

REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
DE HISTORIA DEL DERECHO

67

2024-2025

BUENOS AIRES

NOTA DE LA DIRECCIÓN

NOTE FROM THE DIRECTOR'S OFFICE

Por Agustín Parise
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9775-6749>
Universidad de Maastricht, Países Bajos
e-mail: agustin.parise@maastrichtuniversity.nl

La Revista de Historia del Derecho (RHD) acompaña la vida académica y social del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Buenos Aires, Argentina) (INHIDE) desde 1973. Es un foro académico que primero se presentó en soporte papel y con una periodicidad anual hasta el número 36, y que desde entonces se presenta exclusivamente en soporte electrónico y con una periodicidad semestral. Los números de la RHD se fueron sucediendo a lo largo de los años de forma ininterrumpida, hasta que enfrentaron un breve intervalo que se extendió desde enero de 2024 hasta la fecha. Hoy comienza una nueva etapa con la publicación de este número 67.

La gestión inmediatamente anterior de la RHD contó con la dirección de Alejandro Agüero. Este fue un período muy fructífero para la revista, donde valiosos contenidos científicos fueron compartidos con la comunidad académica en la Argentina y más allá. Los lectores solo pueden estar agradecidos por esa generosa gestión que comenzó en 2016 y que concluyó por motivos personales del director a fines de 2024. En esa gestión la RHD consolidó una jerarquización y difusión nacional e internacional. En reemplazo de Agüero, la Comisión Directiva del INHIDE nombró a quien suscribe esta nota como director de la RHD en enero de 2025.

Este número 67 es el resultado del trabajo de la gestión actual, al tiempo que incorpora algunos contenidos que ya habían sido bienvenidos por la gestión anterior. Este número, por ende, comprende el período enero 2024 a diciembre 2025.

La gestión actual designó a un nuevo Equipo Editorial que cuenta con colegas de diversos orígenes, trasfondos y áreas de especialización. La nómina de miembros del Equipo Editorial se acompaña al pie de esta nota. Entre los cambios instituidos al Equipo Editorial cabe señalar la creación de las secretarías de investigaciones y de revisión bibliográfica, la composición de un consejo de

redacción que se encuentra activo durante todo el proceso editorial, la unificación de miembros argentinos y extranjeros en un único comité científico y la incorporación de un cuerpo de asistentes técnicos. Todos juntos trabajan para lograr la excelencia académica y la difusión de estudios disciplinarios. Tal como lo indican las políticas editoriales, en su versión recientemente actualizada, la RHD apunta a ofrecer un foro que “publica trabajos de investigación originales e inéditos sobre historia del derecho y teoría y metodología de la historia jurídica”. El mismo documento luego agrega que la RHD “acoge contribuciones desarrolladas según las distintas líneas de trabajo y enfoques que se cultivan actualmente en este campo de estudios y que buscan contribuir al avance de esta área de conocimiento”.

La sección de investigaciones del número 67 incluye tres contribuciones. La primera, elaborada por Dardo Ramírez Braschi, ofrece un derrotero del indulto como instrumento político y jurídico que desemboca en su instalación en la provincia de Corrientes (Argentina) hasta el siglo XIX. Ese derrotero ayuda a comprender de forma más acabada las características y la naturaleza de la institución sujeta a estudio. La segunda contribución, por Victor Hugo Criscuolo Boson, lleva a los lectores a Brasil durante los años 1930. En esa incursión el autor explora las fuentes jurídicas internacionales en el proceso de institucionalización del derecho laboral, destacando el diálogo entre los ámbitos nacional e internacional. Diversos actores toman protagonismo en ese diálogo, alcanzando aspectos de una circulación amplia. La tercera contribución, por Sylvain Soleil, presenta una herramienta útil para los historiadores del derecho. El autor elabora sobre la gestación, el contenido y el potencial de una base de datos internacional sobre derechos consuetudinarios. La presencia de la interdisciplina es clara en esa herramienta, y el contenido de la base de datos puede ayudar a desarrollar el estudio comparado de la historia del derecho. La sección de investigaciones de la RHD logra demostrar que el desarrollo de líneas de investigación en historia del derecho dista de ser algo estático.

La sección de revisión bibliográfica del número 67 de la RHD incluye cuatro reseñas. La historia del derecho se beneficia mediante el relevamiento de la literatura existente, encontrando en las reseñas espacios para informar sobre desarrollos recientes y para evaluar los méritos y las posibles falencias de los estudios disciplinarios. La primera reseña versa sobre una obra acerca de la dignidad y derechos humanos, en la que el autor reseñado estudia un pilar de la tradición occidental con una dimensión ius-histórica. La segunda reseña se refiere a un trabajo que también explora la tradición occidental con perspectiva histórica. El autor de esta segunda obra, sin embargo, explora otros pilares: el *common law* y la *equity*. La tercera reseña se focaliza en un aporte sobre la provincia de Córdoba (Argentina) durante la segunda mitad del siglo XIX. Ese trabajo ilustra sobre la formación del poder judicial en un contexto liberal y la participación campo-ciudad de

ese tiempo. La cuarta reseña se ocupa de una obra que también permanece en Córdoba, si bien extiende el período de estudio hasta las primeras décadas del siglo XX. El tema central es la presencia del Código Civil de 1871 en el marco propiciado por el régimen jurídico de la propiedad.

La RHD es un foro que se encuentra abierto para todos. La disciplina histórico-jurídica ofrece un campo fértil para comprender la vida en sociedad. Es por ello que es fundamental compartir el resultado de los procesos de investigación, y de esa forma ofrecer perspectivas nuevas que puedan sumarse a las ya existentes, formando un acervo para las generaciones futuras.

La comunidad académica toda queda invitada a ponerse en contacto con la RHD, mediante la casilla de correo institucional: revista@inhide.org.

EQUIPO EDITORIAL

NÚMERO 67 (ENERO 2024 - DICIEMBRE 2025)

Director

Agustín Parise (Maastricht, Países Bajos)

Secretarios

Sección de Investigaciones

Viviana Kluger (Buenos Aires, Argentina)

Sección de Revisión Bibliográfica

Alejandro Domínguez Benavides (Buenos Aires, Argentina)

Consejo de Redacción

Ezequiel Abásolo (Buenos Aires, Argentina)

Beatriz Badorrey Martín (Madrid, España)

Roberto Cerón (Santiago, Chile)

Sandra Díaz de Zappia (Buenos Aires, Argentina)

Alfredo Flores (Porto Alegre, Brasil)

Revista de Historia del Derecho N° 67, ene. 2024 - dic. 2025 - Versión on-line ISSN: 1853-1784

Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho - Buenos Aires (Argentina)

http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_serial&pid=1853-1784&lng=es&nrm=iso

Nota de la Dirección

[pp. 1-5]

Leopoldo Godio (Buenos Aires, Argentina)

Verónica Lescano Galardi (Buenos Aires, Argentina)

Sara Moreno Tejeda (Alicante, España)

Sergio Nuñez y Ruiz Díaz (Buenos Aires, Argentina)

Ana Brisa Oropeza (Veracruz, México)

Jacqueline Vasallo (Córdoba, Argentina)

Comité Científico

Alejandro Agüero (Córdoba, Argentina)

Marcela Aspell (Córdoba, Argentina)

Jean-Baptiste Busaall (París, Francia)

Aldo Andrea Cassi (Brescia, Italia)

Luis María Caterina (Rosario, Argentina)

José Daniel Cesano (Córdoba, Argentina)

Óscar Cruz Barney (Ciudad de México, México)

José María Díaz Couselo (Buenos Aires, Argentina)

Rafael Diego-Fernández Sotelo (Michoacán, México)

Thomas Duve (Fráncfort del Meno, Alemania)

Daniel J. García López (Granada, España)

Carlos Garriga Acosta (Bilbao, España)

Tamar Herzog (Cambridge, Estados Unidos de América)

Abelardo Levaggi (Buenos Aires, Argentina)

Marta Lorente Sariñena (Madrid, España)

Manuel Martínez Neira (Madrid, España)

Eduardo Martiré (Buenos Aires, Argentina)

Massimo Meccarelli (Macerata, Italia)

Matthew C. Mirow (Miami, Estados Unidos de América)

Hernán Olano García (Bogotá, Colombia)

Carlos Petit Calvo (Huelva, España)

Heikki Pihlajamäki (Helsinki, Finlandia)

María Rosa Pugliese (Buenos Aires, Argentina)

Ricardo R. Rabinovich-Berkman (Buenos Aires, Argentina)

Gabriela Tío Vallejo (Tucumán, Argentina)

Gustavo Silveira Siqueira (Río de Janeiro, Brasil)

Jesús Vallejo Fernández de la Reguera (Sevilla, España)

Arno Wehling (Río de Janeiro, Brasil)

Eduardo Zimmermann (Buenos Aires, Argentina)

Cuerpo de Asistentes Técnicos

Leandro Javier Lescano (Buenos Aires, Argentina)

Frederico Paganin Gonçalves (Porto Alegre, Brasil)

David Terranova (Mendoza, Argentina)

DEL PERDÓN REAL AL INDULTO Y LA AMnistía EN EL DERECHO DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES DURANTE EL SIGLO XIX

FROM REAL FORGIVENESS TO PARDON AND AMNESTY IN THE LAW OF THE PROVINCE OF CORRIENTES DURING THE 19TH CENTURY

Por Dardo Ramírez Braschi
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6197-1570>
Universidad Nacional del Nordeste, Argentina
e-mail: dramirezbraschi@yahoo.com.ar

RESUMEN:

En este artículo, el objetivo es referenciar la evolución del indulto como instrumento político y jurídico, a través del tiempo, desde los primeros antecedentes romanistas, su desarrollo en el Derecho Castellano, para incursionar luego en el Derecho Patrio argentino y su instalación en el orden local, en la provincia de Corrientes hasta el siglo XIX. Su extensa evolución muestra la adaptabilidad que ha tenido la institución en los diferentes momentos históricos. Para comprender el fundamento y la proyección contemporánea de las instituciones jurídicas o políticas, se torna necesario aproximarse a sus orígenes y de este proceso se determinarán las características y la naturaleza de la institución.

PALABRAS CLAVE delito; pena; indulto; política; gobierno.

ABSTRACT:

In this article, the objective is to trace the evolution of the pardon as a political and legal instrument over time, from its earliest Romanist antecedents, its development in Castilian law, its subsequent introduction to Argentine national law, and its establishment in the local legal system in the province of Corrientes, up to the 19th century. Its extensive evolution demonstrates the institution's adaptability at different historical moments. To understand the foundation and contemporary projection of legal or political institutions, it is necessary to examine their origins, and from this process, the characteristics and nature of the institution will be determined.

KEYWORDS crime; punishment; pardon; politics; government.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PERDÓN REAL EN EL DERECHO CASTELLANO. MONARQUÍA Y PERDÓN. III. EL INDULTO EN EL DERECHO INDIANO. IV. ALGUNAS REFERENCIAS DEL INDULTO Y LA AMnistía EN EL DERECHO PATRIO ARGENTINO. V. EL INDULTO EN EL DERECHO PÚBLICO CORRENTINO. VI. CONCLUSIONES. VII. FUENTES PRIMARIAS. VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

El indulto y la amnistía tienen una importante evolución e implementación en la historia del Derecho. El impacto de estas instituciones generó consecuencias en el marco jurídico en las cuales se efectuaron. La construcción normativa de la provincia de Corrientes (República Argentina) no dejó de lado al indulto y la amnistía, ya que fueron realizadas desde una perspectiva política y jurídica. Esa vocación se registró en el siglo XIX, y estuvo alimentada por la vorágine socio-política que conllevaba las guerras civiles y el sentido de perdón y pacificación de sus actores, generadores de indultos y amnistías.

Las primeras Constituciones correntinas establecían las facultades de indultar y amnistiar. En particular, la amnistía fue puesta en vigor inmediatamente después de sediciones, rebeliones o enfrentamientos bélicos, vinculados a las refriegas políticas locales. Esto generará interrogantes, como, por ejemplo, ¿qué significaba perdonar?; ¿cuál era el fundamento del indulto?; ¿debía existir la facultad de perdonar?; ¿quién debía ejercerla?; ¿qué y a quién se podía perdonar?; los indultos implementados, ¿tuvieron finalidad jurídica o política?; y ¿en qué ocasiones se aplicaron amnistías con el fin de pacificar la sociedad correntina fragmentada por la guerra civil? Buscar respuesta a estos interrogantes demandará estudiar el denominado “*perdón real*”, aquel ejercido por los monarcas peninsulares, y autoridades coloniales en América, como manifestación de la potestad de gracia en el Derecho Castellano e Indiano, un paso previo que permita explicar qué imperio tuvo este en el proceso formativo constitucional de Corrientes.

Todo esto en un marco histórico peculiar por el que transitaba la provincia, sumergida en conflictos, muchos de ellos interprovinciales, en la búsqueda de una organización nacional, o, en su defecto, otros de carácter internacional, como aquel derivado de la invasión paraguaya de 1865. A todo esto se sumaron permanentes conflictos intestinos entre partidos políticos locales, casos estos en que el perdón desde el Estado estuvo directa o indirectamente implicado.

En referencia a la cuestión metodológica, se plantea aquí un análisis desde el procedimiento analítico, cualitativo y descriptivo, con base en el *corpus* legislativo y a la bibliografía especializada. Como fuente para este trabajo se recopiló y analizó documentación édita e inédita de los reservorios del Archivo General de la Provincia de Corrientes, como así también de la Doctrina y bibliografía especializadas, que se describen en el índice final del presente artículo. Con esta información fue posible analizar distintas disposiciones y normativas sobre el indulto otorgado por los gobernantes en toda la etapa pre y post

constituyente decimonónica. Para el estudio del caso de la provincia de Corrientes fue de vital importancia relevar la aplicación del indulto y la amnistía, y la sistematización de la legislación provincial en el Registro Oficial de la provincia de Corrientes, que refleja una escena marcada de decretos y legislaciones referentes al tema, mostrando la evolución y la implementación de la vida institucional y política provincial. Vale notar que esta investigación expone los decretos sobre indulto, promulgados por las autoridades provinciales como un mecanismo para asentar una Administración de Justicia con impacto en la paz social.

II. EL PERDÓN REAL EN EL DERECHO CASTELLANO. MONARQUÍA Y PERDÓN

El romanista Joseph Louis Elzéar Ortolan (1872), en una de sus clásicas obras, sostenía que todo historiador debería ser jurisconsulto, y todo jurisconsulto debería ser historiador. No se puede conocer a fondo una legislación, sin conocer su historia (p. 29). Esta reflexión adquiere relevancia cuando se analiza el derecho positivo y se busca explicaciones de las instituciones jurídicas contemporáneas. El caso del indulto y la amnistía, no es la excepción a aquella regla. Aún más, el indulto, pese a considerarse una institución vetusta y longeva, de rancia tradición histórica, tiene actualidad en los ordenamientos legislativos actuales y no ha sido desterrada (García Mahamut, 2004, p. 22).

A través de la evolución histórica se observa que, para estas instituciones, la doctrina histórica tiene una conceptualización homogénea, que varía con el transcurrir del tiempo (Torres Aguilar, 2022). La distinción entre indulto y amnistía se daba por su origen o por sus efectos. El indulto general y la amnistía han sido entendidos como actos políticos en los que resultaba preciso combinar la clemencia con la conveniencia pública (García Mahamut, 2004). El indulto general se otorga a un número determinado de individuos, que poseen en común tener la misma acción delictiva y un mismo tipo de pena. La amnistía también tiene esas mismas condiciones, pero se diferencia en que la amnistía debe ser otorgada por un órgano legislativo y con efectos más amplios que el indulto general.

De acuerdo a la aplicación del indulto en su evolución histórica, es una medida especial de gracia, por la cual, la autoridad competente perdona, a una persona, toda o parte de la pena a que había sido condenada, en virtud de una sentencia firme, sin por ello ser borrado el delito ni sus efectos penales. La gracia de indulto tiene una profunda raíz histórica, tanto en los regímenes monárquicos como republicanos más recientes. Si bien la acción de indultar o perdonar una pena tiene profundas raíces en el Derecho de las distintas civilizaciones antiguas, el

inmediato al Derecho Castellano se ubica en el romanismo, de donde se trasladará a la sistematización normativa castellana.

Siglos después, ya desaparecido el Imperio romano, y durante la segunda mitad de la Edad Media, en la época feudal y municipal, el poder centralizado se fraccionó entre múltiples titulares, siendo los señores feudales quienes tenían potestad de indultar en sus territorios. Con el renacimiento del Derecho Romano volvió, otra vez, a ser facultad de la realeza, en la que quedó, completamente sedimentada, al robustecerse las monarquías absolutas. El indulto se ha mantenido como atributo de la soberanía del Estado, si bien, históricamente, quedó vinculado a *reminiscencias* evidentes de monarquías absolutas, en las que el rey, al impartir justicia, acordaba la pena y otorgaba libremente su perdón.

El origen legislativo del indulto, en la legislación castellana, se remonta al tiempo de los godos (Linde Paniagua, 1976). El primer vestigio de este derecho se encuentra en el canon 8^{vo} del Concilio VI de Toledo, del año 636. Pero recién es, con el Fuero Juzgo, cuando se institucionaliza en España.

En una monarquía absoluta, como la de España, donde el rey era el soberano, este tenía la facultad de indultar, pero no debía ser arbitraria, sino que tenía que acomodarse a las reglas y principios que regían en los distintos textos legales, los que detallaremos más abajo. Esta facultad del rey no debía alterar los mecanismos de la Administración de Justicia, cuando esta había funcionado convenientemente, agotando todas las instancias y demás mecanismos jurídicos a favor del procesado, por lo que no era prudente alterar el veredicto de la sentencia final. Quien fue declarado culpable por la Justicia, debía cumplir la pena establecida; de lo contrario, se derrumbarían las estructuras institucionales y judiciales del sistema monárquico (Bermejo Cabrero, 2005). Entonces, para proceder a un indulto, debía haber alguna justificación, que lo haga factible, alejándolo de una decisión arbitraria y contradictoria a la Justicia. Pero, además, para que se concrete el indulto, había que desarrollar una tramitación formal, la que se debía iniciar por escrito fundamentado, con traslado al Tribunal que dictó la sentencia; de allí, si el rey lo autorizaba, las actuaciones seguían su curso, prosiguiendo la minuciosidad procedimental que caracterizó al sistema monárquico español. En caso de proceder y contar con la venia del rey, el procedimiento concluía con la redacción de una Real Cédula otorgando el perdón real, especificando los detalles del caso (Bermejo Cabrero, 2005). A lo largo de los siglos, la monarquía adoptó diversas posturas con referencia al indulto; en algunos períodos, fue más restrictiva en otorgarlo, en comparación con otros tiempos. No es lo mismo lo que sucedía en la época de Felipe II, quien detalladamente analizaba cada pedido de indulto y restringía su otorgamiento, que en la Baja Edad Media.

Al perdón de una pena -en la primera época- se lo denominaba de diferentes maneras, de acuerdo a la legislación y la doctrina: gracia, indulto, indulgencia, abolitio, commutatio, remissio, restitutio, mitigatio, compositio, perdón, condonatio, pero los términos de *perdón real* o *indulto* fueron los utilizados, con frecuencia, en las disposiciones monárquicas (Rodríguez Flórez, 1971).

Existían de diferentes modalidades, como el total o parcial, condicional o incondicional. También el perdón real podía ser otorgado de forma general, cuando, por festividades o conmemoraciones especiales, se indultaba a un grupo de personas. En cambio, el perdón real, en su forma particular, se manifestó cuando se presentaba una solicitud específica del condenado, o de una o varias personas perfectamente identificadas. En este último caso se tenían en cuenta algunos factores, como la calidad de la persona que hacía la petición, sus virtudes y mérito; también las virtudes, valores humanos y cualidades del condenado movían al rey a conceder el indulto. En las Siete Partidas se reconocía que la calidad personal del condenado era razón para conceder el perdón; no solamente se referiría a la calidad de valores humanos, sino a los servicios que el mismo, o su familia o linaje, hubieran prestado a la monarquía (Rodríguez Flórez, 1971). La voluntad del rey era determinante para que proceda el indulto y esto se mantuvo durante todo el dominio monárquico, incluso en la etapa del surgimiento de los Estados republicanos. La facultad de indultar quedó instalada, y seguirá estando en quien gobernase y ocupase el Poder Ejecutivo de gobierno.

En cuanto a los efectos del perdón, se diferenciaba entre, los perdonados que se hallasen pendientes de juicio, y aquellos que hubieran sido condenados. En el primer supuesto, el perdón era muy favorable, extinguiéndose no sólo la pena, sino también la responsabilidad penal, hasta el punto de recobrar la situación anterior al delito. En la segunda situación, se extinguía la pena corporal o de privación de libertad, y no así las penas subsidiarias, ni la responsabilidad penal contraída; así, no recobraba ni la honra ni la fama, ni los bienes que se perdieron, en virtud de la sentencia, salvo el caso en que otra cosa se expresase en el perdón.

El perdón aparecía limitado en los casos de alevosía, traición (la Ley I, Título II, Partida VII, enumeraba hasta 14 delitos de traición) y perjuicio de terceros, supuestos en los que no se debía conceder. En el siglo XVII, en el “Tratado Jurídico Político: Práctica de indultos”, su autor explicaba, en detalles, cuáles son los delitos no comprendidos en indultarse y su procedimiento, por lo que se aprecia, de acuerdo a esta obra, que correspondía el perdón sólo a algunos delitos menores, aplicándose la figura a casos excepcionales (López de Cuellar y Vega, 1690). A fines del siglo XVIII, Antonio Xavier Pérez y López, basándose también en la Real Cédula del 24 de octubre de 1771, sostuvo que estaban exceptuados del indulto los crímenes considerados de la “mayor maldad” (Pérez y López, 1797, p.

320). Ya entrado el período decimonónico, en el compendio de Derecho Real de España, escrito por Juan Sala, se explicaron algunas puntualizaciones sobre el indulto, sosteniéndose que los delitos que se exceptuarían serían: el crimen de lesa majestad, divina o humana; de alevosía; de homicidio de sacerdote; de falsificar moneda; de incendiario; de extracción de cosas prohibidas del reino; de blasfemia, sodomía, hurto, cohecho, baratería, cometidos en la administración del oficio, entre otros (Sala, 1833).

El derrotero del instituto continuó. Carlos I prohibió que se hiciera merced de pena alguna, hasta tanto no hubiere sentencia basada en cosa juzgada. Seguirían en el tiempo otras disposiciones que servirán de referencia, como la promulgada por Felipe IV, en 1639, que prohibió que fueran indultados los condenados a galeras, pero esa actitud estuvo motivada por no perder los servicios en los galeones, de gran importancia para la Marina española (Madrazo, 1874). Felipe V, que, entre otras cosas, dictó disposiciones sobre cumplimiento de autos de visita y sobre solicitud y ejecución de indultos, oportunamente puntuará la prohibición de no indultar ningún delito de hurto cometido en la Corte o cinco leguas alrededor de su jurisdicción (Ramos Vázquez, 2015). Carlos III, que, entre otras prohibiciones, estableció reglas sobre el modo de alzar la cláusula de retención a los presidiarios, llegó a prohibir, a Magistrados, Ayuntamientos u otros, concediesen indultos con motivo de asonadas y alborotos, “por ser materias de la suprema Regalía, inherentes en la Real y sagrada persona” (Linde Paniagua, 1976, p. 12).

Los delitos susceptibles de perdón real variaban de acuerdo con la mentalidad de cada época y, como esa mentalidad no es lineal en el tiempo, los supuestos de concesión de indultos no serán los mismos en una época u otra. Pero los delitos de menor gravedad y de mínimo impacto político, siempre serán los dispuestos de ser indultados con mayor frecuencia.

Existía la costumbre de indultar un reo durante los días de Semana Santa, tradición iniciada por Juan II, padre de Isabel la Católica, que instauró el denominado, “Perdón del Viernes Santo de la Cruz” (Sánchez Domingo, 2017, p. 143). Con el transcurrir del tiempo, este indulto, en la conmemoración cristiana de Semana Santa, se incorporó como algo particular entre los indultos generales. La doctrina, con el tiempo, también hará referencia al indulto ejecutado a raíz de aquella conmemoración judeocristiana. Juan López de Cuellar y Vega, en su Tratado sobre los indultos, afirmó que era el rey quien mandaba a indultar, precisamente, el Viernes de Semana Santa (López de Cuellar y Vega, 1690). Otro autor, ya en el siglo XIX, argumentó que el indulto anual del Viernes Santo tenía origen en los principios bíblicos del perdón, por el cual el monarca, en la adoración de la Santa Cruz, imponía su decisión en procesos criminales, procediendo al

indulto (Villar y García, 1852). Esta tradición se prolongó en el tiempo y a través de los siglos, trasladándose también, como costumbre, al Reino de Indias, donde, en ocasiones, las instituciones indias usaban aquella facultad. Los ejemplos son numerosos, pero sólo citaré como referencia el caso de la ciudad de San Juan de Vera de las Siete Corrientes y, de acuerdo al Acta Capitular del 9 de abril de 1661, los alcaldes ordinarios, en representación del Teniente Gobernador, Justicia Mayor y Capitán de Guerra, asistieron a la Cárcel capitular, con la finalidad de liberar a los presos que se hallasen en ella, indultándolos en honor a las Pascuas de Resurrección (Actas Capitulares de Corrientes, 1942).

