



PRUDENTIA IURIS

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia
Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*

Octubre 1992

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

Decano:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

CONSEJO DIRECTIVO

Por los Directores de Instituto, Departamentos y Cursos de Doctorados:

Dr. FRANCISCO ARIAS PELERANO y Dr. JUSTO LOPEZ

Suplente:

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

Por los profesores titulares:

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,
Dr. JOAQUIN R. LEDESMA

Suplentes:

Dr. OSCAR AMEAL, Dr. JOSE OCTAVIO CLARIA, Dr. JULIO M. OJEA QUINTANA

Por los profesores protitulares y adjuntos:

Dr. ERNESTO B. POLOTTO

Suplente:

Dr. GERARDO DONATO

Secretario Académico:

Lic. ROBERTO EDUARDO ARAS

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

Director:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

Secretario de Redacción:

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

Junta Asesora:

Monseñor Dr. NESTOR D. VILLA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,
Dr. JUSTO LOPEZ, Dr. JOAQUIN RAFAEL LEDESMA, Dr. NESTOR P. SAGÜES,
Dr. JOSE O. CLARÍA, Dr. GERARDO DONATO, Dr. CARLOS STORNI

PRUDENTIA IURIS

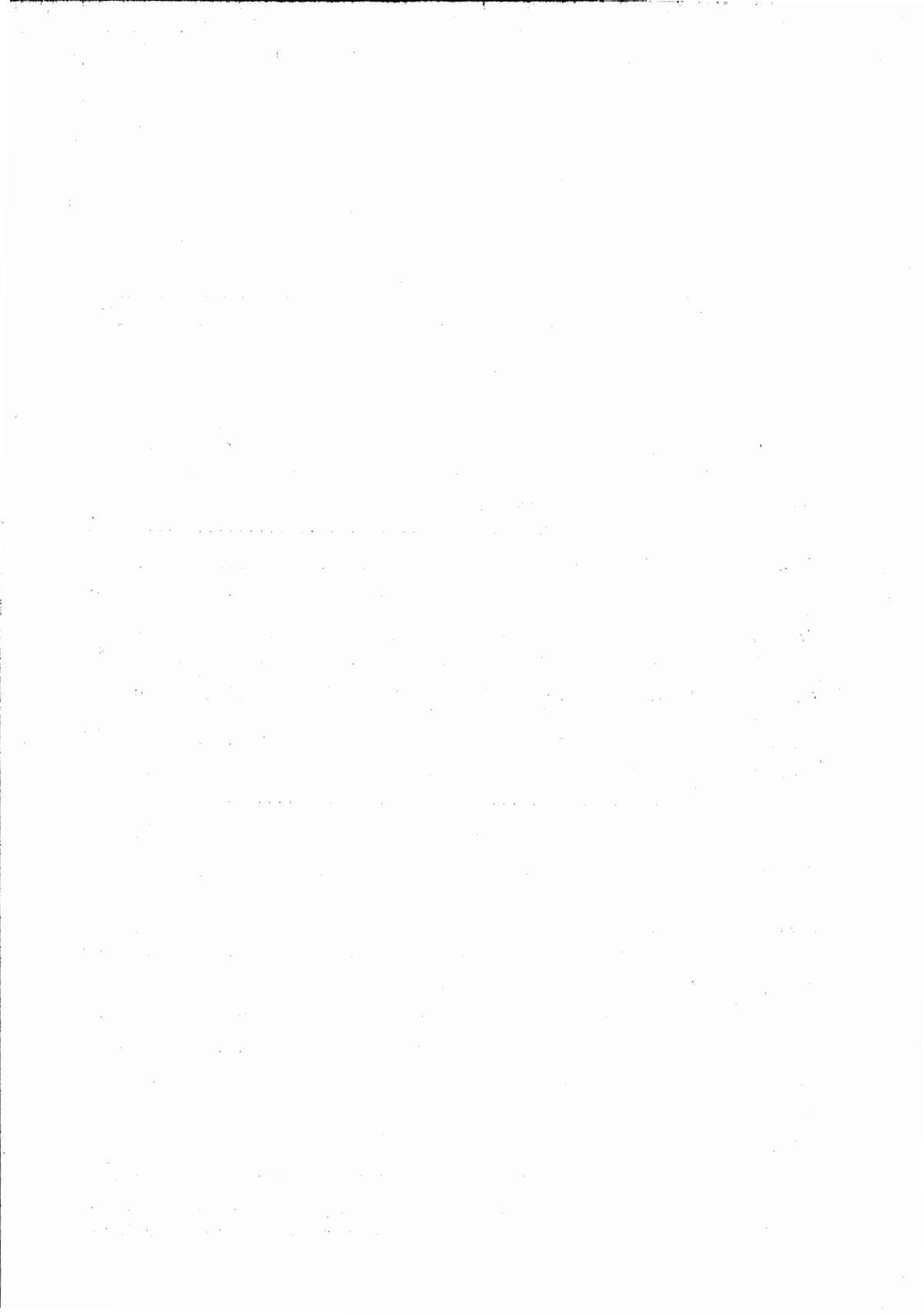
(JURISPRUDENCIA)

