominación “Derecho Comparado” no se utilizó sino hasta mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando se iniciaron los estudios de Derecho Comparado de manera sistémica, tal como lo señala René David⁵⁵. Sin embargo, la apelación a la comparación de los sistemas de Derecho desde la perspectiva de su diversidad geográfica es tan antigua “como el estudio mismo de la ciencia del derecho”. En Grecia, Aristóteles estudió 153 constituciones en su obra *Tratado sobre la política*⁵⁶, mientras que Licurgo y Solón viajaron por el mundo entonces conocido para descubrir las instituciones antes de legislar. Los redactores de la Ley de las XII Tablas también se habrían informado de leyes extranjeras, particularmente leyes griegas⁵⁷. En la Edad Media el derecho romano y canónico fueron objeto de comparación. En el siglo XVII en Inglaterra se cotejó el derecho canónico y el *common law*, mientras que un siglo más tarde Montesquieu, en *El espíritu de las leyes*, empleó el método comparatista para extraer los principios de un buen sistema de gobierno⁵⁸.

En el siglo XIX se despertó un gran interés por el derecho extranjero y por su comparación con el nacional. Según algunos autores, esta inquietud surgió en Alemania a partir de la obra de Feuerbach y se trasladó a Francia, donde en 1832 se comenzó a impartir la cátedra de Legislación Comparada. Unos años más tarde –como se señaló–, se fundó en ese país la *Société de Législation Comparée*, en 1876 se creó la Oficina de Legislación Extranjera y en 1900 se

54. Medina, Graciela, “La enseñanza del Derecho Comparado”, p. 34.

55. David, René, *Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (Madrid: Aguilar, 1968), Introducción, disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11702>, consultada el 30/09/2021.

56. David, René, *Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Introducción.

57. Piña, María del Carmen, “Reformas laborales y derecho comparado. Valores en conflicto”, *Revista de la Facultad*, Vol. X, N° 1, Nueva Serie II (2019), pp. 93-110, disponible en <https://revistas.unc.edu.ar>, consultada el 22/09/2021.

58. David, René, *Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Introducción.

celebró el Primer Congreso Mundial de Legislación Comparada⁵⁹. Víctor Tau Anzoátegui señala que la renovación legislativa de mediados del siglo XIX se percibía en algunas obras esquemáticas que hacían la confrontación de las diversas legislaciones, incluyendo no solo las de los países que formaban parte del sistema de tradición romana, sino algunos ajenos al mismo⁶⁰.

4. Las consideraciones acerca del derecho comparado en las tesis doctorales

En línea con las ideas jurídicas que circulaban acerca de la importancia de observar qué ocurría en otros sistemas jurídicos y de acercarse a la doctrina extranjera –a partir de las fuentes indicadas por Vélez Sarsfield en sus notas–, los tesisistas, tal como se señaló precedentemente, abrevaron en el derecho comparado. En este orden, resulta imprescindible analizar qué consideración les merecía el derecho comparado –al que ellos llamaban simplemente “legislación comparada”– y determinar desde qué lugar analizaban los sistemas jurídicos que citaban.

En 1879, Remijio Carol, en su tesis sobre el matrimonio y refiriéndose a cómo habían regulado los Estados Unidos de Norteamérica el matrimonio civil, sostenía que había que tomar el ejemplo de este país porque “[...] si esa nación preponderante en el mundo moderno por su progreso y por el alto grado de civilización á que ha llegado que nos está sirviendo de modelo en la práctica de las instituciones políticas, tomando por tipo su sistema de gobierno y habiéndonos enseñado también a conocer que la libertad es el mejor patrimonio de los pueblos; por qué no la tomamos por norma en la reglamentación de su vida civil?”. Sin embargo, Carol era consciente de que algunos podrían alegar “una diferencia considerable en sus antecedentes históricos, y que existiendo por consiguiente desemejanza de circunstancias que entre ambos pueblos” podría ser peligroso aplicar las mismas doctrinas. Y se respondía a sí mismo:

59. Ramírez Barrón, Alan Josué y Ramírez Sandoval, Karen Rocío, “El derecho comparado”, Grado Cero Prensa, disponible en <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2016/05/30/el-derecho-comparado>, consultada el 12/10/2021.

60. Tau Anzoátegui, Víctor, *Las ideas jurídicas en Argentina* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1977), p. 79.

“[...] si hay diferencia de antecedentes históricos, no debía tampoco tomarse por modelo la práctica de las instituciones políticas; lo cual nos causaría graves conflictos por estar convencidos de la eficacia de las mismas”. Pero aun así sostenía que, a pesar de esas diferencias, “no se puede deducir que las necesidades no sean idénticas, siendo una verdad evidente que todas las sociedades tienden hacia un mismo fin”⁶¹.

Juan José Álvarez también se apoya en las “leyes norteamericanas” en relación con la opción del matrimonio civil para aquellos que no profesan ninguna religión. El tesista advierte que, si el codificador argentino “hubiese seguido la legislación Norte-Americana, hubiese encontrado solución al caso presente”. Sin embargo, expresa sus resquemores cuando señala que “las leyes Norte-Americanas son para nuestros legisladores el punto de partida”, pero que muchas veces son, lamentablemente, “fieles imitadores”⁶².

En el extremo está Alejandro Audibert, cuando, al referirse a la legitimación de los hijos de matrimonios putativos, implora: “pidamos a la legislación comparada un poco de luz”, para de esta forma “encontrar en la legislación comparada algún fundamento á la interpretación que combatimos [...]”. El tesista propone revisar los códigos y ver si existe alguno que mantenga entre sus disposiciones la restricción de negar que la legitimidad de los hijos de los matrimonios putativos alcanza a los adulterinos. Según el propio Audibert, él planteó, desarrolló y resolvió su tema de tesis —una cuestión sobre filiación— “por nuestras leyes, por las opiniones de los autores y de la legislación comparada”⁶³.

Mirar hacia la legislación de otros países es lo que propone Cándido Mendoza en relación con el recorte de los poderes de la Iglesia en cuestiones temporales. El tesista se pregunta: “¿No vemos diariamente las innovaciones que en este orden hacen los pueblos europeos? Sin ir más lejos, Chile mismo ha introducido ya el matrimonio civil y la secularización de los cementerios”⁶⁴.

Seguir el mismo camino, imitar a los “maestros del derecho”, sugiere Almada al referirse a lo que él llama “divorcio perfecto” —disolución del vínculo conyugal— para dar un “paso de progreso” y

61. Carol, Remijio, *El matrimonio en general*, p. 34.

62. Álvarez, Juan José, *Matrimonio (lib. I, sec. 2, cap. 1 del C.C.)*, p. 29.

63. Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, pp. 26, 33, 36 y 45.

64. Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 39.

encaminarnos “hacia las regiones sublimes de la justicia y el derecho”. Tener por guía la “experiencia de casi todas las naciones del viejo mundo, á quienes hemos seguido y seguimos paso á paso en su incesante progreso de civilización [...]”. En este recorrido, Almada considera que “días más días menos, tendremos que seguir el mismo camino que han seguido casi todos los países del mundo, porque él se impondrá como una necesidad ineludible á la que la sociedad no podrá sustraerse”. Como muchos otros tesisistas, Almada trae a colación los resultados del divorcio vincular “ya sea en países de igual legislación, idioma, raza y religión, ya sea en países de distinto carácter” comparando el número de divorcios con la separación de cuerpos⁶⁵.

También en el tema del matrimonio civil, Alejandro Garramuño recurre a “la compulsión de algunos autores que tratan la materia aplicada a otros países”, ya que “nada se ha producido hasta hoy en el nuestro”. Nuevamente, la experiencia de otros países que instituyeron el matrimonio civil, tales como Francia, Bélgica, cantón suizo de Tesino, Italia, Portugal, España, Prusia, Alemania, Méjico, Venezuela y Nueva Granada, Chile y República Oriental, tiene para este tesisista una gran importancia, “pues nos ofrecen un cuadro completo en que podemos recojer enseñanzas provechosas”⁶⁶. Matías Godoy, por su parte, en su tesis sobre la celebración del matrimonio, se refiere a los códigos prusiano, bávaro, austríaco y napolitano como “muchos y notables códigos europeos”⁶⁷.

El derecho-deber alimentario también es un terreno en el que los tesisistas miran las disposiciones extranjeras. Por ejemplo, Ricardo Cernadas afirma que “[...] en todas las legislaciones se encuentran disposiciones expresas que ordenan la prestación alimentaria entre ciertos parientes, acordando a los beneficiarios los medios de hacer valer en juicio sus derechos”. Nuestros doctorandos se refieren a las soluciones adoptadas por las distintas legislaciones extranjeras y vuelcan sus opiniones al respecto. En este sentido, a Cernadas no le parece “laudable el sistema preconizado por la ley italiana” que establece que quien debe suministrar los alimentos puede elegir entre

65. Almada, Alejo, *Divorcio*, pp. 30-31 y 36-38.

66. Garramuño, Alejandro, *Consideraciones jenerales sobre el matrimonio civil* (Buenos Aires: Imprenta La Universidad, 1888), pp. 8 y 34-35.

67. Godoy, Matías, *Celebración del matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1885), p. 26.

la satisfacción de tal obligación mediante una pensión alimenticia o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que ha obtenido los alimentos⁶⁸.

Nuevamente en relación con el matrimonio civil, y al tomar como ejemplo al Código francés, Álvarez, en línea con la nota de Vélez Sarsfield al título del matrimonio, considera que “los sistemas que establecen el matrimonio civil no tienen respuesta ante quienes consideren el matrimonio civil como contrario a su religión, que no se consideren casados con este tipo de matrimonio”⁶⁹.

Las legislaciones extranjeras se entremezclan con las citas de doctrina. Así, Cernadas considera que la solución de Dalloz, acerca de que el derecho a pretender alimentos es eminentemente personal y que el alimentado mismo no puede pretender la prestación de los herederos del obligado, “se impone por su mérito científico”⁷⁰. Tomando distancia del Código Civil Francés y la doctrina de Bigot Preameneu y Duveyrier que justifican la prohibición de indagación de la paternidad, Valentín Luco considera que “el Codificador Argentino ha hecho perfectamente bien, al autorizar la investigación de la paternidad obedeciendo así al deber de conformarse con el derecho natural”, al tiempo que tilda la opinión de estos autores como “exagerada”⁷¹. Julio Pellicer desautoriza la doctrina del Código francés sobre el mismo tema que “ha sido vivamente criticada por distinguidos jurisconsultos”, “que está en abierta contradicción con el pasado” y que “ha sido abolida en todos los pueblos de la Europa civilizada, y aun en aquellas naciones que han sufrido la influencia del Código Napoleón”⁷². En el mismo sentido, Carlos Paganini alza su voz contra las disposiciones de los Códigos de Francia, holandés, Nápoles, español, de Vaud y sardo –que prohíben la investigación de la paternidad y/o de la maternidad– y marca la diferencia porque “entre nosotros no hemos admitido esa aberración legal”⁷³.

68. Cernadas, Ricardo, *Alimentos*, pp. 14 y 56-57.

69. Álvarez, Juan José, *Matrimonio (lib. I, sec. 2, cap. 1 del C.C.)*, pp. 31-32.

70. Cernadas, Ricardo, *Alimentos*, p. 18.

71. Luco, Valentín, *Filiación natural* (Buenos Aires: Imp. Sud-América, 1891), p. 26.

72. Pellicer, Julio, *Filiación natural*, p. 16.

73. Paganini, Carlos, *Paternidad y filiación legítima* (Buenos Aires: Litografía, Imprenta y Encuadernación de Guillermo Kraft, 1883), p. 46.

Los tesistas recrean diálogos entre diversos autores y contraponen sus doctrinas. Así, Emilio Marchini, en su tesis sobre el matrimonio, apoya la opinión de Marcadé, la que enfrenta a la de Duranton, Toullier y Duvergier acerca del examen médico para demostrar la impotencia. Paralelamente, elogia las ideas de Portalis acerca de los deberes y derechos conyugales “porque ha sido la fuente de donde he bebido las ideas más puras del matrimonio, y sobre todo, donde he visto á la muger colocada en el verdadero pedestal de granito á una altura donde todos los hombres podamos admirarla”⁷⁴.

Otros diálogos que imaginan los doctorandos son, por ejemplo, los que entablan Zacharie y Pothier con Segovia y Demolombe, Demante y Escriche con Zacharie, en la tesis de Alejandro Audibert sobre la legitimación de los hijos de matrimonios putativos⁷⁵. También Paganini, en su trabajo sobre paternidad y filiación legítima, hace platicar a Escriche y Carranza acerca de quién es hijo el nacido de una mujer que contrae matrimonio dentro de los diez meses de disuelto o anulado el matrimonio⁷⁶. Francisco Uriburu marca un contrapunto entre Demolombe, Massé y Vergé, Dalloz, Bedel, Duveyrier y nuestro código, acerca de la investigación de la paternidad, que “[...] sosteniendo la doctrina contraria, lleva por delante principios elementales de justicia”. En este sentido, reflexiona, refiriéndose al Código francés, que “Debe haber sido muy grave la razón que ha indicado esta prohibición rigurosa, porque grandes también son los derechos de que se despoja al hombre”. Aunque considera a Bigot Préameneu, Duveyrier, Lahary, Duranton, Demolombe, Zacharie, Marcadé, Murlon, Aubry y Rau como “juristas distinguidos”, prefiere no seguir citando autores que apoyan esta doctrina porque todos ellos repiten sus argumentaciones “con más o menos variantes, del mismo raciocinio, y no pocas veces, con abundancia de declamación exagerada”⁷⁷.

El recurso a la cita no significa que los tesistas estén aceptando la solución adoptada por el código que mencionan o el pensamiento del autor que refieren, sino que, muy por el contrario, a veces se embarcan en contrapunto con la fuente que refieren. De Vazeille y su doctrina sobre los alimentos que pueden exigir los hijos adulte-

74. Marchini, Emilio, *Estudio sobre el matrimonio*, p. 79.

75. Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, pp. 34-36.

76. Paganini, Carlos, *Paternidad y filiación legítima*, p. 24.

77. Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, pp. 37-41 y 43-53.

rinos, Uriburu sostiene que “comete, pues, un error, cuando enseña que la obligación no se transmite á los herederos del deudor, sino después de haber sido fijada por un juicio o una convención”⁷⁸. Federico Valdés considera a Antoine Lefebvre de Vatimesnil “uno de los hombres más respetables de su época”, un “eminente jurisconsulto” quien dio cuenta de la relajación de los vínculos de familia, el menosprecio de los deberes conyugales, el enervamiento de las creencias religiosas, el descreimiento de la población y el aumento de los hijos naturales, como consecuencia del establecimiento del matrimonio civil⁷⁹.

No siempre los doctorandos se pronuncian expresamente a favor o en contra de una legislación o doctrina. Encontramos entonces ocasiones en las que simplemente parecen compartir los argumentos, porque se limitan a emitir una opinión y acto seguido colocan al autor como concordante⁸⁰. Pedro Koch –que dedica toda su tesis al tema de la legitimación– señala que su trabajo es el resultado “de lo muy poco que creo haber aprendido [...] en la rápida lectura efectuada en las obras de pensadores que los doctos llaman de mérito” y explicita que “me han servido de guía [...] Merlin, Pothier, Ortolan, Namur, Maynz y Escriche”, para concluir que “con propiedad” podría decir que es “un resumen” del pensamiento de los juristas que menciona a lo largo de su tesis⁸¹. Ernesto Claros, al referirse a los derechos y obligaciones de los cónyuges, considera “sensatas palabras de Ahrens”, las que “me servirán de base en esta exposición” acerca de la obligación de obediencia de la mujer al marido, y concluye que esta debe someterse a las decisiones del marido siempre que se mantenga el respeto debido a su persona⁸². Por su parte, Desiderio Crespo, en relación con los impedimentos del matrimonio, se pro-

78. Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, p. 78.

79. Valdés, Federico B., *Estudio general del proyecto de ley sobre matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de La Tribuna Nacional, 1888), pp. 52-53.

80. Tal como sucede con algunos pasajes de la tesis de Ávila, quien parece concordar con Aubry et Rau, Mourlon y Caravantes, o en el caso de Claros, que trae a colación la opinión de Goyena sobre la capacidad de la mujer o la de Zacharie sobre nulidad de los actos y obligaciones de la mujer por falta de autorización del marido. Ávila, Manuel, *Patria potestad*, pp. 15, 18, 43, 44, 54 y 55; Claros, Ernesto, *Derechos y obligaciones de los cónyuges* (Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1887), pp. 57 y 74.

81. Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 11 y 14.

82. Claros, Ernesto, *Derechos y obligaciones de los cónyuges*, p. 53.

nuncia a favor de las soluciones adoptadas por los códigos francés, italiano, ruso y sardo sobre derecho de los padres a oponerse al matrimonio de sus hijos menores, al afirmar que “los códigos de los países más civilizados han dejado oír su voz a favor del padre de familia, y no he trepidado en ponerme de su parte”⁸³.

La legislación anglosajona le sirve a Luis María Drago para defender su tesis sobre los poderes maritales, al señalar los males que ese “absurdo de la mujer emancipada está produciendo”. En su opinión “la *common law* inglesa” –que no da a la mujer personalidad civil distinta de la del marido– “ha sido objeto allí” –se refiere a Estados Unidos– “de las más vivas controversias, y aún ha caído en desuso ó se la ha derogado abiertamente por estatutos especiales en la mayoría de los Estados”⁸⁴. En relación con las enmiendas constitucionales que se estaban proyectando en algunos Estados de ese país para otorgar derechos políticos a las mujeres y todos los avances en la emancipación femenina, teme que el ejemplo cunda y la emancipación haga prosélitos, y sostiene que los Estados del sur de ese país “se han salvado, hasta ahora del contagio [...] porque en ellos la mujer no ha salido todavía del radio de la familia”. El mismo autor no duda en mostrarse abiertamente en contra de las opiniones de Moulon, Odylon Barrot, Demante, Demolombe y Aubry y Rau que se inclinan a favor de emplear la fuerza pública para obtener que la mujer vuelva al hogar conyugal –“a pesar del aparente fundamento de esta solución”.

A la hora de comparar nuestra legislación con la francesa acerca de la administración del marido de los bienes propios de la mujer, considera Drago que la primera “concede facultades más amplias al marido que las que le dá el Código argentino”. Critica a Troplong que otorga amplios poderes al marido porque “[...] esta teoría [...] es exagerada y susceptible de ocasionar muy grandes prejuicios”. También en orden de comparar los poderes del marido sobre la mujer, Drago afirma que “nuestro código ha garantizado de manera más eficaz los derechos de la mujer”, que “está mejor y más eficazmente garantida por nuestra legislación, que por la francesa” y que “[...] las legislaciones modernas han juzgado que los pleitos exigen mucha

83. Crespo, Desiderio, *Impedimentos del matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de la Nación, 1884), p. 59.

84. Drago, Luis María, *El poder marital* (Buenos Aires: Imprenta de El diario, 1882), p. 22.

reflexión y pueden traer muy graves consecuencias, para dejarlos al mero arbitrio de la mujer”⁸⁵.

En lo que respecta al procedimiento en los casos de divorcio, Gregorio Gallegos señala que no está de acuerdo con lo que prescribe la ley francesa, “ni con lo que traen otras legislaciones”. Explica el tesista que “una reglamentación minuciosa, independiente de que no provee todos los casos, acaba por sembrar confusión entre unas y otras disposiciones por las diferentes interpretaciones; y porque aunque el código francés establece un tiempo bastante largo para la tramitación [...] no es suficiente para que los cónyuges reflexionen acerca de la trascendencia del acto”⁸⁶.

Alejandro Garramuño considera que es necesario ver “el apoyo que las naciones mas adelantadas han prestado” al matrimonio civil y “la manera como la han incorporado á su legislación”, lo cual “indudablemente sirve á robustecer el fundamento de esta institución”. A tal efecto, hace un repaso del tema en Francia, Italia, España, Alemania, Suiza, Ducado de Baden, Cerdeña, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, México, Venezuela, Nueva Granada, Honduras, Uruguay y Chile, para concluir acerca del “consenso de casi todas las naciones del mundo hacia el matrimonio civil” y de que “esta adhesión á la doctrina reformadora y su incorporación a la legislación, es la justificación plena de los fundamentos del matrimonio civil que dejo manifestados”. En cuanto a la celebración del matrimonio religioso después del civil, sostiene que la prescripción establecida en el Código de Portugal y las leyes de Chile y “Estado Oriental”, así como la consignada en el Proyecto presentado al Congreso argentino, en su último período legislativo, “es más conforme a la naturaleza del acto y responde mejor y está en armonía con el espíritu liberal y hasta cierto punto conservador que debe presidir estas reformas”⁸⁷.

Ignacio María Gómez no se explica por qué razón “nuestro sabio codificador que ha de haber tenido á su vista todos estos autores” —se refiere a Marcadé— “que, tan claramente y con argumentos tan incontrovertibles, se deciden por estender el derecho de la mujer á pedir la separación de bienes cuando peligren los gananciales, se ha separado

85. Drago, Luis María, *El poder marital*, pp. 22-23, 37 y 41-44.

86. Gallegos, Gregorio, *El divorcio* (Buenos Aires: Imprenta y Lib. de los Estudiantes, 1886), p. 54.

87. Garramuño, Alejandro, *Consideraciones jenerales sobre el matrimonio civil*, pp. 41-43.

de esta doctrina, concediendo sólo á la mujer de un modo implícito la acción pauliana y los demás recursos del derecho común”⁸⁸.

Manuel Ibáñez marca el contraste entre “nuestro derecho moderno” y el Código francés en lo que respecta a la prueba de la filiación legítima. Elabora diciendo que el nuestro, “aceptando principios mas en armonía con los sentimientos humanos”, ha consignado no solamente el derecho de sucesión del hijo natural y la forma de su legitimación [...], sino que mas consecuente con sus doctrinas que el Código Napoleón, ha permitido la investigación de la filiación natural por medio de la prueba de la posesión de estado después de la muerte del padre, y por la prueba directa del hecho durante la vida de aquel”⁸⁹.

La falta de un estudio detenido por parte de nuestro codificador en el tema de la legitimación por subsiguiente matrimonio es reprochada por Koch. El tesista afirma que Vélez Sarsfield la ha tomado del Código del Brasil y que “cuando se emprenda la reforma del Código” las disposiciones al respecto deben ser suprimidas⁹⁰.

Mendoza marca “las fundamentales diferencias” entre el Código Francés y el nuestro en lo relativo a los hijos naturales, al referirse al tratamiento que le dio Vélez Sarsfield a la investigación de la paternidad. Sin embargo, en relación con el sistema argentino de inscripción de los nacimientos –por medio del acta de bautismo, a diferencia del francés, en el que existía registro civil–, “es el resultado, de que a pesar de los adelantos que hemos realizado en todo sentido, nuestra legislación adolece aun de graves defectos”⁹¹.

En la cuestión de los impedimentos para contraer matrimonio, Mariano Orzabal disiente de la opinión de Bello acerca de que las autoridades eclesiásticas se debían regir en esta materia por el derecho canónico, “a pesar del respeto que me merece la autorizada palabra de tan notable jurisconsulto”. En este orden, señala que no la acepta “por cuanto se separa de las verdaderas tendencias de la legislación moderna, que busca en mas vastos horizontes su libertad é independencia”. Las leyes de Francia, Italia y Bélgica –que exigen

88. Gómez, Ignacio María, *Régimen de los bienes en el matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de M. Biedma, 1883), p. 73.

89. Ibáñez, Manuel C., *Prueba de la filiación legítima* (Buenos Aires: Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1888), p. 26.

90. Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 38.

91. Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, pp. 24, 28 y 29.

la edad de 15 años para la mujer y 18 para el hombre para contraer matrimonio— son consideradas por Orzabal como “más juiciosas” que las establecidas por el Derecho canónico (12 para la mujer y 14 para el hombre), porque “el legislador al fijar la edad para el matrimonio no debe atenerse solamente á la aparición de la aptitud natural para consumarlo. Debe exigir de los que deseen contraerlo, el desarrollo físico y moral necesario para prevenir las consecuencias perjudiciales que apenas deajo esbozadas”⁹².

Sobre la opinión de Pothier acerca de la condición de los hijos nacidos de un comercio ilícito, Paganini señala que “aunque emitida por un jurisconsulto eminente, me parece errónea”⁹³. En relación con el mismo tema, Julio Pellicer sostiene que “ha sido vivamente criticada por distinguidos jurisconsultos” —entre los que menciona a Leon Giraud—, ya que “está en abierta contradicción con el pasado y ha sido abolida en todos los pueblos de la Europa civilizada, y aun en aquellas naciones que han sufrido la influencia del Código Napoleón”. Para Pellicer, “hoy no podría citarse nación alguna de importancia que se encuentre en el mismo caso que la Francia” y ejemplifica la legislación de Italia, Bélgica, Inglaterra, Estados Unidos y Prusia, que “dá al hijo natural derechos en numerosos casos”⁹⁴.

Acerca del derecho de corrección del padre sobre el hijo, el Código francés es considerado por Cornelio Ríos como “más minucioso que el nuestro, pues toma en consideración varias circunstancias que es necesario tener presente, a fin de fijar mejor el derecho de corrección”. La uniformidad de la regulación del usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos menores de edad o no emancipados es puntualizada por Ríos cuando afirma que, por un lado, “Todas las legislaciones, animadas por las mismas ideas han procedido en igual sentido”, pero que algunas “diferenciándose [...] en un punto de importancia” niegan a la madre ese derecho. La posición intermedia, según Ríos, es nuestro Código, que “sin incurrir en esta crueldad” ha dispuesto que el padre y la madre tienen el usufructo de todos los

92. Orzabal, Mariano, *Nulidades del matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de Sud-América, 1887), pp. 38 y 152.