Así, los alcaldes, en visita a las Cárcel capitulares, concedían indultos a algunos presos. En la obra de Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre, se hace referencia a que, en las cárceles de Madrid, los Viernes de Semana Santa se liberaban dos presos, uno en cada capital en que haya Audiencia (García Goyena – Aguirre, 1852).

Todo esto no significa que, en la citada conmemoración cristiana, se indultara indiscriminadamente, sino que, de acuerdo con las condenas, se procedía en aquellos casos más favorables a perdonar. De acuerdo con la Ley II, del Título XLII de la *Novísima Recopilación*, se establecía, puntualmente, que el perdón del Viernes Santo sólo se aplicaba este día, con la solicitud previa del confesor del rey o persona que el propio monarca encomendare, poniéndose como límite el número de 20 indultos por año (Sánchez Domingo, 2017).

Ya en el siglo XIX, y de acuerdo al compendio de Derecho Real de España, editado en 1833, el indulto, generalmente, se concedía también en oportunidad del nacimiento de algún infante real, o por alguna victoria, aunque también se otorgaba en casos particulares, cuando se procedía al perdón de alguien, por un bien que había hecho al Reino (Sala, 1833).

III. EL INDULTO EN EL DERECHO INDIANO

Luego de referenciar la Institución del indulto en el Derecho Castellano, es conveniente conocer su aplicación en el Reino de Indias. Será en consecuencia el Derecho Indiano el que hará de nexo con las nuevas normativas de las Repúblicas hispanoamericanas, originadas en el siglo XIX. El ejercicio de las prerrogativas sobre el perdón real fue trasladado a la América española. Felipe II, por real cédula del 19 de diciembre de 1583, dispuso que los Virreyes puedan perdonar delitos, aunque sean de lesa majestad, u otros cualesquiera (García-Gallo, 1951-1952).

Una disposición referencial se encuentra en las Leyes de Indias. Ley 27, Título III, Libro III disponía la concesión de la facultad a los Virreyes del Perú y Nueva España para que puedan perdonar cualquier delito y excesos cometidos en las provincias de sus gobiernos (De la Guardia, 1889). Los Capitanes Generales, aunque de no tan alta categoría como los virreyes, disponían de la misma facultad, primero por costumbre y después por disposición de real cedula del 27 de octubre de 1798 (Madrazo, 1874).

A pesar de que una cédula de Felipe III, de 1614, incluida en la *Recopilación de Indias*, daba facultad amplia a los virreyes para otorgar indultos, Juan de Solórzano Pereyra interpretó que, de acuerdo a las cédulas de designación del cargo, los virreyes sólo podían perdonar las penas de delitos que no sean de rebelión o dependientes de ellos, y sólo en caso de guerra y alteración. La interpretación de Solórzano Pereyra limitaba la disposición real (Solórzano y Pereyra, 1930).

La potestad de perdonar de los virreyes en Indias era una facultad propia del rey, como todos los demás mandos de poder otorgados por el soberano a las instituciones que gobernaban en su nombre. La concesión de perdonar o indultar, de los virreyes, estaba ajustada solamente a la probidad para gobernar de la misma manera como el rey lo hubiese hecho. En similitud a las facultades del monarca, las Instituciones indias ejercían facultades de perdonar, para utilizarlas como compensación de servicios o para recomponer la relación con los súbditos, frente a las situaciones de necesidad o de generalizada desobediencia (Agüero, 2008).

Con respecto al Virreinato del Río de la Plata, por analogía, regían las mismas disposiciones, pues, por la Instrucción de gobierno del 15 de agosto de 1776, las Leyes del Libro III, Título III de la Recopilación, que fijaban las atribuciones de los virreyes, debían observarse por el virrey Pedro de Cevallos “como normas generales de su gobierno” (Galiana, 1998, p. 34). Los indultos y perdones ocurrían periódicamente en la región del Río de la Plata, se manifestaban con relativa frecuencia, con el fin de aliviar la situación de los presos y mitigar las penas de los reos. Y fueron los indultos generales, los más frecuentes, que se sucedieron casi ininterrumpidamente desde 1742 hasta las postrimerías del período hispánico, sin que esta afirmación signifique desconocer su existencia anterior (Levaggi, 1976). Los indultos podían comprender a todos, incluyendo los súbditos indios, tales son los casos en el Río de la Plata, donde fueron perdonadas penas de delitos graves, inclusive del aberrante y peligroso delito de traición, lo que muestra la decisión del virrey de perdonar penas de delitos exceptuados en la legislación y tradición del Derecho Castellano (Olaza Pallero, 2013).

Por último, después de analizar las disposiciones castellanas, y antes de pasar a la cuestión del indulto en el Derecho Patrio argentino, es conveniente comentar que, en el siglo XVIII, la doctrina europea tenía posturas diferentes sobre el indulto, las que se proyectaron en el mundo de la doctrina jurídica y política. Una de ellas, consideraba al indulto como una Institución necesaria y positiva; y, otra, la desechaba por sus consecuencias. Entre los juristas que consideraban útil la aplicación del indulto, encontramos a Jeremy Bentham, Cesare Beccaria y Gaetano Filangieri; y los que mantenían una postura en contrario, Montesquieu, Benjamín Constant y François Guizot (García Goyena – Aguirre, 1852). Esta discusión doctrinaria se prolongó en el tiempo.

IV. ALGUNAS REFERENCIAS DEL INDULTO Y LA AMNISTÍA EN EL DERECHO PATRIO ARGENTINO

Los cambios políticos, generados por las revoluciones hispanoamericanas, a principios del siglo XIX, dieron lugar a modificaciones institucionales, que, en lo político, fueron bruscas y notorias, pero, en lo jurídico, tuvieron un prolongado proceso de transición, etapa en la cual fue fuertemente considerada la pervivencia del Derecho castellano-indiano en el Derecho Patrio argentino. Pero esta pervivencia, no sólo se reduce a la vigencia de aquél, como instrumento normativo, sino que significó la continuidad en la mentalidad de los hombres públicos que participaron en la construcción de los nuevos andamiajes organizativos del Estado (Abásolo, 2014). Las nuevas disposiciones normativas en la región rioplatense fueron adquiriendo dimensiones significativas, y en las Asambleas Generales que se fueron sucediendo, se suministraron antecedentes sobre actos de indultos –como Cuerpos soberanos–, así como también originaron proyectos de normas, conforme a las cuales, los indultos podían concederse. En este contexto, la facultad de perdonar, heredada de la monarquía hispánica, como atribución del rey, pasó al pueblo –soberano, en el sistema representativo–, que lo delegó en sus representantes. La nueva modalidad organizativa del Estado, basada en la división tripartita de poderes, fue generando un proceso conflictivo entre los Poderes del Estado, el que fue zanjándose a través del transcurrir de las décadas (Corva, 2016).

Se considera que la mutación de la clemencia real del Derecho Castellano, en indulto constitucional en las Repúblicas hispanoamericanas, en el período decimonónico, desligó el concepto “perdón”, de la analogía en que éste se percibía dentro del orden moral, eclesiástico e histórico y, de esta manera, el indulto pasó a considerarse más como un concepto dentro de la esfera jurídico-política, ya no dependiendo de los valores morales y religiosos, al que estaba ligado siglos atrás.

Dicho de otra forma, en la República el perdón tuvo una connotación laica, mientras que, el perdón real, del Derecho Castellano, estaba infundido en la clemencia con base religiosa (Melo Flórez, 2017).

Al producirse la Revolución de Mayo de 1810 en Buenos Aires, existieron algunas jurisdicciones que se opusieron al cambio, y entre ellas Córdoba. La junta Gubernativa reaccionó y ordenó el fusilamiento de los cabecillas, siguió un embargo de sus bienes, pero luego, el nuevo gobernador en Córdoba, Juan Martín de Pueyrredón, impartió un indulto general a peninsulares y criollos que se habían adherido al movimiento político (Etchepareborda, 1960). Fue ese el primer indulto general en el período patrio y contuvo un claro sentido pacificador.

En el marco de la primera Asamblea Constituyente argentina, uno de los proyectos de Constitución que hace referencia al indulto, es el redactado por la Comisión Oficial, nombrada en 1812, que preparó el “Proyecto de Constitución para el Río de la Plata” (Capítulo XVIII, Artículo 4). Otro proyecto, presentado en el mismo Cuerpo constituyente, fue el denominado Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, en su artículo 142, redactado por la Sociedad Patriótica, desarrolló en forma más amplia los alcances de esta institución (Ravignani, 1937). Describió el proyecto que se debía otorgar indulto en aniversario de la libertad del Estado, lo que era herencia directa de lo señalado en el Derecho Castellano, con el perdón real en las conmemoraciones religiosas y en las celebraciones de los monarcas.

La Asamblea del año 1813 también dispuso un indulto general a reos, conforme al decreto denominado “Plan de Delitos sobre que debe recaer el indulto”. Esta disposición estaba dirigida a aquellos desertores de las armas, que no hubiesen cometido otros delitos, como ser falsificación de moneda, cohecho, retención de los propios y hacienda de los pueblos, hurto, falso testimonio y calumnia, resistencia armada a la justicia de lesa patria, de homicidio, que no sea casual o en defensa propia. En la sesión del 8 de febrero de 1813, se indultó al reo, condenado a muerte, Felipe Pastrana, por la pena de servicio perpetuo, en uno de los cuarteles de su tropa. Al mes siguiente, el 18 de marzo de 1813, el P. E. consultó a la Asamblea Constituyente si el indulto era extensivo a los desertores que se hallaban, ya cumpliendo sus condenas por infracciones anteriores; por lo que la Asamblea, ratificó que, el indulto se entiende extensivo a los desertores que se hallan sufriendo sus condenas en los respectivos cuarteles, pero no abarca a los que se hallaban en los presidios (Ravignani, 1937). Esta modalidad de indultos a desertores fue genérica en toda la América española, durante los años de revolución, en uno u otro bando de los contendientes (Melo Flores, 2016).

En el año 1815, el Estatuto Provisorio se constituyó en el primer ordenamiento legal patrio que estableció formalmente el indulto, al disponer que el

Poder Ejecutivo podía suspender las ejecuciones capitales, y conceder perdón en el día de la libertad del Estado, es decir, el 25 de Mayo, o en ocasión de acontecimientos que signifiquen nuevas glorias locales, exceptuándose, del mismo, a los sentenciados como traidores a la patria (Levaggi, 2012).

Durante los años por la guerra de la Independencia, se otorgaron indultos a desertores, con la condición de que fueran incorporados nuevamente a las filas del Ejército patrio. Así fue que, el Congreso Constituyente, instalado en San Miguel de Tucumán, en 1816, concedió un indulto general a todos los reos que se hallasen presos en cárceles y en los parajes de las Provincias Unidas, extendiéndose, además, a todo género de deserción, que no sea al Ejército español, o en reunión, de más de cuatro personas con armas, con calidad de que los desertores que no hayan sido aprehendidos deban presentarse dentro del término de un mes. Se exceptuaban del indulto, también, a todos aquellos que habían cometido delitos contra la religión católica.

El Congreso de Tucumán aprobó el llamado Reglamento Provisional de 1817, el cual incorporó los mismos principios, aprobados por el Estatuto Provisorio, de dos años antes (Ravignani, 1937). La primera Constitución Nacional, sancionada en 1819, facultaba al Poder Ejecutivo a indultar la pena capital, a un criminal, o commutarla, previo informe del Tribunal de la causa, procediendo sólo por motivos de equidad o cuando un acontecimiento feliz justificase la gracia, exceptuando los delitos que la ley excluía. La Constitución Nacional de 1826 adoptó similares postulados, que la de 1819 (Levaggi, 2012). En referencia a los delitos excluidos, que mencionaban estas Constituciones, no eran ni más ni menos los que establecía la antigua legislación castellana, ya analizada anteriormente, que pervivía en aquellos años.

Cuando Juan Bautista Alberdi publicó, en Chile, su obra *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, anexó un proyecto de Constitución y, cuando hizo referencia al indulto, facultó al presidente de la República, a hacer uso de él, con acuerdo del Senado. La Constitución Nacional de 1853 incorporó, entre las facultades del presidente, la de indultar, manteniendo, en general, la fórmula de la Constitución de 1826, pero, como novedad, amplió a todas las penas, no solamente a la de muerte, como había sido hasta entonces en el Derecho local, y limitó su proceder sólo a los delitos federales, exceptuando al juicio político.

En el Derecho Público de distintas provincias argentinas se aprecia la instrumentación del indulto, como atribución del Poder Ejecutivo. En la provincia de Buenos Aires, en su proyecto de Constitución de 1833, y en la Constitución de 1854; en Catamarca, por medio de la Constitución de 1855; en la provincia de

Córdoba, en la de 1821, en el Código Constitucional Provisorio de 1847, y la Constitución de 1855. La provincia de Entre Ríos lo referenció en la Constitución de 1860; Jujuy, lo hizo en las Constituciones de 1835 y 1839. De la misma manera, la provincia de Mendoza, en 1821 y 1854; la de San Juan, en 1856; la provincia de San Luis, en su Constitución de 1855; Santa Fe, en la del año 1841; Santiago del Estero, en 1856; Tucumán, en 1820, 1852 y 1856 (San Martino de Dromi, 1994).

V. EL INDULTO EN EL DERECHO PÚBLICO CORRENTINO

Las primeras Constituciones Provinciales incorporaron, generalmente, al indulto, entre sus disposiciones. En lo que refiere el Derecho Público correntino surgen algunos indicadores de la Institución, los que detallaremos, cronológicamente, a continuación.

En el primer Reglamento Constitucional, aprobado en diciembre de 1821, en su Sección Cuarta – Artículo 24, se indicó que: “Podrá el Gobernador, en uno u otro caso, indultar la vida al reo que estuviese sentenciado a muerte, el 25 de Mayo, pero no usará esta facultad extraordinaria, sino cuando concurran graves e importantes consideraciones”. La segunda Constitución Provincial puesta en vigencia -que data de 1824- en su Sección VI, Artículo 20, sostuvo que podrá el Gobernador, en los días 25 de Mayo, indultar la vida al reo que estuviese sentenciado a muerte, pero debería ser una decisión extraordinaria. Esta disposición se aplicó hasta la puesta en vigencia de la Constitución de 1856, pero previamente, en 1838, había sido aprobada una nueva Constitución, que, por causales de guerra civil en que estuvo comprometida la provincia, no pudo entrar en vigor y prosiguió la del año 1824. Aquella Constitución de 1838, aprobada con fuerza constituyente, en lo referente al indulto, limitaba sólo al día 25 de mayo, día que se podía otorgar indulto a un reo condenado a muerte, exceptuándose los delitos de lesa patria, falsificación de moneda y homicidio cometido con notoria alevosía.

También se debe considerar el proyecto constitucional, elaborado por el asesor designado por la Legislatura Provincial, Santiago Derqui, quien se ocupó de preparar y ejecutar la proyectada reforma constitucional. Dicho proyecto incorporaba el otorgamiento del indulto, como facultad privativa del gobernador. El 13 de octubre de 1841, la Legislatura fijó fecha para considerar el proyecto de Constitución en las próximas sesiones, pero, la cuestión quedó suspendida a raíz de las luchas civiles en la que participó directamente la provincia (Ramírez Braschi, 2017). En 1847, se redactó otro proyecto constitucional, que no pudo ser

aprobado, por la intensidad bélica de las luchas civiles en que estaba comprometida Corrientes. Este proyecto no llegó a convertirse en ley constitucional, pero refería al indulto, expresando que el gobernador podría indultar a un criminal de la pena capital, previo informe del Tribunal, o Juez de la causa, mediando graves y poderosos motivos, salvo los delitos exceptuados por la ley (Gómez, 1927).

Décadas más adelante, durante el Gobierno de Juan Gregorio Pujol, en el año 1856, una nueva Constitución vio la luz, pero ésta, no se refirió al indulto, sino a la commutación de pena, siempre procediendo, previo informe del Tribunal y argumentando poderosos motivos (Sección Séptima - Artículo 42 - Inciso 17). La reforma constitucional de 1864, continuó con el concepto de supresión del indulto, del sistema legal provincial, pero fue incorporado, nuevamente, como facultad del gobernador, en la Constitución sancionada en 1889 (Gómez, 1927).

Además de estas disposiciones constitucionales, durante los años de formación institucional, la Provincia incursionó en guerras interprovinciales y gestó revueltas políticas internas, que terminaron, en ocasiones, en indultos a adversarios, todo con el fin de alcanzar la tranquilidad política. En estas ocasiones, el perdón adquirió una connotación política, que buscaba la paz institucional.

En párrafos *ut supra*, se referenció que, durante la guerra por la Independencia, se trataron esta clase de perdones generales, los que continuaron aplicándose durante las luchas civiles argentinas, por la organización nacional. La provincia de Corrientes lo usó reiteradamente, como medio de pacificación política y como corolario de enfrentamientos internos militares.

Esta cuestión del indulto general tiene su precedente ya desde la etapa virreinal, cuando era natural otorgar perdones o indultos generales concedidos especialmente a los desertores de las fuerzas militares que, con suma facilidad y frecuencia, abandonaban sus filas, dejándolas indigentes para las luchas que debían llevar. De ahí que en épocas de beligerancia y como señuelo para lograr su reincorporación las autoridades solían recurrir al indulto general (Levaggi, 1976).

Como muestra de su práctica institucional, se describirán a continuación algunos casos en que se aplicó el indulto general en el Derecho Público correntino. De los primeros casos, entre los más relevantes, se trae a colación el decretado por el gobernador Rafael de Atienza, en junio de 1834, fijando indulto general de desertores, evitando de esa forma, que los desertores del Ejército Provincial permanezcan errantes, sin rumbo fijo, por los campos de la Provincia. La disposición del Poder Ejecutivo ordenó se conceda indulto general y absoluto a los desertores del Ejército de la Provincia, que, hallándose en la jurisdicción de ésta, se presentasen, siendo de tropa de línea, a sus respectivos jefes, los que se

incorporarían a los batallones de milicias, pero dejándolos también a que regresen a sus hogares, para poder dedicarse a los trabajos que acostumbraban a hacer en tiempos de paz (Registro Oficial de la Provincia de Corrientes, vol. 3, 1929).

Algunos años después, *a posteriori* de la batalla de Pago Largo, el gobernador Pedro Ferré, indultó a los desertores del Ejército (Registro Oficial de la Provincia de Corrientes, vol. 3, 1929). El mismo recurso utilizó el gobernador Joaquín Madariaga, cuando indultó, en 1843, a los desertores y a las dispersas tropas federales vencidas (Registro Oficial de la Provincia de Corrientes, vol. 3, 1929); y Domingo Latorre, lo hizo en 1851, a través de un indulto general, beneficiando a todos aquellos correntinos que habían emigrado por motivos políticos (Registro Oficial de la Provincia de Corrientes, 1936). Estos casos eran de “indulto general”, algo similar a una amnistía, pero realizados por decreto del gobernador y no por ley de la Legislatura.

En el mismo sentido procedió el gobernador Evaristo López en enero de 1866, cuando transcurrían los primeros meses de la guerra contra el Paraguay, y después de la invasión de aquel país a la provincia de Corrientes, firmando el gobernador un decreto indultando a los desertores del Ejército que andaban dispersos por el territorio provincial (AGPC, t. 213, fs. 68-69). Se trató de un indulto general en el marco de aquella guerra, con el claro objetivo de traer tranquilidad y seguridad en los Departamentos de la provincia.

Las disputas políticas en la provincia de Corrientes continuaron en todo el siglo XIX, generando enfrentamientos armados entre los sectores políticos, al extremo de enfrentarse en batallas como la de Tabaco, pugna con más de 150 muertos aproximadamente -4 de marzo de 1872- e Ifrán, con más de 300 muertos -9 de febrero de 1878-. En otra ocasión, debido a una sedición en el departamento de Caá Catí, se otorgó un indulto a sublevados en una sedición contra el gobierno en 1871; a las que se le otorgaron un término para presentarse ante el juez de paz del Departamento, y si no lo hiciera, no tendría efecto la medida sobre ellos (Registro Oficial de la Provincia de Corrientes, 1885). Se observa en este caso la instrumentación de un indulto general condicionado al proceder de los implicados en la sedición, el que tendría efecto sólo si se presentasen a la autoridad judicial.

En años siguientes la prosecución de las disputas políticas no aminoró y tiempo después, en la noche del 9 al 10 de Junio de 1895 un alzamiento político ocupó algunos pueblos de la provincia y en la capital se produjo un intento frustrado lo que abonaba a la instabilidad gubernamental de la provincia, acción que produjo heridos y muertos en ambas facciones enfrentadas (Gómez, 1831). Pero una vez calmados los alzamientos, el gobierno de Valentín Virasoro aprobó una ley

de amnistía que beneficio a los 71 prisioneros tomados en la noche de 9 de junio de 1895 (*Anexos al Mensaje del Poder Ejecutivo*, 1896).

Como se observa en los casos exemplificados, las situaciones de conflictividad política y de guerra, que transitó la provincia a través de los años, son las que generaron que diferentes gobernadores usasen la facultad constitucional del indulto general como medida para apaciguar y pacificar la Provincia.

El término esgrimido en aquellas Constituciones y leyes provinciales fue el de “indulto”. La utilización de la palabra “indulto”, está asimilada al sentido del perdón, confundiéndose -en ocasiones- su uso, con el de una “amnistía”, pero es comprensible que pudiese ocurrir algo así en aquella primera etapa de formación del Estado correntino, en la cual, la adaptación institucional se fue consolidando paulatinamente. En la provincia de Corrientes los indultos generales emitidos por decreto del Poder Ejecutivo provincial se expidieron más adelante con el nombre de amnistías, que fueron emitidas por ley de la Legislatura. No se ha localizado disposición alguna del Gobernador que indulte pena ordenada por sentencia dictada por tribunales correntinos.

VI. CONCLUSIONES

Se torna necesario, para aproximarnos al conocimiento del funcionamiento y naturaleza de las instituciones políticas y jurídicas, explorar su evolución histórica y, a través de ella, explicar su existencia contemporánea. Tal como lo afirmó Gayo, en sus Comentarios a la Ley de las XII Tablas, que, para interpretar las leyes anteriores, es necesario remitirse al principio, porque el principio es la parte más principal de cualquier cosa (Justiniano, 1872).

En el caso del indulto, se puede decir que esta Institución tuvo una extensa evolución, perdurando, con diversos matices, desde su implementación en el Derecho Romano, para después dejar su huella en el Derecho castellano e indiano, y finalmente desembocar en el nuevo Derecho, dentro de un Estado republicano decimonónico. En esta última instancia, se aprecian los cambios de lo antiguo a un nuevo sistema, donde el perdón tiene otra connotación, alejado de lo religioso y próximo a lo laico y político.

Esta presencia del indulto la podemos apreciar en la evolución misma del proceso constitucional rioplatense y, en el caso particular, su institucionalización

en la legislación de la provincia de Corrientes. El Poder Ejecutivo correntino utilizó el indulto sólo en ocasiones especiales, fundamentalmente con el objeto de pacificar la sociedad, después de enfrentamientos políticos y bélicos, y no, en el sentido técnico del indulto, de perdonar la pena otorgada por una sentencia judicial. Es decir, la utilización del indulto general, instrumentado por decreto del Poder Ejecutivo, y la amnistía canalizada como ley de la Legislatura.

El indulto general otorgado por los gobernadores de la provincia, símil en los efectos a la amnistía, fue utilizado generalmente con un impacto y efecto político, con el objetivo de una pacificación general, que generalmente pretendía apaciguar y disminuir los ánimos de revuelta y violencia de quienes atentaban contra los gobiernos. Muchas veces las detenciones y prisiones de los que incentivaban y participaban en las rebeliones políticas podían dar argumentos para otras sublevaciones vinculadas a aquellas.

A pesar del desgajo institucional del indulto a través del tiempo, no se alejó de su esencia original: el perdón como herramienta de quien gobierna, para instalar un sentido de equidad a la Administración, objeto nato en el fundamento de la existencia del indulto, en la normativa contemporánea. Su subsistencia, a lo largo de los siglos, muestra este sentido.

VII. FUENTES PRIMARIAS

Actas Capitulares de Corrientes (1942). Advertencia de Ricardo Levene, Introducción de Hernán F. Gómez (vol. 3, años 1659-1666). Guillermo Kraft Ltda.

Anexos al Mensaje del Poder Ejecutivo (1896). Establecimiento Tipográfico de Beltrán Fages.

Archivo General de la Provincia de Corrientes (AGPC). *Correspondencia Oficial*, t. 213, fs. 68-69.

Provincia de Corrientes. (1936). *Registro Oficial de la Provincia de Corrientes* (vol. 5, años 1842-1846). Imprenta del Estado.

Provincia de Corrientes. (1929). *Registro Oficial de la Provincia de Corrientes* (vol. 3, años 1831-1837). Imprenta del Estado.

Provincia de Corrientes. (1929). *Registro Oficial de la Provincia de Corrientes* (vol. 4, años 1838-1841). Imprenta del Estado.

Provincia de Corrientes. (1885). *Registro Oficial de la Provincia de Corrientes* (año 1873). Imp. y Tip. de Antonio Sánchez Negrete.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abásolo, E. (2014). *Bastante más que “degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud”. Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica india durante el siglo XIX*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

Agüero, A. (2008). *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La Justicia Penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bermejo Cabrero, J. L. (2005). *Poder Político y Administración de Justicia en la España de los Austrias*. Ministerio de Justicia. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.

Corva, M. A. (2006). La facultad de perdonar: conmutación de penas y división de poderes. *Temas de Historia Argentina y Americana* 24, 11-40.