NUMERO XXX

OCTUBRE 1992

SUMARIO

<i>Narciso Juan Lugones</i> : Las heterodoxias del recurso extraordinario. Arbitrariedad y gravedad institucional	5
<i>José Luis Merello Lardies</i> : Los contratos operativos y los contratos de asociación en la actividad petrolera	17
<i>Luis Aríbal Maggio</i> : Sobre la "naturalis ratio"	53
<i>Néstor Daniel Villa</i> : Derecho patrimonial eclesiástico en la Argentina ...	69
<i>Eduardo Martíre</i> : Los derechos reclamados por los diputados americanos en las "cortes" de Bayona (1808)	97
<i>Guillermina Martínez Casado de Fuschini Mejía</i> : La protección de los inválidos a principios del siglo XIX (Aparición de un nuevo régimen municipal como consecuencia de las Invasiones Inglesas)	109
<i>Oscaldo Onofre Alvarez</i> : Isabel la Católica: crisol de una cruzada de dos mundos	119
<i>Armando Luis Noguer</i> : El receptor de penas de Cámara: origen y evolución	133
<i>José María Mariluz Urquijo</i> : Centralismo e integración en el siglo XVIII indiano	139
<i>José María Díaz Couselo</i> : El papa Paulo III y los indios de América. La bula <i>Sublimis Deus</i>	149
<i>Carlos Guillermo Frontera</i> : Los títulos enunciados por Vitoria y la legislación de Indias	173
<i>Edmundo J. Carbone</i> : El edicto Carboniano	179
<i>Javier Bocci</i> : Ius, Logos y Theos. Una introducción al derecho natural	187
NOTAS BIBLIOGRÁFICAS	
<i>Florencio Hubeñak</i> : Isócrates, "Discursos", Madrid, Gredos, vols. I y II (339 y 319 pp.)	205



LAS HETERODOXIAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO. ARBITRARIEDAD Y GRAVEDAD INSTITUCIONAL

NARCISO JUAN LUGONES

I

UNA MIRADA ANTICIPATORIA

Los tribunales supremos de los Estados tienen normalmente una competencia limitada, pues es imposible que se ocupen de todos los pleitos que se pretende llevar ante ellos.

Entre nosotros el legislador, mediante la ley 48, de 1863, basada en la Judiciary Act norteamericana del 24 de noviembre de 1789, tomando casi a la letra la ley norteamericana, construyó una criba que reúne distintos filtros; el principal es el que la doctrina del país de origen de la norma llamó la exigencia de una *federal question*, que requiere que en el caso se hallen en discusión actos o normas de carácter federal.

La cuestión federal es concebida como un filtro *previo*, que está presente en la causa al momento mismo de nacer ésta, y es incluso anterior al litigio. Esta exigencia de una cuestión federal previa es la que entra en crisis con la doctrina de las sentencias arbitrarias, porque en estos casos se presenta sí una cuestión federal, pero ella no es previa a la causa sino que nace, precisamente, en el acto destinado regularmente a clausurarla: la sentencia. La cuestión federal en la gravedad institucional *envuelve* al litigio, de modo que éste se desarrolla en un clima de conmoción de la sociedad toda o de relevantes sectores de ella, que afecta a las instituciones federales de modo tal que justifica el conocimiento de la causa por la Corte Suprema aun faltando requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario que en principio lo vedan.

II

I. LA CUESTIÓN FEDERAL, EXIGENCIA CLAVE DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

Para la admisibilidad del recurso extraordinario se exige que se haya debatido en el pleito una cuestión federal (Fallos, 101-70; 148-62; 306-1740;

307-129). El fundamento constitucional de esta exigencia está en el art. 100 de la Constitución Nacional en tanto dispone que "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del art. 67; y por los tratados con las naciones extranjeras...". El art. 101, por su parte, establece: "En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que establezca el Congreso...".

Así lo hizo éste al dictar la ley 48, de cuyo art. 14 surge claramente la exigencia de cuestión federal.

Es necesario recordar para determinar cuándo una norma es federal, que entre nosotros existen tres ámbitos de normas previstos en la Constitución Nacional: el *local*, el *común* y el *federal*. El local está, por una parte, reservado a las provincias para sus territorios, y comienza por la Constitución de cada una (arts. 5º y 6º de la Constitución Nacional) e incluye sus leyes y demás normas, a través del derecho que tienen de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (art. 105) y de ejercer todo poder no delegado al Gobierno Federal (art. 104). Para la Capital Federal, los territorios nacionales y establecimientos de utilidad nacional, el Congreso Nacional tiene facultades legislativas locales (art. 67, incs. 14 y 27). Las normas comunes nacen de la facultad del Congreso de dictar los códigos de fondo (art. 67, inc. 11). El Presidente de la República tiene facultades para reglamentar "las leyes de la Nación" (art. 86, inc. 2º), expresión que no excluye a las locales ni a las comunes.