93. Paganini, Carlos, *Paternidad y filiación legítima*, p. 54.

94. Pellicer, Julio, *Filiación natural*, pp. 16-17.

bienes de sus hijos legítimos, que estén bajo la patria potestad, con algunas excepciones⁹⁵.

Tampoco se salva Vazeille, quien para Uriburu comete un error, con respecto a los alimentos que pueden exigir los hijos adulterinos, cuando enseña que “la obligación no se transmite á los herederos del deudor, sino después de haber sido fijada por un juicio o una convención”⁹⁶. También cree que está equivocado Durantón cuando enseña que ella hace siempre parte de la sucesión, aunque la indigencia del acreedor sea después del fallecimiento del que está llamado a socorrerla. En la lista de los equivocados siguen Delvincourt y Marcadé –este último, quien “trae a este respecto un caso” cuya “falsedad salta a la vista”–, y nuevamente Vazeille. El tesista esboza su teoría para que sea posible que se transmita la obligación de proporcionar alimentos al hijo adulterino, al sucesor universal, la que describe como una teoría justa, “a pesar de las importantes opiniones que le son contrarias”. Disiente con las razones alegadas por el “eminente jurisconsulto” Demolombe, quien niega la obligación alimentaria del hijo adulterino al heredero universal, cuyas razones no pueden aplicarse a nuestro Código, porque este, al referirse a los hijos naturales, determina que los alimentos son obligación que *incumbe a los herederos de los padres* y no admite la reciprocidad como condición de su existencia⁹⁷.

5. La referencia a los contextos

No faltó en las tesis la referencia a los similares o distintos contextos que subyacían o que explicaban las soluciones adoptadas por la legislación extranjera, presupuesto fundamental para que nuestros doctorandos pudieran adentrarse en las comparaciones. En este sentido, los tesisistas son conscientes de la necesidad de conocer estos factores para determinar si una solución extranjera es aplicable a nuestro sistema jurídico⁹⁸.

95. Ríos, Cornelio, *De la patria potestad* (Buenos Aires: Imprenta de la República Buenos Aires, 1884), pp. 54 y 73.

96. Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, p. 64.

97. Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, pp. 65-67 y 71.

98. Carol, Remijio, *El matrimonio en general*, p. 16.

Al referirse al divorcio, Alejo Almada alude al contexto en el que se estableció el divorcio en la Francia revolucionaria. Señala que en 1792 el parlamento resolvía afirmativamente el divorcio, y en 1803 dictaba una ley consignándola en el Código Napoleón; pero que esta ley rigió hasta 1816, “en que fue abrogada por un congreso formado por la Santa Alianza que quiso restablecer los principios carcomidos del derecho canónico”. Sin embargo, Almada advierte acerca de que el divorcio no tardaría en llegar, porque los viejos principios han caído vencidos por otros nuevos y que si vuelven a regir una sociedad “no pasará mucho tiempo en que caerán para siempre”. Almada se vale de las estadísticas –en su caso, de los países que habían admitido el divorcio– para concluir que “el divorcio es esencialmente moralizador” y que aumenta el número de matrimonios “porque el hombre tiene recursos de que valerse cuando la mujer no corresponde a sus esperanzas, y la mujer tiene igualmente los mismos recursos para el caso contrario; lo que les hace contraer una unión cuyas desgracias pueden repararlas”⁹⁹. También las estadísticas le sirven a Nicolás Vila para argumentar acerca de la necesidad de aumentar la edad mínima para contraer matrimonio, así como las peculiaridades del suelo y el clima de los diversos países¹⁰⁰.

Gómez, al ocuparse de los regímenes de bienes en el matrimonio, sostiene que la diferencia entre las disposiciones del Código argentino y el francés tienen por único fundamento la disparidad de costumbres existentes en los respectivos países¹⁰¹. Ello es la razón, según Manuel Ibáñez, para que nuestra legislación tome distancia de la francesa en lo referido a la prohibición de investigar la paternidad natural si el hijo no ha sido reconocido expresamente¹⁰².

Drago es quien mejor sintetiza la necesidad de que las leyes sean resultado de su contexto. El tesista afirma: “En un código está encerrada toda una historia. Penetremos su espíritu y encontraremos allí la religión, las instituciones, las costumbres, el derecho. Cada uno de sus capítulos tiene un pasado, cada una de sus disposiciones, una tradición”¹⁰³. Las relaciones humanas y su armonización con el

99. Almada, Alejo, *Divorcio*, pp. 35 y 38-39.

100. Vila, Nicolás, *El matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de la Nación, 1882), pp. 71-72.

101. Gómez, Ignacio María, *Régimen de los bienes en el matrimonio*, p. 54.

102. Ibáñez, Manuel C., *Prueba de la filiación legítima*, p. 13.

103. Drago, Luis María, *El poder marital*, p. 10.

interés social constituyen para Florencio Roberts el punto de partida que deben tener presente las legislaciones a la hora de decidir en cabeza de quién debe estar la patria potestad, para finalmente afirmar que debe ser ejercida por el padre, “basado en la superioridad del marido sobre la mujer”¹⁰⁴. El espíritu de la época en que se sancionaron y el carácter de la sociedad para que se daban, también influye en los poderes de los padres sobre los hijos, tal como señala Gregorio Vargas¹⁰⁵.

En 1888, en pleno debate acerca del matrimonio civil, y para fundamentar por qué no podemos seguir los ejemplos extranjeros, Valdés –refiriéndose a los países que han aceptado el matrimonio civil– describe trágicamente a los que lo han aceptado, en los que se han subvertido “los principios más fundamentales sobre que descansan las relaciones de la familia”. Sostiene que se ha visto “un medio de complacer una aspiración o satisfacer un interés” y, mucho peor aún, la poligamia se ha constituido en “prerrogativa real”. Para Valdés, la ley que consagró en Francia el matrimonio civil se dictó contra la autoridad de la opinión pública, en un contexto que describe a través de la cita de Vatismenil a la que hicimos referencia precedentemente¹⁰⁶.

6. Consideraciones finales

El análisis de las tesis doctorales presentadas ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires nos revela que los doctorandos estaban familiarizados con el derecho extranjero, incurriendo de esta manera en lo que más tarde se definiría como *Derecho Comparado*. De esta forma, pudieron comparar porque conocían muy bien lo que comparaban.

Los tesisistas no se limitaron a transcribir las legislaciones o las opiniones de los juristas extranjeros, sino que efectuaron comparaciones entre este derecho y las soluciones de Vélez Sarsfield, en la búsqueda de interpretar o complementar la regulación jurídica que

104. Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 15.

105. Vargas, Gregorio, *Patria potestad* (Buenos Aires: Talleres de la Tribuna Nacional, 1886), pp. 40-41.

106. Valdés, Federico B., *Estudio general del proyecto de ley sobre matrimonio*, pp. 52-53.

de las distintas instituciones había hecho el codificador. En ocasiones este ejercicio apuntaba a señalar la necesidad de importar o trasvasar las soluciones foráneas a nuestro naciente sistema jurídico, mientras que en otras se señalaban las diferencias que lo impedían. Los doctorandos dan muestras de que los distintos contextos constituyen un obstáculo que impide la aplicación de una legislación extranjera, a la que no se debe acudir cuando las necesidades de los pueblos son distintas.

Los tesisistas elogian o critican al codificador argentino por seguir o no seguir algunos modelos, por no haber profundizado en algunos sistemas, al tiempo que justifican el apartamiento de las soluciones extranjeras que consideran inapropiadas o advierten acerca de las “burdas” imitaciones. Los tesisistas asimismo admiran o denostan algunos códigos y autores, se pronuncian a favor o en contra de sus soluciones, y dan cuenta de la influencia que algunos autores han ejercido sobre sus opiniones.

El derecho comparado acude en ayuda de los tesisistas a efectos de fundamentar sus posturas y rebatir los argumentos en contra, interpretar el derecho, extraer respuestas para cuestiones no resueltas, comparar soluciones, colmar lagunas, encontrar defectos, enseñar, ejemplificar, valerse de otras experiencias, entender los valores y principios de los distintos sistemas jurídicos para determinar si se pueden aplicar al nuestro, y buscar parámetros o principios comunes.

Los doctorandos no se limitaron a citar la legislación y doctrina extranjeras, sino que profundizaron, compararon, criticaron, elogiaron, marcaron simetrías y asimetrías y contribuyeron, de esta manera, a la circulación de ideas jurídicas desde las aulas de la Universidad, las que abrieron las puertas a las reformas que tuvieron lugar a partir de este período.

Bibliografía

- Candiotti, Marcial, *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires. Catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario 1821-1921* (Buenos Aires: Talleres Gráficos del Ministerio de Agricultura de la Nación, 1920).
- David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (Madrid: Aguilar, 1968).
- Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, Tomo I (Buenos Aires: Depalma, 1998).

- Medina, Graciela, “La enseñanza del Derecho Comparado”, en Aberastury, Pedro (comp.), *Estudios de Derecho Comparado* (Buenos Aires: Eudeba-Fundación Konrad Adenauer, 2012).
- Pestalardo, Agustín, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires* (Buenos Aires: Imprenta Alsina, 1914).
- Piña, María del Carmen, “Reformas laborales y derecho comparado. Valores en conflicto”, *Revista de la Facultad X:1, NUEVA SERIE II* (2019), pp. 93-110.
- Ramírez Barrón, Alan Josué y Ramírez Sandoval, Karen Rocío, “El derecho comparado”, *Grado Cero Prensa*, disponible en <https://gradoceeroprensa.wordpress.com/2016/05/30/el-derecho-comparado>.
- Riva, Betina Clara y González Alvo, Luis Gabriel, “Tesis doctorales en jurisprudencia y saber penitenciario en la Universidad de Buenos Aires (1869-1915). Revisitando una fuente de historia social de la justicia y el derecho”, *Revista Electrónica de Fuentes y Archivos Centro de Estudios Históricos “Prof. Carlos S. A. Segreti”* 6:6 (2015), pp. 66-87.
- Seoane, María Isabel, *La enseñanza del derecho en la Argentina. Desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1981).
- Tau Anzoátegui, Víctor, *Las ideas jurídicas en Argentina* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1977).

EL TIPO PROFESIONAL

ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE BANDOLERISMO A FINES DEL SIGLO XIX EN CUBA

ADRIAN J. CABRERA BIBILONIA*

1. Introducción

En una de las sistematizaciones que se hizo para fines del siglo XIX, sobre lo que habían sido las figuras criminológicas legadas por la Antropología Criminal, se dice: “una gran polémica de la que ya no se ocupan sino los retrasados de la argumentación lógica dividió hará unos diez años el campo de la Antropología Criminal, en cuanto a la explicación natural de los caracteres del delincuente...De una parte estaban los sostenedores del atavismo; de otra los de la degeneración; y de otra, en fin, ciertos sociólogos que parecían no admitir más que los factores sociales de la delincuencia y el llamado *tipo profesional*”¹.

Esta división que condujo a polémicas (y que, por las propias palabras del autor, para la fecha de publicación del texto, 1900, es inexistente), tuvo su resolución en una concentración de los distintos rostros producidos por la Antropología Criminal en uno solo, el del atavismo.

“Para todo aquel que tenga una ligera idea de las ciencias naturales, es evidente que la correspondencia entre la psiquis del salvaje o la del niño (hechas las debidas concesiones a la diversidad del

* Profesor adjunto, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Coorganizador del espacio “La Historia como arma”.

1. Viazzi, Pio, “Atavismo y degeneración”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, A. XXXXVIII, T. LXXXVII (1900), p. 248.

medio) y la del delincuente, deriva necesariamente del paralelismo propio a toda la biología, de la clasificación taxonómica, de la evolución filogenética, comprobada por la paleontología, y de la evolución individual (Ontogénesis) del huevo al organismo, llegado a su completo desarrollo. No solo eso; sino que la naturaleza atávica del delito no excluyen por completo la degeneración somática y psíquica del delincuente ni la acción dañosa de las malas condiciones sociales”².

Este, quizá, es el paso final (dentro del siglo XIX al menos y dentro del asentamiento del positivismo criminológico) en lo que a estudio en torno al criminal se refiere: el momento en que el delincuente atávico va a monopolizar el campo de la Antropología y de la Sociología Criminal. Ahora bien, dentro del panorama expuesto, sin que se teorice desde una epistemología particular y declarada, el llamado delincuente de “tipo profesional” es una clase que se generó por unas condiciones físicas puntuales que hace producir a individuos semejantes, debido al nivel cultural y al estado de las costumbres.

En este tipo, en un primer momento, a diferencia del atavismo y de la degeneración, no hay intervención estricta de lo biológico. “Nada...de ingénitamente orgánico y genérico, sino una simple modificación personal, que es semejante en muchos por ser producida en ellos por la análoga accidentalidad exterior. El tipo, se dijo, es adquirido por la vida que se hace, no es connatural con el organismo que ofrece señales. Pero ¿por qué se adapta esa vida mejor que otra? Debido a causas sociales, se responde”³.

Ahora bien, este contexto (“causas sociales” como la pobreza, el analfabetismo, la explotación laboral, la falta de desarrollo rural, etc.) que determina al criminal en su dimensión social, según Viazzi, termina por condicionarlo en lo biológico. El delincuente que, embriológicamente hablando, ha nacido normal, a la larga, si se desarrolla dentro de un panorama propicio a la criminalidad, va a recibir hereditariamente una modificación con el paso de las generaciones que, de mantenerse el ambiente proclive al delito, se “adecuan” orgánicamente a esa situación. Lo que trae consigo que lo que, en un principio, era una criminalidad solo fruto de factores sociales (que hubiera bastado erradicar) se transforma en formación genética:

2. Viazzi, Pio, “Atavismo y degeneración”, p. 248.

3. Viazzi, Pio, “Atavismo y degeneración”, p. 261.

“Más ¿no es también el ambiente el que transforma al crustáceo, provisto de órganos sensitivos y locomotores, en un inerte e informe saco lleno de materia nutritiva y de huevos? Entretanto, la repetición de las mismas condiciones de ambiente en la sucesión de las generaciones ha fijado la tendencia, y la tendencia se convierte en desarrollo natural del organismo, que en cierto punto del propio desarrollo tiene asimismo necesidad de aquel preciso ambiente, y que no podría continuar viviendo en otro distinto: y este desarrollo del organismo ha creado, no una simple variedad en la especie, sino una especie aparte”⁴.

La cita sirve para ilustrar lo que sería el fin del ciclo que ya se explicó a medias: el factor social (el ambiente) genera al criminal; de sostenerse las condiciones, este se va modificando biológicamente con el paso de las generaciones; después de alterado en su constitución al punto de convertirse en una especie ya anormal, es entonces él quien transforma el espacio social, ya no pudiendo subsistir su organismo en otro lugar que no fuese para el que se ha mutado y predispuesto.

Si el estudio se retrotrae a diez años atrás, o lo que es lo mismo, allí donde el autor dijo que estuvo abierta la polémica entre atavismo, degeneracionismo y “ciertos sociólogos”, se encuentra un intento en el discurso científico cubano por entender y explicar este delincuente “tipo profesional”. Mientras que en Occidente⁵ el foco de esta taxonomía tuvo su centro en los anarquistas (si bien, sobre todo en los países latinos se va a discursar también sobre el bandido), en Cuba el tipo profesional por excelencia fueron el bandolerismo y el ñañiguismo⁶.

Este estudio se centró en el bandolerismo, por considerarlo el primer momento en donde hay un análisis generalizado respecto a

4. Viazzi, Pio, “Atavismo y degeneración”, p. 261.

5. Puede verse: Lombroso, Cesare, *Los anarquistas* (Buenos Aires: Imprenta Elzeviriana de P. Tonini, 1895) y Cadalso, Fernando, *La pena de deportación y la colonización por penados* (Madrid: José Góngora Álvarez, 1895).

6. Valdría destacar los conocidos estudios de Fernando Ortiz sobre el hampa afrocubana. Véase Ortiz, Fernando, *Los negros brujos*, incluye carta prólogo de Cesare Lombroso (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1995). Además, puede verse: Castellanos, Israel, “La brujería y el ñañiguismo desde el punto de vista médico-legal”, *Anales de la Academia de Ciencias Médicas, Físicas y Naturales de La Habana*, T. LIII; Mestre, Arístides, “Brujería y criminalidad en Cuba”, *Revista de la Facultad de Letras y Ciencias*, T. I-II (enero-junio 1923).

esta “criminalidad profesional”. Esto no debe ser considerado una casualidad, en tanto desde el fin mismo de la Guerra de los Diez Años, en 1878, hasta los primeros años de 1890 hubo cierto auge del bandolerismo, lo que es entendido como el espacio de canalización de la inconformidad colonial y la protesta social en el periodo de entre guerras. También la noción misma de bandolero permitió aunar manifestaciones muy distintas entre sí, en pos de enfocar un enemigo común⁷.

Constan los esfuerzos represivos de la administración colonial en esta etapa. En 1879 se pone en vigor con modificaciones la ley de represión del bandolerismo de 1877 de la metrópoli⁸. Ya para la década de 1880 hay disímiles relatos de encuentros del Cuerpo Militar contra partidas de bandoleros y de las “condecoraciones por las victorias”⁹. En 1887, una circular posibilitaba armar la población civil que quisiera prestar auxilio¹⁰. Según Manuel López, en su libro *El garrote en Cuba*, fueron 28 los agarrotados entre 1889 y 1890 en relación con el bandolerismo¹¹. Por su parte, Camilo Polavieja (Capitán General de 1890 a 1892) creó un Gabinete Particular para la represión del bandolerismo, movilizó y redistribuyó las tropas, ofreció recompensa por la captura de los bandoleros, fundó las llamadas guerrillas volantes, etc.¹².

7. Existe una gran producción bibliográfica sobre el bandolerismo a fines del siglo XIX en Cuba. Véase, por ejemplo: De Paz Sánchez, Manuel; Fernández Fernández, José; López Novegil, Nelson, *El bandolerismo en Cuba (1800-1933): presencia canaria y protesta rural*, Tomo I (Tenerife: Centro de la Cultura Popular Canaria, 1994); Balboa, Imilcy, *La protesta rural en Cuba. Resistencia cotidiana, bandolerismo y revolución (1878-1902)* (Madrid: CSIC, 2003).

8. Puede verse en “Real Decreto del 17 de octubre de 1879”, Gaceta de La Habana (15 de noviembre de 1879).

9. Fernández González, José, *Apuntes históricos y crónica general de los servicios del Cuerpo Militar de Orden Público desde su creación en 11 de julio de 1875 a 1888* (La Habana: Papelería e Imp. de P. Fernández y Comp., 1888). Puede verse también el texto del 1er Teniente de Infantería Sánchez, Ramón, *Bandolerismo. Colección de cartas abiertas sobre su persecución en Cuba* (La Habana: Imprenta del Diario del Ejército, 1892).

10. “Crónica Oficial III. Represión del bandolerismo”, Revista General de Derecho, A. V, T. IV (1887), p. 71.

11. López, Manuel, *El Garrote en Cuba* (La Habana: Imprenta América Arias, 1927), p. 63.

12. Gallego Jiménez, José J., “La protesta rural y los mecanismos para su represión por parte del gobierno del Capitán General Camilo García de Polavieja en Cuba (1890-1892)”, *Americanía* 1 (enero, 2011), p. 229.

2. La intelectualidad cubana ante el bandolerismo: los estudios jurídico-penales

2.1. La primacía de los factores sociales: los artículos de Varona y Montoro

Enrique José Varona, ante la posición de las estructuras coloniales que se ha descrito brevemente con anterioridad, se mostró reticente a asumirlas. Las mismas muertes aplaudidas y condecoradas por el Cuerpo Militar fueron denunciadas por Varona: “El pueblo ha tenido sangre hasta la saciedad. Así se ha quebrantado su energía, sin levantar su moral; y el gobierno todo lo que ha conseguido es sembrar el terror por breves intervalos sin corregir y sin morigerar”¹³. Significativas son las palabras con las que Varona concluyó este texto en donde analizó el fenómeno del bandolerismo:

“No es de mi resorte en esta ocasión buscar el remedio del mal, sino descubrir sus raíces. Pero sí diré que las grandes enfermedades del cuerpo social no se curan de súbito, y mucho menos con la violencia... El bandolerismo, que ya no existe en Sicilia, que ya no existe en Grecia, subsiste en España. En Cuba se les ha perseguido más de una vez a fuego y sangre: y hoy todavía se buscan leyes especiales y tribunales especiales para reprimir los bandidos. Cuando no es que no falten leyes, sino que nos sobran las causas de disolución social”¹⁴.

Lo que se necesita, decía, es “regenerar, morigerar y dignificar un pueblo entero”¹⁵. Esta regeneración no tenía nada que ver ya con el correccionalismo penitenciario que había primado en buena parte del siglo. Se trató de poder restablecer los signos mismos de la civilización, como prevención y fin de las anomalías sociales.

Posición semejante a la del intelectual habanero tomaron ciertos periódicos. Es sabido que, por ejemplo, *La lucha* repudió el uso de la pena de muerte. Ello, tras haber ocurrido una triste escena en donde el bandolero Victoriano Machín, condenado a garrote, habría subido al cadalso forcejeando, gritando y pidiendo clemencia. Tal fue la trama que el verdugo se negó a cumplir con su trabajo, asumiendo el

13. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, Revista Cubana, T. VII (junio 1888), p. 495.

14. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 501.

15. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 501.

rol su ayudante, quien, en fin, llevó a cabo la ejecución¹⁶. Aun para comienzos de siglo retumbaba el caso y su espectáculo:

“Durante mucho tiempo no se aplicó en Cuba ninguna condena capital, cuando fueron ejecutados los hermanos Machín. Sabido es de todos, la desesperada resistencia que estos desgraciados opusieron a que se les sujetase al banquillo, la cual causó una gran impresión en el público. Poco tiempo después el Gobernador General Salamanca, con el objeto de reprimir la plaga del bandolerismo prodigó las ejecuciones, que al cabo fueron vistas con gran indiferencia, no despertando más que una ligera curiosidad”¹⁷.

Dos autores intentaron darle una explicación al fenómeno del bandolerismo. Se trató de Varona en su ya citado artículo de 1888 y de Montoro que publicó para 1889 un estudio al respecto.

En el caso de Varona, mostró al bandolerismo como un ejemplo de atraso civilizatorio en Cuba. Para él, este instinto de sociabilidad que hace de la cooperación el elemento base de las sociedades modernas, cuando es utilizado para el crimen, se está ante una perturbación, ante un caso de anormalidad social, “siendo la cooperación para los fines normales el objeto de una sociedad constituida y en vías de progreso, si no en estado perfecto, la cooperación para fines anormales es, por lo menos, un caso de regresión, y siempre un caso patológico, Cuando el espíritu de clase, cuerpo o bandería, es muy vivaz en un pueblo, su evolución está retrasada”¹⁸.

Hasta este punto el análisis es realizado a la inversa; si bien lo patológico es la asociación para el crimen, se utilizó para explicar el atraso mismo de la sociedad, que permitió que fructifique y se extienda este tipo de criminalidad. En este punto, Varona fundamentó que un pueblo que caminase por la vía del progreso, dígase, con cierto grado de industrialización, un buen gobierno, índices bajos de pobreza, suficiente empleo, protección laboral de obreros y campesinos, no daría cabida a la asociación criminal.

“Donde quiera que aparezca una sociedad para hacer mal (*associazione al mal fare*, Lombroso), la explicación del fenómeno ha de buscarse en las condiciones sociales del pueblo en que se produzca. Estamos en presencia de un fenómeno sociológico. Quiere esto decir

16. López, Manuel, *El Garrote en Cuba*, p. 73.

17. Martínez, José A., *Lecciones de Derecho Penal 2do curso* (La Habana: Imprenta Cuba y América, 1906), p. 247.

18. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 482.

que estudiando los caracteres normales de la evolución social, será como podremos determinar las causas de la aparición del fenómeno anormal. El país (medio físico), la raza (herencia étnica), la historia (herencia psíquica), las costumbres, la organización industrial y política, la moralidad, la cultura general, son los factores del desarrollo y crecimiento de los grupos humanos. Los hechos que se opongan a su evolución progresiva –y las sociedades de criminales son de los más eficaces– han de depender de la acción de esos factores”¹⁹.

A Varona le interesó en específico, dentro de estos factores que permiten analizar el fenómeno del bandolerismo: la historia, las costumbres, la política y la moralidad. No habiendo mucho más que explicar respecto a la organización industrial (paupérrima) y dejando a un lado de forma explícita la herencia étnica. Comenzando por la historia en donde se encuentra la herencia psíquica, comentó el autor que, a pesar de la influencia de otras razas, como la africana, la sociedad cubana aún pertenecía a la variedad étnica del tronco español. En su opinión: “... la psicología del cubano tiene que explicarse acudiendo a la historia del pueblo español”²⁰. Esta premisa le valió a Varona para exponer una larga cadena de hechos demostrativos de que la violencia, el bandolerismo y el caudillismo son fenómenos enraizados en la “raza española”: “Desde el punto de vista que nos interesa aquí, lo característico en esa historia [la del pueblo español] es el largo predominio de la violencia. Entre las naciones que constituyen verdaderamente la civilización europea, no hay ninguna donde haya durado más”²¹.

A partir de este punto, hizo todo un estudio cronológico desde la “guerra civil” (reconquista) hasta el propio siglo XIX, pasando por la conquista de América, para demostrar como el bandidismo y el pillaje han estado presentes en toda la historia de España. Toda esta herencia, que sería la psicológica, influyó en Cuba de dos maneras: “por la transmisión hereditaria de la raza y las costumbres, y por la inmigración”²².