De la Guardia, M. (1889). *Las Leyes de Indias con las posteriores a este Código, vigentes hoy, y un epílogo sobre las reformas legislativas ultramarinas, por don Miguel de la Guardia* (vol. 3). Establecimiento tipográfico de Pedro Núñez.

Etchepareborda, R. (1960). *Mayo su filosofía, sus hechos, sus hombres*. Ed. G. Kraft.

Galiana, E. (1998). *El Indulto en la legislación española y en el Derecho Patrio*. Ediciones del Autor.

García-Gallo, A. (1951-1952). La Nueva Recopilación de las Leyes de Indias, de Solórzano Pereira. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 21-22, 528-606.

García Goyena, F. & Aguirre, J. (1852). *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente* (vol. 5). Imprenta y librería de Gaspar y Roig, Editores.

García Mahamut, R. (2004). *El indulto un análisis jurídico constitucional*. Marcial Pons.

- Gómez H. F. (1927). *Bases del Derecho Público Correntino* (vols. 1-3). Editorial Corrientes.
- Gómez, H. F. (1931). *Los últimos sesenta años de democracia y gobierno en la provincia de Corrientes (1870-1930)*. Talleres Gráficos Argentinos L. J. Rosso.
- Justiniano. (1872). *Digesto* (B. A. Rodríguez de Fonseca, trad.). Imprenta de Ramón Vicente.
- Levaggi, A. (2012). *El Derecho Penal argentino en la historia*. Eudeba.
- Levaggi, A. (1976). Las instituciones de clemencia en el Derecho Penal rioplatense. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 101-102, 243-297.
- Linde Paniagua, E. (1976). *Amnistía e indulto en España*. Tucar Ediciones, S. A.
- López de Cuellar y Vega, J. (1690). *Tratado Jurídico Político: Práctica de indultos. Conforme a las leyes y ordenanzas reales de Castilla y de Navarra, en que se ponderan los delitos por su gravedad, no comprendidos y expresamente exceptuados por las Reales cédulas de Indultos. Utilísimo para abogados, fiscales, jueces y consultores*. Martín Gregorio Zabala Impresor del Reyno.
- Madrazo, S. D. (1874). *De la gracia del indulto. Memoria leída por el señor don Santiago Diego Madrazo, en varias sesiones ordinarias de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, celebradas en 1865 y 1866*. Imprenta de Eduardo Martínez García.
- Melo Flores, J. A. (2016). El indulto en el proceso de Independencia de la Nueva Granada. 1808-1821, *Revista Historia y Justicia*, 6, 228-257.
- Melo Flórez, J. A. (2017, 21 de septiembre). Bosquejo de una red semántica del perdón para el orden normativo hispano del siglo XVIII. *Historia, crimen y justicia. Historia del crimen, el perdón, el castigo y la justicia en América Latina*. <https://hccj.hypotheses.org/251>.
- Olaza Pallero, S. (2013). Perdones reales a indígenas en la Administración virreinal rioplatense. *Iushistoria*, 6(6). <https://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/3817>.
- Ortolan, M. (1872). *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Librería de Leocadio López.

- Pérez y López, A. X. (1797). *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas, y alfabéticos de sus títulos, y principales materias* (vol. 16). Imprenta de Antonio Espinoza.
- Ramírez Braschi, D. (2017). *El desconocido proyecto constitucional de 1841. Un aporte a la historia del Derecho Público Correntino*. En *Actas del XVII Congreso de Historia de la Provincia de Corrientes* (pp. 583-620). Junta de Historia de la Provincia de Corrientes, Moglia Ediciones..
- Ramos Vázquez, I. (2015). La represión de los delitos atroces en el Derecho Castellano de la Edad Moderna. *Revista Pensamiento Penal*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/02/doctrina40681.pdf>.
- Ravignani, E. (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (vol. 6, 2.^a parte). Talleres Casa Jacobo Peuser.
- Rodríguez Flórez, M. I. (1971). *El Perdón Real en Castilla (siglos XIII- XVIII)*. Ediciones Universidad Salamanca.
- Sala, J. (1833). *Compendio de Derecho Real de España*. Ed. Leonardo Nuñez.
- Sánchez Domingo, R. (2007). Sobre el perdón Real. El indulto de un condenado por delito menor en la cofradía de Nuestra Señora de la Soledad de Burgos. En *Religiosidad popular: Cofradías de Penitencias* (pp. 137-156). Real Centro Universitario Escorial-María Cristina.
- San Martino de Dromi, M. L. (1994). *Documentos Constitucionales Argentinos*. Ediciones Ciudad Argentina.
- Solórzano y Pereyra, J. de (1930). *Política Indiana*. Compañía Ibero-americana de publicaciones.
- Torres Aguilar, M. (2022). *Historia del indulto y la amnistía: de los Borbones a Franco*. Editorial Tecnos.
- Villar y García, M. (1852). *Discurso sobre la conveniencia civil y política del indulto como regalía de la Corona*. Imprenta de Neira y Ducazcal.

FUENTES INTERNACIONALES DEL TRABAJO Y UNA ALQUIMIA MINISTERIAL - AÑOS 1930

INTERNATIONAL SOURCES OF LABOR AND A MINISTERIAL ALCHEMY - 1930s

Por Victor Hugo Criscuolo Boson
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8544-1515>
Universidad Federal de Minas Gerais, Brasil
e-mail: victorboson@gmail.com

RESUMEN:

Este artículo problematiza el papel de las fuentes jurídicas internacionales en el proceso de institucionalización del derecho laboral brasileño en los años 1930. En contraste con enfoques que priorizan una convergencia lineal y homogénea con convenios internacionales ratificados, se sostiene que la apropiación de estas fuentes se dio mediante traducciones creativas, selectivas y contextualmente situadas. El análisis se enfoca en las soluciones prácticas del Ministerio de Trabajo, Industria y Comercio, cuyas formulaciones evidencian una práctica jurídica marcada por mediaciones, reelaboraciones y apropiaciones estratégicas. La metáfora de la alquimia describe una combinación experimental y pragmática de elementos transnacionales y locales, orientada a legitimar el derecho interno. El trabajo destaca la ambigüedad del proceso de apropiación, caracterizado por zonas simultáneas de convergencia y diferenciación entre los ámbitos nacional e internacional. Así, contribuye al debate sobre la historicidad de las formas jurídicas y la superación de lecturas mecanicistas de la circulación normativa global.

PALABRAS CLAVE fuentes jurídicas internacionales; fuentes de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT); derecho del trabajo brasileño; convenios internacionales del trabajo; Ministerio de Trabajo, Industria y Comercio.

ABSTRACT:

This article problematizes the role of international legal sources in the institutionalization of Brazilian labour law during the 1930s. In contrast to approaches that emphasize a linear and homogeneous convergence with ratified international conventions, it argues that the appropriation of such sources occurred through creative, selective, and contextually situated translations. The analysis focuses on the practical solutions developed by the Ministry of Labor, Industry, and Commerce, whose formulations reveal a legal practice shaped by mediations, reinterpretations, and strategic appropriations of international sources. The metaphor of alchemy is employed to describe features of an experimental and pragmatic combination of transnational and local elements, aimed at legitimizing domestic law. This article highlights the ambiguity of the appropriation process, marked by simultaneous zones of convergence and differentiation between

national and international spheres. In doing so, it contributes to the debate on the historicity of legal forms and to the overcoming of mechanistic interpretations of global normative circulation.

KEYWORDS international legal sources; sources of the Consolidation of Labor Laws (CLT); Brazilian labour law; international labour conventions; Ministry of Labor, Industry, and Commerce.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SÜSSEKIND, LA CLT Y EL DERECHO INTERNACIONAL. III. LAS FUENTES INTERNACIONALES Y LAS INTERPELACIONES CONTEXTUALES EN LOS AÑOS 1930. IV. UNA ALQUIMIA MINISTERIAL Y LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO. 1. El caso de las gestantes: justicia social vs. *on strict business principle*. 2. ¿Renuncia individual a los derechos laborales?. 3. Norma más favorable. V. PALABRAS FINALES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. VII. NOTAS.

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué papel ocupó el derecho internacional en el proceso de institucionalización del derecho laboral brasileño? ¿Cómo se ha contado la historia de la interacción entre fuentes internacionales y nacionales? ¿Cómo reaccionaron los actores e instituciones nacionales frente a las fuentes internacionales del trabajo?

Los estudios dedicados a estos temas siguieron caminos que subestimaron los procesos de reacción local y priorizaron la identificación de una lenta y progresiva “convergencia” entre el ordenamiento brasileño y los estándares internacionales. Vista de forma amplia, la literatura orientada a la consolidación de las instituciones y leyes laborales en Brasil tiende a asumir la idea de una importación selectiva y gradual en masa de reglas por el contexto doméstico.

El contexto brasileño de los años 1930 es un campo fértil para el escrutinio de las reacciones jurídico-institucionales frente a las fuentes internacionales, revelando que no solo “convergencias”, sino también “permanentes diferenciaciones”, para usar dos expresiones acuñadas por Ferner y Hyman (1998), pueden explicar las condiciones sociales de “apropiación” de las fuentes. Por un lado, en particular, tres movimientos marcaron el decenio por la mayor aproximación normativa e institucional entre el Estado brasileño y la Organización Internacional del Trabajo (OIT): las primeras incorporaciones de convenios internacionales del trabajo por parte del país; la “reorientación geográfica” de la OIT, acercándose al continente americano; y una densificación de las cooperaciones de la OIT con Brasil. Por otro lado, agentes internos reelaboraron y

maniobraron códigos normativos ratificados, sin dejar de tomarlos como arquetipos para proclamar sus intereses asociados a la afirmación de la soberanía y del derecho estatal.

La juridificación de la protección social en Brasil asumió facetas complejas que no caben en la clave de la progresiva “importación” destacada por la literatura jurídica. La idea y la realidad del papel de las fuentes internacionales movilizadas y reelaboradas en el marco interno subsumieron interacciones normativas que emergieron como arreglos multifacéticos. Pronunciamientos jurídicos, sobre todo en conflictos distributivos, pusieron en evidencia las fuentes (por ejemplo, leyes, costumbres, principios, convenios colectivos, convenios internacionales) y correspondieron a un poder multidimensional de regulación que dejó marcas permanentes en la definición de los derechos sociales en Brasil.

Esta dinámica se vuelve especialmente evidente en los dictámenes jurídicos de Francisco José de Oliveira Vianna, fechados en el período en que actuó como consultor jurídico del Ministerio de Trabajo, Industria y Comercio (MTIC) (1932-1940). Sus formulaciones surgieron en medio de disputas simbólicas sobre los significados jurídicos del trabajo durante el primer gobierno de Getúlio Vargas, cuando cuestiones relacionadas con las redefiniciones de la ciudadanía, nacionalismo, control sindical y poder de inclusión ocuparon el centro de la agenda política. El uso estratégico de fuentes internacionales desempeñó un papel fundamental en la legitimación de las iniciativas del Ministerio. La enumeración discursiva de “convergencias” con fuentes internacionales se convirtió en parte integrante de una retórica más amplia que buscaba moldear el orden jurídico de la década.

El Estado asumió para sí la tarea no solo de crear instituciones con fuerza en la realidad y, con ello, afirmar su control, sino también de construir su propia legitimidad, recurriendo a recursos diversos, muchos de ellos conectados con las fuentes y tendencias transnacionales del derecho. Agentes técnicos del Ministerio usaron una sofisticada combinación de fuentes y formas de “decir el derecho” y, con ello, de crear un espacio discursivo socialmente aceptado ante sus destinatarios.

Se observa un impulso, con resultados efectivos incuestionables, hacia convergencias con patrones normativos internacionales. Pero, al mismo tiempo que se resaltan las convergencias, los esfuerzos para reaccionar en términos de distinción señalan diferenciaciones que no pueden ser desestimadas.

Mi propósito en este artículo es indagar no solo aspectos de la influencia de la normativa internacional en la construcción del entramado jurídico brasileño de los años 1930, o, en términos de Ferreras (2009), hasta qué punto los arreglos normativos internacionales colaboraron en el proceso de legitimación de la

regulación laboral brasileña. Busco ir más allá. Mi hipótesis es que la forma en que la regulación del trabajo en los años 1930 fue afectada por fuentes exógenas, generó productos normativos derivados de traducciones capaces de presentar soluciones relativamente convergentes y permanentemente diferenciadas. En otros términos, mi enfoque contrasta con las presuposiciones de una “uniformización del derecho” recurrentemente defendidas por juristas brasileños (Sussekind, 1983; Macedo Soares, 1932; Moraes Filho, 1960). Abordo la traducción de parámetros internacionales como potencialmente productora de profundas alteraciones semánticas en los términos de los enunciados jurídicos provenientes de contextos externos, explorando la referencia a los conceptos de un orden político autoritario de los años 1930 - localizado (Geertz, 1983) y condicionado (Santos, 1998) - en relación con los derechos sociales.

El objetivo de mi análisis es ampliar el debate sobre las tesis de convergencia y diferenciación entre los sistemas jurídico-laborales, en los términos de Ferreira (2019), hacia el ámbito específico de la actividad normativa del MTIC a lo largo de los años 1930. Para ello, discutiré la perspectiva dominante en la literatura jurídica brasileña sobre el impacto de las fuentes jurídicas internacionales, especialmente en diálogo crítico con las tesis del jurista brasileño Arnaldo Sussekind, para a continuación, interrogar el uso y la apropiación de dichas fuentes por parte del MTIC en la elaboración de soluciones jurídicas que impactaron de forma duradera el derrotero de la regulación laboral, culminando en la Consolidación de las Leyes (CLT) de 1943.

El artículo está organizado en tres secciones. La primera expone el tratamiento histórico de las fuentes internacionales en la literatura jurídica brasileña, enfatizando la lectura de Sussekind. La segunda presenta el contexto de los años 1930 y la tendencia al recrudecimiento del uso discursivo y normativo de las fuentes internacionales por parte de la burocracia ministerial en Brasil. Al exponer este escenario, se presentarán interacciones a la lectura formalista y a la tesis de la uniformización del derecho. Por último, la tercera sección analiza tres casos ministeriales, escrutando el recurso a las fuentes internacionales y sus impactos en la formulación de respuestas posteriormente incorporadas a la CLT. Los casos elegidos en la última sección deben entenderse como variaciones particulares de un patrón jurídico más amplio que explicita, de forma ambigua, dos movimientos: convergencias relativas y diferenciaciones

II. SÜSSEKIND, LA CLT Y EL DERECHO INTERNACIONAL

En ausencia de disposiciones legales o contractuales específicas, las autoridades brasileñas deben resolver los conflictos laborales recurriendo a fuentes subsidiarias, privilegiando siempre el interés público sobre el particular. El Decreto-Ley n.º 5.452 de 1943 - la CLT - establece esta orientación en su artículo 8, incluyendo entre las fuentes laborales subsidiarias el “derecho comparado” y los “principios y normas generales del derecho”. Aunque la CLT no mencione explícitamente tratados o convenios internacionales, la Constitución de 1937 ya los reconocía en los artículos 15 y 54.

Si hoy en día la definición del conjunto de “fuentes formales”¹ ya no suscita muchos cuestionamientos, no se puede decir lo mismo respecto a las fuentes históricas de la CLT. Esta es una cuestión en permanente disputa entre historiadores, juristas y científicos políticos. Pero no solo entre ellos. También ha ocupado el debate público a lo largo de generaciones.

El tema se ha reproducido en diferentes ámbitos. En los periódicos, en los debates parlamentarios, en los tribunales y en las facultades de derecho, la CLT no pocas veces ha sido considerada un “código”² importado. Forjada en los años 1940, la noción de copia fue ampliamente amparada por el sentido común, y quedó adherida a la representación del derecho laboral brasileño. Si bien esta visión ya ha sido refutada por trabajos académicos,³ todavía encuentra cierta resonancia en otros sectores sociales (por ejemplo, el informe de Marinho (2017) sobre el texto de la reforma laboral de 2017).

La refutación del “traspante”⁴ asumió diversas formas. A lo largo de décadas, juristas han escrito capítulos enteros sobre las fuentes históricas del derecho laboral brasileño - incluyendo el papel de los movimientos sociales, los hechos sociales colectivos e incluso el pensamiento intelectual y el conjunto de decisiones burocráticas adoptadas por instancias estatales.

Mi enfoque, sin embargo, no pretende retomar esta discusión, sino destacar un elemento específico, ampliamente reconocido por la literatura: la normativa de la OIT, considerada con cierto consenso como fuente histórica de la CLT (cf. Biavaschi, 2007; Delgado, 2019).

La lectura de Süsskind - miembro de la comisión que elaboró la CLT - es emblemática de la forma en que la producción jurídica comprende la influencia de las fuentes internacionales en la institucionalización del derecho del trabajo brasileño y en su historicidad a lo largo del siglo XX. La atención que otorga a su obra no es casual: Süsskind actuó como una especie de “embajador de Brasil ante la OIT” (Gomes, 2002, p. 80), sobre todo durante el gobierno de Ernesto Geisel.

Tras haber ocupado altos cargos en la administración, como ministro de Trabajo y en el Tribunal Superior del Trabajo, asumió la representación de Brasil en el Consejo de Administración de la OIT a partir de 1975. En 1981, fue elegido miembro de la Comisión de Expertos, en la que permaneció hasta 1990. La relevancia que sus escritos otorgaron a la normativa de la OIT, así como al derecho comparado, no está desvinculada de su trayectoria pública.

Diversas manifestaciones del jurista atribuyen al derecho internacional un papel privilegiado en la definición de los rumbos del derecho del trabajo brasileño, incluso respecto de la Comisión redactora de la CLT (Süsskind, 2002). Cuestionado acerca del conjunto de fuentes materiales de la CLT, Süsskind (2004) hizo referencia a las convenciones y recomendaciones de la OIT, a la encíclica *Rerum Novarum*, a las conclusiones del 1º Congreso Brasileño de Derecho Social (1941), a los dictámenes de Oliveira Vianna y Oscar Saraiva, y a las decisiones de la recién instalada Justicia del Trabajo. En escritos y entrevistas dispersas, está expuesta su concepción sobre la relación entre el ordenamiento nacional y las fuentes internacionales del trabajo. Estas son vistas por él como “mercancías” dispuestas en el mercado global, capaces de generar efectos locales mediante su trasplante⁵ al ordenamiento doméstico.

En *Direito Internacional do Trabalho*, la relación entre los ámbitos internacional e interno fue examinada a partir del tema de la uniformización del derecho. Süsskind (1983) admite la posibilidad, coincidente para él con la propia finalidad de la OIT, de una “universalización, en la medida de lo posible uniforme, de los principios de justicia social” (p. 29). Al destacar la incorporación de normas internacionales y la absorción espontánea de normas prevalentes del derecho comparado, asume la creencia en la posibilidad histórica y lógica de un proceso de uniformización jurídica entre diferentes ordenamientos. Desde el punto de vista de las fuentes de la OIT, estas actuarían en un sentido uniformizador: cuando son ratificadas, funcionarían como fuentes formales; cuando no lo son, como modelo para leyes, actos administrativos y negociaciones colectivas - es decir, “fuentes materiales” (Süsskind, 1983, p. 157).

Los obstáculos para dicha uniformización no serían, en su visión, consecuencia de las mediaciones entre la norma internacional y su interpretación y aplicación, sino exclusivamente de la desigualdad económica y social entre países. Este desnivel dificultaría la operación uniforme de las normas, al constituir un obstáculo para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, inhibiendo las inversiones en obras públicas y generando inestabilidades políticas (Süsskind, 1983). Para que el ideal de uniformización pudiera avanzar, “es necesario que mejoren considerablemente las condiciones socioeconómicas de la mayoría de los países, reduciéndose sensiblemente el abismo entre las naciones desarrolladas y las

demás” (Süsskind, 1983, p. 29). La comprensión del jurista es que las desigualdades sociales y económicas actúan como impedimentos para un acceso igualitario a la efectivación de estándares uniformes. Cuestiones relativas al proceso de interpretación y aplicación, o incluso a la producción de significados en razón de las condiciones locales, son ignoradas por su análisis.

El aspecto decisivo para la internacionalización del derecho del trabajo, en la visión de Süsskind, está radicado en el proceso de integración de los tratados en el derecho interno. Dicha integración se materializaría con la vigencia de la ratificación, tras lo cual la norma debe ser inmediatamente aplicada (Süsskind, 1983). La atención está puesta en los aspectos formales de vigencia y revisión de los tratados, tanto en el ámbito internacional como interno, como supuestos de su eficacia. Como máximo, desde el punto de vista de las interacciones con las fuentes nacionales, considerará como cuestión desafiante la ejecutabilidad de los tratados ratificados que no sean del tipo *self-executing*, es decir, los principios o normas generales o mandatos promocionales - que dependerían de leyes o reglamentos internos destinados a su ejecución (Süsskind, 1983).

Expuestas las cuestiones sobre la vigencia, su *Direito Internacional do Trabalho* se dedica a la formulación de una agenda para la interpretación de las fuentes. El capítulo séptimo de la obra constituye un programa para un tipo ideal de interpretación, propuesto tras una advertencia a los lectores: la diversidad socioeconómica entre los países debe modular únicamente el proceso de elaboración de las convenciones, sin afectar el proceso de interpretación, hipotéticamente ajeno a variaciones contextuales. Süsskind (1983) cree en la posibilidad de evitar la aplicación divergente de una misma disposición, independientemente de las condiciones políticas, sociales y económicas de cada país. Su defensa consiste en la implementación de una invariabilidad interpretativa, contenida en un “método textual u objetivo de interpretación”, anclado en el principio de *pacta sunt servanda* (Süsskind, 1983, p. 203). Esta no es, por cierto, una apelación idiosincrática del autor brasileño. En términos similares, la *International Law Commission*, en la década de 1960, adoptó el enfoque textualista y los supuestos de invariabilidad interpretativa para el derecho internacional (Broglio, Ortino, 2024)⁶.

Este enfoque parte de presupuestos que merecen ser problematizados. Sus limitaciones se basan en la subestimación del potencial creativo, contextual y relacional inherente a los procesos locales de traducción, interpretación y aplicación. En torno al proceso de internacionalización de las normas, el textualismo promueve el ideal ingenuo de viabilidad de una uniformización de los ordenamientos nacionales, apostando por la posibilidad de un patrón

supuestamente homogéneo y regular frente al complejo y dialéctico proceso de significación de las reglas.

Trabajos como el de Hernández (2014) recuperan dos premisas centrales sobre las “teorías tradicionales de la interpretación objetiva”: 1) la fe vatteliana en que un texto redactado con claridad hace innecesaria la interpretación o, si se prefiere, reduce el papel del intérprete; 2) la desconfianza hacia el extratextualismo, por considerar que introduce componentes arbitrarios, poco confiables y tendenciosos, disfrazados de interpretación (Hernández, 2014). Con respecto a los textualistas, los críticos destacan la contradicción fundamental contenida en la doble premisa: “buscan, en parte, restaurar la idea de determinabilidad dentro del derecho internacional, un sistema particularmente indeterminado por su propia forma” (Hernández, 2014, p. 317). Como afirmaba Waldock (1964, p. 53), “[E]l proceso de interpretación, correctamente concebido, no puede considerarse un mero proceso mecánico de extraer significados inevitables de las palabras de un texto, o de buscar y descubrir alguna intención preexistente específica”.

La tradición textualista ignora este dato fundamental - y, con ello, también ignora el poder, la ideología y las disputas concretas que marcan la apropiación normativa. En general, los textualistas se vinculan a una promesa narrativa que atribuye al proceso interpretativo la capacidad de llegar a la única respuesta correcta o a la intención preexistente, a la norma internacional. En otros términos, caracterizan el proceso interpretativo como autocontenidoamente confirmatorio y ajeno a las cuestiones empíricas del contexto de aplicación (Hernández, 2014).

El textualismo de Süsskind apunta, además, hacia un papel exhaustivo, en términos analíticos, de las ratificaciones. Ya sea al referirse al pasado o al futuro - aunque no llegue a descartar por completo sus limitaciones-, Süsskind enfatiza la comprensión de que las directrices exógenas ingresan en términos fosilizados en el contexto de “recepción”. En distintos pasajes, su *Direito Internacional do Trabalho* transita por la noción de equivalencia normativa en los distintos contextos nacionales, alcanzada progresivamente a partir de los procesos de ratificación (Süsskind, 1983). Su lectura abdica de una consideración historicizada y dialéctica, omitiendo la operación dinámica de las fuentes, como si el acto formal de ratificación y las cuestiones correlativas a su efectividad (presuponiendo un cierto arreglo objetivo sobre el núcleo de significados) bastaran, independientemente de las mediaciones, disputas y resignificaciones que marcan su trayectoria en el plano interno.

En este punto, resulta productivo problematizar su análisis dentro de un debate más amplio, que desde hace décadas viene explorando, más allá de la

metáfora del “trasplante” jurídico popularizada por Watson (1993), diversas imágenes para describir la circulación y apropiación de normas: desde los “irritantes jurídicos” de Teubner (1998), que enfatizan el potencial perturbador de elementos normativos externos, hasta las advertencias de Legrand (1997) sobre la incommensurabilidad cultural, pasando por las investigaciones de Foljanty (2015) acerca de la historicidad y del carácter creativo inherente a los procesos de traducción normativa. La propuesta metodológica de Duve (2013), que adopta la noción de “traducción cultural” para analizar la (re)producción de la normatividad en contextos globales y locales, se inserta en este campo polifónico. Al desplazar el foco de la “recepción” o “transferencia” hacia la recreación local del conocimiento jurídico, su enfoque exige prestar atención a las prácticas sociales y a las condiciones concretas, incorporando herramientas de la lingüística y de la antropología cultural, así como de las ciencias sociales, para investigar los contextos pragmáticos de la producción simbólica.

Vale detenerse a notar que Duve (2013) propone una metodología para comprender los procesos de (re)producción de la normatividad en contextos globales y locales de la historia jurídica. Adopta el concepto de “traducción cultural” para analizar la apropiación normativa, superando términos como “recepciones”, “trasplantes” y “transferencias”, que se han distanciado de los estudios culturales. Argumenta que el enfoque lingüístico y cultural es esencial para entender la normatividad y su materialización institucional. La noción de derecho como traducción exige atención a las prácticas sociales y a las condiciones concretas, desplazando el foco de la recepción normativa a la recreación local del conocimiento jurídico. Duve enfatiza la necesidad de métodos de la antropología cultural y lingüística y de las ciencias sociales para estudiar los contextos pragmáticos de la producción simbólica, destacando que la traducción cultural va más allá de la traducción lingüística. Además, defiende una historia jurídica centrada en la práctica local y en el conflicto, buscando contrarrestar el enfoque abstracto y privilegiando el conocimiento jurídico común. El análisis de conflictos permite observar cómo la normatividad se activa en lo cotidiano y revela estructuras extralegales. Estas reflexiones ayudan a comprender el derecho global y a superar la visión simplista de los “trasplantes” jurídicos.

Volviendo a Süsskind, debe notarse que este autor es representativo de la concepción predominante en la literatura jurídica brasileña que, al tratar las fuentes del derecho del trabajo, tiende a subestimar las respuestas locales y a considerar suficientes, con fines analíticos, los compromisos formales asumidos ante organismos internacionales (Cesarino Junior, 1940; Gomes, Gottschalk, 1972; Nascimento, 1984; Delgado, 2019). Es el caso de Moraes Filho (1960), para quien las convenciones, una vez incorporadas, constituyen “el instrumento más eficaz en el camino hacia un derecho internacional del trabajo uniforme y homogéneo” (p.

350). Aunque las ratificaciones son, de hecho, una pieza importante en el debate sobre las fuentes, no son suficientes para captar lo que la forma oculta - como los intereses de la administración pública y de los sindicatos, el carácter relacional de las normas en el ámbito interno y los sentidos compartidos localmente sobre los dispositivos ratificados.

Para este modo de concebir el derecho internacional, tanto los grupos que actúan ante la OIT como los agentes nacionales - aunque diversos en términos de tradiciones y posiciones - suelen ser enunciados bajo una lógica de borramiento de las diferencias: el ideal de justicia social los une a todos, y eso basta para la tradición que considero formalista respecto al proceso de integración, interpretación y aplicación de normas internacionales. Formalista porque privilegia: a) el enunciado del texto internacional, presuponiendo la posibilidad de una “interpretación objetiva”; b) la reducción del proceso de incorporación a las etapas legislativas formales, sin atención a su aplicación práctica; c) el proceso de incorporación de enunciados lingüísticamente semejantes, idénticos o aproximados, pero considerados de forma tópica e individual, despreciando posibles conexiones con otros dispositivos, no solo jurídicos, sino también culturales, sociales y económicos. El problema de este enfoque no radica solamente en el hecho de que privilegia la noción de trasplante y reduce las posibilidades normativas a mercancías, sino también en que invisibiliza el proceso de interpretación y aplicación de las normas transnacionales en la dinámica interna.

Considerando los supuestos formalistas de la lectura de Süsskind, no sorprende que su comprensión sea ejemplar de un sesgo eurocéntrico, que concibe el derecho internacional como un proyecto modernizador desterritorializado y separado de las cuestiones circunstanciales de instrumentalización, resignificación y adaptación de los mandatos lingüísticos. Ignora, incluso, el hecho de que la mera traducción lingüística ya implica desplazamientos y transformaciones inevitables (cf. Benjamin 1978). Además, ignora la operación de las ideas en el centro y en la periferia, un problema abordado por Schwarz (1992) al referirse a las “ideas fuera de lugar”.

Trabajos comparativos de los años 1990 advirtieron sobre cómo los sistemas laborales occidentales, aunque presionados por tendencias internacionalistas, fueron capaces de reaccionar ante ellas en términos de diversidad y singularidad (Crouch, 1993; Ferner y Hyman, 1998). Es a la problematización de esta tradición formalista, aquí representada por la obra de Süsskind, a lo que se dedican los siguientes apartados, partiendo de un debate con perspectivas que privilegian el análisis del contexto nacional en términos de distinción y diferenciación, por medio de las operaciones prácticas de apropiación creativa de las fuentes.

III. LAS FUENTES INTERNACIONALES Y LAS INTERPELACIONES CONTEXTUALES EN LOS AÑOS 1930

Las investigaciones empíricas sobre el impacto de normas internacionales en el proceso de institucionalización del derecho del trabajo brasileño son escasas, por no decir inexistentes. En términos generales, los trabajos optaron por un enfoque teórico-normativo. Entre los pocos que abordaron la dimensión empírica, están Ferreras (2013, 2020). Biavaschi (2007), aunque recurrió a fuentes empíricas, se limitó, en lo referente a fuentes internacionales y comparadas, a una entrevista con Süsskind, sin acudir a fuentes documentales del período para trazar paralelos con el derecho doméstico. ¿Cómo juristas, burócratas y administradores, pero también diversos actores sociales - con énfasis en los sindicatos, en sus reivindicaciones y ajustes negociados - se valieron del repertorio normativo internacional para proponer soluciones localizadas? ¿Es posible evaluar el uso de estas referencias a partir del potencial explicativo de una "interpretación objetiva" de las dinámicas jurídicas? ¿De qué manera instancias potencialmente creativas hicieron uso de normas internacionales para presentar soluciones normativas? ¿Implicaron consecuencias para la definición del contenido normativo consolidado en 1943? Estas cuestiones aún permanecen abiertas y merecen ser exploradas por estudios que investiguen los procesos de creación, interpretación y aplicación de normas en el contexto brasileño de la primera mitad del siglo XX.

Antes de proponer cuestiones vinculadas a estos problemas, deseo (a) delimitar los instrumentos normativos internacionales en materia laboral incorporados por el Estado brasileño en los años 1930 como una variable de una tendencia más amplia de aproximación del Estado nacional a la OIT; y (b) contextualizar el escenario de la década, marcado por iniciativas comparatistas, estimuladas por la propia OIT, poniendo énfasis en la producción intelectual de los técnicos del MTIC. Estas observaciones servirán de base para, en un momento posterior, analizar el universo práctico de arreglos jurídicos que recurrieron expresamente al derecho internacional como herramienta para manifestaciones concretas.

En la década de 1930, la OIT había experimentado una "reorientación geográfica" (Maul, 2019, p. 91), ampliando su enfoque más allá de Europa y acercándose al continente americano, mediante cooperaciones intensificadas y un mayor énfasis en la seguridad social. El ingreso de los Estados Unidos de América en 1934 y la realización de la primera Reunión Regional Americana de la OIT, en Chile, ese mismo año, son emblemáticos de dicho desplazamiento. Bajo el mandato de Harold Butler (Director de la Oficina Internacional del Trabajo entre 1932 y

1938), los países latinoamericanos pasaron a participar más activamente en el debate sobre sus realidades, estableciendo formas más estrechas de cooperación con la instancia internacional.

Además de la reorientación geográfica, la OIT también atravesó un “giro económico”, incorporando elementos keynesianos y promoviendo políticas de combate al desempleo masivo. Este influjo se reflejó en la adopción de convenios sobre la jornada de 40 horas (1935), vacaciones remuneradas (1936) y seguridad social (1933), como parte de un programa destinado a estimular el consumo en tiempos de crisis (Maul, 2019).

En Brasil, la década de 1930 marcó la ratificación de los primeros convenios internacionales del trabajo, con la incorporación de doce instrumentos entre 1934 y 1938. Aunque representan un avance frente a la ausencia de ratificaciones en los años 1920, estas cifras siguen siendo bajas: hasta 1940, la OIT había aprobado 67 convenios. En comparación regional, hasta ese mismo año, Chile había depositado la ratificación de 33 convenios; Uruguay, 30; México, 26; Cuba, 25; Colombia, 24; y Argentina, 16. Solo la República Dominicana presentó un número inferior: cuatro convenios.

A pesar de los bajos índices, agentes de la administración exaltaron el esfuerzo brasileño de armonización con la normativa internacional (Vianna, 1936c; Bandeira de Mello, 1936; Falcão, 1938). Otros, como el ministro Helio Lobo (1938), admitían la baja adhesión y ofrecían justificaciones estructurales, como el carácter agrario de la economía nacional. Por otro lado, Lobo señalaba la ausencia de conflictos de clase y la naturaleza pacífica de las relaciones sociales como atributos brasileños que favorecerían un vínculo futuro más intenso con la OIT.

De todos modos, si se considera la ausencia de ratificaciones como una variable persistente en los años 1920, los años 1930 marcan una cierta novedad. La configuración política del primer gobierno de Vargas es un factor que influyó en el impulso de las primeras incorporaciones. A diferencia de lo que ocurría en la década anterior, el Ejecutivo federal pasó a ejercer un papel reformador decisivo, anclado en una ingeniería institucional centralizadora y burocratizante (Diniz, 1998). El cierre del Congreso Nacional por largos períodos - en especial durante el Estado Novo (1937-1945) - evidenció ese proceso, que restringió derechos políticos y expandió derechos sociales (Gomes, 2002).

Los cuatro primeros convenios incorporados fueron ratificados el 26 de abril de 1934, durante el gobierno provisional, sin la participación del parlamento. Una disposición del Acto de Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1934 (cf. artículo 18) confirmó dichos actos, impidiendo su revisión judicial. Así ocurrió con los convenios n.º 3 (Empleo de las mujeres antes y después del parto), 4

(Trabajo nocturno de las mujeres), 5 (Edad mínima para el trabajo en la industria) y 6 (Trabajo nocturno infantil en la industria). En 1938, nuevos convenios fueron ratificados directamente por el jefe del Ejecutivo, con base en el artículo 180 de la Constitución: convenios n.º 45 (Empleo de mujeres en trabajos subterráneos en minas), 52 (Vacaciones remuneradas), 53 (Capacidad mínima profesional de los capitanes y oficiales de la marina mercante) y 58 (Edad mínima para el trabajo marítimo). Solamente un tercio de las ratificaciones siguió los trámites parlamentarios: convenios n.º 7 (Edad mínima para el trabajo marítimo), 16 (Examen médico obligatorio de niños y menores empleados a bordo de buques de vapor), 41 (Trabajo nocturno de las mujeres) y 42 (Enfermedades profesionales), ratificados en bloque, en junio de 1935, por decreto aprobado por la Cámara de Diputados.

Todas estas incorporaciones ocurrieron durante el período en que Oliveira Vianna ejercía funciones de consultoría jurídica en el Ministerio. Las cuatro primeras durante la gestión de Joaquim Pedro Salgado Filho, las cuatro siguientes bajo Agamenon Magalhães, y el resto durante la gestión de Waldemar Falcão. Durante los períodos de Dulce Pinheiro Machado (junio a diciembre de 1941) y Alexandre Marcondes Filho (diciembre de 1941 a octubre de 1945), no se ratificó ningún convenio. Solamente en 1948, ya bajo el gobierno de Eurico Gaspar Dutra, se retomó el movimiento.

No solo se produjeron ratificaciones durante el primer gobierno de Vargas. El período también fue testigo de dos denuncias - de los convenios n.º 4 y 7 - en los años 1937 y 1938. Estas retiradas se realizaron en desacuerdo con los compromisos internacionales asumidos por el país, ya que no se respetó el plazo mínimo de diez años de vigencia estipulado en los instrumentos denunciados.

Las denuncias remiten a otra cuestión definitoria de la postura gubernamental. El Comité de Expertos de la OIT registró reiteradamente críticas a la negligencia del Estado brasileño en el cumplimiento de los compromisos asumidos, como en el caso en que el gobierno se limitó a enviar una simple comunicación informando sobre la creación de una comisión para analizar proyectos de ley, sin presentar los informes requeridos por el artículo 22 de la Constitución de la OIT (OIT, 1939). Aunque el MTIC efectivamente creó dicha comisión, no existen registros de que sus actividades hayan producido consecuencias prácticas. Creada en enero de 1940, el objetivo de la comisión fue revisar la legislación vigente y adaptarla a los textos de las convenciones ratificadas.

En muchos casos, el gobierno admitió su incapacidad para cumplir con los compromisos asumidos. La Convención n.º 3 es ilustrativa: en 1937, el Ministerio de Relaciones Exteriores (Itamaraty) reconoció que la legislación nacional no cumplía

con lo dispuesto en el artículo 3º del instrumento (OIT, 1938). A pesar de las promesas de adecuación, la ley en cuestión no fue modificada hasta la promulgación de la CLT. El caso de la Convención n.º 4 es aún más emblemático: con ocasión de la Conferencia de abril de 1938, el gobierno afirmó que adoptaría medidas para modificar la legislación a fin de alinearla con las disposiciones del Convenio (OIT, 1938). Sin embargo, en sentido contrario, en marzo de 1937 la Convención n.º 4 ya había sido denunciada por el presidente Vargas.

Por el momento, el aspecto central que debe retenerse es el movimiento de ratificaciones iniciado en los años 1930. Este indica un esfuerzo, aunque limitado y acompañado de descuidos en cuanto a la efectividad, de parte de la burocracia gubernamental en movilizar, al menos formalmente, parámetros normativos internacionales. Este movimiento también se conecta con la intensificación de la cooperación con la OIT y con una creciente influencia mutua entre los ámbitos nacional e internacional.

Este contexto de recepción formal selectiva de normas internacionales se asocia al plano del conocimiento jurídico producido en la época. Las experiencias comparadas comenzaron a ser frecuentemente observadas y sistematizadas. Desde la segunda mitad del siglo XX, como señala Silveira (2021), la comparación entre normas pasó a figurar en trabajos académicos y legislativos en varias partes del mundo. Con pretensión de autonomía, se edificó un campo de estudios conocido como “derecho comparado”. Este campo ganó considerable proyección pública a partir del Congreso de París de 1900, y desde entonces el derecho del trabajo fue una de las principales materias primas para comparatistas como Édouard Lambert (Petit, 2001). Años más tarde, la propia OIT sería una difusora del comparativismo en materia laboral. Su publicación anual, titulada *International Survey of Legal Decisions on Labour Law*, fue considerada una fuente capaz de contribuir “a la eliminación de divergencias en la aplicación de las reglas jurídicas y a la promoción de una educación mutua entre los diversos sistemas jurídicos, eliminando prácticas que pudieran dificultar la comprensión mutua” (Lambert, 1936, p. 356). Una parte considerable de las decisiones difundidas en ese repositorio versaba sobre las recientes interpretaciones nacionales relativas a disposiciones contenidas en la normativa internacional.

En el Brasil de los años 1930, obras como *Problemas de Direito Corporativo* (1938), de Oliveira Vianna, y *Curso de Legislação Brasileira do Trabalho* (1936), de Waldir Niemeyer, ilustran la tendencia comparatista. Vianna y Niemeyer actuaron como técnicos del Ministerio, respectivamente como consultor jurídico y director de la Sección del Departamento Nacional del Trabajo. Ambos establecieron paralelismos con experiencias extranjeras para justificar reformas institucionales y

participaron activamente en comisiones ministeriales dedicadas a la regulación laboral, sindical y previsional.

El Boletín mensual del Ministerio, lanzado en 1934, dedicó varios textos al corporativismo, a los seguros sociales y a los arreglos laborales en distintos ordenamientos. Fuera del Ministerio, el Instituto de los Abogados Brasileños promovió conferencias y seminarios sobre derecho comparado, especialmente en el contexto de la codificación procesal civil (1939) y penal (1940). La *Revista de Direito do Trabalho*, fundada en 1933, también se destacó con secciones dedicadas al análisis de sistemas extranjeros.

El esfuerzo ostensible por presentar convergencias entre el derecho interno y los parámetros transnacionales - ya sea mediante la ratificación de convenios de la OIT, ya sea mediante estudios comparados - coexistió con la afirmación del Estado brasileño como presunto detentor del monopolio del agente de la ciudadanía, al dividir a los sujetos entre regulados y no regulados, ciudadanos y no ciudadanos, como demuestra el trabajo de Santos (1998). Esta arquitectura normativa suscita una interpellación central: ¿cómo se articularon los dispositivos normativos externos con un orden jurídico autoritario que internalizaba e institucionalizaba la diferenciación de sujetos, derechos y categorías en los años 1930? Esa será la cuestión central abordada en el próximo apartado.

IV. UNA ALQUIMIA MINISTERIAL Y LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Diversas instancias normativas, dentro o fuera de la burocracia estatal, pueden ser consideradas para poner en perspectiva las “convergencias” y las “permanentes diferenciaciones” entre el derecho internacional del trabajo y el derecho brasileño de los años 1930. En este artículo, opté por privilegiar una de ellas: la actividad ministerial entre 1932 y 1940, con énfasis en los dictámenes de Oliveira Vianna.

La elección no es arbitraria. Consultor jurídico del Ministerio, Oliveira Vianna fue uno de los principales intelectuales implicados en la elaboración de la legislación laboral y sindical de los años 1930. Sociólogo consagrado en los años 1920, se destacó en los años 1930 como *statemaker*. Al rememorar los trabajos de la Comisión de 1942-43, Süsskind (2004) destacó que sus miembros se inspiraron fundamentalmente en los dictámenes de Oliveira Vianna, que funcionaron como una suerte de “jurisprudencia administrativa, pero casi constitutiva de derechos” (p. 42). En el mismo sentido, Moraes Filho (1960) subrayó, en sus memorias, el

impacto de las manifestaciones del consultor jurídico en los trabajos de los redactores de la Consolidación de 1943, a partir del uso de disposiciones del derecho internacional y comparado, así como de principios jurídicos.

Una idea clave defendida por Vianna (1939a) es la del “idealismo orgánico”, el cual “solo se forma a partir de la realidad, que solo se apoya en la experiencia, que solo se orienta por la observación del pueblo y del entorno” (p. 13). Esta perspectiva, sin embargo, no lo llevó a rechazar teorías o arreglos normativos transnacionales, sino a realizar sobre ellos un ejercicio de adecuación a lo que consideraba el “Brasil real” (Boson, 2021).

La artesanía de sus dictámenes revela una práctica experimental en el uso de las fuentes. Durante gran parte de su actuación ministerial, el país no contaba con un parlamento en funcionamiento. Las normas laborales y sindicales fueron formuladas principalmente por técnicos del Ministerio. Para la resolución de conflictos, los burócratas no se limitaban a aplicar las normas legales vigentes: recurrián a artificios extralegales (por ejemplo, equidad, analogía, principios y costumbres) para proponer arreglos que, no pocas veces, servirían de base para futuros decretos del Poder Ejecutivo.

Más que proponer soluciones a casos concretos (por ejemplo, relacionados con jornada, salario), los pronunciamientos del consultor jurídico conformaban una suerte de autoridad interpretativa, capaz de orientar los fundamentos de la legislación social en términos amplios. Abordaban cuestiones transversales, como los criterios para la resolución de conflictos normativos, los parámetros modélicos para la equidad y la analogía, el núcleo principiológico y las técnicas interpretativas. Oliveira Vianna se refirió al trabajo del consultor como aquel que buscaba “esclarecer y definir, a través de la solución de innumerables casos concretos, los conceptos fundamentales de este nuevo derecho, entonces aún indefinidos y fluctuantes” (Vianna, 1991, p. 353).

En el universo de los dictámenes, se evidencia una peculiar “alquimia” en la utilización de las fuentes y procedimientos jurídicos. Nótese que en este artículo la noción de “alquimia” coincide con el uso que hace del concepto Thomas (2005). Leyes, convenios colectivos, máximas doctrinarias, usos y costumbres, tradiciones comunitarias, valores atribuidos al pueblo brasileño y principios de justicia social eran activados. Pero también lo eran - y en algunos casos, sobre todo - los convenios internacionales del trabajo y las normas del derecho comparado.

Reivindicando la condición de mediadores (transmisores, intérpretes) entre las clases sociales y los dispositivos estatales (enunciados en consultas, decisiones administrativas y textos legales remitidos a la presidencia), mediante operaciones sugestivas (analogía, equidad, presunciones), los dictámenes del

consultor constituían una suerte de “derecho pretorial”, tal como Süsskind (2002) se refirió al conjunto de pareceres de Oliveira Vianna. Recurrente en las manifestaciones de Oliveira Vianna estaba la autoatribución de un carácter contingente a las indicaciones que consideraba ajustadas al “Brasil real”. En lugar de proponer intervenciones “de una sola vez”, con rigor abstracto y general, el consultor optaba por soluciones arbitrales para casos concretos, para que solo después el Ministerio elaborara medidas legales genéricas.

Tanto en los dictámenes como en los escritos académicos de Vianna (1999) hay un constante carácter de justificación, apoyado en la “observación objetiva”, en el reconocimiento del “derecho-costumbre”, en la valorización de un “sistema orgánico de normas fluidas” (p. 49). La institucionalización del derecho del trabajo fue un desafío de los años 1930 y no se efectuó únicamente por medio de la coerción estatal. También estaba en la agenda de los técnicos ministeriales construir una carga de legitimidad para las agendas normativas, o, para usar una expresión de Hespanha (2002), “una solución capaz de ser aceptada”. Una vez pronunciadas las directrices de los dictámenes, la legitimidad y la eficacia de sus decisiones debían someterse a la “prueba de la realidad” (p. 1118).

En especial, la aproximación a patrones transnacionales se tornó un recurso fundamental en el esfuerzo de legitimación por parte de los juristas. Como observa Amorosi (2023), desde el cambio de siglo, el estudio de las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales estuvo asociado a una convicción sobre la eficacia de las prácticas comparativas para la resolución de los dilemas más urgentes de las relaciones industriales y laborales. En este contexto, el uso estratégico del derecho comparado e internacional adquiere centralidad como instrumento de validación técnica y política. En el caso de Oliveira Vianna, al buscar recoger los “mejores ejemplos” o tendencias del “mundo civilizado”, también se defendía de acusaciones de arbitrariedad o anacronismo en sus propuestas de intervención. En sus dictámenes, hay un uso recurrente del derecho comparado, aludido en resúmenes extraídos del ya referido *International Survey of Legal Decisions on Labour Law*, publicado por la OIT. Una parte considerable de las decisiones contenidas en el repositorio versaba, incluso, sobre recientes interpretaciones nacionales respecto a disposiciones adoptadas en Ginebra.

1. El caso de las gestantes: justicia social vs. *on strict business principle*

En enero de 1938, se emitió un dictamen polémico en respuesta a The Royal Bank of Canada, institución bancaria con sucursales en diversas partes del mundo. La consulta, remitida al MTIC, trataba sobre la aplicación del decreto n.º 21.417-A/1932, que aseguraba a las trabajadoras de la industria y el comercio el derecho al

auxilio previsional y a la licencia de maternidad durante las cuatro semanas anteriores y posteriores al parto. El decreto establecía que la responsabilidad por el pago del auxilio sería de las Cajas e Institutos de categoría y, en su defecto, del empleador. El banco cuestionaba la necesidad de pagar salarios a las gestantes que ya percibían dicho auxilio, alegando una prohibición de acumulación de haberes.

Para elaborar su respuesta, el consultor del Ministerio recurrió a la legislación nacional, citando el artículo 79 del Código Comercial, que garantizaba una indemnización de tres meses de salario en casos de accidentes. El dictamen construyó una analogía entre accidente de trabajo y parto: “El principio aceptado por nuestro legislador y que vemos objetivado en el art. 79 del Código Comercial, ha creado una tradición jurídica que torna perfectamente legítima la interpretación del precepto del art. 14 del Decreto n.º 21.417-A en el sentido de que el auxilio a la mujer gestante, que él asegura, no se confunde con el salario ni lo sustituye, sino que se le añade” (Vianna, 1938^a, p. 2).

El pronunciamiento del consultor no se limitó a las fuentes internas. Oliveira Vianna incorporó dispositivos de derecho comparado y, sobre todo, referencias a la Convención n.º 3 de la OIT, ratificada en 1934. Este instrumento internacional prohibía el trabajo de la mujer durante seis semanas después del parto y preveía la concesión de una indemnización a través de fondos públicos o sistemas de seguros sociales. Con base en ese estándar, el dictamen defendió la existencia de un principio general de “abstención indemnizada del trabajo”, según el cual el subsidio de maternidad funcionaría como complemento del salario, garantizando la subsistencia de la madre y del nasciturus durante el período de alejamiento (Vianna, 1938^a, p. 3).

Para reforzar su punto de vista, citó ejemplos de diferentes países (Austria, Bélgica, Portugal, Italia, Estados Unidos de América, Chile y México) cuyas legislaciones distinguían entre salario y seguros sociales. En contraste, la legislación francesa fue duramente criticada por asegurar únicamente el salario: “es una de las más atrasadas del mundo y no puede servir de guía en hipótesis como esta” (Vianna, 1938^a, p. 2). Con base en el documento *La Réglementation du travail féminin* (OIT, 1931),⁷ argumentó que la cuestión no debía analizarse únicamente desde la óptica económica del empleador, según el *on strict business principle*, sino que debía considerar los “aspectos sociales y humanos”, los cuales justificarían el mantenimiento del salario durante el alejamiento (Vianna, 1938^a, p. 4).