En cuanto a la transmisión hereditaria de la raza, que ya Varona aclaró que no trataría, puntualiza que no se está hablando aquí de atavismo. En este caso, de lo que se discursa es acerca de una

19. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 482.

20. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 484.

21. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 484.

22. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 490.

herencia que, lejos de estar escondida por generaciones, se revela constantemente y que, por demás, la transmisión sería directa y no alterna.

En cuanto a la influencia de la inmigración, dijo Varona que “el emigrante es, por lo común, en bien y en mal, un buen exponente de los caracteres más enérgicos de su raza; porque siempre emigran los más osados y emprendedores. Esto por lo que respecta a la emigración voluntaria. España además ha mantenido aquí desde el principio del siglo un ejército numeroso, que ha convertido en desaguadero de todos los rezagos de sus guerras civiles. Carlistas y cantonales han venido a parar por igual al ejército de Cuba”²³.

Cuando el filósofo llegó al análisis de las costumbres, expuso que se ponen de manifiesto dos caracteres genéricos de influencia decisiva: la crueldad y la improbidad. En el primero de los casos, demostró a través de la esclavitud como en los campos de Cuba el hombre se acostumbra a ver a otros hombres con cadenas, siendo tratados de forma horrenda, condenados a tormentos por causas fútiles. Vio perseguir a los cimarrones con perros de presas; el cepo, la cadena, el látigo, para asegurar la sumisión del esclavo, y todo ello sin ningún tipo de límite ni de resistencia: “El poder de maltratar a otro sin el temor de ninguna suerte de resistencia engendra la peor especie de ferocidad, la ferocidad a sangre fría”²⁴. Concluyó preguntándose, ante el panorama violento en el que se forma el hombre del campo: “¿Qué sentimientos han podido engendrarse en la población híbrida, ignorante y fanática que se formaba en nuestros campos, aumentada parte por el cruzamiento, parte por la inmigración de hombres no menos duros, crueles, incultos y fanatizados?”²⁵.

Respecto a la improbidad, se refirió a los sentimientos de egoísmo (económico), entropía social y grado de explotación que existen en los campos: “Enriquecerse a toda costa ha sido aquí el objeto principal de la vida. Y la fortuna ha podido cubrirlo, cohonstarlo, dorarlo todo. De mozo de cordel a negrero, de negrero a título de Castilla. Esta ha sido la escala. Y una vez en lo alto, nadie ha mirado abajo”²⁶. De la misma forma, procrearon la mala fe en los contratos, los fraudes en el comercio, la estafa, el cohecho... y por

23. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 490.

24. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 492.

25. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 492.

26. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 492.

supuesto el juego, “una de las grandes plagas españolas” que “se ha cebado en Cuba”²⁷.

En cuanto a la acción del gobierno, ya se tuvo ocasión de tocar el tema al analizar la crítica que hizo a la actitud de este por reprimir, reproducir la violencia, de atemorizar; sin establecer ningún tipo de estrategia regeneradora o de prestar atención a las causales que producen el bandolerismo. “Proscribir y desterrar por meras sospechas ha sido cosa habitual... desde abofetear en las calles a un simple detenido, hasta matar a tiros, en poblado o despoblado, a los presos, no ha habido violencia que no se hayan permitido los *agentes de la autoridad*. El transeúnte ha podido tropezar en la calle con uno muerto por asesinos, y luego con otro muerto por la policía. El pueblo ha tenido sangre hasta la saciedad”²⁸.

De forma concluyente expuso: “... en el caso especial del bandolerismo nada ha sido tan desmoralizador como la acción del gobierno”²⁹. Aquí se adentró en el tema de la moralidad, a la que, ya amedrentada por el juego, la acción del gobierno, la pobreza en los campos, etc., se le sumó la corrupción administrativa, que consistió en el robo incesante de los fondos públicos y el cohecho entre las autoridades. Además de las alianzas que de cuando en cuando se forjaron con los propios bandidos. La desmoralización de la administración pública a escala generalizada lo llevó a preguntarse: “¿Hay quien presuma que aprenderá a respetar la propiedad un pueblo acostumbrado al esplendor y a la impunidad de los ladrones del caudal público?”³⁰.

Sobre el tema de los factores físicos, nomás hizo una nota, mostrando como según las características de las regiones del país los campos y los individuos que allí conviven se vieron influenciados por el ambiente y adquieren características específicas. Pero en sentido general, “... en esta atmosfera totalmente viciada vegeta un pueblo, compuesto de elementos disímiles, en que se confunden razas salvajes, razas decrepitas y razas grandemente mezcladas, sumido en la abyección y en la ignorancia. El país es extenso y fértil, el clima tropical sin ser muy riguroso gracias a lo estrecho de la isla, húmedo, y por tanto enervante; donde no hay bosques impenetra-

27. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 493.

28. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, pp. 493-494.

29. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 495.

30. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, pp. 498-499.

bles hay ciénagas casi inaccesibles; su población es escasísima. La sociedad ha estado fundada en la explotación sin misericordia del hombre por el hombre. Es decir, se ha quedado en el primer peldaño de la civilización”³¹.

En cuanto al texto de Rafael Montoro, se publicó para 1889, en la *Revista General de Derecho*, bajo el título “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su represión”. Se trató de interpretar los factores en común y los diferenciales entre el bandolerismo cubano y la mafia siciliana, según se habría analizado en la obra de Giuseppe Alongi (*La mafia nei suoi fattori e nelle sue manifestazioni. Studio sulle classi pericolose della Sicilia*). Montoro buscó con este método comparativo contrastar datos, deslindar lo específico de las características generales, desechar lo que se revelaba como accidental y puntualizar las determinaciones del fenómeno (del bandolerismo) a través de las repeticiones en los elementos que se comparan. A través de este método, dijo: “... bien pronto se habrá logrado así precisar lo esencial y permanente, separarlo de lo circunstancial, relacionarlo con las influencias que lo modifican, desenvuelven o destruyen, y seguirlo en todo su desarrollo dialéctico, hasta su comprensión definitiva en términos superiores de la existencia universal”³².

El lenguaje de Montoro (propio de un hegeliano si se quiere) también era una muestra de distanciamiento con los fines que él se propuso, respecto a la obra italiana que tomaba como referencia, hija de las ideas de la escuela positiva de derecho penal: “Baste consignar, decía, que no participamos de las especiales convicciones científicas del autor, aunque reconocemos los grandes servicios que está prestando la escuela de que es digno miembro, el progreso de la ciencia penal”³³. Aunque en “... cuanto al método, tal como se revela en la obra de que vamos a ocuparnos, no habrá quien escatime los aplausos que por todos conceptos merece”, pues “la verdad es que el intento de este libro es para nosotros utilísimo, independientemente de las ideas a que obedece”³⁴. Este intento fue el de estudiar

31. Varona, Enrique J., “El bandolerismo”, p. 499.

32. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, *Revista General de Derecho*, A. VI, T. VII (1889), p. 39.

33. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 40.

34. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 40.

las asociaciones criminosas (*la maffia*) y dotarlas de una explicación etiológica. Ello le permitió al político autonomista hacer una especie de extrapolación a Cuba para la observancia del cumplimiento o no de los mismos factores respecto al bandolerismo:

“El bandolerismo y la existencia de clases peligrosas, que directa o indirectamente coadyuvan a la obra de sus depredaciones, así como de causas múltiples que ora influyen para perpetuarlo, ora para extenderlo, ora para facilitarle la ayuda inconsciente de gente tímida, débil o extraviada, ora para convertirlo en pretexto de bárbaras persecuciones en daño y menosprecio de la libertad y de la seguridad personales de hombres inocentes o inofensivos: he aquí, en toda su complejidad, uno de los hechos más graves o salientes de nuestra presente situación social y política”³⁵.

Cuatro son los grupos de factores que incidían entonces en *la maffia*, y a los cuales Montoro buscó su correlato en Cuba. A saber: la historia, la vida económica, los políticos y administrativos, y los físicos y antropológicos. Montoro mostró cómo, históricamente, los dos pueblos estaban condicionados por herencias sociales bárbaras. En el caso cubano, ello se ve en la herencia española, debido a que ese pueblo siempre había sufrido el mal del bandidismo. Si en la historia siciliana se repite constantemente que los gobiernos habrían creado riñas entre comarcas y castas con la idea de mantener dividido el pueblo para gobernar sin resistencia; pues igual había sucedido en la colonización española creando el germen del fraccionamiento y la división en el nacimiento mismo de las sociedades criollas³⁶. “Este cuadro de orgullo y presunción por una parte, de envidia y resentimiento por otra, se reprodujo con más negros colores entre las familias y los habitantes de cada término. Levantábanse, en una palabra, como dijo el autor, muralla de China entre las distintas comarcas, castas infranqueables entre las clases sociales ¿No le parece al lector que leemos a Marivale o Leroy Beaulien en sus críticas de la colonización española?”³⁷.

35. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 40.

36. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 41.

37. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 42.

También sucedió igual con la vida económica, en donde coincidieron Sicilia y los campos cubanos en la preeminencia del latifundismo y la explotación del campesinado. El segundo de los casos se veía presente en los dos contextos tanto por el maltrato al que era sometido el hombre de la tierra en su jornada laboral como por el estado de pobreza. Después de poner sobre la mesa la situación siciliana, comentó que “el cuadro, aunque mucho más sombrío y desesperante en verdad, recuerda el de una gran parte de nuestros cultivadores de tabaco en Vuelta Abajo” y no solo para con los propietarios del terreno que explotan, “sino para también con los comerciantes al por menor de quienes dependen para su subsistencia”³⁸. En esencia, esta “causa” no es más que la improbidad de la que habló Varona.

El latifundismo, por su parte, permitía recorrer extensos campos sin encontrar rastros de civilización, lo que facilitaba la proliferación de este fenómeno. No más un año después, Carbonell y Ruiz, analizando las últimas ideas de la escuela penal norteamericana, mantuvo la opinión del latifundismo como causa de la criminalidad. En su consideración, este sistema de apropiación de la tierra produjo “menesterosos” y “arrojaba” a los “criminales a la vía pública con el mismo séquito de funestas consecuencias políticas”³⁹. Para ello propuso una redistribución de las tierras que permitiera evitar la aglomeración de ellas en un solo dueño y la explotación de los colonos, en cuanto al campo; en tanto en la ciudad debía llevarse a cabo una especie de “reforma urbana” que proveyera de hogar a la mayor cantidad de ciudadanos posibles. Estas medidas conllevaban a “... declarar los bienes raíces cuando están acumulados en pocos poseedores, los mayores enemigos de la civilización, puesto que haciendo más rico al rico y al pobre más pobre, colocan a unos pocos en palacio, pero a muchísimos en presidio”⁴⁰.

Siguiendo con el artículo de Montoro, en los factores políticos-administrativos, estableció una semejanza entre al “mal gobierno” que sufrían los sicilianos y lo propio respecto a Cuba y su metrópoli. En tanto, los bandoleros terminaban por escalar en la jerarquía

38. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 46.

39. Carbonell y Ruiz, Ramón I., “La reforma penal en los Estados Unidos”, *Revista General de Derecho*, A. VII, T. IX (1890), p. 473.

40. Carbonell y Ruiz, Ramón I., “La reforma penal en los Estados Unidos”, p. 474.

misma de la política, a la vez que eran protegidos por los propios funcionarios públicos.

“¿Comete hoy, (en Sicilia, por supuesto) alguna falta o algún crimen cualquiera de estos servidores o adeptos del personaje de la comarca? Pues inmediatamente, se verá al que en la Península y aquí hemos dado en llamar cacique... ponerse en movimiento y amparar al culpable con su decisiva influencia. Si esto no es bastante, le procura eficaz defensa ante los Tribunales, le saca al fin, sano y salvo, y hasta le compra un nuevo permiso para portar armas”⁴¹.

Por último, los factores físico-antropológicos, que comprendían las condiciones naturales de la región y los “caracteres inherentes a las personas”. Si bien hasta ahora los factores estudiados, y que habían sido aceptados por Montoro, recaían sobre el crimen (y eran de orden sociológico), estos últimos, en cambio, influenciaban directamente al criminal y en su predisposición orgánica: “Sobre la existencia de esos nuevos factores, reconocía el hegeliano, no puede discutirse, después de los luminosos trabajos de Ferri, en concepto del entusiasta autor a quien comentamos. El orden social establecido, influye decisivamente, pero no es ni puede ser factor único de la criminalidad”⁴².

De esta forma se adentró de lleno en estas causas, pero solo las describió y no estableció su correlato a Cuba o a la metrópoli. En el caso de las físicas, las principales eran el clima, la naturaleza del suelo y su viabilidad, las estaciones, la temperatura normal y las condiciones meteorológicas. Las antropológicas podían ser individuales o colectivas. Al primer grupo correspondían las anomalías orgánicas del cráneo, del cerebro, de las vísceras y la constitución psíquica. Al segundo, la raza, el sexo, la edad, el estado civil, la clase social, la educación, etc. En la Italia meridional, según el autonomista, dominaba el temperamento vivo, las iras ardientes, irreflexivas, violentísimas; el estallido instantáneo de las pasiones, la necesidad absorbente, imperiosa, ciega, de satisfacer a todo trance las aspiraciones, las necesidades, los apetitos de cuerpo y de los sentidos. Montoro dijo que lo expuesto sobre el clima “puede aplicarse en gran parte a la raza; no solo porque estas buscan a veces inconscientemente el

41. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 323.

42. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 324.

clima más a propósito para su constitución fisiológica, sino además porque, en virtud de la ley de adaptación, se aclimatan, por decirlo así, modificándose lentamente cuando es necesario”⁴³.

Mientras que la naturaleza del suelo influyó en tanto el carácter latifundista de la tierra, las estaciones y la índole predominante de la producción agrícola también determinan la actividad delictiva. Predominando los hurtos en invierno y los delitos contra las personas y la honestidad en los años de abundante cosecha. Si bien habla de Sicilia en todo momento, estas descripciones parecen guiños constantes a emparejar la realidad cubana con la de esta isla italiana.

Por último, la antropología de los sicilianos develó un carácter egoísta, una preeminencia del amor propio, “una plenitud individual de que solo hay ejemplo quizás en la antigua Roma”⁴⁴. Esta predisposición orgánica “... según la clase social, la educación y el ambiente doméstico de los individuos, ese temperamento puede conducir al heroísmo o al homicidio impulsivo y premeditado”⁴⁵.

Las conclusiones no fueron distintas de las de Varona. Comentó que cuando mejores instituciones realcen y dignifiquen la condición popular, “... el tiempo y la cultura anularán el aspecto peligroso y negativo de estos sentimientos... y dándoles sana dirección... pero esta obra fecunda no se ha emprendido realmente todavía para las clases inferiores, entregadas a una explotación inexorable cuanto hipócrita que no atiende en modo alguno a la satisfacción de sus necesidades morales”⁴⁶.

2.2. José A. González Lanuza y la visión atávica del bandolero

Lanuza, de forma reaccionaria para su momento, se mostró a favor tanto de la pena de muerte como de la deportación⁴⁷. Así,

43. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 325.

44. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 326.

45. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 326.

46. Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, p. 327.

47. Debe verse: González Lanuza, José A., *La ley de Lynch de los Estados Unidos* (La Habana: Imprenta La Moderna, 1892). No fue el único texto con estas

cuando realizó su estudio apologeta sobre los linchamientos a los italianos en Nueva Orleans en 1891, respondió a las críticas de la siguiente forma: “Los italianos podrán lamentar el suceso de Nueva Orleans; pero si ellos hubiesen hecho en Nápoles y en Sicilia cosas semejantes Alongi no hubiese tenido ocasión de escribir sus dos interesantes estudios sobre la Maffia y la Camorra”⁴⁸. Por lo tanto, la propuesta de Lanuza no solo se establecía a favor de la muerte legal, sino que en materia de bandolerismo favoreció el linchamiento y la toma de la justicia por las manos del pueblo. Recordó que sucesos parecidos habían ocurrido en Sancti Spíritus, en donde organizándose en partidas destinadas a la caza y persecución de los bandidos la misma comunidad pudo extirpar, de una vez y por todas, de esa zona “tan mala yerba”⁴⁹.

Lanuza apoyó a los linchamientos tanto como la forma de suprimir al sujeto atávico (a los bandidos), como de transgredir el ambiente igual de atávico que había generado la existencia del crimen organizado y la presencia de razas y grupos sociales condenados a la criminalidad. Así, ante las condiciones existentes en el *Far West* y la ineficiencia de la “justicia del Estado”, sus pobladores, los que sufren al fin y al cabo la acción de los bandidos, “... se arrogan la función de reprimir, se administran por sí mismos la justicia, se reúnen en número bastante, se lanzan en expedición contra los criminales y así que los aprehenden, los ahorcan sobre el terreno”⁵⁰. Y cuando, en sentido contrario, en una oportunidad, en vez de tomar la justicia por sus manos, “... entregan a un Billy-la-Cabra a las autoridades del Condado, el criminal se fuga matando a sus guardias, cometiendo un nuevo crimen, y todos tienen que lamentar en tal caso el haber olvidado su vieja costumbre nacional, el haber faltado entonces a la memoria del bueno y legendario Lynch”⁵¹.

Entonces concluyó en la primera parte de su monografía que “cuando en los tiempos actuales se reproducen las condiciones mismas del pasado, como obraron los hombres del pasado obran los del presente; que cuando puede decirse atávico el ambiente social,

características, pero sí el más representativo. Puede verse: *El bandolerismo en Cuba*, Tomos I-II (La Habana: Tipografía de la Gaceta Oficial, 1889-1890).

48. *La ley de Lynch de los Estados Unidos*, p. 101.

49. *La ley de Lynch de los Estados Unidos*, p. 101.

50. *La ley de Lynch de los Estados Unidos*, p. 27.

51. *La ley de Lynch de los Estados Unidos*, p. 27.

atávicas se presentan también las instituciones y las costumbres. Este y no otro debió sin duda ser el origen de la *Lynch Law*⁵².

El linchamiento es, bajo esta lógica: la reacción de la sociedad ante sujetos atávicos, en un ambiente atávico, que serían juzgados por tribunales ineficientes y, en efecto, atávicos. El hecho de que el pueblo decida poner orden por sí mismo es la escapatoria al atavismo. Es lo que permite eliminar al delincuente atávico y “recluir” o “enajenar” de la justicia a las instituciones de igual orden.

Lo curioso es que ni siquiera cuando se intenta refutar este texto de Lanuza⁵³ se niega el atavismo y sus consecuencias; ni la existencia de delincuentes natos. Lo que se hace es no corresponder al linchamiento como terapéutica. “Ahora yo pregunto: ese contingente de criminales que nos da el atavismo, ¿puede ser modificado por la Ley de Lynch? Unas cuantas docenas de cabezas que las turbas enfurecidas cuelguen de otros tantos árboles, ¿influirán en los protoplasmas, en esos montones de células de donde sale el hombre con sus afectos, con sus odios, con sus vilezas y con sus escasas grandezas? No, ciertamente; no es la Ley de Lynch la que cegará este manantial inagotable de criminales⁵⁴.”

Ante este panorama, la propuesta está en la anulación biológica o, mejor dicho, en la higienización social: “Vendrán tal vez con el tiempo leyes que...procurarán cortar las líneas hereditarias de las delincuencias, bien prohibiendo el matrimonio a aquellos que se sabe que han de transmitir a sus hijos herencia de delitos” o “llegando hasta inutilizarlos para la procreación; que al fin vale más prevenir siempre, que castigar⁵⁵”. He aquí una de las inauguraciones de las terapéuticas biológicas (eugenesia) que comenzaron a surgir desde finales del siglo XIX y que a principios del siglo XX tomaron auge. La prohibición del matrimonio, la castración, el fomento de la inmigración nórdica... Todo un aparato eugenésico que se reprodujo a lo largo de la Primera República. Ya se pueden encontrar este tipo

52. *La ley de Lynch de los Estados Unidos*, p. 27.

53. Ya se ha adentrado más en este terreno, puede verse: Cabrera Bibilonia, Adrian J., “Miradas cubanas al linchamiento de negros en los Estados Unidos decimonónicos”, *Temas* 106-107 (abril-septiembre 2021).

54. Froilán Cuervo, Manuel, “Refutación a la disertación del Dr. D. José A. González Lanuza sobre la Ley de Lynch”, *Revista General de Derecho*, A. X, T. XIV (1893), pp. 120-121.

55. Froilán Cuervo, Manuel, “Refutación a la disertación del Dr. D. José A. González Lanuza sobre la Ley de Lynch”, p. 121.

de controles para la locura epiléptica (también marcada por la herencia y la peligrosidad) en la obra de Echeverría algunos años antes del texto citado⁵⁶.

En las *Lecciones de Derecho Penal* publicadas para 1906, y volviendo al tema, cuando estableció las causales por las cuales debería condenarse a muerte, la segunda de ella es "... frente a los asesinatos, cometidos por los criminales asociados, que pertenecen a la mafia, a la Camorra, (entre nosotros al ñañiguismo, brujería, bandolerismo en los campos, mano negra) con los cuales la sociedad se encuentra en un verdadero estado de Guerra"⁵⁷. En esta visión, en efecto, el bandolero terminó por estar marcado por el estigma de la barbarie y lo atávico. Por el signo de lo que es necesario extirpar de la sociedad por sí mismo.

Los estudios de Varona y Montoro, semejantes entre ellos, se encontraron dentro de los que consideraban este fenómeno como un tipo profesional en donde convivían factores sociales y antropológicos, aunque con preeminencia de los primeros. Lo mismo sucedería con la pena de muerte, pues el contexto social seguiría produciendo a bandoleros cada vez más predispuesto a la acción criminoso. Se trata aquí entonces de intentar una recuperación del ambiente, a través de la supresión de los factores sociales que provocan, en su mayoría, la criminalidad. Todo ello, vale decir, con un sentimiento anticolonial y antiespañol de fondo que cae como manta sobre todo el análisis.

A *contrario sensu*, la posición de Lanuza entró de lleno en el rescate del fin represivo de la pena, de la noción atávica del bandolero y la necesidad, por "selección artificial", de suprimirlo del cuerpo social. Si para 1880 hay un discurso penitenciario que aún confía en la corrección moral de las prisiones⁵⁸, se puede observar como en el caso de Varona y Montoro hay un discurso correccional-penitenciario que ha perdido su valor, en el de Lanuza no se cree en él y, en todo caso, la prisión funciona como reclusión del sujeto predispuesto y peligroso.

56. Véase: González Echeverría, Manuel, "Matrimonio de los epilépticos y trasmisión hereditaria de su enfermedad", Revista Cubana, T. VIII (agosto-septiembre-octubre), 1888.

57. Martínez, José A., *Lecciones de Derecho Penal 2do curso*, p. 260.

58. Cabrera Bibilonia, Adrian J., *Un sistema inventado para corregir. El discurso penitenciario y la prisión en la Cuba decimonónica* (La Habana: Casa Editorial Abril, 2020).

Se podría hacer la comparación con el discurso metropolitano que cuando, para finales de siglo, se tuvo que enfrentar al auge del anarquismo dio respuestas parecidas. Mientras que la “burocracia jurídica y policial”, siguiendo la obra de Lombroso *Los anarquistas*, se decantó por la deportación; Salillas propuso la reclusión en las instituciones penitenciarias para su corrección; en tanto Cadalso⁵⁹ se decantó por la deportación y la pena de muerte⁶⁰.

3. Para concluir

El problema del bandolerismo para principios del siglo XX no apareció del todo erradicado ni mucho menos, a pesar de que se dijo que, a través de los medios represivos utilizados, “... el bandolerismo decreció no obstante notablemente y es hoy por fortuna un caso esporádico, a pesar de la guerra pasada”⁶¹. En este mismo texto, en cambio, se dio cuenta de “gavilla de tres o cuatro que han ‘cometido en el espacio de un mes tres o cuatros delitos de robo con lesiones’; utilizando el mismo procedimiento para hacer que sus víctimas revelen donde tiene el dinero, que es ‘aplicarles un atroz tormento’”⁶².

Para 1907, *La Discusión*, en la misma página donde anunció la noticia del asesinato del exjefe de policía de Güines, se hizo eco de un grupo de bandoleros, de “raza de color armados de machete y tercerola” en Matanzas, que esta vez asaltaron una tienda. La crónica alcanza lo sublime: “... el pueblo alarmado pide amparo a las autoridades. La seguridad personal y la propiedad están amenazadas hoy más que nunca. Suplicamos a Mr. Magoon haga lo conducente a remediar el desconcierto público, resultante de la falta absoluta de seguridad para vidas y haciendas”⁶³. El nombrado funcionario norteamericano, un año después, mandó a crear una comisión para la redacción de un proyecto de Código Penal, que tuvo como su principal

59. Puede verse la compilación que se haría de los artículos de este autor sobre el tema: Cadalso, Fernando, *El anarquismo y los medios de represión* (Madrid: Romero Impresor, 1896).

60. Núñez, Jorge, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria* (Madrid: Universidad Carlos III, 2014), pp. 126-129.

61. Martínez, José A., *Lecciones de Derecho Penal 2do curso*, p. 247.

62. Martínez, José A., *Lecciones de Derecho Penal 2do curso*, p. 247.

63. “El bandolerismo en la provincia de Matanzas”, *La Discusión* (4 de abril de 1907), p. 9.

actor a Lanuza, pero que no pasó del segundo libro y que por demás no llegó a su parte especial.