Ese uso del derecho comparado revelaba un patrón recurrente en sus dictámenes: la definición anticipada de la solución normativa deseada, seguida de la movilización de fuentes externas para su legitimación. Los ejemplos extranjeros eran empleados de modo pragmático, muchas veces contradictorio. En un

dictamen anterior, el modelo francés había sido positivamente referenciado (Vianna, 1936b), mientras que ahora era descartado. La fuente externa funcionaba, así, como elemento retórico, manipulado conforme a su capacidad de reforzar una agenda normativa ya delineada. En términos prácticos, los precedentes extranjeros invocados, para el caso de la acumulación del salario y el subsidio, no introdujeron nuevos elementos que pudiesen modificar la solución ya construida a partir de la analogía con el Código de Comercio. Sin embargo, sirvieron como una “repetición renovada”, para usar un término de Ortiz (1994, p. 32), de un objetivo ya alcanzado.

Paralelamente a la construcción argumentativa de los dictámenes, existía también un movimiento discursivo, por parte del Estado brasileño, de valorización del marco normativo nacional frente al cuadro normativo comparado e internacional. En el informe de 1933-1934, Brasil admitió que su legislación divergía de la Convención n.º 3, puesto que aseguraba solo cuatro, y no seis, semanas de alejamiento antes y después del parto (OIT, 1935). Aun así, el gobierno se comprometió a tomar medidas para superar la inconformidad (OIT, 1935). No obstante, el Decreto n.º 21.417-A/1932 permaneció inalterado a lo largo de la década. En 1935, el discurso oficial cambió: el gobierno pasó a afirmar que los “principios esenciales” de la convención ya estaban incorporados en la legislación nacional, a pesar de la diferencia en el período de alejamiento (OIT, 1936, p. 48). Vianna (1938a), por su parte, fue más allá: defendió que la legislación nacional se encontraba entre “las más adelantadas en esa tendencia”, pese al desfase de dos semanas en relación con la normativa internacional (p. 3).

En el informe de 1936, el gobierno declaró a la OIT que la financiación del subsidio a las gestantes provenía de los fondos de seguridad social, subsidiados en un tercio por el Estado. Sin embargo, omitió referirse al pago directo por parte de los empleadores en ausencia de cajas o institutos (OIT, 1936). Aunque esta omisión pueda parecer irrelevante para el cumplimiento de la convención, la hipótesis del pago directo por parte del patronato acarreó perjuicios concretos a trabajadoras. En 1937, a la obrera María Isabel dos Santos se le negó el subsidio de maternidad por parte de su empleadora, bajo el argumento de que su condición de soltera “contribuiría a la disolución de la familia legítima y al menosprecio de las mujeres honestas, pues en el medio obrero existen muchas de ellas” (Brasil, 1937, p. 359). La discusión se prolongó hasta que el Departamento Nacional del Trabajo determinó el pago. Casos similares revelan toda una serie de argumentos y negativas patronales que retrasaban el acceso efectivo al beneficio.

El dictamen de Oliveira Vianna también dialogó con su proyecto autoral para la estructuración sindical brasileña, alineado con las directrices centralizadoras del Estado en los años 1930. En *obiter dicta*, al diferenciar los encargos asistenciales del salario, afirmó que los primeros debían ser pagados por

las instituciones previsionales, pero reforzó que, en ausencia de estas instituciones, la carga recaería sobre los empleadores (Vianna, 1938a). Consideraba esa ausencia un hecho transitorio y, detrás de su discurso, hay un énfasis en la atribución de mayores costos al patronato para las categorías que aún no habían estructurado sus propias instituciones de previsión social.

El dictamen adopta un razonamiento hipotético-consecuencialista: solo los empleadores cuyas categorías ya contasen con Institutos correlativos estarían exentos del pago de subsidios. Creados gradualmente a partir de 1933, los institutos de jubilación y pensiones enfrentaban resistencias de sectores empresariales y aseguradoras privadas contrarios a la publicización de los seguros sociales (Lanzara, 2018). Le correspondió al MTIC viabilizar el modelo público, recurriendo a políticas inductoras, sanciones premiantes y argumentos persuasivos. En este contexto, el dictamen enfatiza los argumentos favorables a la creación de entidades previsionales, desde una lógica de reducción directa de costos al patronato.

Pero más que eso, el estímulo a la adhesión a los seguros públicos integraba una estrategia más amplia de articulación entre control sindical, beneficios previsionales y diferenciación conforme al grado de organización de los grupos involucrados en estructuras tripartitas. El modelo de las Cajas e Institutos estaba directamente vinculado a la afirmación de la estructura sindical y al fomento del sindicalismo controlado (Lanzara, 2018). El nombramiento de líderes sindicales para cargos de dirección en el sistema previsional no solo condicionaba su subordinación política a las directrices del MTIC, sino que también sometía a las propias entidades previsionales a un espacio de influencia y dependencia del Estado (Santos, 1998). Dicho arreglo operaba como un mecanismo de acomodación de intereses, garantizando a empleados y empleadores el acceso a ciertas facilidades y recursos, al tiempo que el MTIC avanzaba en la expansión del control.

La regulación nacional sobre la protección a la maternidad no escapó, sin embargo, a las críticas de sectores comprometidos con la ampliación de los derechos sociales, especialmente desde una perspectiva feminista. Poco antes de la instauración del Estado Novo, la diputada Bertha Lutz presentó en 1937 un proyecto de Estatuto de la Mujer, en el que denunciaba la exclusión de las trabajadoras agrícolas de la protección de la Convención n.º 3, subrayando que la Recomendación n.º 12 de la OIT estipulaba la adopción de medidas para garantizar a las trabajadoras agrícolas la protección del permiso y el acceso a seguros antes y después del parto, de forma semejante al patrón destinado a las empleadas de la industria y del comercio (Lutz, 1937).

La denuncia formulada por Lutz puede extenderse a la propia regulación de la incidencia del empleo en el modelo brasileño. El reconocimiento de la relación

de empleo excluía a trabajadores rurales y domésticos, entre otros. Para tener acceso a los derechos laborales, era decisivo contar con un vínculo formalmente reconocido. El carácter segmentado, selectivo y excluyente del empleo generó consecuencias sustanciales, en el marco de una ciudadanía regulada, no universalista.

Las controversias sobre la acumulación del salario y los beneficios previsionales persistieron durante años. Aunque el artículo 137 de la Constitución de 1937 garantizaba asistencia a la gestante sin perjuicio del salario, la jurisprudencia permaneció dividida respecto a la acumulación (Duarte, 1946). En el Consejo Nacional del Trabajo, Oscar Saraiva protestaba: “ya no representa la protección a la maternidad, prevista por la Constitución, sino un fomento a la natalidad” (Saraiva, 1937, p. 552). Solo con la CLT, en 1943, la divergencia fue resuelta: el artículo 393 aseguró expresamente el salario íntegro durante el periodo de alejamiento, finalmente ampliado a seis semanas antes y después del parto. Una década después de la creación del primer Instituto de Jubilación y Pensiones, los seguros públicos se habían expandido significativamente: de 210.883 afiliados activos en 1933 a 2.455.110 en 1943 (IBGE, 1941-45).

2. ¿Renuncia individual a los derechos laborales?

En 1936, el diputado federal gaúcho Víctor Russomano presentó una consulta sobre una cuestión estructural para la institucionalización del sistema de protección laboral en Brasil: ¿sería válida la cláusula o declaración mediante la cual un trabajador renunciara a derechos previstos en la ley?

Tópicamente, la legislación indicaba la nulidad de tales renuncias, como en los reglamentos sobre convenios colectivos (Decreto n.º 21.761/1934), accidentes de trabajo (Decreto n.º 24.637/1934) e indemnizaciones por despido injustificado (Ley n.º 62 de 1935). Russomano quizás esperaba una respuesta anclada exclusivamente en la legislación nacional, ya fuera para instituir la deducción de un estandar general de nulidad de la renuncia, o para validarla únicamente en los supuestos excepcionales previstos en la ley. La respuesta ministerial, sin embargo, adoptó otro enfoque.

El recurso utilizado fue encontrar en el derecho comparado un patrón que se adecuara a las especificidades del ramo en institucionalización. Reconociendo la omisión de la legislación y la ausencia de precedentes jurisprudenciales internos, Vianna (1936b) utilizó la “jurisprudencia internacional del trabajo” (sic), destacando dos precedentes extraídos del *International Survey of Legal Decisions on Labour Law (1935-1936)* (pp. 1-2). En el primero, la Corte di Cassazione italiana (caso

Bussiglieri v. Cassani, 1933) validaba la renuncia de derechos solo cuando ésta se firmaba después de la rescisión contractual. En el segundo (caso *Tallandini v. S. A. Ansaldo*, 1934), la misma corte reforzaba la imposibilidad de renuncia anticipada, argumentando que la subordinación del trabajador limita su autonomía frente al empleador económico fuerte: “por ello, el legislador estipuló que, mientras esta condición de subordinación y libertad restringida continúe, el empleado no puede renunciar anticipadamente a los derechos garantizados por la Ley. Esta es una disposición excepcional que limita los poderes del trabajador y el libre ejercicio de sus derechos” (Italia, 1936, p. 246). El uso de un tono universal fue accionado como un artificio para reforzar la legitimidad de su propuesta, que no estaba expresamente estipulada por la legislación brasileña y se constituía, así, como un producto jurídico “intersticial”. Vale notar que la “creación intersticial del derecho”, insertada en el potencial creativo de los tribunales en la práctica cotidiana, se considera aquí según Pedroso & Gomes (2002).

Partiendo de este horizonte universal, su argumentación conectó la “jurisprudencia internacional” con los “principios del Derecho Social de la Constitución brasileña (art. 113, n.º 37)” (Vianna, 1936b, p. 2). Aunque los precedentes extraídos del *International Survey* admitían renuncias solo en hipótesis excepcionales, él impuso restricciones adicionales. La validez de la renuncia se limitaría a cláusulas de no competencia, siempre que se cumplieran tres condiciones: (a) no fuera genérica, sino exclusivamente para una actividad cierta y determinada; (b) tuviera limitaciones definidas en el tiempo y el espacio (vigilaría solo por cierto período y área territorial determinada); y (c) se aplicara exclusivamente a casos de rescisión involuntaria. Fuera de estas condiciones, la renuncia sería inválida por contrariar los principios del derecho social. Además, Vianna (1936b) señaló la necesidad de prohibir el dolo, la coacción, la violencia y la “presión económica” del empleador, sustentando este punto con un fallo del *Reichsgericht* (Alemania, 1936).

La perspectiva protecciónista fue, por lo tanto, asumida en términos más amplios. Reconociendo la naturaleza de orden público de la legislación social, una mayor restricción a la renuncia fue prescrita como un “principio general, del cual es ejemplo el precepto expreso de la legislación mexicana, que considera nula ‘la renuncia a cualquier derecho o prerrogativa otorgada por la ley’ (Ley Federal del Trabajo, art. 22, IV)” (Vianna, 1936b, p. 1).

Si bien la prohibición a la renuncia fue más marcada en relación con las fuentes comparadas italianas, lo mismo no ocurrió respecto a la amplitud subjetiva, que fue delimitada de manera excluyente y selectiva: solo alcanzaría a los empleados sindicalizados (Vianna, 1936b). A diferencia de los precedentes extranjeros, que protegían a los empleados indistintamente, Oliveira Vianna

vinculó la irrenunciabilidad a la afiliación sindical. Esta selectividad entraba en conflicto con varios estándares internacionales carentes de restricciones en cuanto a la pertenencia sindical de los trabajadores, como exemplifica la respuesta de Thomas (1930) a la consulta del italiano G. de Michelis sobre el alcance del Convenio número 3: “Según el art. 2º, el convenio se aplica a toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no, que esté empleada en los establecimientos industriales o comerciales definidos en los artículos 1º y 3º. El convenio no contiene en ninguno de sus artículos una definición más concisa o restrictiva de los beneficiarios de sus disposiciones” (p. 3).

El énfasis en la sindicalización, adoptado en el parecer, refleja un proyecto político más amplio. Bajo la unicidad sindical y la tutela del Ministerio de Trabajo, la afiliación se convertía en uno de los pilares de la “ciudadanía regulada”, junto a la regulación de las profesiones y la tarjeta de trabajo (Santos, 1998). En el núcleo de este proyecto estaba la eficacia de los derechos sociales, en una perspectiva excluyente de categorías y sujetos no sindicalizados, reforzando la lógica de estratificación dictada por el Estado (Cardoso, 2010). Validar la renuncia individual por parte del trabajador sindicalizado significaría un duro golpe a la lógica que conectaba derechos, categoría profesional y sindicalización individual. Por otro lado, el parecer abría espacio para la renuncia por parte de los trabajadores no sindicalizados. Aquí existe una contradicción. Toda la argumentación de Oliveira Vianna está fundada en el carácter de orden público de los derechos sociales. Pero este punto de partida es ignorado para el contingente no sindicalizado.

La afiliación sindical era la punta de lanza de su programa sindical-corporativista delineado en sus libros (por ejemplo, *Problemas de Derecho Sindical*, *Problemas de Dirección*). Esta sería, en su visión, una forma de hacer revertir el cuadro de desintegración e insolidaridad descrito en *Populações Meridionais*. Un pasaje del parecer en respuesta a Russomano ilustra la importancia capital conferida a la cuestión. Aunque la consulta no versó específicamente sobre la renuncia al derecho de sindicalización, Vianna (1936b) se anticipó: “También sería nula la renuncia al derecho de incorporarse al sindicato de su clase, derecho que la ley asegura a cualquier trabajador (Decreto 24.694, artículo 19)” (p. 8).

El antídoto principiológico de la prohibición a la renuncia, del cual extraía una norma general para la aplicación de las leyes laborales, sería parte fundamental de un sistema que equilibra derechos individuales, instituciones y sindical-corporativismo en términos estatocéntricos.⁸ Combatir la renuncia indiscriminada y los acuerdos firmados “bajo presión” significaba, al mismo tiempo, proteger al trabajador y fortalecer el proyecto estatal de control de la clase trabajadora.

En 1943, la CLT, aunque no eliminó, mitigó la selectividad proteccionista dirigida exclusivamente al contingente sindicalizado. Mitigó, pero no eliminó, las distinciones entre sindicalizados y no sindicalizados para el establecimiento de derechos individuales (por ejemplo, artículos 257 y 544). Sobre el tema de la consulta de Russomano, la exposición de motivos fue precisa: “entendió la Comisión que es elemental del principio de orden público, mediante el cual son nulos los actos practicados con el intento de excluir la eficacia de la legislación social” (ítem 53 de la Exposición de Motivos de la CLT).

3. Norma más favorable

La enunciación del principio de la norma más favorable implicó controversias interpretativas examinadas por el Ministerio en los años 1930, como ejemplifica la consulta formulada por la Associação das Empresas de Serviços Públicos Urbanos do Brasil. El núcleo de la cuestión presentada por la asociación residía en la aplicación de las disposiciones de la Ley n.º 62/1935, que regulaba la rescisión del contrato de trabajo. La consultante defendía que sus asociadas debían seguir exclusivamente el Decreto n.º 20.465/1931, diploma específico para empresas prestadoras de servicios públicos, pero que no contemplaba nada respecto a la rescisión contractual. En vista de ello, argumentaba que la indemnización en caso de despido injustificado, asegurada por la Ley n.º 62, no debería aplicarse a los empleados de dichas empresas.

Aunque podría haberse limitado a confirmar el alcance de la Ley n.º 62, que no excluía a las empresas prestadoras de servicios públicos, el parecer del consultor jurídico del Ministerio fue más allá en sus argumentos, estableciendo una directriz esencial para la ingeniería protectora del ámbito laboral. Al aplicar la Ley n.º 62 al caso concreto, elaboró comentarios sobre el conflicto normativo, adoptando el criterio de la “disposición más favorable al trabajador”, reconociéndolo como principio de la “jurisprudencia internacional del trabajo” (*sic*) (Vianna, 1939b, p. 6). Este fue uno de los primeros reconocimientos de este principio en el ámbito ministerial.

En diversas convenciones, incluida la ratificada por Brasil n.º 52 (cf. artículo IX), se contemplaba la prevalencia del instrumento “que asegure condiciones más favorables”. Oliveira Vianna proyectó este criterio más allá de las estrictas previsiones contenidas en las convenciones internacionales, anclándose en el *International Survey of Legal Decisions on Labour Law 1934-35*, en especial en un precedente de la Corte di Cassazione italiana (*Navigazione generale italiana v. Alocco e Salomone*, 1934), que establecía la aplicación de las disposiciones más favorables

contenidas en las diversas fuentes del derecho. Según el tribunal italiano, el magistrado no debería analizar todas las regulaciones de manera global, sino aplicar, en cada aspecto de la reclamación, la disposición más favorable (en ese caso, la costumbre prevaleciente en Génova).

Con base en estas premisas, la pretensión de la consultante fue rechazada. El parecer señaló que, en principio, la Ley n.º 62, genérica para la industria y el comercio, también abarcaba a los empleados de empresas de transporte, considerando la naturaleza de la actividad patronal. El Decreto n.º 20.465, por ser más específico, sería aplicado cuando fuera más beneficioso para el trabajador o en caso de omisión de la Ley n.º 62.

En otro caso, fechado en enero de 1938, sobre la normativa aplicable a los auxiliares marítimos del Puerto de Recife, se reafirmó la directriz de la norma más favorable. Vianna (1938b) sostuvo que, en ausencia de conflicto entre las leyes de protección social, se aplicarían las disposiciones del Reglamento de las Capitanías de los Puertos. Pero en caso de conflicto, implícito o explícito, debería prevalecer la disposición más favorable.

Años antes, en 1933, Oliveira Vianna ya se había pronunciado sobre cuestiones relacionadas con la norma más favorable. Al analizar un recurso de la São Paulo Railway, condenada por el Consejo Nacional del Trabajo a multa y readmisión de un empleado despedido sin justa causa, Oliveira Vianna invocó el carácter de orden público de la legislación social. La empresa alegaba un derecho adquirido a la rescisión sin causa, pues, en el momento de la contratación, no estaba vigente la legislación que exigía causa justa para la terminación del contrato. Tras un extenso análisis del derecho comparado, especialmente del derecho francés, el parecer concluyó que la irretroactividad de las leyes no se aplicaba a la rescisión sin causa: “en el fondo, el nuevo sistema jurídico (Ley 4.682, Ley 5.109, Decreto 20.645) explicitó el principio de orden público que se encontraba implícito en el viejo sistema jurídico” (Vianna, 1933, p. 5). Según su análisis, no correspondía verificar la aplicación temporal de la ley nueva, considerando que, aun antes de que la legislación brasileña prohibiera la rescisión sin justa causa, tal práctica ya era vedada por atentar contra la red de derechos sociales, de orden público, como indicaban varios ordenamientos extranjeros.

Sus directrices sobre el conflicto de normas resonarían años después en decisiones del Supremo Tribunal Federal. En el juicio de un caso que involucraba disposiciones de convenios colectivos y reglas legales sobre un mismo tema, el Tribunal dispuso que prevalecería la legislación, porque “el convenio colectivo no es de molde para derogar la ley que crea garantías y ventajas para el empleado” (Brasil, 1938, p. 13).

El derecho brasileño aún no disponía de una formulación legal genérica y explícita que tratara particularmente el conflicto entre fuentes laborales. La OIT solo mencionaba el criterio de la norma más favorable en instrumentos específicos y destinados a temas determinados. En 1943, aunque sin mencionar expresamente el criterio, la CLT adoptó implícitamente la norma más favorable como uno de los fundamentos del derecho laboral. Su artículo 8º remitió a los “principios del derecho laboral” y a la prevalencia del interés público, mientras que el artículo 468 establecía que cualquier modificación contractual solo sería lícita si no resultara en perjuicio para el empleado.

En una lógica competitiva, el criterio de la norma más favorable - de importancia capital para la protección laboral, lo cual no se discute - no deja de ser un estímulo al carácter competitivo en la disputa por derechos. A lo largo del tiempo, su aplicación se vinculó al tratamiento diferenciado de estatutos según categorías profesionales, a la desigualdad de beneficios laborales y previsionales, y a la estratificación salarial por convenios colectivos y patrones legislativos sectoriales. La “norma más favorable” confirió estabilización a la lógica de que “cuanto mejor remunerada fuera la categoría profesional en la esfera de la producción, mejor también lo sería en la esfera de la compensación” (Santos, 1998, p. 107).

V. PALABRAS FINALES

La crítica a las lecturas formalistas y mecanicistas del “ingreso” de fuentes internacionales en el contexto nacional exige el reconocimiento del “otro”, relativizando la atribución de “unidad” a situaciones marcadas por el cruce de diferencias. Es en el ámbito de la “traducción cultural” (en los términos de Duve (2013)), en el campo normativo, donde se revela la complejidad de las interacciones entre lo global y lo local.

Las posibilidades analíticas que toman las diferenciaciones como clave heurística son amplias y pueden abordarse desde un prisma institucional (enfatizando el papel de los juristas, las decisiones de los tribunales locales y las soluciones administrativas) hasta las apropiaciones sociales de las reglas por parte de los agentes en la cotidianeidad. Las “permanentes diferenciaciones” pueden comprenderse, principalmente, por esfuerzos que relativicen los “modelos jurídico-institucionales” y emprendan una “perspectivación histórica” mediante la “lectura en el contexto de la historia de las formas culturales y, naturalmente, de su arraigo en contextos prácticos”, como propone Hespanha (2012, p. 89).

La alquimia, conforme a un diccionario del siglo XVIII, refleja el arte de fabricar el metal precioso (Bluteau, 1789, p. 32). Los resultados son variables, pero el énfasis está en un metal mixto, “que parece oro” (Pinto, 1832, p. 84). El experimentalismo de la práctica se manifiesta en muchos aspectos - desde los ingredientes seleccionados hasta la tonalidad del metal producido. Puede valerse de saberes diversos, desde la química hasta el misticismo, dependiendo del referente. La idea básica de la alquimia, sin embargo, radica en su posibilidad de recreación de las cosas, sagradas o mundanas.

La metáfora de la alquimia - como arte de transformación y creación a partir de elementos heterogéneos - ofrece una clave sugerente para abordar la problemática central planteada en este artículo. La actuación del MTIC en los años 1930 constituye una ventana privilegiada para comprender los modos de recreación y reelaboración inscritos en el proceso de institucionalización del derecho laboral. En la década, lejos de limitarse a las reglas jurídicas estatales, la burocracia ministerial evidenció una práctica de mediación normativa basada en la experimentación, la adaptación y la reelaboración de legitimidad para un derecho en afirmación y situado en un contexto autoritario que diferenció derechos, sujetos y profesiones. El recurso sistemático a las convenciones internacionales del trabajo no implicó una mera importación rígida, sino una apropiación selectiva y contextualizada, marcada por la reelaboración, el redireccionalamiento e incluso el rechazo práctico de los mandatos movilizados discursivamente como marcadores de “convergencia” entre lo nacional e internacional.

El análisis de la práctica técnico-jurídica del Ministerio de Trabajo, enfatizando los dictámenes del consultor jurídico Oliveira Vianna - varios de ellos incorporados por la comisión redactora de la CLT - permite comprender cómo la perspectiva formalista-textualista del derecho brasileño, representada por autores como Süsskind, no presta atención a las experiencias más abiertas a la contingencia y a la experimentación normativa del período pre-CLT.

La historia de las interacciones entre fuentes jurídicas nacionales e internacionales en el contexto brasileño puede establecerse de diversas maneras. A lo largo de este artículo, procuré abordarla tomando en cuenta recursos simbólicos manejados por agentes públicos en tres pronunciamientos que establecieron parámetros capitales para los fundamentos de la regulación laboral en los años 1930. Estos pronunciamientos, como argumenté, están insertados en una correlación de fuerzas dinámica, contextual y compleja.

Ni la clave que se limita a los aspectos formales - apoyada en la perspectiva mecanicista, de las ratificaciones, del trasplante y de la interpretación objetiva - ni las perspectivas que ignoran los impactos de las fuentes internacionales en la arquitectura del derecho laboral en la década debatida son capaces de dimensionar

los términos de las interacciones dinámicas de las fuentes en el proceso de enunciación del derecho. Procuré, a partir de soluciones encaminadas burocráticamente, destacar la necesidad de considerar, a la vez, zonas de convergencia y de permanentes diferenciaciones - en los términos de Ferner y Hyman (1998)⁹ - en el proceso de interacción entre derecho interno y fuentes internacionales movilizadas por él. De esta interacción deriva un carácter ambiguo, pero no contradictorio: se hizo uso de la convergencia, pero también de la distinción.

La institucionalización del derecho laboral en Brasil en los años 1930 no puede comprenderse exclusivamente a partir de modelos explicativos centrados en la transferencia normativa internacional o en la originalidad aislada de decisiones autoritarias del Estado varguista. Este artículo procuró demostrar que la construcción del campo jurídico laboral brasileño implicó un complejo proceso de negociación entre diferentes tradiciones normativas, prácticas administrativas e influencias transnacionales.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adeodato, J. M. (2007). As fontes primárias do direito: o debate europeu cerca de 1850 a 1950. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, 13, 247-267.
- Alemania. (1936). Protección de la reclamación salarial - 22. Carácter jurídico del recibo en la conciliación. En International Labor Office (org.), *International Survey of Legal Decisions on Labour Law 1934-35* (Décimo año, p. 177).
- Amorosi, V. (2023). Uniform plots. Comparative and Labour Problems in the Legal Culture of Journals at the beginning of the twentieth century. *Diritti Lavori Mercati International*, 2, 185-201.
- Antunes, P. (1942, noviembre). A falta grave e a força maior na legislação trabalhista brasileira. *Revista do Trabalho*, 10(11), 13-20.
- Bandeira de Mello, A. (1936, mayo). O Brasil em Santiago. *Boletim do MTIC*, 2(21), 77-90.
- Benjamin, W. (1978). The task of the translator. En H. Arendt (ed.), *Illuminations* (trad. H. Zohn). Schocken Books.