En la novela de Morúa *La familia Unzúazu*, de 1901, el negro Liberato viola a su ama blanca, Ana María, y se da a la fuga convirtiéndose en bandido⁶⁴. . . Quedó resumida allí, pues, toda la trama-tragedia discursiva que se ha presentado en este trabajo. La inadaptación social de un negro para vivir en civilización, que viola a una mujer blanca y se convierte en “bandolero” realizando sus inclinaciones al crimen y al vivir al margen de la ley. En consonancia con lo expuesto por Leonardo Sarría, atrás habían quedado los días de las novelas románticas en torno al antiesclavismo o la heroicidad del negro como fueron los casos de *Sab* de la Avellaneda y *Francisco* de Anselmo Suárez⁶⁵.

Bibliografía

- Balboa, Imiley, *La protesta rural en Cuba. Resistencia cotidiana, bandolerismo y revolución (1878-1902)* (Madrid: CSIC, 2003).
- Cabrera, Adrian J., *Un sistema inventado para corregir. El discurso penitenciario y la prisión en la Cuba decimonónica* (La Habana: Casa Editorial Abril, 2020).
- Cabrera Bibilonia, Adrián J., “Miradas cubanas al linchamiento de negros en los Estados Unidos decimonónicos”, *Temas* 106-107 (abril-septiembre 2021).
- Cadalso, Fernando, *El anarquismo y los medios de represión* (Madrid: Romero Impresor, 1896).
- Cadalso, Fernando, *La pena de deportación y la colonización por penados* (Madrid: José Góngora Álvarez, 1895).
- Carbonell y Ruiz, Ramón I., “La reforma penal en los Estados Unidos”, *Revista General de Derecho*, A. VII, T. IX (1890).
- “Crónica Oficial III. Represión del bandolerismo”, *Revista General de Derecho*, A. V, T. IV (1887).
- Castellanos, Israel, “La brujería y el ñañiguismo desde el punto de vista médico-legal”, *Anales de la Academia de Ciencias Médicas, Físicas y Naturales de La Habana*, T. LIII.

64. Morúa Delgado, Martín, *La familia Unzúazu* (La Habana: Imprenta La Prosperidad, 1901).

65. Sarría, Leonardo, “Complicidad del costumbrismo. El tipo ñañigo”, en Sarría, Leonardo, *Raros y valiosos de la literatura cubana decimonónica* (La Habana: Editorial UH, 2019), p. 77.

- De Paz Sánchez, Manuel; Fernández Fernández, José; López Novegil, Nelson, *El bandolerismo en Cuba (1800-1933): presencia canaria y protesta rural*, Tomo I (Tenerife: Centro de la Cultura Popular Canaria, 1994).
- “El bandolerismo en la provincia de Matanzas”, *La Discusión* (4 de abril de 1907).
- Fernández González, José, *Apuntes históricos y crónica general de los servicios del Cuerpo Militar de Orden Público desde su creación en 11 de julio de 1875 a 1888* (La Habana: Papelería e Imp. de P. Fernández y Comp., 1888).
- Froilán Cuervo, Manuel, “Refutación a la disertación del Dr. D. José A. González Lanuza sobre la Ley de Lynch”, *Revista General de Derecho*, A. X, T. XIV (1893).
- Gallego Jiménez, José J., “La protesta rural y los mecanismos para su represión por parte del gobierno del Capitán General Camilo García de Polavieja en Cuba (1890-1892)”, *Americanía* 1 (enero, 2011).
- González Echeverría, Manuel, “Matrimonio de los epilépticos y trasmisión hereditaria de su enfermedad”, *Revista Cubana*, T. VIII (agosto-septiembre-octubre), 1888.
- González Lanuza, José A., *La ley de Lynch de los Estados Unidos* (La Habana: Imprenta La Moderna, 1892).
- González Lanuza, José A., *Programa de Derecho Penal, curso 1893-1894* (La Habana: Imprenta La Moderna, 1893).
- Lombroso, Cesare, *Los anarquistas* (Buenos Aires: Imprenta Elzeviriana de P. Tonini, 1895).
- López, Manuel, *El Garrote en Cuba* (La Habana: Imprenta América Arias, 1927).
- Martínez, José A., *Lecciones de Derecho Penal 2do curso* (La Habana: Imprenta Cuba y América, 1906).
- Mestre, Arístides, “Brujería y criminalidad en Cuba”, *Revista de la Facultad de Letras y Ciencias*, T. I-II (enero-junio 1923).
- Montoro, Rafael, “Estudios comparativos sobre el bandolerismo y su forma de represión”, *Revista General de Derecho*, A. VI, T. VII (1889).
- Morúa Delgado, Martín, *La familia Unzúazu* (La Habana: Imprenta La Prosperidad, 1901).
- Núñez, Jorge, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria* (Madrid: Universidad Carlos III, 2014).
- Ortiz, Fernando, *Los negros brujos*, incluye carta prólogo de Cesare Lombroso (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1995).
- Pimentel Martínez, Daysel, “El bandolerismo en Camagüey. Una contribución olvidada a la conformación del Tercer Cuerpo de Ejército. 1895”, http://www.academia.edu/18767250/El_bandolerismo_en_Camaguey_una_contribuci%C3%B3n_olvidada_a_la_conformaci%C3%B3n_del_

Tercer_Cuerpo_de_Ej%C#%A9rcito. Consultado el 30 de diciembre a las 7:40 am, s/p.

Real Decreto del 17 de octubre de 1879, Gaceta de La Habana (15 de noviembre de 1879).

Sánchez, Ramón, *Bandolerismo. Colección de cartas abiertas sobre su persecución en Cuba* (La Habana: Imprenta del Diario del Ejército, 1892).

Sarría, Leonardo, “Complicidad del costumbrismo. El tipo ñáñigo”, en Sarría, Leonardo, *Raros y valiosos de la literatura cubana decimonónica* (La Habana: Editorial UH, 2019).

Varona, Enrique J. “El bandolerismo”, *Revista Cubana*, T. VII (junio 1888).

Viazzi, Pio, “Atavismo y degeneración”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, A. XXXXVIII, T. LXXXXVII (1900).

LA DOCTRINA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN CUBA: ORIGEN Y DESARROLLO

GISELLE JORDÁN FERNÁNDEZ*

1. Ideas iniciales

La crítica a la propiedad privada y sus fundamentos toma auge en el pensamiento político y jurídico privado en el tránsito del siglo XIX al XX. Tanto la libertad como la propiedad comienzan a perder sus sitiales de privilegio del pasado, cediendo paso a la necesidad común. Este fenómeno tan descrito en la historiografía jurídica europea se hizo eco en la doctrina nacional con bastante amplitud tras el cambio de centuria.

Desde finales del siglo XIX colonial, las nuevas orientaciones en materia de Derecho Civil influían en el pensamiento jurídico cubano. Es así que un autor como Desvernine se refería a las tendencias a la limitación de la propiedad y de su carácter libérrimo y absoluto¹. Ya en 1900, destaca el título *Derecho y Sociología*², en el cual se adentra en las relaciones de estos dos saberes y el impacto que pudiera tener para el Derecho en particular y para los Códigos Civiles modernos.

* Profesora principal de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Vicepresidenta del capítulo provincial de la Sociedad de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión de Juristas de Cuba. Miembro de la Unión Nacional de Historiadores.

1. Desvernine, Pablo, *Nuevas tendencias del Derecho Civil* (Nueva York: Imprenta española de Ricardo Requenses, 1893), pp. 20-27.

2. Desvernine, Pablo, *Derecho y Sociología*, tesis presentada para optar al grado de Doctor (La Habana: Imprenta La Tipografía, O'Reilly Nro. 10, 1900).

Pese a ello, la Constitución de 1901 con la que inicia formalmente la República en Cuba reconoció a la propiedad como un derecho subjetivo³ bajo las pautas del pensamiento liberal⁴. El Estado debía respetar el derecho absoluto de propiedad privada individual y abstenerse de toda injerencia que perturbase la libre iniciativa en materia económica⁵.

Es dable destacar la recepción en la isla del pensamiento de Duguit y la resonancia que tuvo su obra para juristas patrios como Govín y Torres o Capablanca y Graupera. El primero destacaba del profesor bordelés las ideas de solidaridad social, participación del Estado y la coincidencia permanente y absoluta entre los fines individuales y los colectivos, constituyendo una verdadera novedad para el pensamiento científico cubano de ese momento⁶.

Asimismo, la doctrina de la función social puede verse ya en la obra de Aramburo *Filosofía del Derecho*, en el año 1927⁷, si bien estas nuevas ideas tuvieron mayor desarrollo a partir de la década del treinta de la pasada centuria, trazando el camino para la Constituyente de 1940⁸.

3. Hernández Corujo, Enrique, *Historia Constitucional de Cuba* (La Habana: Compañía Editora de Libros y Folletos, O'Reilly No. 304, 1960), p. 356. También puede consultarse: Ferrara, Orestes, *Las ideas jurídico sociales en las Constituciones Cubanas*, Conferencia Pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados en 1945, University of Illinois Library at Urbana-Champaign Bookstack (Madrid: Talleres Gráficos Marsiega, 1945), pp. 8-9.

4. Vid. Gutiérrez Sánchez, Gustavo, *Historia del Derecho Constitucional cubano* (La Habana: Editorial Cultura S.A., 1938), p. 14. Asimismo, también pueden consultarse Hernández Corujo, Enrique, *Los fundamentos históricos y filosóficos de la Constitución de 1901* (La Habana: Editorial Lex, 1953), p. 7; Infiesta, Ramón, *Historia Constitucional de Cuba* (La Habana: Editorial Selecta, 1942), pp. 333-336; Lezcano y Mazón, Andrés Ma., *Las Constituciones de Cuba* (Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1952), p. 73.

5. Zamora, Juan Clemente, *Nuevas Orientaciones en materia constitucional*. Conferencia dictada en el "Club Atenas" de la Habana, el 13 de febrero de 1939, por el Dr. Juan Clemente Zamora, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad (La Habana: Editorial Atalaya S.A., 1939), p. 8.

6. Vid. Matilla Correa, Andry, *León Duguit, Cuba y el Derecho cubano* (La Habana: Editorial Unijuris, 2020), p. 35.

7. Aramburo y Machado, Mariano, *Filosofía del Derecho*, Instituto de las Españas en los Estados Unidos, III Tomos (Nueva York: 1927).

8. Al respecto puede consultarse: Mañas, Arturo, "Sobre una reforma de la Constitución cubana", en *Revista Cubana de Derecho*, Año VIII, Nro. 2 (30), abril-junio de 1931.

2. El camino a la Constituyente de 1940

En la década de 1930, la crisis política en Cuba reavivó la necesidad de una reforma constitucional⁹. Importantes figuras del Derecho redactaron proyectos constitucionales, como fue el caso de Aramburo, Díaz Cruz, Cortina y Mañas¹⁰. Este último hacía mención expresa a Duguit y reiteraba la necesidad de que a los derechos que garantizara la Constitución se les otorgara un carácter más social en lo que refería, entre otras cuestiones, a la propiedad¹¹.

De tal forma, el catálogo de derechos que reconoció la Ley Constitucional de 1935, precursor del Magno Texto de 1940, ofreció protección a la propiedad privada sobre la máxima expuesta de que su uso y explotación propendiera al bienestar del pueblo cubano¹².

Gran parte de la doctrina nacional comenzó a disertar sobre los nuevos contenidos que debían informar a una futura Constitución. Los espacios de desarrollo científico en este período anterior a la Constituyente pueden resumirse básicamente en dos: el ofrecido por las revistas jurídicas de la época, fundamentalmente en el período de 1934-1938, destáquese en este sentido la Revista Cubana de Derecho, la Revista del Colegio de Abogados, la Revista de Derecho y Ciencias Sociales, entre otras; y, en segundo lugar, folletos o monografías que eran impresos por sus propios autores, en ocasiones como constancia gráfica de discursos e intervenciones académicas.

En las revistas científicas pueden hallarse las valiosas aportaciones de una pléyade de juristas de la talla de Morán¹³, Gay

9. Puede analizarse: Rodríguez Álvarez, Rodolfo, “Transformaciones operadas en el Derecho civil cubano por los gobiernos revolucionarios”, en Revista Cubana de Derecho, Año XII, Nro. 3 (47), julio-septiembre de 1935, pp. 164-184.

10. Sobre este particular pueden consultarse: Mañas, Arturo, “Sobre una reforma de la Constitución cubana”; Aramburo, Mariano, “Proyecto de Constitución de la República de Cuba”, en La Nueva República, Revista de Renovación, La Casa Martín, Imprenta, La Habana, 15 de abril de 1931, pp. 12-20; Cortina, José Manuel, *Exposición de Motivos y Bases sobre la Reforma de la Constitución*, Segunda Edición (La Habana: Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca., 1936), pp. 39-50.

11. Mañas, Arturo, “Sobre una reforma de la Constitución cubana”, p. 27.

12. Cárdenas, Raúl de, *Evolución del Derecho Cubano*, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo IX, Nro. 33, Universidad Autónoma de México, enero-febrero-marzo de 1947, p. 100.

13. Morán, Carlos M., “La cuestión social en la Constitución”, en Revista Cubana de Derecho, Año XIII, Nro. 3 (51), julio-septiembre de 1936, pp. 222-254.

Calvó¹⁴, Blanco¹⁵, Jorrín¹⁶, Rodríguez Álvarez¹⁷ y Díaz Pairó¹⁸, sentando las bases para el consenso respecto a los derechos sociales que, necesariamente, debía recoger un nuevo texto constitucional en Cuba.

Respecto a los folletos o monografías, el sentido era semejante. Carrera Justiz, en el Senado, aludía a que la gran cuestión social que había dominado a las Constituciones de posguerra debía estar presentes también en la Carta Magna cubana, en la cual debía primar “el interés general”¹⁹.

Asimismo, Clemente Zamora se adentra en el estudio de las nuevas orientaciones en materia constitucional. Sus conclusiones sobre la propiedad en el nuevo contexto lo colocan en un justo medio: “La propiedad privada debe mantenerse y protegerse; pero su uso debe quedar limitado por la finalidad suprema de servir al bienestar colectivo”²⁰.

De Cárdenas es otro autor que estudia con cierta profundidad el derecho de propiedad en nuestro contexto constitucional, pero en su razonamiento incurre, en cambio, en la limitación de considerar que la misma no era nada nuevo²¹. Si bien la propiedad siempre ha desempeñado en toda sociedad un fin hacia la colectividad, circunscribir la doctrina a esos términos era constreñirla, sin reconocer toda la complejidad de su contenido.

14. Gay Calvó, Enrique, “Orientaciones modernas constitucionales”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XI, Nro. 1 (41), enero-marzo de 1934, p. 62.

15. Blanco, Alberto, “El momento constitucional en Cuba”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XII, Nro. 4 (52), octubre-diciembre de 1936, pp. 293-295.

16. Jorrín, Miguel, “Derecho estatal y Derecho social”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año I, marzo-abril de 1938, pp. 141-149.

17. Rodríguez Álvarez, José R., “Principios de legislación y la familia en la Constitución”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XIII, Nro. 4 (52), octubre-diciembre de 1936, p. 299.

18. Díaz Pairó, Antonio, “Cuestiones de Derecho Civil en la Constitución”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XIV, Nros. 3 y 4 (55, 56), julio, diciembre de 1937, pp. 303 y 306.

19. Carrera Justiz, Francisco, *La reforma de la Constitución*, Conferencia pronunciada en la información pública del Senado, La Habana, 1936, pp. 19-20.

20. Zamora, Juan Clemente, *Nuevas Orientaciones en materia constitucional*, p. 15.

21. Vid. Cárdenas, Raúl de, *Los Derechos privados y la Constitución del Estado* (La Habana: Sociedad de Legislación Comparada de La Habana, Impresos Infantes, 1939), pp. 6-8.

En Tejera, en cambio, se hallan no solo la idea de bienestar colectivo, sino de función social de la propiedad y de obligación por parte del propietario. En tal sentido aludía: “(...) es preciso que la propiedad individual, conservada por el régimen, ejerza una función social, sirva a la par que enriquezca al que la posee, de bienestar para todos; es preciso que la propiedad obligue (...) a su propietario a realizar la función que el régimen señala a sus bienes”²².

Empero, pese a este consenso casi unánime a favor de la función social, otras voces en Cuba veían con cierto recelo a las nuevas corrientes doctrinales, temiendo que las mismas pudieran afectar al derecho de propiedad. Quizás la posición más disidente en este sentido sea la de Salaya, quien acepta que es imposible que la propiedad se mantenga inalterable, aunque se aprecia en su discurso una crítica más o menos velada hacia las nuevas teorías en materia económica y de propiedad.

Para este autor, la propiedad era esencial para la nacionalidad, por lo que era necesario crear el clima económico y social propicio y “(...) promulgar leyes que amparen la propiedad y protejan sus rentas de manera justa y razonable y fomentar el ambiente de seguridad y respeto en que deben desenvolverse las actividades económicas”²³. El futuro para este autor se centraba en la propiedad urbana, y en la concentración de esta en las manos de propietarios nacionales: “(...) no basta que el Estado ejercite su soberanía sobre el territorio nacional, sino que es indispensable que el nativo posea la propiedad privada (...)”²⁴.

Sin embargo, es indudable que el criterio mayoritario de la doctrina cubana de la época era partidario de aceptar en la Constitución la nueva teoría sobre la propiedad. El fin social de la misma fue reconocido también por partidos políticos²⁵ y sus principales

22. Vid. Tejera, Diego Vicente, *Los derechos individuales no son incompatibles con un régimen socialista* (La Habana: Editorial Atalaya S.A., 1940), p. 14.

23. Selaya y de la Fuente, Eduardo, *La propiedad privada constituye la génesis de la nacionalidad*, Tema presentado a la Asamblea Nacional de Cooperaciones Económicas de Cuba y celebrada en la ciudad de La Habana los días 26, 27, y 28 de mayo de 1939, Folleto, S/A, p. 6.

24. Selaya y de la Fuente, Eduardo, *La propiedad privada constituye la génesis de la nacionalidad*, p. 8.

25. Puede consultarse al respecto los programas del Directorio Estudiantil Universitario, el Ala Izquierda Estudiantil y el ABC en: Pichardo, Hortensia, *Documentos para la Historia de Cuba*, Tomo 3 (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1973).

dirigentes²⁶, lo que permite aseverar que existía, al menos en sus elementos más esenciales, un consenso doctrinal y político hacia una concepción diferente de la propiedad.

De esta manera, se colige que el reconocimiento de la propiedad en función social que introdujese la Constitución de 1940 apenas un lustro después no fue obra del azar, sino resultado de un grupo de coyunturas políticas y de un debate doctrinal patrio que, a guisa de preámbulo necesario, abrió el camino hacia el nuevo paradigma. Cuba se sumó, entonces, al movimiento de su época y al espíritu del siglo²⁷.

3. La Constituyente de 1940: ¿aparente consenso?

Desde la propia sesión inaugural de la Constituyente, se auguraba que la cuestión de la propiedad iba a ser uno de los temas esenciales de la nueva Constitución. En sus palabras, el entonces Presidente de la República exponía en dicha sesión: “Cuba espera de ustedes, en el orden a la propiedad, que concilien el respeto sagrado que merece este premio al trabajo, garantía de sosiego y amparo a la familia, con la necesidad de utilizarla en bien de la República”²⁸.

Esto quizás explica la razón por la cual la función social de la propiedad no fue un tema muy discutido sino aparentemente zanjado. Existía suficiente acuerdo en la nueva visión sobre la propiedad y, por otra parte, la formulación que ofrecía el precepto a discutir era lo suficientemente abierta y vacía de real contenido como para suscitar desacuerdos²⁹.

26. Guiteras Holmes, Antonio, *Pensamiento Revolucionario Cubano*, Tomo I (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1971), p. 384.

27. Vid. Chardiet, Armando, “Función social de la propiedad”, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Publicación Universitaria de Estudiantes, Año 1, Nro. 1, Editorial Luz-Hilo, febrero-marzo de 1924, p. 46.

28. Vid. República de Cuba, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*, Sesión Primera Inaugural del 9 de febrero de 1940, La Habana, 1940, p. 2. También puede verse: Figueroa Hernández, Miguel, *Función social de la propiedad* (La Habana: diciembre de 1945), p. 12. También puede consultarse: Menéndez, Servando, *Derechos de propiedad excepcionales en Cuba* (La Habana: Editorial Lex, 1948), p. 1.

29. Vid. Nieto Piñeiro-Osorio, Adolfo, *El Concepto de Constitución* (La Habana: Imp. Fernández Solana y Ca., 1952), p. 52.

El futuro artículo 87³⁰ se limitó a reconocer a la propiedad privada en su más amplio concepto de función social, sin dotarlo de un contenido más definido, como destacan algunos autores³¹. Empero, el tema de la propiedad sí se discutió con mayor amplitud respecto al artículo 24, relativo a la confiscación de bienes y a la expropiación forzosa.

El tema estribaba en si podía existir algún tipo de contradicción entre la función social que propugnaba el precepto 87 y la expropiación que preveía el 24. Desde un inicio, Cortina, Presidente de la Comisión Coordinadora, no consideró que existiese contradicción alguna, ya que a su juicio la redacción del artículo 24 era la adecuada por no ser contrarios los derechos del individuo al régimen de democracia social³².

Resulta necesario referir que la redacción del artículo 24 fue combatida por el constituyente Marinello, delegado del Partido Unión Revolucionaria Comunista³³, por varias razones. Según sus consideraciones, entregar a los tribunales la fijación de la certeza de la utilidad pública o el interés social resultaba un desacierto. Marinello calificaba a los tribunales de justicia de tímidos y formalistas, por lo que en muy pocos casos estarían conformes con la expropiación. Consideraba que debía ser el Congreso, como entidad política, quien interpretara el texto de la Constitución, en ejercicio de esa función social.

Sin embargo, con posterioridad, esta facultad conferida a los Tribunales de Justicia –en sentido genérico, como refiere el artículo

30. Artículo 87: “El Estado cubano reconoce la existencia y legitimidad de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquellas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la Ley”. Vid. Artículo 87 de la Constitución de 1940 en Barreras, Antonio, *Textos de las Constituciones de Cuba* (La Habana: Editorial Minerva, 1940), p. 502.

31. Al respecto, plantea García Tudurí que la Constitución no brinda un concepto de función social. Vid. García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución* (Pinar del Río: 1946), p. 20. También puede verse: Figueroa Hernández, Miguel, *Función social de la propiedad* (La Habana: diciembre de 1945), p. 3.

32. En tal sentido también refiere que “(...) esto no significa que mantengamos un derecho de propiedad egoísta y absorbente, puesto que (...) la propiedad, (...) debe existir en beneficio del que la tiene, pero armonizada con el beneficio también de la sociedad donde se desenvuelve”. Vid. Lezcano y Mazón, Andrés Ma., *Las Constituciones de Cuba*, p. 209.

33. Lezcano y Mazón, Andrés Ma., *Las Constituciones de Cuba*, p. 210.

24– fue otorgada al Tribunal de Garantías Constitucionales, según establecía el artículo 13 inciso 12 de la Ley 7 de 1949, que adicionaba el artículo 127-bis a la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁴. Esta declaratoria de inconstitucionalidad originaba la ineficacia de la disposición impugnada –en este caso la sentencia– para el futuro y la imposibilidad de poder aplicarla en todo caso, bajo pena de inhabilitación para el funcionario que lo hiciese³⁵.

Asimismo, Marinello se manifestó inconforme respecto al pago previo y la indemnización en efectivo, por considerar que es un requisito que perjudicaba la efectividad de la función social de la propiedad. Mujal, delegado del Partido Revolucionario Cubano, al hacer uso de la palabra, si bien se pronunció partidario de la indemnización, no consideraba que esta debiese hacerse de manera previa y mucho menos en efectivo³⁶.

El tema anterior tiene trascendencia para el momento en el cual se entiende transmitida la propiedad por vía de este procedimiento, y si el pago previo de la indemnización es un requisito para la transmisión definitiva de la propiedad³⁷, como se establecía en la Ley Constitucional de 1935 en su artículo 33. No obstante, Cortina, también en la Constituyente, planteó que lo que se buscaba con la redacción que finalmente tuvo el artículo 24 no era que una de las partes tuviera que escoger la forma de pago y sus condiciones, sino que esta estuviese fijada en la Constitución³⁸. Para este autor, la función social tenía por objeto únicamente dar una causa legítima y justa a la expropiación³⁹.

34. García Belaúnde, Domingo, “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, Nro. 109, enero-abril de 2004, p. 9.

35. Menéndez, Emilio, “El poder judicial y la Constitución”, *Comparative Juridical Review*, p. 82.

36. Álvarez Tabío, Fernando, *Teoría e Historia de la Constitución cubana. Segundo Semestre* (Empresa de Publicaciones Universidad de La Habana, Unidad de Impresión Ligera, 1965), p. 12.

37. Vid. Rivero Valdés, Orlando, “La tutela jurisdiccional de los Derechos reales inmobiliarios en Cuba: Discurso jurídico y reajuste socioeconómico”, en *Cuba in Transition*, ASCE, 2006, pp. 262-263.

38. Lezcano y Mazón, Andrés María, *Las Constituciones de Cuba*, p. 214.

39. Cortina, José Manuel, “Función Social de la Propiedad según la Constitución de Cuba”, *Diario de la Marina*, La Habana, 26 de febrero de 1946, p. 6.

La redacción que presenta el precepto del artículo 24 constitucional regulador de la expropiación forzosa, más que permitir o viabilizar la realización de la función social de la propiedad, se convirtió en una garantía del propietario. Preceptos similares en las Constituciones mexicana, española y de Weimar poseían un alcance de la función social más abarcador que el artículo del texto cubano. La vaguedad del término en el precepto 87 condicionó que, en definitiva, la función social no se acogiese de forma plena⁴⁰. Como dijese Ferrara, si bien se establecieron principios nuevos, no se extrajeron de ellos todas sus consecuencias lógicas⁴¹.

Asimismo, como resultado de la función social se reguló la proscripción del latifundio, en el artículo 90⁴². Es por ello que se considera esencial el estudio del pensamiento agrario fundamentalmente desde la década del treinta, y el reflejo de esta política en varios partidos de la época. De esta manera, la Revista Cubana de Derecho, en sus Nros. 1 y 2 del año 1937, dedicó espacio para publicar únicamente la obra de Consentini, *Código Agrario para la República de México*, en el cual se hacen constantes referencias a la teoría de la función social. Ello permite comprender la importancia que fue ganando en Cuba la nueva visión propietaria y su expresión en el problema agrario cubano⁴³. Destáquese en este sentido la obra doctrinal de Dorta Duque, y su *Proyecto de Reforma Agraria*⁴⁴.

40. Vid. García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución*, p. 64. También puede verse: Figueroa Hernández, Miguel, *Función social de la propiedad*, p. 13. También pueden consultarse las reflexiones de Menéndez, quien considera que el régimen de propiedad regulado en la Constitución es individualista y de solidaridad social, no superando por consiguiente la corriente individualista. Vid. Menéndez, Servando, *Derechos de propiedad excepcionales en Cuba*, p. 1.

41. Ferrara, Orestes, *Las ideas jurídico sociales en las Constituciones Cubanas*, p. 31.

42. Artículo 90: "Se proscriben el latifundio y a los efectos de su desaparición, la Ley señalará el máximo de extensión de la propiedad que cada persona o entidad pueda poseer para cada tipo de explotación a que la tierra se dedique y tomando en cuenta las respectivas peculiaridades". Vid. Artículo 90 de la Constitución de 1940 en Barreras, Antonio, *Textos de las Constituciones de las Constituciones de Cuba*, p. 502.

43. Vid. Consentini, Francesco, "Código Agrario para la República de México", en Revista Cubana de Derecho, Año XIV, Nros. 1 y 2 (53, 54), enero-junio de 1937.

44. Vid. Dorta Duque, Manuel y Dorta Duque Ortiz, Manuel, *Derecho Agrario y Proyecto de Código Cubano de Reforma Agraria* (La Habana: 1956). También

4. Función social: un concepto indeterminado motivo de un debate posterior

El debate que faltó en la Constituyente sobrevino después, como consecuencia de los espacios de interpretación que dejaba abiertos el artículo 87 constitucional. Al respecto de aquel planteó García Tudurí: “El concepto es ambiguo y oscuro, e interpretado y estimado por cada cual, (...) el expresado concepto ha venido a ser, desde que apareció en nuestra Constitución, razón de ardorosas y enconadas pugnas”⁴⁵. Asimismo, Menéndez consideró que resultaba ser un término vago y de elástica interpretación, pero defendía su trascendencia jurídica⁴⁶.

Tal como refiere acertadamente Ferrara, en esta Constitución la propiedad se mantiene bajo el régimen de apropiación individual, pero se somete su disfrute a los supremos intereses del Estado⁴⁷. De manera muy sucinta, Álvarez Tabío se refiere a ello al plantear: “(...) El propietario de una riqueza tiene el deber de emplearla en bien de la comunidad y solo en cuanto cumple esta función merece la protección del Estado”⁴⁸.

Por su parte Cortina, planteaba que el precepto significa que cuando el propietario utilizase su propiedad de forma antisocial, sin ponerla en explotación o coordinarla debidamente con el ritmo económico del país, el Estado tiene el derecho de privarlo de esa propiedad para incorporarla a dicho movimiento a través de la expropiación⁴⁹.

Autores como Sánchez de Bustamante y Montoro diferencian, en cambio, a la función social de la expropiación, las que no deben

puede verse sobre la función social de la propiedad agraria y sus esbozos históricos la obra de McCormack Bequer, Maritza de la Caridad, “El Derecho agrario cubano. Surgimiento y evolución”, en Matilla Correa, Andry et al. (Coords.), *Temas de Historia del Derecho y Derecho Agrario, Homenaje al Profesor Orestes Hernández Más* (La Habana: Editorial Unijuris, 2013), p. 495.

45. García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución*, p. 21.

46. Vid. Menéndez, Servando, *Derechos de propiedad excepcionales en Cuba*, p. 26.

47. Ferrara, Orestes, *Las ideas jurídico sociales en las Constituciones Cubanas*, p. 30.

48. Álvarez Tabío, Fernando, *El Constitucionalismo en Cuba* (Universidad de La Habana, Dirección de Publicaciones, Unidad de Impresión Ligera, 1966), p. 9.

49. Cortina, José Manuel, “Función Social de la Propiedad según la Constitución de Cuba”, p. 5.

confundirse. Al respecto es muy claro al afirmar: “Cuando el interés colectivo es tan grande que prevalece sobre el interés particular del propietario, surge algo que no debe confundirse con la función social de la propiedad: nos referimos a la expropiación por causa de utilidad pública (...)”⁵⁰.

Otros autores, como Figueroa Hernández, García Tudurí y Díaz Cruz, defienden una perspectiva abarcadora⁵¹. Este último autor plateó: “(...) nos parece que el precepto, para ser claro, debió señalar las obligaciones activas que en beneficio de la sociedad recaen en el propietario. De lo contrario, (...) el precepto no tiene contenido jurídico y no pasa de ser una de las innumerables programáticas de nuestra Constitución (...)”⁵².

En palabras de Nieto Piñeiro-Osorio⁵³, la Constitución Cubana de 1940 había asimilado las nuevas ideas avanzadas en lo económico, político y social, lo cual sin duda le otorga un carácter progresista a muchos de sus preceptos, sin embargo: “(...) la preocupación de los constituyentes en relación con esta institución tan medular de la vida económica que es la propiedad privada fue colocarse en un justo medio. Mantener intangible la propiedad, como régimen económico, permitiéndole, al mismo tiempo, rendir un beneficio general”⁵⁴.

A este justo medio es a lo que Álvarez Tabío llamaba una contradicción⁵⁵, particularmente, entre el artículo 87 donde se consagraba la propiedad como función social y lo establecido en el artículo 24. Respecto a este último, Sánchez de Bustamante y Montoro explicaba lo siguiente: “Se ve claramente por el precepto anteriormente mencionado como el derecho de propiedad es superior al Estado, en el sentido de que este no lo puede suprimir en ningún caso: la expropiación forzosa al establecer el requisito de que se le indemnice cumpli-

50. Sánchez de Bustamante y Montoro, Antonio, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, fascículo 3, “Tipo de Instituciones Jurídicas, Derechos Reales”, Segunda Edición (La Habana: Obispo 521, 1945), p. 99.

51. Al respecto ver: Figueroa Hernández, Miguel, *Función social de la propiedad*, p. 7 y García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución*, p. 44.

52. Vid. Díaz Cruz, Mario, “La propiedad, función social”, en *Revista Cubana de Derecho*, Nro. 1, Año XX, 6ta serie, enero-marzo de 1946, p. 26.

53. Nieto Piñeiro-Osorio, *El Concepto de Constitución*, p. 52.

54. Nieto Piñeiro-Osorio, *El Concepto de Constitución*, p. 53.

55. Álvarez Tabío, Fernando, *El Constitucionalismo en Cuba*, p. 9.

damente al propietario, lo que hace es cambiar la propiedad de que se le priva, por el valor correspondiente a la misma en dinero”⁵⁶.

La adopción de la teoría de la función social era, para el autor, una de las innovaciones más interesantes de la Carta Magna⁵⁷, pero estaba reconocida como principio, por lo que para ponerlo en práctica estaba necesitado de una ley complementaria que lo regulara más concretamente⁵⁸, posición seguida por Robles Espinosa y por Montagú⁵⁹.

Ferrara planteaba, en cambio, que en la Constitución de 1940 existía una situación de desnivel creada por el Estado que le da la facultad de considerar el interés público como factor determinante en las apropiaciones económicas pero manteniendo, a su vez, la propiedad privada⁶⁰.

Para García Tudurí, el artículo 24 consagra la máxima Ley del Estado en materia de propiedad⁶¹. Según este autor, para el propietario que actúe dentro de las normas o principios de “la función social” la propiedad es intangible, incluso para el propio Estado. El derecho no es absoluto e ilimitado, sino que algunos de sus atributos son susceptibles de ser limitados y desconocidos cuando sean contrarios a los intereses sociales⁶². La intervención del Estado es necesaria, pero “no debe producirse en un cercenamiento tal de facultades que el propietario se vea compelido a caer en el desaliento y en la impotencia para adelantar y desenvolver su caudal”⁶³. Se debe

56. Sánchez de Bustamante y Montoro, Antonio, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, p. 85.

57. Sánchez de Bustamante y Montoro, Antonio, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, p. 99.

58. Sánchez de Bustamante y Montoro, Antonio, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, p. 100.

59. Robles Espinosa, Manuel, “La función social de la propiedad”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año IX, Volumen IX, Nro. 69, abril-junio de 1946, p. 244. Al respecto plantea Montagú: “Es hora ya de que se acometa la labor de estructurar la propiedad en Cuba de acuerdo con las bases sentadas en el Código Político de la República y que a la sustancia de su orientación se acomoden los preceptos y la interpretación judicial”. Vid. Montagú, Guillermo de, “Las transformaciones de la propiedad”, en *Repertorio Judicial*, Año XXI, Nro. 1, Compañía Editora de Libros y Folletos, enero de 1945.

60. Ferrara, Orestes, *Las ideas jurídico sociales en las Constituciones Cubanas*, p. 42.

61. García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución*, p. 26.

62. García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución*, p. 28.

63. García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución*, p. 31.

dejar espacio para la iniciativa individual, para actuar en provecho propio.

“La función social de la propiedad (...) significa que el propietario no puede establecer un abismo infranqueable entre su egoísmo, el interés social y sus derechos patrimoniales; que por su condición de propietario no puede, frente a los intereses de la colectividad, impedir, dijéramos como ejemplo, su desarrollo urbano; que pueda en una situación económica de escasez o necesidad empeñarse en sembrar de lirios su heredad cuando la población reclama por pan. Pero eso no significa (...) que el Gobierno dirija la propiedad sin comprarla y prive al propietario de los atributos de la misma, sin indemnizarlo, sin sujetarse a ninguna de las normas y garantías que para tal propósito señala la Constitución”⁶⁴.

Otros autores cubanos, si bien desarrollan el principio de la función social en sus textos, también se muestran partidarios de la defensa del derecho de propiedad, sin que la función social lo desnaturalice. Este era un temor que antes de la Constituyente subyacía y es probable que la fórmula transaccional del artículo 87 se erigiera como una manera de reconocer la nueva teoría, sin dejar de proteger a la propiedad como derecho subjetivo en el precepto 24.

Por otra parte, muchos autores cubanos en sus textos se adentraban en la teoría, intentando desentrañarla; tal es el caso de Lavín en su *Teoría del Estado*, quien además realizaba frecuentes referencias a Duguit: “Se dice que la propiedad debe desempeñar una función social para significar que (...) no debe quedar absolutamente en las manos del propietario llegando a desconocer estos los intereses de la colectividad”⁶⁵.

Chardiet, sin embargo, pone de manifiesto su preocupación sobre la merma que la función social impone al titular del derecho, y el riesgo de que de seguir modificándose la propiedad en sentido restrictivo “(...) correrá igual suerte que la isla de Heligoland condenada a desaparecer si continúa como hasta aquí perdiendo cada año una parte de sus tierras (...)”⁶⁶. En su obra, hurgando en los orígenes de la teoría de la función social, menciona a Comte⁶⁷, y sus aportes,

64. García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución*, p. 44.

65. Lavín, Pablo, *Teoría del Estado*, Notas de clase (Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, Universidad de La Habana, 1948), p. 100.

66. Chardiet, Armando, “Función social de la propiedad”, p. 46.

67. Chardiet, Armando, “Función social de la propiedad”, p. 44.

pero también alude a que al mezclar la sociología con el Derecho se ha llevado a la tergiversación del derecho de propiedad⁶⁸.

La idea de función social lleva inherente esa noción de límite, y debe brotar la de la necesidad de una conciliación armónica del derecho de los individuos a disponer de sus bienes con el de la sociedad, de manera que esta disposición no perjudique a otros y concurra al bienestar social. La fórmula para él estribaba en una relación armónica entre el individuo y la sociedad⁶⁹, así como en los límites que debe tener la propiedad como institución. En tal sentido expresaba el autor cubano: “(...) una propiedad sin límites, es no solo tiránica con respecto a los particulares sino anárquica con respecto a la sociedad”⁷⁰.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, Triay, al igual que Chardiet, defiende las soluciones armónico-sociales en materia de propiedad. Los nuevos principios en esta materia son tres para él: primero, limitar el ejercicio de este derecho para que el propietario no pueda ejercerlo contra los fines económico-sociales a que responde; segundo, combatir los latifundios y favorecer la pequeña propiedad, y el tercero, desenvolver la institución de expropiación forzosa para fines de utilidad social⁷¹.

Sánchez de Bustamante y Montoro define igualmente las líneas generales de la teoría, a saber: la propiedad como riqueza; la obligación del propietario de hacer valer su propiedad en función del bien común; la protección social que recibe al cumplir con esa función⁷².

Otra de las referencias más extensas sobre la función social en la doctrina cubana se halla en la obra de García Tudurí, aunque de una manera muy propia, pues, si bien su estudio es profundo, en este autor se evidencian ciertos celos y los desmanes que se pueden cometer contra el derecho de propiedad. A manera de parodia exclamaba: “función social, función social, ¡cuántas injusticias se han cometido en tu nombre”⁷³. Para este autor, la función social de la

68. Chardiet, Armando, “Función social de la propiedad”, p. 44.

69. Chardiet, Armando, “Función social de la propiedad”, p. 47.

70. Chardiet, Armando, “Función social de la propiedad”, p. 43.

71. Triay León, Andrés, *Derechos Reales*, Tercera Edición (La Habana: Editorial Librería Martí, 1949-1951), p. 268.

72. Sánchez de Bustamante y Montoro, Antonio, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pp. 98-99.

73. García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución*, p. 45.

propiedad no es la causa de la propiedad, sino una causa de justificación, la razón o motivo por el cual los partidarios de esta teoría reconocen la legitimidad de la propiedad⁷⁴.

Por otra parte, la divergencia en cuanto a criterios sobre la función social incidió también en los tratadistas cubanos de Derecho Privado. Precisamente, otro escollo a salvar por el precepto constitucional no resultaba ser únicamente sus contradicciones a lo interno del texto, sino entre la visión de avanzada sobre la propiedad que diseñaba la Carta Magna y la propiedad clásica que recogía el Código Civil español⁷⁵.

Esta visión es mantenida por un autor como Aramburo⁷⁶ en su Proyecto de Código Civil⁷⁷. No obstante, tiempo después el Proyecto de Bustamante y Sirvén trata de colegiar ambas visiones: la clásica y la moderna⁷⁸. En suma, recae en una contradicción. En el Título Segundo de su Proyecto, titulado “De la propiedad y los derechos reales”, el artículo 251 plantea: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (...) Es aplicable a toda clase de propiedad el artículo 87 de la Constitución”, por lo que trata de combinar en el mismo precepto

74. García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución*, p. 21.

75. Sobre las diferencias de lo estipulado en la Constitución y en el Código Civil respecto a la propiedad, pueden consultarse: Sánchez de Bustamante y Montoro, Antonio, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, p. 99; Triay León, Andrés, *Derechos Reales*, p. 290; García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución*, p. 20. También puede consultarse respecto a la propiedad y el Derecho Civil el artículo: Menéndez, Emilio, “Perennidad del Derecho Civil”, en *Revista Cubana del Derecho*, Año XVI (2 Nueva Serie), Nro. (64), octubre-diciembre de 1942.

76. Tal es el caso de su libro *Elementos del Derecho civil*, donde recoge a la propiedad con sus atributos liberales sin reconocer las limitaciones que puede sufrir el derecho por materia social. Vid. Aramburo y Machado, Mariano, *Elementos del Derecho Civil*, Tomo II (La Habana: Imprenta Avisador Comercial, 1929), pp. 19-26. Lo mismo había sucedido con anterioridad en su obra: *Bases para el Código Civil Cubano*. Vid. Aramburo y Machado, Mariano, *Bases para el Código Civil Cubano* (La Habana: Imprenta de Solana y Compañía, 1916).

77. Puede consultarse en su *Proyecto de Código Civil* en el Título II, “De la propiedad”, el Capítulo I, artículo 43. Vid. Aramburo y Machado, Mariano, “Código Civil Cubano”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XI, Nros. 2 y 3 (42, 43), La Habana, abril-septiembre de 1934, p. 157.

78. Vid. Sánchez de Bustamante y Sirvén, Antonio, *Proyecto de Código Civil de Cuba* (La Habana: Talleres Topográficos de Carasa y Compañía, 1940), p. 59.

la visión clásica de la propiedad con la teoría de la función social de la propiedad⁷⁹.

En el *Proyecto de Reforma del Código Civil para armonizarlo con la nueva Constitución de la República*, de Blanco, Díaz Pairó y Le Riverend, queda incorporado el término función social⁸⁰. En tal sentido, el artículo 348 reformado reconocería la facultad del propietario para “gozar y disponer de ella, conforme a la función social de su derecho, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley por motivos de necesidad pública o de interés social”⁸¹.

Otro autor como Gavilondo, a tono con las corrientes socializadoras que debía reconocer el nuevo Código Civil, señalaba entre ellas a la función social de la propiedad⁸². Por otra parte, Núñez y Núñez dedicó espacio a tratar la teoría de la función social y se pronuncia como partidario de una necesaria modificación del Código Civil, en aras de adecuarlo a los nuevos derroteros doctrinales⁸³.

No obstante, ninguno de estos Proyectos de Código Civil llegó a concretarse, manteniéndose en la práctica esa dicotomía entre la propiedad prevista en la Constitución y la propiedad reconocida en la Ley Civil. Las ideas de los tratadistas cubanos de Derecho Privado quedaron en el tintero, aunque sin duda son un claro ejemplo de las tentativas de reformar, en pos de la coherencia y la modernidad, las bases del Derecho Civil en Cuba, incluyendo por supuesto al importante rubro de la propiedad.

79. Sánchez de Bustamante y Sirvén, Antonio, *Proyecto de Código Civil de Cuba*, p. 59.

80. Vid. “Proyecto de reforma del Código Civil vigente en Cuba, para armonizarlo con la nueva Constitución de la República”, por la comisión integrada por los Doctores Alberto Blanco, Antonio Díaz Pairó y Eduardo Le Riverend, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XV (2 Nueva Serie), Nro. 2 (58), abril-junio de 1941, p. 251.

81. “Proyecto de reforma del Código Civil vigente en Cuba, para armonizarlo con la nueva Constitución de la República”, por la comisión integrada por los Doctores Alberto Blanco, Antonio Díaz Pairó y Eduardo Le Riverend, p. 251.

82. Vid. Gavilondo y Lerena, Miguel A., *Tópicos Jurídicos (a propósito de la proyectada reforma del Código Civil)*, 1941, p. 10.

83. Núñez y Núñez, Eduardo Rafael, *Tópicos jurisprudenciales*, Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros, Volumen CXXIII (La Habana: Obispo 521, 1948), pp. 70-71. Al respecto plantea: “La propiedad-función o la función social de la propiedad, ha de ser incorporada a nuestro Código Civil”.

5. Ideas finales

En líneas generales, la función social de la propiedad privada se trató de un principio polémico en el mundo durante el siglo XX, de cuyo debate no podía escapar Cuba. Las particularidades de la recepción de las doctrinas sociales foráneas en la teoría y práctica nacional, así como la forma en que fueron floreciendo en el pensamiento jurídico cubano, resultan esenciales para los estudios histórico-jurídicos en el país.

La teoría de la función social estuvo presente en la doctrina científica cubana de la primera mitad del siglo XX. Antes de la Constituyente de 1940, los autores se hicieron eco de las nuevas corrientes de pensamiento, creando un consenso anterior a la magna cita y favorable a la adopción de la nueva teoría.

Sin embargo, el fruto de la Constituyente en materia de función social de la propiedad resultó ser un precepto vago e indeterminado, carente de verdadero sentido jurídico. Una fórmula transaccional entre las nuevas corrientes jurídicas y el individualismo que, todavía arraigado, no se superaría de forma contundente.

Con posterioridad a la adopción de la Constitución, la ambigüedad del artículo conllevó un rico debate doctrinal. Las reflexiones suscitadas permiten comprender la diversidad de criterios en cuanto al contenido y alcance del principio de la función social en la literatura científica de la época, y las divergencias respecto al Código Civil español vigente a la sazón, las que, pese a los esfuerzos y tentativas, no fueron solucionadas.

Bibliografía

- Álvarez Tabío, Fernando, *Teoría e Historia de la Constitución cubana. Segundo Semestre*, Empresa de Publicaciones Universidad de La Habana, Unidad de Impresión Ligera, 1965.
- Álvarez Tabío, Fernando, *El Constitucionalismo en Cuba*, Universidad de La Habana Dirección de Publicaciones, Unidad de Impresión Ligera, 1966.
- Aramburo y Machado, Mariano, *Bases para el Código Civil Cubano*, Imprenta de Solana y Compañía, La Habana, 1916.
- Aramburo y Machado, Mariano, *Filosofía del Derecho*, Instituto de las Españas en los Estados Unidos, III Tomos, Nueva York, 1927.
- Aramburo y Machado, Mariano, *Elementos del Derecho Civil*, Tomo II, Imprenta Avisador Comercial, La Habana, 1929.

- Aramburo y Machado, Mariano, "Proyecto de Constitución de la República de Cuba", en *La Nueva República, Revista de Renovación*, La Casa Martín, Imprenta, La Habana, 15 de abril de 1931.
- Aramburo y Machado, Mariano, "Código Civil Cubano", en *Revista Cubana de Derecho*, Año XI, Nros. 2 y 3 (42, 43), La Habana, abril-septiembre de 1934.
- Barreras, Antonio, *Textos de las Constituciones de Cuba*, Editorial Minerva, La Habana, 1940.
- Blanco, Alberto, "El momento constitucional en Cuba", en *Revista Cubana de Derecho*, Año XII, Nro. 4 (52), octubre-diciembre de 1936.
- Blanco, Alberto; Díaz Pairó, Antonio y Le Riverend, Eduardo, "Proyecto de reforma del Código Civil vigente en Cuba para armonizarlo con la nueva Constitución de la República" en *Revista Cubana de Derecho*, Año XV (2 Nueva Serie), Nro. 2 (58), abril-junio de 1941.
- Cárdenas, Raúl de, *Los Derechos privados y la Constitución del Estado*, Sociedad de Legislación Comparada de La Habana, Impresos Infantes, La Habana, 1939.
- Cárdenas, Raúl de, "Evolución del Derecho Cubano", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomo IX, Nro. 33, Universidad Autónoma de México, enero-febrero-marzo de 1947.
- Chardiet, Armando, "Función social de la propiedad", en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Publicación Universitaria de Estudiantes, Año 1, Nro. 1, Editorial Luz-Hilo, febrero-marzo de 1924.
- Consentini, Francesco, "Código Agrario para la República de México", en *Revista Cubana de Derecho*, Año XIV, Nros. 1 y 2 (53, 54), enero-junio de 1937.
- Cortina, José Manuel, *Exposición de Motivos y Bases sobre la Reforma de la Constitución*, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca., Segunda Edición, La Habana, 1936.
- Cortina, José Manuel, "Función Social de la Propiedad según la Constitución de Cuba", *Diario de la Marina*, La Habana, 26 de febrero de 1946.
- Desvernine, Pablo, *Nuevas tendencias del Derecho Civil*, Imprenta española de Ricardo Requenses, Nueva York, 1893.
- Desvernine, Pablo, *Derecho y Sociología*, tesis presentada para optar al grado de Doctor, Imprenta La Tipografía, O'Reilly Nro. 10, La Habana, 1900.
- Díaz Cruz, Mario, "La propiedad, función social", en *Revista Cubana de Derecho*, Nro. 1, Año XX, 6ta serie, enero-marzo de 1946.
- Díaz Pairó, Antonio, "Cuestiones de Derecho Civil en la Constitución", en *Revista Cubana de Derecho*, Año XIV, Nros. 3 y 4 (55, 56), julio, diciembre de 1937.