- Biavaschi, M. B. (2007). *O Direito do Trabalho no Brasil 1930-1942*. LTr.
- Bluteau, R. (1789). *Diccionario da lingua portugueza composto pelo padre D. Rafael Bluteau (Volume I: A - K)*. Simão Ferreira.
- Boson, V. H. C. (2021). Formulações autoritárias e realismos em Oliveira Vianna: variações na política e no direito corporativo. *História do Direito*, 2, 184-209.
- Brasil. (1937, agosto). Parecer – DNT. Auxílio à gestante solteira. *Revista do Trabalho*, 4(8), 359-360.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). (1938, 2 de mayo). Agravo de petição nº 7.727 (Rel. Min. Plínio Casado). http://memoria.bn.gov.br/DocReader/103730_06/18506.
- Broglia, C. & Ortino, F. (2024, diciembre). Treaty interpretation, multilingualism, and the WTO dispute settlement system: towards the comparative translation paradigm? *Journal of International Dispute Settlement*, 15(4), 487-505.
- Cardoso, A. (2010). Uma utopia brasileira: Vargas e a construção do estado de bem-estar numa sociedade estruturalmente desigual. *Dados*, 53, 775-819.
- Cesarino Junior, A. F. (1940). *Direito social brasileiro*. Martins.
- Crouch, C. (1993). *Industrial relations and European state traditions*. Oxford University Press.
- Delgado, M. G. (2019). *Curso de direito do trabalho* (18ª ed.). LTr.
- Diniz, E. (1998). *Engenharia institucional e políticas públicas*. UFRJ.
- Duarte, S. (1945, 8 de agosto). Questões trabalhistas: auxílio maternidade. *Correio Paulistano*, p. 9.
- Duve, T. (2013). *European Legal History – Global Perspectives*. Documento de trabajo presentado en el Coloquio “European Normativity – Global Historical Perspectives”, Max-Planck-Institute, 2-4 de septiembre de 2013.
- Falcão, W. (1938, 19 de junio). Discurso irradiado na “Hora do Brasil”. *Correio Paulistano*, p. 1.

- Ferner, A. & Hyman, R. (1998). *Changing industrial relations in Europe*. (2^a ed.). Blackwell Publishers.
- Ferreira, A. C. (2019). O sistema português de resolução dos conflitos de trabalho: dos modelos paradigmáticos às organizações internacionais. En A. C. Ferreira (org.). *OIT e Portugal: 100 anos de História* (pp. 153-172). BIT.
- Ferreras, N. (2013). La construcción de una Communitas del Trabajo: las relaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y América del Sur durante la década de 1930. *Dimensões*, 29, 3-21.
- Ferreras, N. (2020). A Pan-americanização do trabalho no período de entreguerras. *Estudos Ibero-Americanos*, 46(3), 1-16.
- Ferreras, N. O. (2009). As partes e o todo. A criação da OIT em 1919. En *XXV Simposio Nacional de História* (pp. 205-216). Fortaleza Editora.
- Foljanty, L. (2015). Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of a metaphor. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, 9, 1-18.
- Geertz, C. (1983). *Local Knowledge*. Basic Books.
- Gomes, A. C. (2002). Os direitos do trabalho em início do século XXI: depoimento de Arnaldo Süsskind. *História Oral*, 5, 71-87.
- Gomes, O. & Gottshalk, E. (1972). *Curso de Direito do Trabalho* (5^a ed.). Forense.
- Hernández, G. I. (2014). Interpretation. En: J. Kammerhofer & J. D'Aspremont (eds.). *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (pp. 317-348). Cambridge University Press.
- Hespanha, A. M. (2002). Os Juristas Como Couteiros. *Análise Social*, 36(161), 1183-208.
- Hespanha, A. M. (2012). *A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra, Almedina.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. (1946). *Anuário estatístico do Brasil de 1941/1945*. IBGE.
- Italia. (1936). Duración y terminación del contrato de trabajo de empleados asalariados - 64. Acuerdos especiales.- Cuándo son válidos. Segundo caso.

- En International Labor Office (org.), *International Survey of Legal Decisions on Labour Law 1934-35* (Décimo año, pp. 245-246).
- Lambert, É. (1936). Le recueil international de jurisprudence du travail. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 65, 354-360.
- Lanzara, A. (2018). O seguro social e a construção da proteção do trabalho no Brasil. *Dados*, 61(2), 463-502.
- Legrand, P. (1997). The Impossibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4(2), 111-124.
- Lobo, H. (1938, 2 de octubre). Conferencia Internacional do Trabalho. *Jornal do Commercio*, p. 5.
- Lutz, Bertha (1937, 9 de abril). O que será o Estatuto da Mulher. *Gazeta de notícias*, p. 1.
- Macedo Soares, J. C. (1932, 19 de junio). Discurso perante a Conferência Internacional do Trabalho. *Jornal do Commercio*, p. 6.
- Marinho, R. (2017, 12 de abril). Apresentação do Parecer do Relator, Dep. Rogério Marinho, nos termos do art. 50, III, a. *Comissão Especial - PL 6787/16*.
- Maul, D. (2019). *La Organización Internacional del Trabajo*. OIT.
- Moraes Filho, E. (1960). *Tratado Elementar de Direito do Trabalho* (vol. 1). Freitas Bastos.
- Nascimento, A. M. (1984). *Curso de Direito do Trabalho* (3^a ed.). Saraiva.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1931). *La Réglementation du travail féminin*. Genève: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1935). International Labour Conference: Nineteenth Session, Geneva, 1935. Summary of annual reports under Article 408. LIMI. International Labour Office.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1936). *International Labour Conference: Twentieth Session, Geneva, 1936. Summary of annual reports under Article 22 of the Constitution of the International Labour Organisation*. International Labour Office.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1938). *Report of the committee of experts on the application of conventions*. OIT.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1939). *Report of the committee of experts on the application of conventions*. OIT.

Ortiz, R. (1994). *Cultura brasileira e identidade nacional*. Brasiliense.

Pedroso; J., & Gomes, C. (2002). *Os tribunais e o território*. CES.

Petit, C. (2001). Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la Belle Époque. En A. Padoa-Schioppa (ed.) (2001). *La comparazione giuridica tra Otto e Novecento* (pp.53-98). Lombardo.

Pinto, L. M. S. (1832). *Diccionario da Lingua Brasileira*. Typographia de Silva.

Santos, W. G. (1998). *Décadas de um espanto e uma apologia democrática*. Rocco.

Saraiva, O. (1937, diciembre). Voto vencido - proceso 7.787-37 - CNT. *Revista do Trabalho*, 4(12), 552.

Schwarz, R. (1992). *Ao vencedor as batatas*. Duas Cidades.

Silva, F. T. (2010). The Brazilian and Italian Labor Courts: comparative notes. *International Review of Social History*, 55, 381-412.

Silveira, M. M. (2021). Escrever, ser útil à sociedade. *Estudos Ibero-Americanos*, 47(3), 1-16.

Süsskind, A. (1983). *Direito Internacional do Trabalho*. LTr.

Süsskind, A. (2002, 27 de junio). Entrevista concedida a Magda Biavaschi. En M. B. Biavaschi, *O Direito do Trabalho no Brasil: 1930-1942* (pp. 382-388). LTr.

Süsskind, A. (2004, 20 de octubre). Entrevista concedida a Magda Barros Biavaschi. En M. B. Biavaschi, *O Direito do Trabalho no Brasil: 1930-1942* (pp. 389-394). LTr.

Teubner, G. (1998), Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences. *The Modern Law Review*, 61(1), 11-32.

Thomas, A. (1930, 16 de agosto). Resposta a G. de Michelis. *Jornal do Commercio*, p. 3.

- Thomas, Y. (2005) Les artifices de la vérité en droit commun medieval. *L'Homme*, 175-176(3), 133-130.
- Vianna, F. J. de O. (1936b). Parecer. Proceso n.º D.G.E. 13.406-936 - Asunto: Consulta de la Cámara de Diputados sobre la validez de cláusulas contractuales. 28 de septiembre de 1936. Biblioteca Casa de Oliveira Vianna.
- Vianna, F. J. O. (1933, 20 de abril). Parecer recurso São Paulo Railway x Julio Gemignani. *Jornal do Commercio*, p. 5.
- Vianna, F. J. O. (1936a, abril). Parecer Lei 62 – interpretação do art. 2º. *Revista do Trabalho*, 4(3), p. 20.
- Vianna, F. J. O. (1936c). Prefácio. En L. P. Santos, *Consolidação das leis trabalhistas* (pp. 3-4). s.e.
- Vianna, F. J. O. (1938a, 26 de enero). Parecer: Consulta The Royal Bank of Canada. DGE 7.787-1937. Biblioteca Casa de Oliveira Vianna.
- Vianna, F. J. O. (1938b, enero). Parecer Regulamentos de exceção. *Revista do Trabalho*, 6(1), 16.
- Vianna, F. J. O. (1939a). *O Idealismo da Constituição* (2ª ed.). Editora Nacional.
- Vianna, F. J. O. (1939b, 28-29 de agosto). Parecer. Assunto: Associação das Empresas de Serviços Públicos Urbanos do Brasil consulta sobre aplicação da Lei 62, de 1935. *Jornal do Commercio*, p. 6.
- Vianna, F. J. O. (1991). *Ensaios inéditos*. Unicamp.
- Vianna, F. J. O. (1999). *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal.
- Waldock, H. (1964). Relatorio especial de la Comisión de Derecho Internacional. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2, 53.
- Watson, A. (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2ª ed.). University of Georgia Press.

VII. NOTAS

¹ El binarismo de las fuentes “formales” y “materiales”, figura recurrente entre los juristas, merece reservas. En cierto grado, los sesgos selectivos implicados en la disyunción pueden observarse en Adeodato (2007).

² Los juristas divergen en cuanto a la naturaleza de código o consolidación; la naturaleza híbrida me parece la más adecuada.

³ Silva (2010) comparó la CLT con la legislación italiana y criticó tanto la tesis de la “copia” como la de la originalidad, pues están ancladas en la visión del “problema nacional” tal como fue formulado en los años 1930. Al proponer otro enfoque, destacó la importancia de los diálogos transnacionales en el derecho, rechazando la idea de una simple transferencia externa a la realidad brasileña. Crítica semejante a la tesis de copia del fascismo aparece en Biavaschi (2007).

⁴ La noción de “trasplantes jurídicos”, objeto de diversas críticas, fue abordada por Watson (1993), quien se refiere al “cambio de una regla [...] de un país a otro, o de un pueblo a otro” (p. 80). En un contexto mundial de diversos sistemas jurídicos, Watson sostiene que, en un largo periodo, emergería de los “trasplantes jurídicos” la imagen de un “préstamo masivo continuo [...] de reglas” (1993, p. 21). Para afirmar esta posibilidad, el autor sostiene que el cambio en el derecho no depende de la acción de ningún contexto social, histórico o cultural (Watson, 1993).

⁵ La visión de Süsskind, por las razones que se demostrarán más adelante, parte del supuesto del trasplante como posibilidad histórica y lógica.

⁶ Sin embargo, mi debate privilegia el alcance señalado por Süsskind por una cuestión de ubicación del debate que, no obstante, puede verificarse en pasajes de la literatura dedicada a cuestiones transnacionales del derecho.

⁷ El documento dedicó un capítulo a la protección de la maternidad y al trabajo de las mujeres en el periodo pre y post parto, recomendando inclusive la regulación internacional de la garantía de estabilidad en el empleo.

⁸ Lecturas más alineadas con intereses patronales criticaban el rigor de la prohibición a la libre disposición de los derechos laborales. Antunes (1942) es representativo de este enfoque, al movilizar principios liberales para la restricción de los derechos sociales: “tratándose del régimen económico, en Brasil, como en otros lugares, existe el precepto constitucional de garantía del capitalismo, como

forma de producción. Y de manera sumaria, el intérprete está obligado a usar su libertad dentro del trazado general de ese principio” (p. 20).

⁹ Los autores destacan “convergencias” y “permanentes diferenciaciones” en las relaciones laborales en los países de Europa occidental, resaltando las capacidades de reacciones institucionales locales frente a la circulación normativa transnacional. Aunque dirigido a la presión de las organizaciones internacionales post-Maastricht, el argumento de los autores sobre los límites de la homogeneización normativa desencadena fértiles claves de problematización acerca de los intentos de “destrucción” y “creación” institucional transnacional (Ferreira, 2019).

UNA NUEVA BASE DE DATOS INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS
CONSUEUDINARIOS

A NEW INTERNATIONAL DATABASE ON CUSTOMARY LAWS

Por Sylvain Soleil
<https://orcid.org/0000-0001-7800-3621>
Universidad de Rennes, Francia
e-mail: sylvain.soleil@univ-rennes.fr

RESUMEN:

La Base de Datos Internacional sobre Derechos Consuetudinarios (BDIDC) es el resultado de un proyecto francés llevado a cabo por unos 60 académicos (historiadores del derecho, antropólogos, historiadores, filósofos) procedentes de cuatro continentes. Por un lado ofrece a la comunidad científica y a los ciudadanos del mundo, una serie de textos originales, ya sean oficiales o no, que recogen, artículo por artículo, normas consuetudinarias. Estos textos originales están acompañados de palabras clave y notas introductorias en cinco idiomas para facilitar la investigación y la comparación. Por otra parte, ofrece entrevistas y actas de congresos que permiten reflexionar sobre las ventajas comparadas de la oralidad y la escritura del derecho, sobre los motivos, los métodos y los efectos de la redacción, en la naturaleza y el contenido de las tradiciones ancestrales, y sobre las diferencias conceptuales entre tradiciones y costumbres.

PALABRAS CLAVE: costumbres; derecho tradicional; oralidad y escritura; base de datos.

ABSTRACT:

The International Database on Customary Laws (IBCL) is the result of a French project carried out by some 60 scholars (legal historians, anthropologists, historians, philosophers) from four continents. It offers the scientific community and citizens of the world a series of original texts, i.e. official and unofficial texts that list customary rules article by article. These original texts are accompanied by keywords and introductory notes in five languages to facilitate research and comparison. It also offers interviews and conference proceedings that provide useful food for thought on the comparative virtues of oral and written law, on the motives, methods and effects of writing on the nature and content of ancestral traditions, and on the conceptual differences between traditions and customs.

KEYWORDS: customs; traditional law; orality and writing; database.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PUESTA EN MARCHA DEL PROYECTO BDIDC. 1. Tradiciones, costumbres, derecho consuetudinario: significados y significantes. 2. Los derechos consuetudinarios (encuestas y textos oficiales). 3. El tesoro de palabras clave en cinco idiomas. 4. Notas introductorias. III. LA UTILIDAD DEL

PROYECTO BDIDC. I. Una base de datos de fuentes consuetudinarias. 2. Una red internacional. 3. Una fuente de reflexión científica. IV. CONCLUSIONES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. VI. NOTAS.

I. INTRODUCCIÓN

En 2022, cuatro socios franceses se asociaron para ofrecer a la comunidad científica y a los ciudadanos del mundo una Base de Datos Internacional sobre Derechos Consuetudinarios (BDIDC), con un enfoque para el estudio comparado de la historia del derecho. Este proyecto ha sido concebido y dirigido en colaboración por los colegas de las universidades de París II y Rennes, Nicolas Cornu-Thénard, Jean-Philippe Hias y Sylvain Soleil.¹ El proyecto tuvo desde su concepción cuatro objetivos:

1. Ofrecer al público acceso gratuito en línea a la mayor cantidad posible de normas consuetudinarias;
2. Reflexionar sobre los fenómenos que se producen cuando las tradiciones orales y evolutivas, se convierten en costumbres escritas y fijas, en parte desnaturalizadas;
3. Comprender por qué algunas autoridades políticas se han negado a poner por escrito sus tradiciones; y
4. Reunir a investigadores de todo el mundo en torno a estos retos científicos.

En las páginas siguientes resumiré la forma en que se llevó a cabo este proyecto y presentaré su utilidad científica. También el lector podrá encontrar otros análisis más específicos: una tipología de los modelos de transcripción de las tradiciones, las razones por las que, en la actualidad, las autoridades tradicionales del África subsahariana redactan su derecho tradicional y los efectos lingüísticos y jurídicos de la transcripción de las costumbres.

II. LA PUESTA EN MARCHA DEL PROYECTO BDIDC

El proyecto BDIDC se inició en mayo de 2023 y finalizó en mayo de 2025, aunque la base de datos continuará alimentándose en los próximos años. Ha puesto en contacto a cuatro socios: el laboratorio IODE - UMR CNRS 6262 (iniciador del proyecto), la Société de Législation Comparée (sitio donde se aloja la base de datos), el Instituto Robert Badinter (financiador del proyecto) y Boscop (responsable de la solución web). Luego, país por país, el proyecto reunió a un centenar de investigadores de una treintena de países, todos ellos especialistas en derechos tradicionales. En América Latina, cabe citar la participación de Viviana Kluger (Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana), Sergio López-Pereyra y María Zalazar (Universidad del Nordeste), Alan Rangel Wruck García (Universidad de São Paulo), Alfredo J. Flores (Universidad Federal de Río Grande del Sur) y Ralph Leveque (Universidad de Nanterre).

1. Tradiciones, costumbres, derecho consuetudinario: significados y significantes

Cuando hablamos de derecho consuetudinario, hablamos de un texto que recoge, artículo por artículo, las normas consuetudinarias. Los antropólogos e historiadores del derecho insisten en que el derecho consuetudinario nunca es el reflejo perfecto de las normas tradicionales ancestrales, porque la redacción de una costumbre consiste en transformar la naturaleza y parte del contenido de las tradiciones. Para entenderlo, hay que diferenciar las tradiciones de las costumbres, dos conceptos que a menudo se confunden.

¿Qué son las tradiciones de un pueblo? La respuesta a esta pregunta se puede desmembrar en seis puntos: 1. Reúnen los conocimientos, los valores, las creencias y las normas de vida propias de un pueblo (Morin, 2011); 2. Reflejan una determinada forma de concebir el mundo y lo que vive en él, de manera visible e invisible (Guénon, 1945); 3. Forman un conjunto global que nunca se concibe capítulo por capítulo, artículo por artículo (por ejemplo, las normas relativas a la política, la justicia, la religión, la economía); 4. Cada individuo tiene poca influencia sobre las tradiciones, porque la comunidad y el linaje prevalecen sobre las personas (Dumont, 1966); 5. Las tradiciones se transmiten de una generación a otra, generalmente de forma ritual y oral (Alleau, 1976); y 6. Las tradiciones evolucionan lentamente, pero no son inmutables, ya que la tradición consiste precisamente en transmitir las normas de vida de una generación a otra, con la doble función de conservarlas y adaptarlas a las nuevas cuestiones.

¿Qué son las costumbres? La respuesta a esta pregunta invita a reflexionar sobre que se trata de un concepto jurídico que hace referencia al conjunto de normas que pueden enumerarse, capitularse y numerarse, una vez que las tradiciones han sido sometidas al escrutinio del derecho. En efecto, entre las tradiciones, es decir, el conjunto de normas comunes de vida, solo algunas obedecen a los criterios que, muy pronto, en la Europa del derecho romano, se fijaron y han permanecido prácticamente inalterados en la doctrina occidental contemporánea, que luego se extendió a los espacios coloniales. Se trata de normas a la vez *antiguas* (lo contrario de la innovación), aceptadas por el conjunto de la comunidad (lo contrario del derecho impuesto desde fuera) y consideradas con tal fuerza obligatoria que es posible invocarlas ante el juez (lo contrario de un simple uso). La analogía del tamiz es útil para comprender el proceso: el jurista examina las tradiciones, les aplica sus criterios, realiza una selección, extrae, por un lado, lo que denomina costumbres y deja de lado, por otro, lo que denomina usos, modales, es decir, el resto de las tradiciones (Traoré, 1989-1990-1991; Badji, 2008/7; Dione, 2022).

Una costumbre, una lista de costumbres redactadas, es, por lo tanto, el producto de un doble proceso de selección y transformación. Sin embargo, el efecto de una costumbre difiere según las experiencias. Se pueden clasificar a partir de tres criterios determinantes. 1. Quién realiza la redacción: ¿el autor escribe en nombre de una función oficial, de una misión científica, de un interés personal? 2. ¿Cuál es el motivo principal (recopilar, conocer, registrar, institucionalizar, etc.)? 3. ¿Cuál es el efecto jurídico sobre las tradiciones (nulo, directo, indirecto)? En función de estos tres criterios, existen cinco modelos según que la redacción se realice a raíz de una investigación científica, una investigación oficial, una redacción oficial organizada por la autoridad tradicional, una redacción oficial organizada por el Estado o una redacción oficial organizada por la autoridad colonial. Estos cinco modelos permiten indicar la intensidad de la transformación de las normas tradicionales cuando se ponen por escrito.

El proyecto BDIDC consistió en aceptar todos los tipos de costumbres (investigaciones científicas y oficiales, redacciones oficiales realizadas por las autoridades tradicionales, por el Estado, por la administración colonial), pero disociando lo más claramente posible los modelos, para que el usuario supiera de qué se iba a tratar. En lo que respecta a estas costumbres, la metodología seguida para la constitución de la base de datos puede resumirse en tres palabras: derechos consuetudinarios, tesoro, fichas.

2. Los derechos consuetudinarios (encuestas y textos oficiales)

Los derechos consuetudinarios, cuando se formalizaron, se presentaban todos en forma de texto con partes y/o artículos. Así, el Sachsenspiegel, un derecho consuetudinario sajón (Alemania) de 1369, contiene 42000 palabras repartidas en tres partes de 71, 72 y 91 artículos respectivamente; el derecho consuetudinario del distrito de Gujrat (India) de 1892 contiene 7000 palabras en 22 respuestas a las 22 preguntas formuladas por Davies, el agente colonial enviado al distrito; el derecho consuetudinario tuareg del Círculo de Dori (Níger) de 1933 cuenta con ocho secciones y 4000 palabras.² La BDIDC proporciona todos estos códigos de costumbres, ya sea en la lengua en la que fueron redactados o en la traducción científica u oficial que se ha realizado para darlos a conocer en los círculos institucionales o antropológicos. Por ejemplo, las costumbres de Kansu (China) de 1830 se proporcionan en la versión científica alemana establecida por Eduard J. M. Kroker, *Sachenrechtliche Gewohnheiten in der Provinz Kansu*, 1960. Sin embargo, si bien el principio es conservar la lengua original de la costumbre, el proyecto también consiste en acompañar cada artículo o grupo de artículos con palabras clave en cinco idiomas (francés, español, italiano, alemán e inglés) para ayudar a la comunidad científica a utilizar los datos jurídicos y poder compararlos. De ahí el tesoro.

3. El tesoro de palabras clave en cinco idiomas

Para que los investigadores puedan proporcionar costumbres cuyos términos clave remitan a las mismas realidades jurídicas, el proyecto BDIDC ha requerido la elaboración de un tesoro de palabras clave que no fuera ni demasiado amplio (a riesgo de confundir a los investigadores), ni demasiado restrictivo (a riesgo de tener que actualizarlo continuamente). Este tesoro contiene 668 palabras clave clasificadas en 17 categorías. Tomemos como ejemplo los regímenes patrimoniales del matrimonio, es decir, las normas que regulan las relaciones financieras entre los cónyuges y entre éstos y terceros. Hemos seleccionado las ocho palabras clave útiles, cada una en los cinco idiomas. Cuando un concepto del derecho romano-canónico europeo no tenía equivalente en el *common law*, hemos optado por una fórmula explicativa:

1. Contrato matrimonial / Capitulaciones matrimoniales / Ehevertrag / Contratto di matrimonio / Marriage Contract.
2. Dote / Dote / Mitgift / Dote / Dowry.

3. Dote / Donación propter nupcias / Wittum / Donazione propter nuptias / Dower.
4. Comunidad de bienes / Comunidad de bienes / Gütergemeinschaft / Comunione di beni / Community of property.
5. Separación de bienes / Separación de bienes / Gütertrennung / Separazione dei beni / Marriage settlement based on separate ownership of property.
6. Adquisiciones / Gananciales / Errungenschaft / Acquisti dopo il matrimonio.
7. Conquistas / Gananciales / Errungenschaft / Acquisti.
8. Bienes propios / Bienes propios / Eigenes Vermögen / Beni comuni – Acquisti / Spouse's separate property.

4. Notas introductorias

Cada costumbre va acompañada de una nota introductoria, traducida a cinco idiomas, para que cada investigador disponga de los cinco elementos necesarios para no incurrir en contradicciones: 1. el autor de la costumbre, 2. el ámbito geográfico considerado, 3. el período en el que la costumbre estuvo en vigor, 4. el procedimiento seguido para poner por escrito las costumbres, y 5. una bibliografía indicativa.