- Dorta Duque, Manuel y Dorta Duque Ortiz, Manuel, *Derecho Agrario y Proyecto de Código Cubano de Reforma Agraria*, La Habana, Cuba, 1956.
- Ferrara, Orestes, *Las ideas jurídico sociales en las Constituciones Cubanas*, Conferencia Pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados en 1945, University of Illinois Library at Urbana-Champaign Bookstack, Talleres Gráficos Marsiega, Madrid, 1945.
- Figueroa Hernández, Miguel, *Función social de la propiedad*, La Habana, diciembre de 1945.
- Gay Calvó, Enrique, “Orientaciones modernas constitucionales”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XI, Nro.1 (41), enero-marzo de 1934.
- García Belaúnde, Domingo, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, Nro. 109, enero-abril de 2004.
- García Tudurí, Elpidio, *La propiedad en nuestra Constitución*, Pinar del Río, 1946.
- Gavilondo y Lerena, Miguel A., *Tópicos Jurídicos (a propósito de la proyectada reforma del Código Civil)*, 1941.
- Guiteras Holmes, Antonio, *Pensamiento Revolucionario Cubano*, Tomo I, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1971.
- Gutiérrez Sánchez, Gustavo, *Historia del Derecho Constitucional cubano*, Editorial Cultura S.A., La Habana, 1938.
- Hernández Corujo, Enrique, *Los fundamentos históricos y filosóficos de la Constitución de 1901*, Editorial Lex, La Habana, 1953.
- Hernández Corujo, Enrique, *Historia Constitucional de Cuba*, La Habana, Compañía Editora de Libros y Folletos, O’Reilly No. 304, 1960.
- Infesta, Ramón, *Historia Constitucional de Cuba*, Editorial Selecta, La Habana, 1942.
- Jorrín, Miguel, “Derecho estatal y Derecho social”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año I, marzo-abril de 1938.
- Lavín, Pablo, *Teoría del Estado*, Notas de clase, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, Universidad de La Habana, 1948.
- Lezcano y Mazón, Andrés Ma., *Las Constituciones de Cuba*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952.
- Mañas, Arturo, “Sobre una reforma de la Constitución cubana”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año VIII, Nro. 2 (30), abril-junio de 1931.
- Matilla Correa, Andry, *León Duguít, Cuba y el Derecho cubano* (La Habana: Editorial Unijuris, 2020).
- Matilla Correa, Andry et al. (Coords.), *Temas de Historia del Derecho y Derecho Agrario, Homenaje al Profesor Orestes Hernández Más* (La Habana: Editorial Unijuris, 2013).
- Menéndez, Emilio, *El poder judicial y la Constitución*, *Comparative Juridical Review*.

- Menéndez, Emilio, “Perennidad del Derecho Civil”, en *Revista Cubana del Derecho*, Año XVI (2 Nueva Serie), Nro. (64), octubre-diciembre de 1942.
- Menéndez, Servando, *Derechos de propiedad excepcionales en Cuba* (La Habana: Editorial Lex, 1948).
- Montagú, Guillermo de, “Las transformaciones de la propiedad”, en *Repertorio Judicial*, Año XXI, Nro. 1, Compañía Editora de Libros y Folletos, enero de 1945.
- Morán, Carlos M., “La cuestión social en la Constitución”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XIII, Nro. 3 (51), julio-septiembre de 1936.
- Nieto Piñeiro-Osorio, Adolfo, *El Concepto de Constitución* (La Habana: Imp. Fernández Solana y Ca., 1952).
- Núñez y Núñez, Eduardo Rafael, *Tópicos jurisprudenciales*, Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros, Volumen CXXIII, Obispo 521, La Habana, 1948.
- Pichardo, Hortensia, *Documentos para la Historia de Cuba*, Tomo 3, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973.
- República de Cuba, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*, Sesión Primera Inaugural del 9 de febrero de 1940, La Habana, 1940.
- Rivero Valdés, Orlando, “La tutela jurisdiccional de los Derechos reales inmobiliarios en Cuba: Discurso jurídico y reajuste socioeconómico”, en *Cuba in Transition*, ASCE, 2006.
- Robles Espinosa, Manuel, “La función social de la propiedad”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Habana*, Año IX, Volumen IX, Nro. 69, abril-junio de 1946.
- Rodríguez Álvarez, Rodolfo, “Transformaciones operadas en el Derecho civil cubano por los gobiernos revolucionarios”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XII, Nro. 3 (47), julio-septiembre de 1935.
- Rodríguez Álvarez, José R., “Principios de legislación y la familia en la Constitución”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XIII, Nro. 4 (52), octubre-diciembre de 1936.
- Sánchez de Bustamante y Montoro, Antonio, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, fascículo 3, “Tipo de Instituciones Jurídicas, Derechos Reales”, Segunda Edición (La Habana: Obispo 521, 1945).
- Sánchez de Bustamante y Sirvén, Antonio, *Proyecto de Código Civil de Cuba* (La Habana: Talleres Topográficos de Carasa y Compañía, 1940).
- Selaya y de la Fuente, Eduardo, “La propiedad privada constituye la génesis de la nacionalidad”, Tema presentado a la Asamblea Nacional de Cooperaciones Económicas de Cuba y celebrada en la ciudad de La Habana los días 26, 27 y 28 de mayo de 1939, Folleto, S/A.
- Tejera, Diego Vicente, *Los derechos individuales no son incompatibles con un régimen socialista* (La Habana: Editorial Atalaya S.A., 1940).

Triay León, Andrés, *Derechos Reales*, Tercera Edición (La Habana: Editorial Librería Martí, 1949-1951).

Zamora, Juan Clemente, *Nuevas orientaciones en materia constitucional* (La Habana: Editorial Atalaya S.A., 1939). Conferencia dictada en el "Club Atenas" de La Habana, el 13 de febrero de 1939, por el Dr. Juan Clemente Zamora, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad.

**UN EJEMPLO DE CIRCULACIÓN DE IDEAS
DE DERECHO COMPARADO DESDE ESTADOS UNIDOS
PASANDO POR EUROPA HACIA LATINOAMÉRICA.
LA OBRA DE ROLF SERICK RESPECTO DE LA
DOCTRINA DEL “*PIERCING THE CORPORATE VEIL*”
EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DE PRINCIPIOS
DEL SIGLO XIX HASTA LA ACTUALIDAD**

HÉCTOR JOSÉ MIGUENS*

1. La doctrina de Serick y el derecho anglosajón estadounidense

Serick no se conforma con exponer con detenimiento el análisis de la jurisprudencia norteamericana cuyos antecedentes más remotos se retrotraen a 1807 en esas tierras del Norte, sino que entregó la información ya procesada intelectualmente: introdujo al final de su obra cuatro proposiciones de las conclusiones sobre su investigación y una visión de conjunto. Su afán sistematizador es apasionante, destacado, percibido y apoyado por la doctrina extranjera y comparada¹.

* Investigador Independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina. Profesor extraordinario de Derecho Concursal, Facultad de Derecho, Universidad Austral. Profesor contratado, Universidad de Buenos Aires.

1. Cfr. Prólogo de Antonio Polo en Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Traducción de José Puig Brutau (Barcelona: Ediciones Ariel, 1958), pp. 7-19, Catedrático de la Universidad de Barcelona, quien textualmente afirmaba: “El indiscutible mérito de Serick reside en haber acertado a someter a examen conjunto en toda su varia y profusa casuística los diversos supuestos la utilización meramente instrumental de la forma de la persona jurídica, hecha abstracción de los fines para que fue ideada, en un primer intento serio de construcción sistemática, procurando

A modo de resumen de ellas podemos afirmar que, en definitiva, conforme este estudio de hace casi setenta años, la estructura formal de la persona jurídica puede ser desestimada en dos casos: cuando se la utiliza abusivamente para fines ilícitos, y el segundo para enlazar determinadas normas con la persona jurídica. En ambos casos se penetra hasta alcanzar el substrato personal o real que la constituye, ya sea para evitar el abuso, ya se procure la realización del sentido contenido en la norma de cuya aplicación se trata².

Respecto de las proposiciones, las mismas pueden resumirse en las siguientes, a saber³:

1. Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros. Por tanto, solo procederá invocar que existe un atentado contra la buena fe, como razón justificativa de que se prescinda de la forma de la persona jurídica, cuando concurren los supuestos del abuso que han sido señalados.
2. No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico. Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción.
3. Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos también deben

reducir a unidad la multiforme fenomenología contemplada, unidad y sistema en los que, si existen fisuras, éstas han de ser admitidas como inevitables, dada la extraordinaria delicadeza y complejidad del tema objeto de estudio”.

2. Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, pp. 241 y ss.

3. Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, pp. 241 y ss.

aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma.

4. Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva.

En cuanto a la visión de conjunto digamos en resumidas cuentas que el profesor alemán afirma lo siguiente⁴:

1. Los casos de abuso sirven para demostrar las excepciones que sufre la regla de que los derechos y obligaciones de la sociedad no pueden ser nunca considerados como derechos y obligaciones de los socios (y a la inversa).
2. En la vida del Derecho la persona jurídica no es un fenómeno natural previamente dado, sino una figura ideal para la persecución de determinados fines jurídicos. De este principio de su existencia espiritual cabe inferir su elasticidad antes señalada, que permite descartar su personalidad jurídica en un caso concreto para penetrar hasta los hombres o los objetos que se hallan detrás de la persona colectiva.

Todo esto en cuanto a las conclusiones sintéticas de lo estudiado por nuestro autor alemán. En cuanto a la sistematización de los supuestos estudiados en la jurisprudencia del *common law* estadounidense y de la propia jurisprudencia alemana imperante en la época, podemos decir que nuestro autor desarrolla ordenadamente el asunto en diecisiete aspectos o temas que se mencionan a continuación en apretada síntesis, y organizadas en cuatro partes distintas, a saber⁵:

4. Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, pp. 259-261.

5. Cfr. para esto el índice de la obra de Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, en las pp. 23-24.

Primera parte: Importancia del problema en la jurisprudencia y en la doctrina científica alemana.

1. Ejemplos y razones del actual estado de inseguridad jurídica en el tratamiento de los casos que exigen intervención.
2. Observación dogmática y sistemática.
3. Fraudes a la ley por medio de una persona jurídica.
4. Fraude y lesión del contrato.
5. Otros casos de daño causado fraudulentamente o con deslealtad a terceros con el recurso de la persona jurídica.

Segunda parte: La doctrina americana llamada *disregard of legal entity*⁶.

6. Consideración general. Justificación de un estudio comparativo.
7. La esencia de la persona jurídica a la luz de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia americanas.
8. El ámbito de aplicación de la doctrina del apartamiento o desestimación de la persona jurídica.
9. Problemas de estructura y delimitación en la doctrina del *disregard of legal entity*.
10. El sentido de la doctrina del *disregard*.

Tercera parte: Problemas especiales que plantean las reglas del derecho de sociedades.

11. La desestimación de la forma de la persona jurídica a favor de la realización de la finalidad a que responde una norma del derecho de sociedades.

6. En los distintos idiomas el original inglés más comúnmente usado es “*disregard of legal entity*”, aunque también pueden encontrarse el uso de la expresión “*lifting the corporate veil*”. En castellano es mayor la riqueza idiomática, usándose las expresiones “corrimiento del velo societario”, “desestimación de la personalidad jurídica”, “perforación del velo societario”, “levantamiento del velo societario”, “allanamiento de la personalidad jurídica societaria”, “inoponibilidad de la personalidad societaria” o “penetración de la personalidad jurídica”. En Italia suele transcribirse el original inglés, aunque algunos autores italianos utilizan la expresión “*superamento de la personalità societaria*”. En Alemania los autores hablan del “[Responsabilidad por la] Perforación del velo societario” (“*Durchgriffshaftung*”) o bien “*Haftungsdurchgriff*”) y también usan las expresiones inglesas.

Cuarta parte: Problemas de aplicación de la norma a la persona jurídica.

12. El problema de la nacionalidad de la persona jurídica.
13. Medidas que tratan de evitar que personas jurídicas nacionales sean dominadas por el capital extranjero.
14. La cualidad de enemigo de la persona jurídica.
15. Personas jurídicas como titulares del derecho de autor.
16. Problemas de delimitación de las conexiones de normas.

Quinta parte: Problemas de interpretación.

17. Problemas especiales en las normas que presuponen un negocio de tráfico o una pugna de intereses.

Hasta aquí un resumen de la obra de Serick. Ahora veamos su influencia dentro y fuera de Alemania.

2. Influencia de Serick en España

En España, ya en 1958 su traductor español, Dr. José Puig Brutau, puso de relieve la aplicabilidad de las tesis y postulados *de lege lata* y *de lege ferenda* de Serick en la misma edición española del libro traducido, respecto de los siguientes tópicos del derecho español civil y comercial tratados en la edición castellana, a saber⁷:

- realidad y trascendencia en el derecho español del problema discutido por Serick;
- la doctrina del *disregard* y el traspaso de local de negocio;
- esta doctrina y la llamada sociedad de un solo socio;
- la relatividad del concepto de persona jurídica en las distintas clases de sociedades;
- la incongruencia entre la estructura jurídica y la base económica de la sociedad;
- *disregard* y doctrina de terceros; y, finalmente,

7. Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, pp. 265-356.

- la nacionalidad de las sociedades (casi cien páginas en total del libro de la edición castellana de Serick a cargo del Prof. Puig Brutau).

Casi sesenta años después, en 2006, Carmen Boldó Roda publicó la cuarta edición de una extensa monografía sobre el derecho privado español del tema del levantamiento del velo societario, de la que pueden señalarse las siguientes conclusiones, a saber⁸:

1. Aplicación de la doctrina por más de 200 sentencias del tribunal supremo español, la primera de las cuales data del 28 de mayo de 1984. Los fundamentos esgrimidos son aplicados en bloque bajo las figuras de una serie de instituciones y principios jurídicos tales como el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, la equidad, la buena fe, el fraude ley y el abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo. Esa vaguedad o generalidad de institutos aplicados genera incertidumbre o inviabilidad porque cada una de esas instituciones tiene su propia entidad, necesita de unos requisitos concretos y produce unos efectos diversos.
2. La acuciante impredecibilidad que tiene el tema en la actualidad que se deduce de la debilidad de la doctrina basada en la extremada dificultad de encontrar un criterio rector reclama que se indique en qué casos puede prescindirse o no de la forma de la persona jurídica. A causa de dicha incertidumbre dicha técnica tiende a aplicarse de forma excepcional y con carácter restrictivo.
3. El origen de la doctrina en el *equity* de las sentencias estadounidenses, que la tornan extremadamente difícil de sistematizar conceptualmente, al estilo del *Civil Law* del derecho continental europeo, desde el punto de vista de la doctrina anglonorteamericana.
4. El relevante papel que ha jugado la obra de Serick en el derecho continental europeo sobre el tema desde 1955 hasta nuestros días, con algunos supuestos añadidos por la jurisprudencia española, tales como, por ejemplo, la identidad de

8. Cfr. Boldó Roda, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español* (Pamplona: Editorial Aranzadi, cuarta edición, 2006).

- personas o esferas (la “*Spherenvermischung*” de la que habla la doctrina alemana), control o dirección efectiva exterior, infracapitalización de las sociedades, y utilización de la persona jurídica en fraude de ley o para incumplir obligaciones.
5. La influencia de la escuela del Análisis Económico del Derecho como justificación de la doctrina, que se ha añadido a los fundamentos tradicionales de la misma.
 6. La inexistencia de construcciones dogmáticas en el *common law*, lo que imposibilita encontrar una estructura de tal naturaleza sobre la doctrina del *disregard* desde dentro mismo del *common law*.
 7. El fundamento de la doctrina en el fraude en cuanto concepto amplio, en el que se pueden subsumir instituciones del derecho continental europeo tales como los actos fraudulentos, la simulación y el dolo.
 8. El paralelismo que existe entre el derecho estadounidense y el derecho inglés, conforme al cual la jurisprudencia inglesa es cada vez más restrictiva para aplicar la doctrina y, por otra parte, la legislación inglesa, que es más amplia que la estadounidense en la sanción de cuerpos normativos societarios y concursales de los últimos años.
 9. La falta de unidad de los estándares aplicados por la jurisprudencia estadounidense, basada en las circunstancias de cada caso. Nos encontramos con la bruma de la metáfora, como expresaba el juez Cardozo en sus sentencias sobre el *disregard* norteamericano.
 10. La única limitación aparente en el derecho de Estados Unidos radica en su carácter restrictivo y en la imposibilidad de que se levante el velo en beneficio de los propios accionistas de la sociedad (la llamada “*perforación “amigable” del velo societario*” del derecho alemán), bien que, por otra parte, se ha demostrado empíricamente que muchas de las previsiones de esa deficiente construcción doctrinal no se cumplen en la realidad.
 11. El ofrecimiento de la doctrina de los fundamentos alternativos de la buena fe (art. 7.1), el abuso del derecho (art. 7.2) o el fraude de ley (art. 6.4), conforme el régimen del Código Civil español, cada una con sus consecuencias jurídicas correspondientes y diferenciadas. A nuestro modo de ver, estas soluciones del derecho español respecto del abuso

de la personalidad jurídica están en armonía con la mayoría de los postulados de Serick, más de sesenta años después de la publicación de su obra y tienen fundamentos y regímenes más sólidos que la doctrina del alemán.

12. Algo semejante cabe afirmar respecto de la doctrina de los propios actos (art. 1911 del Código Civil español).
13. Los desarrollos posteriores de la doctrina alemana aceptados por una parte de la doctrina española y la jurisprudencia del Supremo Tribunal español respecto de los llamados “grupos de casos” en los que puede aplicarse la doctrina del *disregard*, a saber: confusión de patrimonios o esferas, dirección externa, infracapitalización y abuso de la persona jurídica en fraude de la ley o en incumplimiento de obligaciones.
14. Respecto de los grupos de sociedades, el Tribunal Supremo español ha aplicado la doctrina a algunos casos en el terreno de la jurisprudencia laboral.
15. Fundamentos aplicables a supuestos de responsabilidad ilimitada de terceros o directores de la sociedad son los artículos 135, 260 y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas española.

La influencia de Serick se puede observar también en otras monografías españolas publicadas recientemente, que, en mayor o menor medida, han continuado la tradición sistematizadora del alemán con mayor o menor resultado en orden a intentar arribar a definiciones últimas⁹. Algunas de estas monografías incluso declaran expresamente como introductor de la doctrina del *disregard* en España a Serick¹⁰ y ensayan sistematizaciones sobre los caracteres de

9. Cfr., por ejemplo, Hurtado Cobles, J., *La doctrina del levantamiento del velo societario* (Barcelona: Ed. Atelier, 2000), pp. 61 y ss., respecto de la definición y conceptualización de la doctrina; De Angel Yagües, R., *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia* (Madrid: Civitas, 2006), p. 75; De Castro y Bravo, *La persona jurídica* (Madrid: Civitas, reimpresión 1991), p. 271; Capilla Roncero, F., *La persona jurídica, funciones y disfunciones* (Madrid: Tecnos, 1984), y Sánchez Huete, Miguel Ángel, *El levantamiento del velo (la responsabilidad de la sociedad pantalla y refugio) en la nueva Ley General Tributaria* (Madrid: Marcial Pons, 2008).

10. Cfr. Sánchez Huete, Miguel Ángel, *El levantamiento del velo*, pp. 41-44 (con expresa referencia a nuestro autor alemán al par que la evolución de la

la doctrina en el derecho español¹¹ en analógico pensamiento con nuestro autor, más allá incluso del derecho privado, extendiéndose al derecho administrativo y fiscal.

3. Influencia de Serick en Alemania

Esta obra ha tenido influencia en Alemania no solo por la propia nacionalidad del autor, sino también por la constante referencia a cuestiones que allí han sido planteadas y resueltas por los Tribunales con anterioridad a la publicación de esta monografía y por la indudablemente extraordinaria calidad de la obra producida¹².

En la jurisprudencia alemana ya existían algunos fallos escasos sobre la doctrina del *piercing*, antes de la obra de Serick, pero ella ha tenido también influencia, especialmente en la del Supremo Tribunal Federal de la época de los cincuenta del siglo XX y en años

jurisprudencia norteamericana sobre el tema como los dos introductores de la doctrina del *disregard* en España). También en el derecho público puede verse: Ortiz Vaamonde, S., *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros* (Madrid: Ed. La Ley, 2004).

11. Cfr. Sánchez Huete, Miguel Ángel, *El levantamiento del velo*, p. 69: este autor afirma que la doctrina del levantamiento en el derecho español tiene los siguientes caracteres, deducidos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: 1) principio de aplicación casuística; 2) principio de aplicación judicial; 3) principio de excepcionalidad; 4) principio de subsidiariedad institucional.

12. Cfr. Prólogo de Antonio Polo en Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, p. 9, quien menciona los trabajos de Meilicke, Möhring y Beitzke y, especialmente, de Müller-Freienfels (Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957, pp. 522-544), profesor de la Universidad de Fráncfort, que somete a profundo análisis crítico la valiosa aportación de la obra. Justifica este autor la extraordinaria atención despertada por la obra de Serick por haber acertado en elegir un tema que *teórica y prácticamente* encierra un gran interés, y que afecta simultáneamente a la Teoría general del Derecho, a la Sociología del Derecho y a la Política jurídica. El mérito de nuestro autor, sin embargo, no reside solamente en haber «visto» el tema, sino en que discurre sin dificultad por el camino emprendido, e investiga con gran aplicación, agudeza y valentía, manejando multitud de materiales e ideas, a través de una casuística que él se esfuerza por reunir bajo puntos de vista ordenados, en contraste con la ausencia de una línea clara y definida que en el tratamiento de aquellas cuestiones caracteriza la jurisprudencia y literatura anteriores y especialmente a la norteamericana.

posteriores¹³. Así, nuestro autor critica por excesivamente vagas e imprecisas las fórmulas tan reiteradas en virtud de las cuales la jurisprudencia germana anterior a 1955 se había atrevido a penetrar hasta el último sustrato de la persona jurídica. Tales fórmulas, si bien han servido para resolver con equidad casos aislados, no pueden por su excesiva vaguedad elevarse a la categoría de principios dogmáticos que, al mismo tiempo que nos protegen contra posibles abusos, cumplan con aquellas condiciones mínimas exigidas por la seguridad jurídica¹⁴.

En Alemania también ha influido nuestro autor, entre otros campos, en la doctrina del Derecho Internacional Privado de las sociedades comerciales¹⁵ y en la doctrina sobre los grupos de sociedades en Alemania en los últimos años¹⁶.

4. Influencia de Serick en Italia

También ha influido en Italia, porque desde hacía varios años antes de 1955, merced principalmente a los trabajos de Tullio Ascarelli y también de Francesco Ferrara¹⁷, los problemas de la personalidad jurídica ocupaban entonces y ocupan ahora un primer

13. Cfr. Prólogo de Antonio Polo en Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, p. 9, quien cita a Müller-Freienfels, en su artículo de 1957, quien a su vez cita una sentencia del tribunal supremo federal del 29 de noviembre de 1956 que acoge expresamente la doctrina de Serick, si bien parcialmente. Existen otras sentencias de los años cincuenta del siglo pasado concordantes con las doctrinas de Serick, aunque no había unanimidad jurisprudencial alemana en esa época. También han sido seguidos sus criterios en el Acuerdo del 13 de noviembre de 1957 adoptado por el Alto Tribunal con competencia en la aplicación de las llamadas Leyes de Restitución y Devolución de Derechos y Propiedades de las Víctimas del Régimen Nacional-Socialista.

14. Cfr. Prólogo de Antonio Polo en Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, p. 12.

15. Cfr., entre otros, Vg. Müller, Robert, *Kollisionsrechtliche Probleme der Durchgriffslehre bei Kapitalgesellschaften* (Frankfurt a. M., Univ., Diss., 1974).

16. Cfr., entre otros, Bitter, Georg, *Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften* (Köln [u.a.]: Heymann, 2000). (Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht ; 118).

17. Cfr. Ferrara, Francesco (Jr.), *Gli imprenditori e le società*. (Milano: Giuffrè, 2ª ed., 1946). Hay una novena edición con igual título actualizada por Francesco Corsi (Milano: Giuffrè. 1995).

plano, y vienen siendo objeto de especial consideración por la doctrina y la jurisprudencia italianas. Así, pueden verse los trabajos de Rescigno¹⁸. En cuanto a los numerosos y brillantes trabajos de Ascarelli, la doctrina española ha destacado el distinto tratamiento del societarista italiano sobre el tema de la persona jurídica y sus posibles abusos¹⁹, el que, no obstante, desde nuestro punto de vista no llega a eclipsar la obra del alemán, sino más bien a complementarla, sin obstar a que esta haya influido notablemente en la literatura italiana subsiguientemente posterior a la de los años cincuenta del siglo pasado²⁰.

18. Respecto de Rescigno, Polo resalta en su Prólogo en Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, p. 10, que este autor italiano, en un artículo de 1956 y después de ofrecer una amplia síntesis de su contenido, proclama el mérito de tan interesante esfuerzo del alemán, no solo por la claridad y solidez que lo caracteriza, sino por el modo en que, al desenvolver un tema tan rico en perspectivas y sugerencias, se concilia el rigor dogmático y el interés de las direcciones de la práctica y la literatura extranjera.

19. Cfr. Prólogo de Polo en Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, p. 10, quien expresa sobre Ascarelli y su obra sobre la persona jurídica y sus abusos: “Pero, a nuestro juicio lo que da más valor a la recepción de esta obra en Italia es, sin duda, la atención polémica que en sus últimos trabajos le consagra el Prof. Ascarelli, cuya preocupación ininterrumpida por los problemas ahora abordados por Serick arranca ya desde 1931, con la publicación de su brillante monografía sobre “Il negozio indiretto”, y se cierra, por ahora, con sus dos artículos *Cooperativa e Società* (en *Rivista delle Società*, 1957, 397 y ss.) y *Concettualismo giuridico e magia delle parole*, y *Personalità giuridica e problema delle Società* (*Rivista delle Società*, 1957, pp. 981 y sigs.). La posición de Ascarelli, ya conocida del público español, difiere de la mantenida por Serick en su obra. Mientras éste cree que el material objeto de su investigación no es suficiente para dar una nueva formulación al concepto de persona jurídica, si bien puede contribuir a preparar el terreno para que más adelante se realice una investigación sobre el concepto y la esencia de la misma, aquél viene afirmando desde hace años que en el estudio de la fenomenología del capitalismo contemporáneo resulta completamente inadecuado el perfil de la simulación y también el del fraude o del abuso —conceptos éstos utilizados por Serick—, cuando lo que procede en cambio es someter a revisión la doctrina de la personalidad jurídica. Esta disparidad de criterios rodea de un mayor interés las páginas que Ascarelli dedica a comentar el libro de Serick, y reafirma la significación y el alcance que le hemos atribuido”.