III. LA UTILIDAD DEL PROYECTO BDIDC

1. Una base de datos de fuentes consuetudinarias

Al día de hoy, gracias al trabajo de los investigadores asociados y de Jean-Philippe Hias, ingeniero de estudios contratado para el proyecto, la base de datos está operativa y se puede consultar en <https://www.legiscompare.fr/web/?Base-Internationale-de-Donnees-sur-les-Droits-Coutumiers>. Contiene 57 datos consuetudinarios, a los que se irán añadiendo otros nuevos. ¿Para qué sirve? Dado que las costumbres se proporcionan en formato Word, que cada grupo de artículos va acompañado de palabras clave en cinco idiomas y que cada costumbre va acompañada de una nota explicativa, la base permite realizar búsquedas comparativas e históricas. Imaginemos que un investigador chileno o argentino quiere saber cómo se castigaba el adulterio en los códigos consuetudinarios de Europa, África y Asia en los siglos XIX y XX, o quiere comparar las normas sucesorias en los códigos consuetudinarios europeos del siglo XVI. En ese caso, solo tiene que introducir: 1. la zona geográfica (el sitio web recoge, continente por continente, todos los países actualmente reconocidos por la ONU), 2. el período (siglo por siglo), y 3. las palabras clave que le interesan. La base de datos le proporciona inmediatamente la lista de los códigos consuetudinarios relacionados con su búsqueda. Puede descargar los documentos que necesite: por un lado, los códigos consuetudinarios que se convertirán en sus fuentes de trabajo y, por otro, las notas introductorias que le permitirán saber si sus datos son comparables o no.

2. Una red internacional

A lo largo del proyecto, la BDIDC ha permitido la creación de una red internacional de investigadores (historiadores del derecho, antropólogos, historiadores, filósofos), parte de la cual ya existía, y otra que se ha organizado en torno a la puesta a punto de los datos consuetudinarios o a la reflexión epistemológica. Por un lado, hay que resaltar la forma en que los especialistas en derecho consuetudinario han sido capaces no solo de hablar el mismo lenguaje científico, sino también, y sobre todo, de intercambiar datos y reflexiones. Esta red no espera más que ser alimentada en los próximos años, para proporcionar nuevos datos consuetudinarios. Por otro lado, no deben ocultarse dos dificultades: la

necesidad de insistir continuamente a los investigadores interesados (solicitudes mal entendidas, retrasos, datos mal tratados) y la imposibilidad, en ocasiones, de obtener respuestas satisfactorias, ya sea porque los colegas contactados no tienen ningún interés en proyectos extranjeros y comparativos, porque viven en países donde los recursos económicos no les permiten cooperar sin remuneración, o porque la publicación de fuentes ya no está de moda en el ámbito académico y no aporta ningún beneficio científico en términos de carrera profesional.

3. Una fuente de reflexión científica

El proyecto también tenía como objetivo alimentar una reflexión epistemológica y transdisciplinaria sobre los fenómenos que se producen cuando las tradiciones, evolutivas y orales, se convierten en costumbres escritas, fijas, controlables y, en parte, desnaturalizadas, y comprender por qué algunas autoridades políticas se han negado a poner por escrito sus tradiciones. Este aspecto se materializó en dos congresos científicos (noviembre de 2021 / junio de 2025). En ambas oportunidades se reunió a más de 60 colegas de cuatro continentes. También se hicieron dos entrevistas en Costa de Marfil cuyo objetivo era comprender la posición de las autoridades tradicionales con respecto a la redacción oficial de sus tradiciones. Estos dos encuentros se prepararon durante mucho tiempo con Joachim Agbroffi, profesor de antropología en la Universidad de Bouaké y notable de la comunidad N'Zima, y Hugues-Alain Ba, docente de historia del derecho en la Universidad de Gagnoa y miembro de la comunidad Abouré, quien nos había transmitido la recopilación de usos y costumbres Abouré Ehive, oficializada en 2022 y publicada en 2023. La forma de llevar a cabo las entrevistas se definió con Agbroffi, según los métodos científicos adquiridos y la confianza mutua ganada a lo largo de los años.

A partir de los intercambios durante los congresos y las entrevistas en los países N'Zima y Abouré Ehive, es posible enumerar algunos de los efectos lingüísticos y jurídicos de la redacción de las costumbres.

1. Las costumbres escritas no son más que un reflejo de las normas tradicionales. Éstas, por su naturaleza evolutiva y oral, se han desnaturalizado en parte al quedar escritas y fijadas. Por lo tanto, es un error científico utilizar las costumbres oficiales como si fueran las verdaderas tradiciones de los pueblos estudiados.

2. La puesta por escrito, sobre todo cuando es oficial, tiene varios efectos que se corresponden con las virtudes de la escritura frente a la oralidad: la escritura permite la exactitud y la precisión (Rousseau, 1755), postula soportes transponibles, en particular la grafía (Desbordes, 1990), postula la lectura, permite la circulación de la información de un lugar a otro, permite el vaivén en el tiempo y permite la memoria (archivos). La escritura acompaña al declive de la variabilidad en favor de la letra del texto, lo que, en el ámbito judicial, atenúa los riesgos de arbitrariedad e interpretaciones concurrentes, pero también puede dar lugar a múltiples interpretaciones si el hablante está ausente o tiende a permanecer inmóvil (Saussure, 1916). La escritura estandariza y se convierte en una nueva forma de racionalidad intelectual (Goody, 1977), lo que, en materia de costumbres, lleva a adoptar una lengua distinta a la del pueblo y a adoptar una lógica y una semántica jurídica (capítulos, numeración, definiciones) (Heidegger, 1927).

3. El respeto por la oralidad, allí donde las autoridades tradicionales han rechazado la escritura o la han asumido dejando de lado las costumbres, tiene varios efectos que se corresponden con las virtudes de la oralidad frente a la escritura: la oralidad permite la expresión de las emociones, postula la discursividad entre un hablante y un interlocutor (Saussure, 1916), postula el aquí y ahora del enunciado, permite la variabilidad del discurso: la deformación, el enriquecimiento, el esfuerzo de precisión (interrupción, debate, compromiso); la lengua oral evoluciona constantemente (Auroux, Deschamps y Kouloughli, 2004); la oralidad está sujeta al olvido, pero no excluye la memoria (relatos, recuerdos).

4. Durante las entrevistas realizadas en los países N'Zima y Abouré Ehive (diciembre de 2024), las cuatro razones invocadas para favorecer la redacción oficial de las costumbres fueron las siguientes: evitar divergencias en la aplicación, conservar la cultura tradicional, poder trabajar con los servicios del Estado y recordar a los extranjeros sus obligaciones (Soleil y Hamon, 2025).

5. A veces, el derecho consuetudinario queda sin efecto desde su promulgación, mientras que las tradiciones le sobreviven (derecho consuetudinario de los agni de Costa de Marfil, derecho consuetudinario de Dahomey): derecho muerto / derecho vivo.

6. A veces, el derecho consuetudinario se convierte en una fuente de derecho para el legislador y el juez, mientras que las tradiciones siguen evolucionando de forma independiente.

7. A veces, el derecho consuetudinario reclama reformas como cualquier derecho escrito e inmovilizado (India británica, pueblos de Quebec, pueblo Abouré Ehive de Costa de Marfil).
8. A veces, el derecho consuetudinario sirve como herramienta política: suprime la diversidad de las tradiciones locales en favor de una costumbre oficial única, acredita a ciertas autoridades tradicionales en detrimento de otras, muestra que la autoridad externa controla su contenido.
9. A veces, la costumbre permite suprimir normas tradicionales o introducir normas que no figuraban en las tradiciones originales, ya sea por voluntad política, por el deseo de modificar costumbres consideradas contrarias a las normas, o incluso por falsificación editorial.
10. A veces, la costumbre se convierte en un tema de memoria, es decir, en un símbolo nacional, provincial o tradicional.

IV. CONCLUSIONES

El sitio web de la BDIDC ofrece ahora a la comunidad científica y a los ciudadanos del mundo, por un lado, fuentes que permiten la investigación y la comparación y, por otro, entrevistas y actas de congresos que ofrecen pistas de reflexión útiles sobre las virtudes comparadas de la oralidad y la escritura del derecho, sobre los motivos, los métodos y los efectos de la redacción en la naturaleza y el contenido de las tradiciones ancestrales y sobre las diferencias conceptuales entre tradiciones y costumbres. Se invita a todos los historiadores del derecho a contribuir a la base y a las pistas de reflexión.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alleau, R. (1976). *La Science des symboles*. Payot.
- Auroux S., Deschamps, J. y Kouloughli, D. (2004). *La philosophie du langage*. Puf.
- Badji, M. (2008). L'idée de codification dans la construction du Droit coutumier. *Revue de Droit Sénégalais*, 2008/7, 103-108.

- Desbordes, F. (1990). *Idées romaines sur l'écriture*. PUS.
- Dione, D. (2022). Réflexion sur la rédaction des coutumes dans les sociétés sénégalaises du 19^e au 20^e siècle. *Revue Africaine de Sciences Politique et Sociales*, 2022/39, 278-301.
- Dumont, L. (1996). *Homo hierarchicus. Essai sur le système des castes*. Gallimard.
- Goody, J. (1977). *La raison graphique*. Éd. de Minuit.
- Guénon, R. (1945). *Le règne de la quantité et les signes des temps*. Gallimard.
- Heidegger, M. (1927). *Être et temps*. Gallimard.
- Morin, O. (2011). *Comment les traditions naissent et meurent. La transmission culturelle*. Odile Jacob.
- Rousseau, J.-J. (1990). *Essai sur l'origine des langues*, 1755 (édité par J. Starobinski). Gallimard.
- Saussure, F. (1916). *Cours de linguistique générale*. Payot.
- Soleil, S. y Hamon, T. (2025). Pourquoi rédiger les coutumes en 2025 ? Entretiens en pays Abouré Ehive et N'Zima (Côte d'Ivoire). *Méléété. Cahiers d'histoire et d'anthropologie du droit* (en prensa).
- Traoré, S. (1989-1990-1991). Droit coutumier et coutume : réflexion sur le langage du juriste des institutions traditionnelles Africaines (quelques exemples de concepts tirés du Droit Soninké du Gajaaga-Sénégal). *Annales Africaines*, 1989-1990-1991, 47-69.

VI. NOTAS

¹ Este texto ha sido revisado y corregido por Sergio López-Pereyra y María Zalazar. Les doy las gracias por su colaboración.

² Sachsenspiegel (Alemania) 1369, formateado por Bernd Kannowski, Ethan Legaud, Charline Le Petit y Jean-Philippe Hias, BDIDC, 2024; derecho consuetudinario del distrito de Gujrat (India), 1892, BDIDC, 2024; derecho consuetudinario tuareg del Círculo de Dori (Níger), 1933, formateado por Jean-Philippe Hias, BDIDC, 2024.

Masferrer, A. (2022). *Dignidad y derechos humanos. Un análisis retrospectivo de su formación en la tradición occidental*. Tirant lo Blanch.

La prestigiosa editorial jurídica Tirant lo Blanch ha incorporado a su catálogo un flamante ensayo del profesor Aniceto Masferrer: se trata de *Dignidad y derechos humanos* (2022), cuyo subtítulo, *Un análisis retrospectivo de su formación en la tradición occidental*, arranca ya a ofrecernos buena idea de su enfoque, que mal podía resultar sino histórico en conjunto, aun cuando se aproxima a la actualidad, dada la formación y dedicación del autor, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de Valencia.

Metodológicamente, él mismo nos traza mediante liminar aviso la inevitabilidad de un itinerario que pasa “[...] por adoptar el método de la historia retrospectiva, que, en vez de ir de lo más antiguo a lo más moderno, hace el camino inverso: va de lo moderno a lo antiguo. Esto permite resaltar qué elementos modernos provenían de períodos previos, al tiempo que nos exonerá de llevar a cabo un análisis exhaustivo de una historia de los derechos humanos meramente descriptiva, carente de vida y análisis crítico, como cuerpo sin alma” (p. 21). En seguimiento de semejante camino, echa, pues, a retrotraerse “De los derechos humanos a los derechos naturales”, comenzando por “El reconocimiento de los Derechos fundamentales en el Constitucionalismo moderno (s. XIX)”, atento después a “La defensa de los derechos naturales en los siglos modernos (XVI-XVII)”, justo antes de repasar “Los precedentes medievales de los derechos humanos (siglos XI-XV)” e incluso “Otros precedentes más remotos de la historia de los derechos humanos”; en un movimiento pendular, todavía se enfrenta a continuación a los concurrentes conceptos de “Naturaleza, Derecho natural y derechos naturales” en sus varios y sucesivos atisbos doctrinales a lo largo de la Antigüedad, la Edad Media, los modernos siglos XVI y XVII y hasta los ya racionalistas XVIII y XIX.

Una segunda parte de la obra analiza “La noción de dignidad humana: de la Constitución española al descubrimiento de América”, ahora con visor comparatista (la propia España por descontado, Méjico, Suiza,

Polonia, Portugal, Grecia y Alemania); ahora bien, ello sin desdecirse además de la propuesta revisión hacia atrás, puesto de entrada en su punto de mira “El origen de la noción jurídica de dignidad humana tras la Segunda Guerra Mundial”, hasta donde hubo de llegar a través de “Los precedentes históricos de la noción de dignidad humana (del siglo XIX al XV)”. Corolario de ello se le revela, así como “[...] la fragilidad de unos *derechos fundamentales* que quedaron notablemente relegados tras identificar el Derecho con la ley, entendiendo ésta como mera *expresión de la voluntad general*” (p. 210), también la inanidad efectiva de una concepción de la dignidad del hombre malbaratada por visiones voluntaristas del Derecho que la desenraízan de una naturaleza propiamente humana hasta abocar, en fuerza de moldeamiento, a su negación de facto en nuestra corriente cultura postmodernista, de tal suerte que si se pretende tener aquel por “[...] mero procedimiento, formalidad o continente, carente de exigencia material o sustantiva alguna, y los individuos carecen de una dignidad o de derechos inherentes al ser humano, el Estado deja de ser *garante* de una realidad previa a su misma existencia, y se convierte en *fundante* [...] de la dignidad humana y sus derechos, cuyo contenido puede cambiar de modo radical si determinadas *razones de Estado, de seguridad nacional o de coyuntura cultural así lo exigen*” (p. 211), sin otros límites, por ende, que el voluble juego de influencias, presiones y propagandas..., según se las ve bullentes en la siguiente y última sección de esta monografía.

Puesto que el ejercicio razonador de Masferrer sirve a la búsqueda más allá de los personales hallazgos, con virtualidad como quiera acicateadora e interpelante, aún nos deja campo abierto a vagos recelos y barruntos: brioso el de si, en general, quizá ayudaría en algo colocar el acento no tanto sobre esos derechos precisados a la hora de la verdad o en la práctica de reconocimiento y aceptación oligárquica, ni tan siquiera democrática (que ya mal les estuviera), sino en unos deberes humanos, categóricos e inconcusos, no menos dignos y siempre exigibles - en gracia, con toda obviedad, de tercero o del prójimo - aun contrariados (léanse, en relación, pp. 232-237, 257); pongamos por caso, un deber de no matar, más sólido, visto lo visto, que un derecho a la vida, un deber de no expoliar frente al derecho de propiedad, etcétera; con el norte del bien común (p. 254), tal vez primar lo excéntrico y altruista del deber paliase en algo, mejor que otras componendas, la insistencia en lo centrípeto y egolátrico del derecho, paradójicamente tan a la intemperie y bajo amenaza, más esto habría de

repugnar - temámonoslo - al paradigma racional-individualista a la sazón en triunfo.

Hacia el tramo final, el postrero apartado, interesantísimo por su sugestivo estímulo para escorarse, desde la cebadura doctrinaria, al pensamiento crítico, afronta el desafío de “Los derechos de nueva generación”, esa muy controvertible tipología que pretende abarcar unos hipotéticos derechos al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, a la autodeterminación de los pueblos, al patrimonio común de la humanidad, a las tecnologías de información y comunicación, a la oferta biotecnológica y su previsto contrapeso bioético o incluso a “Otros supuestos *derechos*: derechos no humanos y *derechos-deseo*” capaces de completar a pocos lances un trayecto “De la inflación de los derechos a su banalización y desnaturalización” por sus pasos contados..., o expuestos, cuando menos, para ojos ni somnolientos ni pitañosos, a todo género de reticencias o perplejidades.

Para la coronación del empeño intelectual abordado, el pensador procura en todo momento ahormar su desenvolvimiento al más exhaustivo y perspicuo orden sistemático, que antes desenmarañe confusiones que no las añude, según se esperaba de su acrisolada vocación docente, nada proclive a epatar (tesonero ha meditado en torno a ella por escrito y como conferenciante) con malabarismos ni fuegos de artificio. En esta línea, el libro cuenta, por lo demás, con meritorio y selecto apoyo de fuentes, lecturas, estudio, recapacitación..., sobre cuya firmeza cobra altura una apuesta reflexiva que, empresa adelante, acierta sin duda a evolucionar con toda deseable consistencia a favor de un armazón o discurso gozosamente caracterizado, como digo, por la sencillez - que no simplicidad - en sus esquemas de argumentación y exposición. Y baste con lo hasta aquí sintetizado para saludar este nuevo logro de un animoso investigador cuyo talante humanista ya ha dado - véase su tan nutrida como lucida bibliografía- no escasas muestras de inquietudes y potencialidades que sobreexceden con fortuna la disciplina académica por él profesada: no resta ya sino tomar el volumen entre las manos y asomarse a las ventanas que sus páginas nos abren.

JULIÁN GÓMEZ DE MAYA
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0143-2134>
Instituto Español de Ciencias Histórico-Jurídicas (Córdoba)
Dirección postal: Calle Diario de Córdoba, nº 11,
(CP 14002) Córdoba (España)
E-mail: gomezdemaya@um.es

Del Granado, J. & Westermeyer Hernández, F. (2024). *Common Law y Equity: derroteros de la tradición jurídica de Occidente*. UNAM.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México publicó en 2024 este interesante ensayo de derecho comparado. La obra cuenta con un prólogo escrito por István Szasdi de León Borja y se compone de seis capítulos que abordan el Common Law y la Equity, elementos característicos del sistema jurídico anglosajón.

Con un estilo ameno, el primer capítulo titulado “*La mirada que el comparatista dirige al Derecho estadounidense*”, destaca el desafío que, para los especialistas en derecho, implica el estudio de familias jurídicas, que, a priori, se consideran diferentes. La tesis central del libro sostiene que el Common Law y la Equity pertenecen a la tradición normativa de Occidente.

El objeto principal de análisis son una variedad de instituciones pertenecientes a los sistemas jurídicos estadounidense e inglés. Destacan que, en la actualidad, hay una tendencia hacia la idealización del Common Law y la Equity, en el mundo hispanoamericano, lo que ha dado lugar a la percepción errónea que ambas familias jurídicas comparten instituciones, independientemente de la denominación utilizada.

El propósito de los autores consiste en indagar el origen y naturaleza de dichas figuras, fundamentándose en las explicaciones doctrinarias y en su naturaleza jurídica, todo ello dentro del marco del modelo romano-germánico. Esto permite demostrar que las similitudes previamente consideradas como meras coincidencias entre ambos modelos jurídicos no son tales, ya que diversas instituciones del Common Law tienen su origen en el derecho romano vulgar, así como en el derecho canónico y feudal.

En ambas familias jurídicas se observa un proceso de sistematización diferenciado; en el sistema estadounidense, predomina el análisis económico del derecho, mientras que en el ámbito romano-germánico, dicha labor ha sido desarrollada mediante el Derecho Romano y la Historia del Derecho. Ambas disciplinas, con una larga tradición, permiten mediante

descripciones, comparaciones y propuestas, esclarecer la naturaleza jurídica y el origen de sus instituciones. Su aplicación conjunta, en combinación con el análisis económico, facilita una comprensión más completa del sistema del Common Law para el público letrado hispanoamericano.

Los autores sostienen que existe una carencia de literatura sólida en el ámbito hispanoamericano que, más allá de algunos estudios elaborados por ius-economistas sobre jurisprudencia, el rol de los tribunales y la naturaleza de los derechos de propiedad, aborde en profundidad la naturaleza específica del Common Law y, en particular, del derecho privado estadounidense. La idealización del modelo anglosajón constituye una lejana consecuencia de la Ilustración y del sistema político inglés del siglo XVIII.

Se hace referencia a una "cartografía" del derecho anglosajón que sigue los principios establecidos por Richard A. Epstein, quien fundamenta su enfoque en la teoría política liberal. Epstein deriva los principios del derecho privado tanto del Common Law como de la Equity, identificando elementos fundamentales tales como la autonomía personal, la primera ocupación como base constitutiva del derecho de dominio, el intercambio voluntario, la protección frente a la agresión y el privilegio restringido exclusivamente a circunstancias de necesidad. Los autores emplean estos lineamientos para elaborar las secciones restantes del libro.

El segundo capítulo, titulado "*Los derechos sobre las cosas en el derecho común y la equidad ingleses y angloamericanos*", se propone profundizar el origen de estos derechos. Está estructurado en dos subcapítulos: los derechos reales y los derechos personales. Se examina la premisa de que la propiedad real tiene su raíz en el derecho feudal y se comparan sus diferencias y similitudes tomando como referencia el modelo romano-germánico. En particular, se aborda la aplicación de los derechos de propiedad estandarizados en el sistema anglosajón y su posible correspondencia con los institutos del Derecho Romano. Finalmente, se analiza la propiedad privada respecto a los derechos de exploración y explotación de minerales, ámbito en el que prevalece la estructura de tenencia feudal.

La segunda sección del segundo capítulo examina en detalle los derechos personales (*personal property*) fundamentados en la tradición del derecho natural del siglo XVIII. Los tratadistas del iusnaturalismo racionalista "realizaron un ejercicio de abstracción a partir del dominio del

derecho romano clásico” (p. 35). Así se entiende la distinción señalada por el iushistoriador Morton Horwitz entre la abstracción de la noción legal de la propiedad, y la concepción fiscalista de la propiedad derivada de la tierra.

Esta sección trata en el primer apartado, los diferentes tipos de contratos, con especial énfasis en la figura de los *bailements*, o el derecho a tomar temporalmente la propiedad de bienes ajenos. Se analiza su origen en el derecho feudal francés, así como sus similitudes y diferencias respecto al Derecho Romano.

El segundo apartado aborda la propiedad intelectual, reconociendo la abundante jurisprudencia anglosajona sobre la materia y cuestionando el hecho de que, en este ámbito, no existe un concepto generalizado de derechos desagregados en bienes ajenos ni un mecanismo subyacente que limite su duración temporal. El tercer apartado se centra en los mecanismos institucionales destinados a preservar los derechos de propiedad a lo largo del tiempo. Finalmente, el cuarto apartado examina los posibles abusos cometidos al amparo del derecho común angloamericano, profundizando en las circunstancias relacionadas con la apropiación de tierras de los pueblos indígenas americanos, sustentada en la tenencia feudal, así como en la persistencia de dicho modelo en los Estados Unidos de América.

En una consideración adicional, se examina el carácter *publicista* de la esclavitud y la servidumbre en el contexto anglosajón, lo que constituye la principal diferencia entre ambos mundos jurídicos. La legislación romana del bajo Imperio tuvo una influencia significativa en el Derecho Indiano y determinó la distinción en el trato hacia las personas esclavizadas, así como los procedimientos de manumisión, los cuales estaban previstos y regulados en el ámbito hispano. La naturaleza de derecho público que caracterizaba la esclavitud y la servidumbre en el contexto analizado dio lugar a que ambas instituciones fueran particularmente brutales en el entorno angloamericano.

El tercer capítulo, dedicado a los deberes de las personas, aborda el análisis de dos figuras jurídicas fundamentales: los contratos, de origen romano-canónico, y los *torts*, entendidos como aquellos actos que generan responsabilidad civil por los daños ocasionados.

La primera sección analiza en detalle la raíz romana de los contratos y la manera en que el Derecho Canónico incorporó la obligación de

cumplimiento, derivada de la pena impuesta ante el incumplimiento del juramento. Este último - el juramento de cumplimiento - constituye el fundamento del sistema anglosajón, aunque este presenta la particularidad de que los contratos no se encuentran estandarizados y se regulan principalmente mediante precedentes jurisprudenciales. Esta situación profundiza los conflictos contemporáneos, especialmente en el contexto digital, respecto al cumplimiento y al incumplimiento contractual.

La segunda sección se dedica al análisis del concepto de *tort* o tuertos (cuasidelitos), cuyo origen se encuentra en el Derecho Romano clásico y que fue posteriormente desarrollado por la jurisprudencia real a partir del siglo XIII. Los autores presentan un examen detallado de esta figura jurídica, abordando su estructura tripartita: actos intencionales, negligencia y responsabilidad estricta, así como sus principales implicaciones en el ámbito económico. Cabe destacar que este apartado es el más extenso del capítulo.

El cuarto capítulo aborda las instituciones del Derecho Privado que respaldan el funcionamiento del mercado en los Estados Unidos de América, distinguiendo similitudes y diferencias respecto al cumplimiento de las garantías por vicios redhibitorios presentes en el Derecho Romano Clásico. Se observa, no obstante, que en el ámbito norteamericano no se logra precisar con exactitud la naturaleza de las garantías implícitas desarrolladas en el Derecho Continental.

Finalmente, se analiza el papel de la Equity en tres esferas: los deberes fiduciarios, el concepto de estoppel equitativo y el *trust*, destacando su función tanto en el entorno jurídico inglés como estadounidense. Asimismo, se consideran las particularidades contractuales y de la Equity en el estado de Delaware como una excepción relevante.

El quinto capítulo está dedicado al procedimiento civil dentro del ámbito anglosajón, reconociendo y detallando su origen en el Derecho Romano y detallando su evolución posterior en el contexto del Common Law, con especial atención a la primacía de la equidad sobre la ley. Finalmente, el sexto capítulo constituye el corolario de la obra, presentando una síntesis de los temas abordados previamente.

En conjunto, la obra resulta innovadora y funcional, al ofrecer una introducción clara y rigurosa a un marco jurídico diferente de una manera amena, erudita y clara.

SERGIO R. NÚÑEZ Y RUIZ-DÍAZ

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2269-2843>

Profesor Adjunto

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Dirección Postal: Avda. Figueroa Alcorta 2263,

(C1425CKB) Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina)

E-mail: snunnezryruizdiaz@derecho.uba.ar

Beraldí, N. (2023). *La construcción de un poder judicial en clave liberal y la persistencia de la dicotomía ciudad-campaña: una historia de la justicia de Córdoba (1855-1885)*. Tirant Lo Blanch.

El autor procuró analizar la estructura judicial y estatal de Córdoba (República Argentina) en la segunda mitad del siglo XIX concentrado en los diseños institucionales. Buscó comprender la distancia entre las disposiciones normativas y su concreción material. En ese camino reconoció la existencia de un doble régimen jurídico. Uno para la ciudad, pensado y diagramado por las constituciones, y otro de excepción para la campaña, estructurado usualmente a partir de reglamentos. Esa diferencia no solo jerarquizaba a ambos territorios, sino también a sus habitantes y sus derechos. Según quienes ejercían el poder, ese contraste encontraría su justificación en que la campaña todavía no había alcanzado los rasgos de madurez o civilización necesarios para que funcionaran las instituciones de los centros urbanos.

Beraldí destacó que el período seleccionado 1855-1883 obedece su justificación en que durante esos años se observa en la organización del Poder Judicial una búsqueda por suprimir con mayor o menor éxito la distancia antes mencionada entre esos dos espacios dicotómicos, o al menos reducirla. Asimismo, la elección de Córdoba como espacio geográfico de análisis encontró su explicación en la vacancia historiográfica sobre abordajes exhaustivos que en otros espacios han venido siendo estudiados en forma sistemática.

Sus principales interrogantes se concentraron en desentrañar las categorías de justicia letrada y justicia lega, ciudad y campaña. Estudió la estructura del Poder Judicial y el quiebre de la dicotomía entre la ciudad y la campaña, siendo la construcción del Estado el elemento que le otorgaba unidad a ese proceso. Estructuró el trabajo en dos partes con cinco capítulos en total. La primera de ellas dio cuenta de la cultura institucional del Poder Judicial a partir de la sanción de las constituciones cordobesas de la segunda mitad del siglo XIX y del análisis de normativa infra constitucional. La segunda desarrolló la construcción del Poder Judicial focalizado en la justicia

letrada y lega y su puesta en práctica en la ciudad y la campaña respectivamente.

En el primer capítulo abordó la organización estatal dada por la Constitución de 1855. En ella el autor destacó que el texto otorga una excesiva relevancia a la regulación de los poderes estatales sin una correspondencia directa hacia los derechos. De hecho, la constitución cordobesa reguló los derechos en referencia a la constitución nacional. Agregó como particularidades, el lugar que comenzó a ocupar la Iglesia Católica en el ordenamiento institucional, así como también la regulación del orden municipal. Además, explicitó la organización de la justicia en clave de la dicotomía entre la ciudad y la campaña. En ese sentido, subrayó la importancia del Reglamento para la Administración de Justicia y Policía de Campaña y la Ley de Municipales, ambos en 1856. A partir de esta herramienta legal, los municipios se encargarían del orden de gobierno, la policía de la cuestión correccional y los jueces administrarían justicia. En función a este último punto, el autor sostuvo que el principio de división de poderes se tornaba irrealizable en la campaña dada la acumulación de funciones de los jueces rurales que seguían bajo la esfera municipal. Por lo tanto, justicia y gobierno (municipal) eran parte de una misma función y se volvían indistinguibles en la campaña.

En el segundo capítulo Beraldí trató la sanción de la reforma constitucional de 1870 desde una visión liberal. Precisó que más que una doctrina o programa, esta opción política refería a una construcción a partir del enfrentamiento con el partido federal. Respecto de los principales ejes de la reforma, la misma estuvo centrada en la cuestión religiosa, el régimen municipal y el régimen electoral. Sobre la primera de ellas el debate se centró en cuestionar la regulación sobre la presencia institucional de la religión católica y su vinculación con las ideas del liberalismo. En ese sentido, se terminó por regular una postura intermedia que, si bien reconocía como religión provincial la católica, aseguraba respetar los demás cultos. Con relación al régimen municipal se discutieron su creación, la diferencia entre la responsabilidad de los agentes municipales y la del municipio como persona jurídica, las rentas específicas, y la organización interna de los municipios. Sobre el régimen electoral se debatió la configuración secreta del voto, avanzando en su aprobación como un aspecto novedoso.

En lo que respecta a los cambios en particular que trajo la reforma constitucional de 1870, destacó el detalle pormenorizado de los derechos y

garantías, elementos escasamente desarrollados en la constitución de 1855. En la regulación de los poderes públicos, estableció la bicameralidad de la legislatura y modificó el procedimiento indirecto de elección del gobernador y vice que, a partir de ahora, sería a través de un cuerpo de electores. Asimismo, confirmó la unipersonalidad del Poder Ejecutivo, dado que los ministros secretarios tomaban el rol de ayudantes del gobernador.

En el tercer capítulo Beraldí se concentró en la organización de la justicia de Córdoba a partir de tres procesos. El primero de ellos entre 1821 y 1855 con la sanción de la Constitución de 1855, el segundo entre 1855 y 1883, y el último a partir de 1883 con la profundización de lógicas liberales. En el primero, se observó una fuerte pervivencia de la idea de justicia heredada de la colonia, al punto tal que las élites provinciales, a pesar del paso del tiempo, fueron considerablemente impermeables a los nuevos discursos que ya habían emergido en la ciencia política. El autor subrayó con acierto una fuerte continuidad del orden jurisdiccional tanto en la experiencia cordobesa como en otras provincias argentinas.

Luego propuso dividir en dos la segunda etapa que se desarrolla entre 1855 y 1883, siendo un hito fundamental la reforma constitucional de 1870. El primer proceso lo concibe de 1855 a 1870 y el segundo de 1870 a 1883. Respecto del primero, acentuó la escasa organización que le otorgó la Constitución de 1855 al Poder Judicial, dado que dejó en manos de la Legislatura el dictado de una ley orgánica que llegaría 20 años después. Sin embargo, durante esas dos décadas se dictaron leyes específicas de organización judicial de algunos tribunales, así como de procedimientos particulares. El segundo momento lo situó en 1870, con la reforma constitucional. Allí subrayó que la misma contó con un detalle más pormenorizado sobre la regulación del Poder Judicial, aunque dejó prácticamente por fuera a la justicia rural. Sin embargo, hacia 1875 se dictó la primera Ley sobre la Organización de los Tribunales y su Jurisdicción. Cabe destacar que Beraldí incluyó esta normativa dentro de un proceso nacional mayor, donde todas las provincias en la década de 1870 comenzaron un camino de reformas de sus aparatos de justicia, como por ejemplo Buenos Aires y Mendoza. Ello constituyó un gran aporte a la historiografía de la justicia dado que permitió analizar experiencias provinciales a partir de procesos paralelos. Particularmente la ley cordobesa reguló en forma sistemática y completa la organización de todos los tribunales de todas las instancias del territorio cordobés. Una de las innovaciones que trajo fue la incorporación de la justicia letrada para toda la

campaña, en miras a clausurar las diferencias y lograr una mayor homogeneización del territorio.

En el cuarto capítulo planteó los interrogantes sobre qué tipo de justicia se configura detrás de la organización de las instituciones judiciales, así como también qué tipo de juez se proyectó para responder a ese modelo. En ese sentido, el autor sostuvo que la adopción del modelo liberal de justicia fue un proceso lento que ocurrió con diferentes ritos no solo en referencia a la cuestión geográfica, sino también cultural. Asimismo, la distancia temporal entre discurso y práctica encontró algunos de sus fundamentos en la falta de recursos técnicos y materiales para llevar adelante las reformas proyectadas, aunque no fue la causa excluyente.

Para responder a las preguntas planteadas buscó adentrarse en dos elementos esenciales de la organización judicial, por un lado, la independencia, y por el otro la responsabilidad. Con relación al primero, sostuvo que para poder concretarse era necesaria la inamovilidad en los cargos mientras durara su buena conducta, la intangibilidad de los salarios y las formas de selección de los jueces. Por su parte, la inamovilidad traía aparejada la estabilidad del orden político, así como también promovía la profesionalización del juez. Esta característica dotaba al Poder Judicial de ser la institución que garantizara en última instancia el gobierno republicano.

Sobre la intangibilidad de los sueldos, fue una característica única del Poder Judicial, no así de los otros poderes estatales. La misma se fundaba en la necesidad de una protección especial dada la labor de control del poder político que ejercían los jueces. La regulación del sueldo de los jueces de Córdoba estuvo determinada por la ley general de sueldos de 1869. Un suceso que vale la pena destacar al respecto es la ley de 1879 que reducía un 10% los sueldos de toda la administración pública, incluida la justicia, por razones de déficit provincial. A partir de discusiones entre el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y la Legislatura, se acentuaron dos posiciones bien diferenciadas. Por un lado, el Poder Judicial sostenía la interpretación literal de la constitución que impedía reducir los sueldos de los jueces. Por el otro, el Poder Ejecutivo entendía que la voluntad del legislador era evitar que la reducción de sueldos se diera por causas políticas y como en el caso en cuestión la reducción se planteaba para toda la administración pública sin distinción, sostenía que no había una violación de ese principio constitucional.

Con relación a las formas de selección de jueces, mayoritariamente el proceso recaía en la conjunción de dos voluntades, la del ejecutivo y el Senado. En el caso de la Nación, el Poder Ejecutivo nombraba a los magistrados con acuerdo del Senado. En Córdoba se invertía el orden, era la Legislatura (unicameral hasta 1870) quien proponía los candidatos para que el gobernador seleccionara. En el caso de los jueces legos la selección recaía en la municipalidad de la ciudad. Con la reforma constitucional de 1870 se conformó una legislatura bicameral, y el proceso de selección de jueces se asemejó a lo prescripto a nivel nacional: el gobernador nombraría a los magistrados con acuerdo del Senado.

También Beraldí se detuvo a analizar en profundidad la responsabilidad de los jueces. Para el antiguo régimen, ese sistema de responsabilidad buscaba identificar a la persona del juez referido a sus atributos personales con la resolución que de él emanaba. Sin embargo, el liberalismo vino a poner en crisis a ese modelo, en donde la ley adquiría primacía dentro del ordenamiento jurídico. Así, la fundamentación de las sentencias constituía el nexo necesario entre el planteamiento de responsabilidad de los magistrados y la supremacía de la ley dentro del sistema de fuentes del derecho.

En el último capítulo, el autor centró su atención en la conformación de la justicia lega a partir de la reforma constitucional de 1870. En ese sentido se preocupaba por entender la llegada de la justicia de paz a los territorios del ex Virreinato del Río de la Plata. Fue concebida como una institución rupturista dado que era totalmente ajena a la tradición hispánica, y más cercana a la tradición jurídica en primer lugar inglesa y luego francesa. A partir de la caída de los cabildos en la década de 1820, las provincias fueron sancionando sus textos constitucionales y redactando reglamentos de justicia. La justicia de paz se erigía como una institución ejercida por pares, con un ideal de autogobierno que representaba, e implicaba una justicia rápida, concisa y cercana. Según la Constitución de 1870, debían su nombramiento a los Consejos Deliberativos de las municipalidades. Sin embargo, ello fue modificado en 1875 con la Ley de Organización de Tribunales que buscó separar las funciones de gobierno y las judiciales.

A modo de conclusión, Beraldí precisó que, si bien la Constitución provincial de 1855 había sentado las bases institucionales de un nuevo orden, su reforma en 1870 no introdujo cambios significativos, más bien fue la conjunción de elementos de diferentes tradiciones. En ese camino, la Ley de

Organización de los Tribunales de 1875 mostró un gran avance para estructurar el aparato judicial de manera articulada. La misma aglutinaba elementos tradicionales con otros innovadores. Planteaba la estructura judicial desde la cúspide con el Tribunal Superior de Justicia hasta la base conformada por jueces legos. Procuró colocar en cada departamento un juez letrado para igualar la presencia judicial de la campaña con la ciudad. Sin embargo, las dificultades en la aplicación de esta medida cristalizaron la distancia que existió entre el discurso normativo jurídico y la práctica institucional.

Adicionalmente sostuvo que se encontraron límites importantes con relación a las claves teóricas liberales sobre la justicia y la efectiva función judicial. La reforma constitucional de 1870 delineó parámetros liberales más determinados que su antecesora consagrando la independencia y la responsabilidad de los magistrados. Ello se complementó con la sanción del Código Civil a nivel nacional que determinó el principio de legalidad generando la obligación de los jueces de fundar sus sentencias. En ese camino, la posterior reforma constitucional de 1883 dio cuenta de un paso más hacia la adopción de elementos liberales con relación a la construcción del Estado y la organización del poder judicial. Buscó cerrar la dicotomía que se había mantenido por largo tiempo entre la ciudad y la campaña proveyendo recursos técnicos, materiales y económicos.

DAVID GERMÁN TERRANOVA
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6988-1027>
Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo
Dirección postal: Barrio Dalvian M: 95 C:30.
(CP 5500) Mendoza (Argentina)
E-mail: davidgterranova@gmail.com

Cacciavillani, P. A. (2021). *Celebrar lo imposible. El Código Civil en el régimen jurídico de la propiedad: Córdoba entre fines del siglo XIX y comienzos del XX*. Max Planck Institute.

Publicado por el *Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory*, Pamela Cacciavillani realiza un trabajo que, por su contenido, precisión y profundidad, bien puede ser considerado un texto de consulta para la comprensión y el análisis de la situación actual con relación a la protección del dominio, el reconocimiento efectivo de la propiedad indígena, así como la realidad social derivada de las intrusiones y/o tomas colectivas de tierras públicas y privadas.

En los ambientes académicos del Derecho Civil, la obra de Dalmacio Vélez Sarsfield es considerada como un gran trabajo que permitió consolidar a la Argentina como territorio de desarrollo agroexportador, construir certezas jurídicas basadas en la autonomía de la voluntad y la propiedad como piezas basales del ordenamiento jurídico, un parteaguas entre el período que abarca la colonia, la nación independiente y el nacimiento del Estado argentino con la Constitución de 1853.

La lectura de este trabajo nos mueve a pensar que, como toda obra disruptiva, hay aciertos y errores, que el movimiento codificador buscó crear un nuevo orden que comienza con el Código Napoleónico y su réplica a ambos lados del Atlántico, pero, sin embargo, la realidad en contraste demostraba que las costumbres, tradiciones y la forma comunal de la propiedad en una primera etapa permanecieron incólumes.

Basado en su tesis doctoral y trabajos posteriores, este libro en seis capítulos repasa la historia del derecho entre finales del siglo XIX y principios del XX. Analiza el impacto del Código Civil, los problemas vinculados al carácter cerrado de los derechos reales y su publicidad, la experiencia en la Córdoba argentina previa y posterior a su entrada en vigor y cómo se fueron consolidando los ejidos urbanos y rurales. Destaca la exhaustiva investigación en derredor de la cuestión de la propiedad indígena de total actualidad.

Centra su investigación en la provincia argentina de Córdoba, pero es extensible en su metodología y conclusiones a otras zonas del país dada la falta generalizada de títulos de propiedad, con situaciones posesorias no regularizadas, así como el rezago de otros institutos coloniales como el mayorazgo o las capellanías. En todo caso, la entrada en vigor del Código Civil y con él, un nuevo orden jurídico, pusieron en evidencia lo endeble del derecho de propiedad como era conocido, el desmantelamiento de la propiedad comunal indígena y el interés de las autoridades políticas y de los privados por hacerse con esas tierras.

La obra se divide en dos partes. La primera parte se integra con los capítulos uno, dos y tres: se aboca al estudio del modelo de propiedad consagrado en el Código Civil. La segunda parte se integra con los capítulos cuatro, cinco y seis. Transita su estudio por la provincia de Córdoba y el impacto que produjo el nuevo modelo jurídico, el auge de la propiedad individual frente a la comunitaria y la armonización del régimen virreinal y de formación nacional ante una propiedad regulada por la Corona o los Decretos posteriores y los pueblos de indios devenidos en comunidades indígenas.

I. PRIMERA PARTE: CODIFICACIÓN

En el capítulo uno, el análisis del contexto social, político, institucional y económico es el punto de partida para el estudio de la codificación y el nuevo concepto de propiedad individual, marcada por la relación real entre objeto y sujeto, opuesta a la concepción heredada de carácter comunitario en que la relación se presenta entre sujetos.

La Codificación impone una nueva forma de propiedad, pero también busca consolidar la igualdad de los ciudadanos ante el orden jurídico; propone la derogación de las tradiciones y costumbres antiguas en tanto se opongan a la norma positiva.

La autora expone el impacto entre situaciones fácticas de las relaciones de poder y la creación de seguridad jurídica a través de certezas construidas en la figura del derecho real de dominio como eje sistémico. Analiza la postura de Vélez respecto a los derechos reales como la enfiteusis,

los censos y la propiedad comunitaria, junto con figuras menos extendidas como los mayorazgos y las capellanías. La orientación liberal que propiciaba la incorporación de bienes al mercado para favorecer su libre circulación constituyó el fundamento por el cual el codificador decidió excluir estos institutos, en tanto están asociados al aprovechamiento colectivo de la tierra, su transmisión hereditaria o su posesión compartida por una comunidad o pueblo. Los fundamentos de Vélez se aúnan con la experiencia de los países europeos a través de los diversos procesos de desamortización de mediados y fines del siglo XIX que permiten la incorporación a la circulación de aquellos bienes considerados como de “manos muertas”.

Indaga, en este sentido, en la adopción del sistema de derechos reales de *numeris clausis* o cerrado en la línea propiciada por Charles Demolombe. La seguridad jurídica, la oponibilidad *erga omnes* y la protección de este derecho real de dominio que se predica absoluto no pueden dar lugar a la creación de nuevos derechos reales. Los enumera, los regula y en un profuso desbroce de las notas enumera los derechos reales prohibidos a los que suma el derecho real de superficie y la propiedad horizontal.

El estudio de los debates parlamentarios, las normas vigentes y a modificarse, así como los discursos del Poder Ejecutivo provincial, dan cuenta de una agenda con centralidad en la organización territorial. Avances y retrocesos en el camino hacia la República que debe ser estudiado tomando en cuenta el proceso de independencia, el nacimiento del Estado, así como la decisión normativa de dictar códigos frente a la oposición de juristas de la talla de Juan Bautista Alberdi.

Los capítulos dos y tres son el prolegómeno de los capítulos cinco y seis, por medio del estudio de las normativas cordobesas regulatorias del régimen catastral y de publicidad registral. La investigación de las diversas fuentes permite que la autora refleje con claridad la tensión entre norma y realidad.

Su medular análisis profundiza en cuestiones que hoy en día no han perdido vigencia. Hace hincapié en las dificultades para que el nuevo modelo de derecho de dominio fuese operativo ante escenarios complejos marcados por la carencia o insuficiencia de títulos, la falta de catastros y/o mensuras como requisitos para proceder a la transferencia del dominio en el sistema clásico adoptado por Vélez de la teoría del título y modo. La publicidad centrada en la tradición es parte de los argumentos para dejar de lado la

creación de registros. Destaca Cacciavillani el rechazo por parte de Vélez a estos organismos, las críticas hacia el sistema registral surgido de la ley hipotecaria española. Ello contribuyó al alto impacto que tuvo el sistema registral adoptado en la provincia de Córdoba en un escenario de desmantelamiento de la propiedad comunal, así como a la idea frustrada de un registro o régimen homogéneo de la propiedad. Más aún, el derecho de propiedad individual, certeza y garantía se ve atacado, vulnerado o discutido frente a intrusiones, loteos inacabados o fracasados, procesos de regularización dominial o urbanización de asentamientos ubicados en tierra pública o privada.

Este segundo capítulo se enfoca también en el proceso de construcción de un derecho propio en el ámbito provincial, que en la práctica derivó en conflictos de competencia entre autoridades nacionales o locales, pero ello posibilitó que en el ámbito provincial se fueran creando oficinas de mensura y catastro que posibilitaron desarrollar y fortalecer el ejido urbano y rural. En esa zona gris de atribución o concurrencia de competencias Córdoba aparece como pionera en la incardinación administrativa del Catastro primero y del Registro de la propiedad después, aún antes de la sanción del Código Civil. Estos catastros de finales del siglo XIX fueron mecanismos imprescindibles para delimitar el contenido y alcance del derecho de propiedad en etapas posteriores. El análisis anunciado en este capítulo y profundizado en el sexto, permiten al lector hacer un viaje en el tiempo e imaginar esos pleitos tan desiguales entre miembros de los diferentes poblados indígenas frente a las autoridades provinciales o fuerzas vivas que buscaban hacerse con esas tierras tan apetecidas por siglos.

II. SEGUNDA PARTE: CÓRDOBA ANTE UN NUEVO MODELO JURÍDICO

Cacciavillani descubre para el lector el contexto que enfrentaba la provincia ante la llegada de nuevas ideas, así como la elaboración de un marco jurídico que marcó una ruptura con el sistema previamente establecido. Además, el contexto social evidencia una paradoja en la transformación del “indio” ancestral en “ciudadano”, quien se vio obligado a demostrar propiedad individual en igualdad de condiciones, a pesar de que dicha propiedad no existía realmente. De igual manera, otros habitantes, ya fueran criollos o

españoles, carecían de títulos de propiedad suficientes o sólo eran poseedores o tenedores; ello los llevó a participar en complejos procesos legales para defender sus territorios.

Destaca el rol de la política y de las fuerzas vivas como motores para que los inmuebles públicos y privados se puedan incorporar a la circulación lo que derivó en importantes movimientos para la desaparición de la propiedad comunitaria o de los poseedores sin título. Se adentra en las vicisitudes por las que hubieron de atravesar los pobladores de lugares como Cosquín, Quilino, Pichanas, Soto entre otros frente a los avances de la autoridad o la presión para la adquisición de esos bienes. Para ello, su estudio se basa en el análisis de jurisprudencia, copias de expedientes, estadísticas y hasta crónicas que son volcadas en gráficos y cuadros que comparten tales informaciones. En esas lecturas se advierten también realidades de época que se repiten en tiempos actuales.

Los capítulos tres, cuatro, cinco y seis están destinados al estudio de la influencia de la política local, la confrontación con el Estado nacional en la delimitación del territorio primero y la de las competencias en forma posterior. Asimismo, dan buena cuenta de la pelea de las comunidades indígenas por la defensa de su propiedad ante el desmantelamiento que se puso en marcha con las leyes de 1881 y 1885. En efecto, la coexistencia de diversos tipos de propiedad con un núcleo característico en la indivisión (p. 161) se refleja en la profusa normativa en un lapso de diez años que abarca temáticas como expropiación, tierra fiscal, capellanías, comunidades indígenas, colonias, mensura, catastro, a modo de ejemplo.

Entre sus muchos aportes, se destaca el estudio del rol central del Estado en la formación de técnicos con conocimientos uniformes que permitieron la circulación de tierras, la provisión de recursos, así como la contribución a la expansión del modelo agroexportador. De todo ello dan buena cuenta las funciones del Departamento topográfico (pp. 78-81). Los agrimensores desempeñan una función fundamental en distintos procesos judiciales y administrativos, lo cual se evidencia al analizar el desarrollo de las colonias Quilino, Pichanas o Soto (pp. 209, 213, 221) al igual que en conflictos entre colindantes como el caso Luis Acevedo y Ramón Gil Navarro sobre interdicto de obra nueva (p. 243) o la cuestión del acceso al agua (p. 250).

La instauración del Registro en la estructura administrativa del área de Topografía permitió establecer seguridad jurídica sobre la propiedad, diferenciándose de lo señalado en las notas del codificador. La publicidad actúa como un mecanismo de protección frente a terceros, sin constituir por sí misma el derecho real en su sentido más estricto y alcance. La legalidad del Registro se fundamenta en la normativa civil vigente en el ámbito local, anterior a la promulgación del Código Civil. La validez constitucional de los registros provinciales ha sido confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Jorba c/ Bambichta, resolviendo de manera definitiva esta cuestión jurídica.

Las conclusiones expuestas presentan un análisis que trasciende la perspectiva de Paolo Grossi al abordar el resurgimiento de la propiedad colectiva. Constituyen una contribución relevante para examinar las causas y efectos de los debates en torno a la protección de los territorios de los pueblos originarios, relacionados no solo con la degradación de su entorno natural, sino también con el respeto efectivo de los derechos humanos, entendido como el acceso a necesidades vitales, la salvaguarda del territorio y el modo de vida, la delimitación de áreas geográficas, la preservación de la identidad cultural ancestral, así como la garantía de seguridad y protección jurídica. Todos estos aspectos representan obligaciones pendientes por parte del Estado en sus distintos niveles.

Desde el ámbito académico, esta contribución permite valorar las dinámicas de poder en la configuración de los derechos reales, fomenta una interpretación adecuada de los contextos históricos y proporciona una base sólida para analizar en profundidad el derecho real de dominio y sus mecanismos de defensa.

MATILDE PÉREZ

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-2189-701X>

Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina

Dirección Postal: Avda. Alicia Moreau de Justo 1400,

(1107AFD) Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina)

E-mail: matildepererez@uca.edu.ar