20. Habrá de proseguirse la indagación de esto estudiando la doctrina italiana de las décadas posteriores a la del cincuenta del siglo XX para llegar a saber cómo ha seguido influyendo Serick en Italia. Cabe agregar, finalmente, que existe una interesante monografía de Piero Verrucoli, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capital nella common law e nella civil law* (Milano: CEDAM, 1964).

5. Influencia de Serick en el resto de Europa

En Austria la obra de Serick ha sido puesta como ejemplo de lo que debe ser un trabajo de Derecho Comparado, conforme lo aseverado por Schwind en 1956. En Suecia también ha tenido favorable acogida a través de la recensión de Hessler. En Grecia ocurre lo mismo en el comentario que realiza Simitis, lo mismo que en Suiza y Holanda²¹.

Sobre la influencia de Serick y la doctrina del *disregard* en numerosos países de Europa pueden verse un nutrido número de monografías europeas²², artículos ingleses²³ y otros artículos de derecho comparado²⁴.

6. Influencia de la obra en general y en la actualidad. El punto de vista ético o moral del asunto

Respecto del resonante éxito de la obra del alemán en comentario, dentro y fuera de Alemania, la doctrina española lo ha explicado en base a cuatro elementos, a saber²⁵:

1. El singular interés del tema planteado, en cuanto problema siempre presente en la aplicación e interpretación del derecho, cuando se trata de la utilización de sus instituciones para fines distintos y a veces contradictorios con los que justificaron su nacimiento y su estructuración.

21. Cfr. Prólogo de Polo en Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, p. 11.

22. Cfr., entre muchas otras, la de Vandekerckhove, Karen, "Piercing the corporate veil", Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, European Company Law Series n. 2 (2007).

23. Cfr., por ejemplo, Cohn, E. J. – Simitis, C., "Lifting the Veil in the Company Laws of the European Continent", *International and Comparative Law Quarterly* (1963), pp. 189-225.

24. Dobson, Juan María, "'Lifting the veil' in four countries: the law of Argentina, England, France and the United States", en *International and Comparative Law Quarterly* (1986), pp. 839-863.

25. Cfr. Prólogo de Polo en Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, p. 13.

2. La maestría y competencia con que el tema fue objeto de consideración y estudio.
3. La riqueza de su propio contenido, que se concreta en la cuestión de determinar en qué supuestos y en virtud de qué principios dogmáticos pueden los tribunales llegar a prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para, “penetrando” a través de ella, alcanzar a las personas y bienes que bajo su manto se cobijan. La investigación se sitúa dentro de la llamada concepción realista de la persona jurídica, la cual pretende afirmar que es posible y aun obligado atravesar la corteza de aquel concepto formal, que sanciona una radical separación entre la persona colectiva y los miembros que la integran, para juzgar los hechos de un modo más conforme a la realidad, de manera que permita evitar o corregir peligrosas desviaciones en su utilización. Las cuatro proposiciones fundamentales y la visión de conjunto del tema están llamadas a servir de punto de partida y de referencia obligada para cuantos estudiosos quieran enfrentarse con los acuciantes problemas contemplados en la obra.
4. Parafraseando una vez más a Polo, de este modo, al multiplicarse las teorías, el choque de la polémica y la disparidad de las concepciones respecto de la persona jurídica moral o colectiva respecto de su justificación jurídica, concepto, requisitos, principios, etc., han construido un muro infranqueable. Ello así por cuanto la persona jurídica ha sido considerada como una de las conquistas más fecundas de la dogmática jurídica, como el resorte más adecuado para lograr el cumplimiento de fines supraindividuales que solo pueden alcanzarse merced al mantenimiento de una radical separación entre su personalidad y la de los miembros que la integran, entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios. En el respeto ciego de este dogma residía, sin duda, una de las virtudes más destacadas de esta figura conceptual. Y, sin embargo, por ella y a través de ella habían de comenzar a manifestarse los primeros síntomas de crisis. La grandeza de la persona jurídica llevaba en germen su propia servidumbre.

Una concepción tan excesivamente formal de la persona jurídica estaba llamada a conducir a degeneraciones perniciosas, por

cuanto como puro concepto estructural, fruto de la técnica y del capitalismo contemporáneo, neutro en sí mismo, se presta a potenciar y actualizar cualquier actividad económica, sin consideración a los fines concretos que con la misma se persiguen, merced a ese ciego y absoluto sometimiento al puro concepto formal que caracteriza la persona jurídica ideal. Esa exaltación formal ha hecho que ganara terreno entonces y ahora la idea de que es necesario aportar limitaciones de orden moral y ético, como freno ante posibles extravíos, abusos y desviaciones en su utilización.

En un futuro cercano habrá que abundar en los fundamentos éticos o morales –y también sus naturales límites– de la doctrina del *disregard*, a fin de que no sean a su vez –como los principios jurídicos propios de las personas jurídicas– manipulados o abusados, lo que podría ser ocasión de un nuevo daño por una aplicación desproporcionada de la misma²⁶. Nos encontramos con una necesidad claramente metodológica que es menester atender en el futuro próximo.

7. Influencia de Serick en América Latina. Textos legislativos en México, Argentina, Uruguay y Brasil

En México, existe un Proyecto de Ley de la Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria del año 2002, refiriéndose especialmente al fraude a la ley en sus arts. 17 y 18, entre otras normas propias de nuestra institución²⁷.

En la Argentina, Francisco M. López Raffo ha publicado en el año 2005 una obra monográfica sobre la doctrina del *disregard*, en la que reconoce el valor de la obra de Serick en el tema²⁸.

26. En este trabajo se cita una jurisprudencia que nos parece inadecuada respecto de una aplicación del *disregard* a los grupos de sociedades. Cfr. nota 38 *in fine, infra*. Tenemos aquí un ejemplo de un abuso de la doctrina del abuso de la personalidad jurídica societaria.

27. Cfr. <http://www.pan.senado.gob.mx/detalleiniciativa.php?id=26-89#>, citado por López Raffo, Francisco M., *El corrimiento del velo societario, alcances del art. 54, último párrafo, de la ley de sociedades comerciales* (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2005), pp. 128 y 130. Sobre este proyecto ver asimismo http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2002/11/asun_135226_20021121_841792.pdf

28. Cfr. López Raffo, Francisco M., *El corrimiento del velo societario*, pp. 63-64. Ver asimismo la referencia a la obra de Serick en pp. 123 y *passim*.

Asimismo, la doctrina local da cuenta de la legislación en algunos países de latinoamericanos como México en 1940²⁹ y Argentina en 1924, 1943, 1949 relacionados con el *disregard*, pero anteriores a la obra de Serick y en el campo del derecho público (penal y fiscal)³⁰.

29. Cfr. López Raffo, Francisco M., *El corrimiento del velo societario*, p. 64, nota 119. Se refiere este autor a una ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas, publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 1 de febrero de 1940 cuyo art. 13 dispone: “Las personas que controlen el funcionamiento de una sociedad anónima, ya sea que posean o no la mayoría de las acciones, tendrán la obligación subsidiaria ilimitada frente a terceros por los actos ilícitos imputables a la compañía”.

30. López Raffo, Francisco M., *El corrimiento del velo societario*, pp. 64 y ss. El autor se refiere a las siguientes normas:

1) La ley 11.287 (B.O. 10-1-1924) en su art. 31 determinaba lo siguiente: “Pagarán el impuesto correspondiente a las sucesiones entre padres e hijos y cónyuges los bienes que adquiriesen las sociedades anónimas por compra, aporte u otro título, cuando esos bienes constituyesen la totalidad o la mayor parte del patrimonio de una persona o familia y siempre que los mismos bienes formasen el haber principal de la sociedad anónima. La presunción establecida en este artículo de que los bienes no han salido del dominio de los miembros de la familia, admite la prueba contraria que produzca el enajenante”.

2) El decreto 6755/43 publicado en el B.O. 31-8-1943, que introdujo el principio de la realidad económica en materia tributaria, luego incorporado en la ley 11.683.

3) El Decreto 11.599/49 que establecía un régimen especial con respecto a sociedades comerciales radicadas en nuestro país y pertenecientes a ciudadanos japoneses y alemanes.

4) La ley 19.359 sobre régimen penal cambiario en su art. 2, según la versión establecida por la ley 20.184, que determinaba una multa que se aplicaba en forma solidaria a la sociedad y a sus representantes legales, directores, miembros del consejo de vigilancia, síndicos, gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, socios comanditados, a la totalidad de los socios de sociedades colectivas o de hecho y liquidadores de sociedades en liquidación, que revistieren dichas calidades en el momento de la comisión del hecho, sin perjuicio de las penas privativas de libertad que pudieran corresponderles. (La norma ha sido modificada nuevamente y no contempla más a los socios mencionados).

5) Jurisprudencia argentina de los años 1930 (cfr. Otaegui, Julio César, *Invalidez de actos societarios*, Buenos Aires: Ed. Ábaco, 1978, p. 223) y 1940 (cfr., por ejemplo en el diario *La Ley* 52-742).

6) El art. 48 del Código Civil de Vélez Sarsfield –incluso en su redacción originaria– preveía en su inc. 2 la disolución de la sociedad por haberse abusado o por haberse transgredido las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización (régimen que fue derogado por la ley de sociedades comerciales número 19.550).

Paralelamente a esa legislación argentina, numerosos fallos argentinos han seguido la doctrina de Serick con cita expresa de su obra traducida al castellano, que es lo relevante respecto de nuestro tema de investigación³¹, especialmente en un caso de derecho de la insolvencia de grupos de sociedades³² y en otros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³³.

31. Cfr., por ejemplo, los siguientes fallos argentinos, citados en López Raffo, Francisco M., *El corrimiento del velo societario*, p. 65, nota 120: Belaunzarán, Esteban c/ Córdoba y Otero SRL, 12-12-1963, Cámara Nacional de Paz, Sala IV, ED 48-994; Raffo, Elías T. c/ Variglia, Carlos L. y otros, 15-4-1964, Cámara Nacional de Paz, Sala IV, ED 48-971; Pontremoli, Humberto J. SA c/ Rosmar SRL y otros, 11-3-1965, Cámara Nacional de Paz, Sala I, ED 48-985; Patrocinio, Faustino R. c/ Gobierno Nacional, 31-3-1966, CNCiv., Sala A, ED 19-736; Marcos Pechenik SACIFI c/ Provincia de Buenos Aires, 25-4-1967, SCBA, ED 19-741; G. de M. E. c/M. J., 28-9-1967, ED 31-375; Fernández Anchorena Juan A. y otros c/ Semadeni, Lorenzo y otros, 29-11-1968, Cámara Nacional de Paz en pleno, ED 29-69. Asimismo respecto de la jurisprudencia laboral argentina que se basa en el *disregard* puede verse el artículo de Santiago José Ramos, “Teoría de la desestimación de la persona jurídica. Artículos 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades. Aplicación a casos laborales”, 2007, disponible en <http://www.saij.gob.ar/santiago-jose-ramos-teoria-desestimacion-persona-juridica-articulos-54-59-274-ley-sociedades-aplicacion-casos-laborales-dacf070024-2007/123456789-0abc-defg4200-70fcanirtcod>, www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DACF070024.

32. Cfr. el célebre caso Frigorífico Swift Deltec de La Plata SA s/ convocatoria de acreedores hoy quiebra en JA 15-350 y ss. (fallo de primera instancia del Dr. Lozada del 8-11-1971, sentencia de segunda instancia de la CNCom., Sala C, 6-6-1972, JA 15-360, confirmando el rechazo de la homologación del concordado preventivo y el decreto de quiebra subsiguiente, pero revocando la extensión de quiebra a las demás sociedades argentinas y extranjeras del grupo Deltec). Llegado el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (publicado en ED 51-222 y ss.), esta, mediante su fallo del 4-9-1973, revocó la sentencia de Cámara en cuanto no hizo extensiva la quiebra a las demás sociedades del grupo Deltec y revocó también la previa excusión de los bienes de la sociedad concursada Cía. Swift de La Plata SA Frigorífica. A partir de este fallo se inició una moda o tendencia indiscriminada de allanamiento de la personalidad societaria, lo que provocó una reacción proporcionada de los autores especialistas en derecho comercial: cfr., por ejemplo: Halperin, Isaac – Butty, Enrique Manuel, *Curso de derecho comercial* (Buenos Aires: Depalma, 2000), Vol. I, p. 338. El legislador argentino también reaccionó frente a esta moda o tendencia en el art. 172 de la ley concursal, por el cual se declara que no basta el mero control para extender la quiebra de la controlada a los controlantes. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia comercial de Buenos Aires, en el caso Swift Deltec de La Plata SACIF s/ quiebra s/ incidente de liquidación del Ing. La Esperanza, CNCom., Sala C, 26-6-1977.

33. Cfr., entre otros, Fallos 264:410.

En el año 1983 se introduce mediante el art. 54 párrafo tercero de la Ley de Sociedades Comerciales la inoponibilidad de la personalidad jurídica, muy probablemente por primera vez en un país con el sistema del derecho continental europeo como el argentino³⁴. En el año 2003 y en el 2005 existieron sendos Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales en Argentina que se refirieron expresamente a la doctrina del *disregard*, coincidiendo las propuestas de reformas con la doctrina de nuestro autor, al menos parcialmente³⁵.

Asimismo igual temperamento ha sido adoptado por la doctrina argentina en los libros monográficos publicados con posterioridad a la obra de Serick en las décadas subsiguientes hasta la actualidad³⁶.

Es destacable, no obstante todo lo anterior, la frágil estructura de la doctrina analizada, lo que se manifiesta en que “la casi totalidad de los ordenamientos jurídicos foráneos no cuentan con una norma como la nuestra, sino que se trata de la aplicación de una teoría o de una doctrina derivada, sin contornos precisos, de principios generales que remontan, en muchos casos, directamente a la equidad”³⁷. Asimismo

34. El texto legal reza así: “Inoponibilidad de la persona jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derecho de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

35. Cfr., para mayor detalle sobre estos Proyectos, López Raffo, Francisco M., *El corrimiento del velo societario*, pp. 149-159.

36. Cfr., entre otros, Masnatta, Héctor, *El abuso del derecho a través de la persona colectiva (teoría de la penetración)* (Rosario: Ed. Orbir, 1967); Colombres, Gervasio Raúl, *Curso de derecho societario. Parte General* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972); Dobson, J. M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)* (Buenos Aires: Depalma, 2da. edición, 1991), p. 11; Manóvil, Rafael Mariano, *Grupos de sociedades en el derecho comparado* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), pp. 953, 972 y nota 111; Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho Societario. Parte general. La personalidad jurídica societaria*, tomo III (Buenos Aires: Heliasta, 1994), p. 93; Molina Sandoval, Carlos, *La desestimación de la personalidad jurídica societaria* (Buenos Aires: Ábaco, 2002), pp. 87-88; Cañal, D. R., *Responsabilidad ilimitada y solidaria de directores y socios de sociedades comerciales* (Buenos Aires: Ed. Quórum, 2004); Gulminelli, R. L., *Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica* (Buenos Aires: Depalma, 1997); Caputo, Leandro Javier, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria* (Buenos Aires: Astrea, 2006); Borda, Alejandro, *La Persona jurídica y el Corrimiento del velo societario* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014).

37. Manóvil, Rafael Mariano, *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, p. 973.

ocurre lo propio con los autores que niegan la adopción de la doctrina del *disregard* por el derecho argentino, apelando a perspectivas éticas en la actuación de la persona jurídica³⁸, o bien a la aplicación de otros institutos para reprimir el abuso de las estructuras societarias tales como la doctrina española ha mencionado y hemos citado *supra*.

Uruguay, tomando probablemente como modelo nuestro art. 54.3 también legisló sobre la figura de la desestimación de la personalidad jurídica. Así, en el año 1989 se sancionó la ley 16.060 de Sociedades Comerciales, la cual incorporó este instituto en el art. 189. Sin embargo, la norma uruguaya –a diferencia de la argentina– regula –además de la activa– expresamente la desestimación pasiva de la personalidad jurídica³⁹. De modo que el texto uruguayo es de tal amplitud que regula no solo la desestimación activa sino la pasiva, es decir, aquellos casos en que quienes solicitan la inoponibilidad son los propios socios o accionistas y en algunas ocasiones la misma sociedad, para que la actuación del ente se les impute a ellos. En contraste, la desestimación activa se refiere a aquellos casos en que el levantamiento del velo se lo pide para que la actuación de la sociedad se les adjudique a otros, que no son quienes solicitan la desestimación sino aquellos en contra de quienes se la requiere⁴⁰.

Como ha ocurrido en una buena parte de la doctrina española, en la doctrina argentina se han reclamado otras vías para superar los abusos con la personalidad societaria y aplicar la desestimación pasiva, se ha reclamado la aplicación de otras instituciones, esto es,

38. Así, por ejemplo, Raúl Aníbal Etcheverry, uno de los autores de la ley 22.903, en *Derecho comercial y económico. Formas jurídicas de la organización de la empresa* (Buenos Aires: Astrea, 1989), p. 301. Puede verse, por ejemplo, un caso de “abuso de la teoría del abuso” en el que se aplicó la doctrina del *disregard* a un grupo de sociedades por el sólo hecho de existir control societario o grupo: cfr. Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en autos “Baldini, Omar Emilio y Zas, Angela María s/ amparo-mandamus”, 12-2-2002, expte. n. 16.449/02-STJ, voto del Dr. Víctor Hugo Soderó Nievas, citado por Francisco M. López Raffo, *El corrimiento del velo societario*, p. 138, nota 152. Esto es contradictorio con el derecho positivo argentino, cfr. vg. el art. 172 de la ley de concursos y quiebras número 24.522 y con la propia doctrina de Serick respecto de los grupos de sociedades.

39. En efecto, el párrafo 1 del art. 189 establece que “podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros”.

40. Cfr. para mayor detalle sobre estos Proyectos, López Raffo, Francisco M., *El corrimiento del velo societario*, pp. 138 y ss.

los institutos del derecho común, tales como el abuso del derecho contemplado en el art. 1071 del Código Civil; el punto 1 del Título Preliminar del Código de Comercio y su art. 207; y una aplicación analógica del art. 54.3 de la Ley de Sociedades⁴¹.

Finalmente, puede afirmarse que la doctrina del *disregard* ha sido aceptada por el Código Civil y Comercial argentino de 2014, art. 144, incs. 1 y 2, para el caso de las personas jurídicas⁴².

En cuanto a Brasil, el art. 50 del nuevo Código Civil del 2002 (ley número 10406 del 10 de enero de 2002) ha receptado la doctrina del *disregard*, conforme ha destacado la doctrina alemana sobre ese código⁴³.

41. Cfr. López Raffo, Francisco M., *El corrimiento del velo societario*, pp. 138 y ss.

42. El texto del art. 144, incisos 1 y 2 reza: Inoponibilidad de la personalidad jurídica. Inc. 1: “La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Inc. 2: Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.

43. Cfr. Schmidt, Jan Peter, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive* (Max Planck Institut Schriften, Mohr Siebeck, 2009), p. 359. El texto del art. 50 reza: “En caso de abuso de la persona jurídica, caracterizado por el desvío de propósito o la confusión patrimonial, el juez podrá, a petición de parte, o del Ministerio Fiscal cuando le corresponda intervenir en el proceso, desconocerlo para que los efectos de ciertas y determinadas relaciones de obligaciones se extiendan al patrimonio privado de los administradores o socios de la persona jurídica beneficiados directa o indirectamente por el abuso. (Redactado por la Ley N° 13.874, de 2019).

§ *Párrafo 1 A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se considera desviación de propósito la utilización de la persona jurídica con el fin de perjudicar a los acreedores y para la práctica de actos ilícitos de cualquier naturaleza. (Incluido por la Ley n° 13.874 de 2019)*

§ *Apartado 2 Se entiende por confusión patrimonial la ausencia de separación de hecho entre los bienes, caracterizada por: (Incluido por la Ley N° 13.874 de 2019)*

I - el cumplimiento repetitivo por parte de la empresa de las obligaciones del socio o gestor o viceversa; (Incluido por la Ley n° 13.874, 2019)

II - transferencia de activos o pasivos sin contraprestación efectiva, excepto los de valor proporcionalmente insignificante; y (Incluido por la Ley n° 13.874, de 2019)

III - otros actos de incumplimiento de la autonomía patrimonial. (Incluido por la Ley N° 13.874, de 2019)

8. Valoración crítica de la doctrina de Serick y su trascendencia actual

De lo expresado *supra* se deduce que la doctrina del *disregard* como la concibió nuestro autor alemán está incorporada a nuestras concepciones jurídicas, en armonía con las sentencias de los tribunales norteamericanos y sus intentos de sistematización antiguos como los de Serick y más modernos, como por ejemplo los de la doctrina española.

No obstante, nos parece, a esta distancia en el tiempo, que aún restan realizar las tareas de elaboración de sus presupuestos, requisitos y naturaleza y, sobre todo, sus límites y efectos, teniendo en cuenta que Serick no los abordó y que los autores, tanto los cultores del derecho privado como del derecho público, aún no han terminado de hacerlo, muy probablemente por la dificultad y envergadura del asunto.

En nuestro caso, somos de la opinión, en coincidencia con el alemán, de que la aplicación de la doctrina al caso de los grupos de sociedades es inconveniente por cuanto la integración económica cambia todos los paradigmas imaginables en torno a un funcionamiento normal u anómalo de ellos y, por ende, hemos sostenido la pertinencia del acogimiento del *moderno derecho de los grupos de sociedades* o *enterprise law*, en un todo de acuerdo con autores norteamericanos que han trabajado sobre el *disregard* y los grupos de sociedades, como máximamente lo ha realizado Philip Blumberg en el *common law* de Estados Unidos, la cuna de esta doctrina⁴⁴.

§ Apartado 3 Las disposiciones del comienzo y de los apartados 1 y 2 de este artículo se aplican también a la extensión de las obligaciones de los socios o administradores a la persona jurídica. (Incluido por la Ley n° 13.874 de 2019)

§ Párrafo 4 La mera existencia de un grupo económico sin la presencia de los requisitos referidos en el comienzo de este artículo no autoriza a desconocer la personalidad de la persona jurídica. (Incluido por la Ley n° 13.874 de 2019)

§ Apartado 5 La mera ampliación o modificación del objeto original de la actividad económica concreta de la persona jurídica no constituye una desviación de objeto. (Incluido por la Ley N° 13.874 de 2019)”.

44. Cfr. para lo primero Miguens, Héctor José, *Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades* (Buenos Aires: LexisNexis Argentina, segunda edición, 2006) y también del mismo autor *El Grupo Insolvente* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), y para lo segundo la monumental obra de Blumberg en cinco tomos de hojas intercambiables: *Blumberg on the Law of Corporate Groups* (Lexis Nexis, USA Loose leaves, 2008 y ss.).

UN CASO LATINOAMERICANO DE CIRCULACIÓN HORIZONTAL DE IDEAS Y DE EXPERIENCIAS JURÍDICAS

LA REFORMA UNIVERSITARIA ARGENTINA EN LOS DEBATES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE PERUANO DE 1931

EZEQUIEL ABÁSULO*

1. Introducción

Vinculado al proyecto IUS-UCA (2019-2021) “Conservar, adaptar, reformar, sustituir. Itinerarios de las mudanzas en la codificación y en el constitucionalismo argentinos durante la primera mitad del siglo XX y sus vinculaciones con otras experiencias iberoamericanas” (Código 800 201901 00003 CT), esta colaboración se integra a una línea de investigación más amplia, relativa a la circulación de ideas y experiencias jurídicas en América Latina a comienzos del siglo XX. Aclaro que sobre los aspectos teóricos de este tipo de asuntos vengo reflexionando desde hace algún tiempo¹.

* Profesor Titular Regular (catedrático) de Historia del Derecho Argentino, Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular (catedrático) de Historia del Derecho y de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica Argentina. Miembro de la Academia Nacional de la Historia. Director del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

1. Véase al respecto “Aportes del comparatismo jurídico al estudio de la circulación de ideas y experiencias normativas en Europa y América durante la primera mitad del siglo XX”. En Abásulo, Ezequiel [dir.], *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX. Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias* (Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014), p. 20.

Ahora bien, precedida por un trabajo anterior sobre la repercusión de la reforma universitaria argentina en el Brasil², esta colaboración ofrece un aporte original y novedoso, cuyo principal sustento es la información conservada en el *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931*³. Entiendo que su pertinencia histórico-jurídica surge de que aborde un tema que ha sido materia de debate en una convención constituyente, y de que la mayoría de las discusiones constituyentes hayan sido impulsadas o combatidas por operadores del derecho, quienes invocaron argumentos jurídicos y en varias ocasiones abordaron explícita o implícitamente tópicos relacionados con la enseñanza universitaria del Derecho.

2. La Convención Constituyente peruana de 1931-1933

La peruana de 1931-1933 fue una convención simultáneamente constituyente y legislativa en la cual, al decir del entonces joven representante aprista Luis Alberto Sánchez, solo participó “un puñado de hombres con conocimientos adecuados”⁴. Sea o no verdadero este aserto –confieso que a mí, personalmente y después de haber consultado la casi totalidad de los diarios de sesiones de la convención, me parece exagerado–, sobre lo que no caben dudas es que durante sus debates los peruanos abundaron en referencias –y en admiración– hacia la Argentina y lo argentino.

Convocada en el conturbado contexto del derrocamiento del *oncenio* de Leguía en agosto de 1930, la convocatoria a la asamblea el año siguiente resultó precedida por el establecimiento de una comisión de expertos a la cual, bajo la presidencia de Manuel Vicente Villarán, e integrada, entre otros, por Víctor Andrés Belaúnde y José León Barandiarán, se le encargó la redacción de un anteproyecto de constitución para ser tratado por una futura asamblea convocada al efecto. “En cuatro meses de trabajo –recuerda Juan Vicente Ugarte del Pino–, con gran rigor, no dando paso sin previa consulta cientí-

2. Abásolo, Ezequiel, “Tempranos ecos de la reforma universitaria cordobesa entre los juristas brasileños”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n° 74 (2019).

3. En adelante, citado como *DDCC 1931*.

4. Sánchez, Luis Alberto, *Testimonio personal: el aquelarre 1900-1931* (Lima: Mosca Azul, 1987), p. 377.

fica a los antecedentes nuestros y mundiales”, la comisión concluyó su tarea⁵.

Reunida en diciembre de 1931, y alejada paulatinamente del anteproyecto Villarán, la convención extendió sus actividades hasta abril de 1933, en un clima enrarecido por la crispación, el mismo que daría lugar a la expulsión de los convencionales que respondían a la Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA). Ahora bien, formalmente hablando, los asuntos universitarios no suscitaron mayores regulaciones en el texto constitucional aprobado en 1933. Sin embargo, y como ya veremos, la situación de la universidad y de su autonomía sí suscitó importantes discusiones en el seno de la constituyente. Digamos, por último, en cuanto al texto de la constitución, que nos hacemos eco de lo que agudamente dijo Carlos Ramos Núñez: “si la Constitución de 1856 es reconocida por los importantes aportes desde la perspectiva liberal, la Carta del 33 será igual de determinante por el reconocimiento de los derechos de carácter social”⁶.

3. El clima político e intelectual de la Convención

La lectura de los ejemplares del *Diario de los Debates* trasluce que entre los contemporáneos se constituía una extendida percepción de que atravesaban un profundo cambio de época. Así lo aseguró, entre otros, el convencional por Puno Francisco Pastor, quien llamó la atención sobre el comienzo de “una nueva conciencia jurídica”, que reflejaría la “nueva conciencia social que se está creando y que va desplazando, cada vez más, la vieja organización”⁷. Criterios como el suyo coincidían con los de la generalidad de la opinión pública. Al respecto, téngase presente que por aquellos días despertaban especial atención las reflexiones críticas sobre el destino del

5. Ugarte del Pino, Juan Vicente, *Historia de las constituciones del Perú* (Lima: Andrina, 1978), p. 527. El resultado del trabajo de la comisión se reproduce en *Exposición de motivos del anteproyecto de constitución del estado 1931* (Lima: Centro de Estudios Constitucionales, Colección Textos Constitucionales del Bicentenario, 2017).

6. Ramos Núñez, Carlos, *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú* (Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2018), p. 95.

7. *DDCC 1931*, sesión de 20 de junio de 1932, segunda parte, p. 1625.

país y de la peruanidad que con fundamentos y cosmovisiones diferentes dieron a conocer José Carlos Mariátegui⁸, Víctor Raúl Haya de la Torre y Víctor Andrés Belaúnde, este último integrante de la asamblea, y tenido por autor de referencia entre sus colegas, como que el constituyente Sánchez invocó en el recinto su libro *La realidad nacional*⁹.

Aclarado lo anterior, no resulta sorprendente que la mayoría de los participantes en la convención de 1931 compartiesen, con lógicos matices y diferencias, una común perspectiva nacionalista sobre los fenómenos institucionales y sociales que desafiaban al Perú. En consonancia con lo anterior, menudearon en la asamblea los reproches dirigidos contra los autores de las constituciones previas, en tanto se los cuestionó por ignorar lo local y haberse limitado a copiar lo europeo¹⁰. En otras palabras, se les recriminó el desconocer las raigales diferencias entre lo peruano y los productos normativos oriundos del viejo continente, hecho denunciado en el recinto por el abogado socialista y representante por Piura, Luciano Castillo Colonna¹¹. Específicamente refiriéndose a la constitución entonces vigente – aprobada en 1920– el constituyente Paredes sostuvo que había fracasado “por no haber estado de acuerdo con nuestra historia ni con las verdaderas necesidades actuales del país”¹². En este mismo orden de ideas, un contundente despacho de la mayoría de la Comisión Constitucional fechado en diciembre de 1931 aseveró: “Siempre ha sido un vicio de nuestros legisladores el eruditismo imitador de leyes extranjeras, europeas en especial”¹³. Correlativamente, por su parte, los convencionales exaltaron el “verdadero espíritu nacional” –reproduzco palabras del convencional Víctor J. Guevara¹⁴, el mismo que ya en 1923 había asegurado que el Perú necesitaba de una “gran

8. Al respecto, puede consultarse Veres, Luis, “El problema de la identidad nacional en la obra de José Carlos Mariátegui”, *Amnis* [en línea], 2 | 2002, consultado el 21 de enero de 2021. URL <http://journals.openedition.org/amnis/172>; DOI: <https://doi.org/10.4000/amnis.172>.

9. *DDCC 1931*, sesión de 21 de enero de 1932, p. 962.

10. *DDCC 1931*, sesión de 24 de diciembre de 1931, p. 355.

11. *DDCC 1931*, sesión de 19 de enero de 1932, p. 904.

12. *DDCC 1931*, sesión de 28 de diciembre de 1931, p. 441.

13. Dictamen de la Comisión Constitucional en mayoría, fechada el 29 de diciembre de 1931. Se la reproduce en *DDCC 1931*, sesión de 20 de enero de 1932, p. 935.

14. *DDCC 1931*, sesión de 27 de junio de 1932, p. 1774.

sugestión colectiva, para regenerarse y ser impelido por la ruta del progreso”¹⁵–, preconizando, además, de acuerdo con el abogado y diputado por Cuzco Luis Rafael Casanova Zúñiga, la formación de “la nueva cultura peruana y, quizá, una nueva nacionalidad, que será la nacionalidad del porvenir”¹⁶. En definitiva, pues, conforme expresara el ya recordado Casanova, la misión de la Asamblea no habría sido otra que “encausar a la Nacionalidad Peruana; hacer un nuevo rumbo; [y] dictarle una Constitución que responda a las necesidades y a la Realidad Nacional”¹⁷. Como reverso del execrado desconcierto motivado por el exotismo jurídico¹⁸ –tenido por el convencional Francisco Pastor como causa del “defecto fundamental” de las leyes, que no habría consistido sino en el hecho de “no ser peruanas”¹⁹–, lo que se recomendó fue abandonar la servil imitación foránea. Conforme el mismo Pastor, pues, ya no debían copiarse más “las leyes o los códigos maravillosos de Pueblos distintos”²⁰. Por el contrario, de acuerdo con el mismo constituyente, “nuestra orientación política, nuestra comprensión de la realidad, nuestro nacionalismo honrado, debe consistir en estimular y hacer surgir nuestras fuerzas sociales propias e ingénitas. Pues sólo así crearemos un Perú nuevo en un mundo nuevo”²¹.

4. Alusiones a la Argentina y a lo argentino en los debates constituyentes peruanos

Las discusiones constituyentes de 1931 a 1933 remiten a una familiaridad profunda y constante de los convencionales peruanos respecto de todo lo argentino. Al respecto, polemizando con Víctor Andrés Belaúnde, el abogado aprista Manuel Seoane llegó a decir que “la Argentina ha significado para nosotros un ejemplo en más de una oportunidad histórica”²². Entre los argumentos de este tipo campea,

15. Cfr. Víctor J. Guevara, *El problema del Pacífico* (Cuzco, 1923), p. 5.

16. *DDCC 1931*, sesión de 1º de julio de 1932, p. 1897.

17. *DDCC 1931*, sesión de 5 de abril de 1932, p. 2448.

18. *DDCC 1931*, sesión de 20 de julio de 1932, p. 2358.

19. *DDCC 1931*, sesión de 21 de enero de 1932, p. 956.

20. *DDCC 1931*, sesión de 21 de enero de 1932, p. 957.

21. *DDCC 1931*, sesión de 20 de julio de 1932, p. 2361.

22. *DDCC 1931*, sesión de 29 de diciembre de 1931 bis, p. 456.

sobre todo, un intenso sentido de emulación. Así las cosas, lo argentino resulta modélico para los más diversos asuntos institucionales, económicos, sociales y culturales. De este modo, y entre otras manifestaciones, cabe recordar aquí las palabras del convencional aprista Luis Heynsen, quien comparó la “desoladora realidad nacional” peruana con la argentina, posición a la que su colega Efraín Trelles intentó morigerar alegando que no solo debían tenerse en cuenta “los hombres”, sino además “la realidad de nuestro suelo”²³. La inocultable admiración hacia la Argentina –vinculada al extraordinario crecimiento conseguido por el país tras su emancipación²⁴– se expresó también en aspectos tales como la vanguardista concesión del derecho de sufragio a los analfabetos²⁵, el establecimiento del registro electoral de ciudadano²⁶ y la instauración de diversos mecanismos de seguridad social²⁷. Por cierto, todo lo relativo al derecho constitucional argentino no dejó de suscitar interés, considerándose útil como fundamento para debatir en la convención. Así, por ejemplo, el constituyente y abogado José Matías Manzanilla Barrientos, antiguo rector de la Universidad de San Marcos durante la década de 1920 e impulsor del régimen tuitivo de los accidentes de trabajo en el Perú²⁸, decidió aludir al ejercicio de facultades implícitas por parte del Poder Ejecutivo argentino en la reglamentación de las leyes²⁹.

Ahora bien, integrando el elenco de los principales autores argentinos admitidos entonces por los constituyentes peruanos, cabe distinguir dos grupos: uno formado por los intelectuales y estadistas del siglo XIX, y otro integrado por los del XX. En cuanto al primero, en este se tuvieron especialmente en cuenta personalidades como la de Dalmacio Vélez Sarsfield –calificado por Víctor Andrés Belaúnde como el “Portalis americano”³⁰– y la de Domingo Faustino Sarmiento. Sobre el nombrado en último término, además de la invocación de sus *Recuerdos de provincia* por parte de Luis Alberto

23. *DDCC 1931*, sesión de 14 de enero de 1932, p. 769.

24. *DDCC 1931*, sesión de 29 de marzo de 1932, p. 2250.

25. *DDCC 1931*, sesión de 13 de enero de 1932, p. 744.

26. *DDCC 1931*, sesión de 13 de enero de 1932, p. 748.

27. *DDCC 1931*, sesión de 6 de abril de 1932, segunda parte, p. 2500.

28. Cfr. Homenaje al Dr. José Matías Manzanilla Barrientos, a los 100 años de promulgada la Ley de Accidentes de Trabajo, n° 1378. En *Revista de la Sociedad Química del Perú*, vol. 77, n° 3 (2011).

29. *DDCC 1931*, sesión de 6 de abril de 1932, segunda parte, p. 2493.

30. *DDCC 1931*, sesión de 23 de agosto de 1932, p. 3053.

Sánchez cuando se refirió a la posibilidad de admitir el voto femenino³¹, la intensa proximidad peruana hacia la figura del sanjuanino motivó que el abogado cuzqueño Manuel Jesús Gamarra le endilgase a un incisivo colega socialista el mote de “Sarmiento de la minoría en el Perú”³². Asimismo, en un dictamen mayoritario de la Comisión de Instrucción de la convención constituyente –que llevó la firma de los convencionales M. Jesús Gamarra, Gonzalo Salazar y Alfredo Herrera–, luego de afirmarse que la educación era “el primero de los problemas nacionales”, se recordó que “Domingo F. Sarmiento hacía consistir toda su política en la fórmula sencilla ‘gobernar es educar’”³³.

Aún mayor atención que la otorgada a Sarmiento fue la que mereció Juan Bautista Alberdi, a quien el mismo Manuel Jesús Gamarra Cuentas invocó como calificada autoridad que “hacía consistir el progreso de su país en el aumento de la población”³⁴. Por su parte, Ricardo Feijoo Reina reprodujo el siguiente pasaje del capítulo XVII de las *Bases* de Alberdi:

“Así, pues, los hechos, la realidad, que son obra de Dios y existen por la acción del tiempo y de la historia anterior de nuestro país, serán los que deban imponer la constitución que la República Argentina reciba de las manos de sus legisladores constituyentes. Esos hechos, esos elementos naturales de la constitución normal, que ya tiene la República por la obra del tiempo y de Dios, debería [sic por ‘deberán’] ser objeto del estudio de los legisladores, y bases y fundamentos de su obra de simple estudio y redacción, digámosle, así, y no de creación. Lo demás es legislar para un día, perder el tiempo en especulaciones ineptas y pueriles”³⁵.

En cuanto a los autores del siglo XX, cabe señalar aquí que el ya recordado Luis Alberto Sánchez incorporó entre sus autoridades intelectuales predilectas el *Manual de la Constitución Argentina*, de Joaquín V. González³⁶; que recurrió a los conceptos de Carlos Octavio Bunge sobre el caudillaje, y que también tuvo en cuenta las enseñanzas de Lucas Ayarragaray y las de José Ingenieros en su *So-*

31. *DDCC 1931*, sesión de 4 de enero de 1932, p. 585.

32. *DDCC 1931*, sesión de 30 de abril de 1932, pp. 382 y 383.

33. *DDCC 1931*, sesión de 29 de abril de 1932, p. 343.

34. *DDCC 1931*, sesión de 26 de diciembre de 1931, p. 397.

35. *DDCC 1931*, sesión de 24 de julio de 1932, p. 2475.

36. *DDCC 1931*, sesión del 26 de diciembre de 1931, p. 411.

*ciología argentina*³⁷. Por otra parte, mientras que Alberto Arca Parró se apoyó en las orientaciones del socialista Alfredo Palacios al manifestarse contrario a la pena de muerte³⁸, el convencional aprista Luis Heynsen –quien aquilataba una larga residencia en la Argentina con motivo de su formación universitaria en agronomía, oportunidad en la cual llegó a desempeñarse como Presidente de la Federación Universitaria de La Plata, entre 1926 y 1928– consideró varios ejemplos oriundos de la Argentina, país que ponderaba por ser el mismo “de [José] Ingenieros, de Alfredo Palacios y Manuel Ugarte”³⁹.

5. Las discusiones de los constituyentes sobre la Universidad y sus referencias a lo argentino

Las discusiones desplegadas en la convención respecto de la universidad respondieron, en buena medida, al interés personal de muchos de los convencionales, varios de los cuales venían de formar parte del grupo de “jóvenes de provincias” que, al decir del convencional Pastor, estudiaron en la Universidad de San Marcos⁴⁰. Así, en su condición de prestigiosa institución, la universidad peruana –a la que se le atribuía haber “salvado la dignidad nacional más de una vez”⁴¹ y permanecer siempre “al lado del Perú”⁴²– fue reiteradamente enaltecida, considerándose, tal como lo hizo Alberto Arca Parró, que su existencia respondía “a una necesidad nacional”⁴³. Sindicada como “centro de la más alta cultura intelectual” y “laboratorio social que prepara las fórmulas de solución de los problemas

37. *DDCC 1931*, sesión de 14 de enero de 1932, pp. 774 y 775.

38. *DDCC 1931*, sesión de 16 de marzo de 1932, p. 2037.

39. Sesión de 28 de diciembre de 1931, p. 428. Sobre la trayectoria argentina de Heysen, véase Sessa, Leandro, “Aprismo y apristas en Argentina: derivas de una experiencia antiimperialista en la ‘encrucijada’ ideológica y política de los años treinta”, tesis presentada para la obtención del grado de doctor en Historia, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. En Memoria Académica. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.824/te.824.pdf>.

40. *DDCC 1931*, sesión de 2 de julio de 1932, p. 1914.

41. *DDCC 1931*, sesión de 29 de diciembre de 1931 bis, p. 469.

42. *DDCC 1931*, sesión de 8 de septiembre de 1932, p. 3424.

43. *DDCC 1931*, sesión de 5 de julio de 1932, p. 2003.

nacionales”⁴⁴, desde hacía al menos dos décadas que se venía trabajando en su reforma⁴⁵. Conforme Hildebrando Castro Pozo, “desde 1908 se inició en la Universidad, ese deseo vehemente, ese anhelo constante de todos los jóvenes, para transformar la vieja enseñanza memorista, por otra más pedagógica”⁴⁶. El resultado, empero, no había sido el deseado. En efecto, el mismo constituyente citado reconocía, por ejemplo, que “nuestras universidades, hay que decir la verdad, están todavía lejos de preparar en sus aulas al verdadero juez”⁴⁷. Lo que se pretendía era que las universidades abarcasen “el estudio integral de la realidad nacional”⁴⁸. Conforme Ricardo Feijoo Reina, la “universidad nueva” no solo debía “tener como finalidad formar profesionales. No. La misión de ella debe ser también fomentar la cultura del país, cultivar la investigación científica, procurando relacionar la ciencia con la vida, debe fortificar el espíritu de la nacionalidad en sus momentos de angustia y de tragedia interesándose por resolver sus problemas de su punto de vista elevado”⁴⁹. De allí que se coincidiese con el pensamiento de Alfredo Palacios, según el cual la universidad tenía que abandonar su condición de mera “máquina de doctorar”⁵⁰.

Al parecer, la primera mención significativa a la universidad hecha en el ámbito de la convención tuvo lugar el 21 de diciembre de 1931, cuando el convencional por Piura, perteneciente a la Unión Revolucionaria, capitán Ernesto Merino Rivera pretendió que se prohibiese al periodista Federico More el dictado de una conferencia sobre la reforma de la constitución en la Universidad de San Marcos. Conforme sus palabras, no era “posible que la Universidad” se convirtiese “en refugio de hombres venales”⁵¹. Su moción fue rechazada por el convencional aprista Luis Alberto Sánchez –quien simultáneamente se desempeñaba como Director del Departamento de Extensión Cultural de San Marcos–, alegando que

44. Dictamen de la mayoría de la Comisión de Instrucción sobre el proyecto de ley de reforma universitaria presentado por el Poder Ejecutivo, *DDCC 1931*, sesión de 29 de abril de 1932, p. 344.

45. *DDCC 1931*, sesión de 30 de abril de 1932, p. 369.

46. *DDCC 1931*, sesión de 29 de abril de 1932, p. 356.

47. *DDCC 1931*, sesión de 6 de agosto de 1932, p. 2714.

48. *DDCC 1931*, sesión de 19 de julio de 1932, p. 2347.

49. *DDCC 1931*, sesión de 12 de septiembre de 1932, p. 3500.

50. *DDCC 1931*, sesión de 12 de septiembre de 1932, p. 3500.

51. *DDCC 1931*, sesión de 21 de diciembre de 1931, p. 277.

la Universidad “tiene abierta sus puertas a todo el que tenga algo que decir”⁵². Ahora bien, una más intensa atención de la asamblea sobre los temas universitarios tuvo lugar cuatro meses más tarde, el 29 de abril de 1932, cuando se presentó en el recinto un proyecto de ley sobre reforma universitaria patrocinado por el Poder Ejecutivo bajo la firma y con la participación del ministro de instrucción, Carlos Sayán Álvarez. Este, convencido de que los estudiantes habían hecho un uso imprudente de sus prerrogativas electorales —afirmaba que habían convertido su “derecho al voto” en un “derecho al veto”—, pretendía impulsar una “reforma radical, para convertir ese centro de enseñanza superior, en verdadero foco de cultura nacionalista”⁵³. Opositor al gobierno, el convencional Alberto Arca Parró sospechó, por su parte, que se trataba de un “plan de contra-reforma universitaria”⁵⁴. Pocas semanas más tarde, los hechos confirmaron sus temores, cuando se clausuró la Universidad de San Marcos⁵⁵, decisión que incrementó el interés de los constituyentes sobre los temas universitarios⁵⁶.

Fue así que los convencionales opositores apristas y socialistas se manifestaron en reiteradas ocasiones en favor de una “verdadera reforma universitaria”, la cual exigía, según ellos, autonomía institucional, colaboración entre profesores y estudiantes, y medios económicos suficientes⁵⁷. Así las cosas, sus puntos de vista se apoyaron en la experiencia y en la prédica de muchos argentinos. De este modo, por ejemplo, invocaron la autoridad de un Alfredo Palacios, quien había instado a los estudiantes arequipeños a abrir las puertas de su universidad para sacar de allí las “momias que enrarecían el ambiente”⁵⁸. Por cierto, no escapó al juicio de los constituyentes peruanos, como Luciano Castillo, que “la nueva realidad económica creada por la guerra” había dado lugar a una nueva realidad polí-

52. *DDCC 1931*, sesión de 21 de diciembre de 1931, p. 278.

53. *DDCC 1931*, sesión de 29 de abril de 1932, pp. 340 y 341.

54. *DDCC 1931*, sesión de 29 de abril de 1932, p. 348.

55. El convencional Arca Parró se refirió a esta situación en *DDCC 1931*, sesión de 23 de mayo de 1932, p. 824.

56. Véanse repercusiones en el interior de la constituyente en las sesiones del 9 de mayo de 1932, *DDCC 1931*, p. 534; 23 de mayo de 1932, *DDCC 1931*, pp. 823 y 824, y 30 de mayo, *DDCC 1931*, pp. 1054 y 1055.

57. Alberto Arca Parró, *DDCC 1931*, sesión de 29 de abril de 1932, p. 347.

58. Son palabras de Hildebrando Castro Pozo, *DDCC 1931*, sesión de 29 de abril de 1932, p. 358.

tica, la cual, a su vez, precisaba de una nueva universidad, situación respecto de la cual había “sido la juventud argentina” la primera en secundar la idea en América. “El manifiesto de la juventud de Córdoba en 1918 –según Castillo– dejó sentado que se iniciaba un movimiento continental”⁵⁹. De allí el respeto que se le atribuyese a Gabriel del Mazo y Alfredo Palacios, en tanto que “historiadores de la Reforma Universitaria” en la región⁶⁰.

En lo que hace al extendido recurso a lo argentino para nutrir los argumentos de los constituyentes peruanos sobre lo universitario, cabe recordar que en su crítica a la situación de la Universidad de San Agustín de Arequipa, y pese a las advertencias que le dirigiera al respecto su colega Pastor, el convencional Feijoo Reina hizo suyos los conceptos que Alfredo Palacios virtió en su libro *La Universidad Nueva*⁶¹. Por su parte, el diputado por Cajamarca Guillermo Hoyos Ozores –futuro embajador del Perú en la Argentina durante el conflicto del Atlántico Sur– sustentó un punto de vista suyo en la materia en el contenido de una conferencia sobre la reforma universitaria dictada por un profesor de la Universidad de Buenos Aires en San Marcos en 1925⁶². Asimismo, mientras que Ricardo Feijoo Reina reprodujo ampliamente un texto de José Ingenieros –“una de las más altas cumbres de la intelectualidad americana”, según afirmó–, tomado de su libro *La Universidad del Porvenir*⁶³, su colega Castillo, en consonancia con una declaración de los estudiantes de la Universidad Nacional de La Plata, sostuvo que el problema educacional era “un aspecto del problema social”⁶⁴. Además, en su apasionada defensa del cogobierno universitario, Ricardo Feijoo Reina acudió en tres oportunidades diferentes al argumento de que ese era el modelo de administración de las universidades argentinas⁶⁵.

59. *DDCC 1931*, sesión de 30 de abril de 1932, p. 373.

60. *DDCC 1931*, sesión de 30 de abril de 1932, p. 375.

61. *DDCC 1931*, sesión de 5 de julio de 1932, p. 2012.

62. *DDCC 1931*, sesión de 14 de octubre de 1932, pp. 4423 y 4424.

63. Ricardo Feijoo Reina, *DDCC 1931*, sesión de 12 de septiembre de 1932, p. 3509.

64. *DDCC 1931*, sesión de 13 de septiembre de 1932, p. 3546.

65. *DDCC 1931*, sesión de 9 de mayo de 1932, p. 546; *DDCC 1931*, sesión de 8 de septiembre de 1932, p. 3425; *DDCC 1931*, sesión de 20 de octubre de 1932, p. 4463.

6. Consideraciones finales

La experiencia peruana reconstruida en esta colaboración ejemplifica una situación concreta y verificable de las modalidades que la circulación horizontal de ideas y de experiencias jurídicas adoptó entre las comunidades latinoamericanas de comienzos del siglo XX. Más allá de que en la dimensión concreta del caso también confluyeran y gravitaran algunas tensiones locales peruanas relativas a la concepción de la Universidad, acumuladas a lo largo del cuarto de siglo previo a la celebración de la convención, lo cierto es que, como ejemplo y como referencia, y en consonancia con el extendido interés peruano por todo lo que entonces acontecía en nuestro país, los argumentos argentinos ejercieron un papel considerable en la evolución de las discusiones constituyentes sobre la universidad y su eventual transformación. Lo dicho resulta coherente con el ambiente intelectual de la asamblea peruana, en la cual se respiraba un conocimiento intenso y vívido sobre todo lo argentino. Lejos de resultar una sorpresa, esta actitud coincidía con el hecho de que muchos de los convencionales hubiesen visitado la Argentina por sí mismos. Algunos, incluso, permaneciendo en el país durante varios años. Y además de lo referido, potenciaba enormemente la relevancia conferida en el Perú hacia lo argentino el contacto estrecho y asiduo que los intelectuales, juristas y políticos peruanos mantenían con sus pares rioplatenses. Sea mediante el intercambio de correspondencia; sea a partir de la lectura de los periódicos, los libros y las revistas de nuestro país; o sea también a partir de la presencia física en el Perú de personalidades argentinas invitadas a participar en actividades académicas y científicas.