El ámbito de las normas federales está constituido en primer lugar por la propia Constitución Nacional, cuya interpretación, ha dicho reiteradamente la Corte, constituye una cuestión federal (por ejemplo, Fallos, 162-149; 234-240; 248-462; 473; 307-2284). Se completa con aquellas normas infraconstitucionales que no tienen carácter de locales ni de comunes. Tales las leyes dictadas por el Congreso en virtud de sus atribuciones contenidas en la Constitución, con excepción de las de los incs. 11, 14, segunda parte, y 27 del art. 67. Tienen también carácter federal los decretos referentes a leyes de esa índole dictados por el Poder Ejecutivo.

La diferencia entre normas federales y no federales descrita permite intuir de antemano que la "cuestión federal" puede resultar una criba inadecuada para regular el acceso a la Corte Suprema.

II. LA "RELACIÓN DIRECTA"

A ese filtro de la cuestión federal se suma en la ley 48 el de la exigencia de la llamada "relación directa". Según esta exigencia, resulta que no son admisibles recursos extraordinarios en materias regidas por leyes no federales, aunque se aleguen argumentos de orden constitucional (Fallos, 283-488; 295-335), salvo que se hubiera aducido y declarado la inconstitucionalidad de

aquellas normas no federales (Fallos, 262-302; confr. otros casos que desarrollan la misma línea jurisprudencial en Fallos, 184-530; 270-124).

La razón de esto no puede asentarse en la lógica del sistema —que debería preservar la supremacía constitucional a todo evento— sino en un motivo de imposibilidad fáctica: el admitir recursos basados en disposiciones constitucionales, pero no regidos directamente por disposiciones federales haría ilimitada la llegada a la Corte por la vía del recurso extraordinario, pues no hay derecho que en definitiva no tenga su raíz y fundamento en la Constitución Nacional (Fallos, 238-488; 268-247).

III. LA CRISIS DE LA CUESTIÓN FEDERAL —Y DE LA “RELACIÓN DIRECTA”—. LAS SENTENCIAS ARBITRARIAS

1929

No caben en el recurso extraordinario, así acotado, los casos en que se violan principios constitucionales, pero las leyes *no federales* que los rigen de modo inmediato no caen bajo la misma impugnación, sino que aquella violación surge no de la ley, sino de la interpretación que hace de ella la sentencia que la aplica, o cuando es la evaluación del juzgador de las cuestiones fácticas del caso la que no se adecua a disposiciones constitucionales —señaladamente a la garantía de la defensa en juicio—. Esta falta de adecuación *nace con la sentencia* y no es —como la clásica “cuestión federal”— anterior a ella. Sólo alterando el sistema de la ley 48 tal como surge de su texto podía satisfacerse a los justiciables que sufriesen aquellos problemas, y así se hizo por la elaboración de doctrina de la sentencia arbitraria.

La expresión “sentencias arbitrarias” y un esbozo de la doctrina aparecen, según coinciden pacíficamente los autores, en el caso de Fallos, 112-38, “Rey c. Rocha”, resuelto en 1909. La primera causa en que se abrió un recurso por tal doctrina es el de Fallos, 184-137, “Storani de Boidanich c. Ansaldi Imperiali”, de 1939.

IV. LA ARBITRARIEDAD ¿UNA DOCTRINA INNECESARIA?

Sin embargo, ya desde antes la Corte había resuelto cuestiones de derecho local y de derecho común cuando se justificaba irrumpir en la reserva de las jurisdicciones locales en defensa de superiores principios constitucionales básicos de naturaleza garantística o cuando decisiones locales afectaban áreas propias de la autoridad federal, en especial la jurisdicción de los tribunales federales, pero también cuando afectaban la unidad del derecho común. La Corte penetraba también en la reserva de las jurisdicciones provinciales a los efectos de asegurar la supremacía federal, que podía ser afectada por decisiones locales que frustraran derechos de aquella índole. También declaró la inconstitucionalidad —en ciertos supuestos— de la *interpretación* de una ley tal como la habían efectuado los jueces de la causa, *y no de la ley misma* (por ejemplo: Fallos, 176-339). Por este último camino se llegó incluso a que la Corte se refiriera a “la doctrina de la interpretación inconstitucional” (Fallos, 229-

599), sin mentar en su sentencia a la doctrina de la arbitrariedad. Otras decisiones incluíbles en esta línea son las de Fallos, 94-366; 98-222, 250; 100-351; 103-373; 175-332.

Algo análogo ocurría con las cuestiones de hecho; aun afirmando que el recurso extraordinario es un recurso de derecho, se admitía excepcionalmente la consideración de temas de hecho, cuando a través de ellos se comprometía la cuestión federal; antes de "Storani de Boidanich" se abrieron recursos por este motivo en causas como la de Fallos, 181-418.

¿Por qué de esta sencilla y espontánea actitud se pasó a la brutal y artificiosa doctrina de la arbitrariedad, mucho menos elegante —en el sentido que daban al término los romanos—, más tosca y agresiva en sus enunciados descalificadores?¹

¹ Muchas sentencias anteriores a Storani de Boidanich —y alguna posterior— prueban lo aseverado. El 23 de marzo de 1889 la Corte resolvió la causa de Cipriano Urquiza contra la sucesión del General Urquiza (Fallos, 35-302).

Este, en 1855, durante la federalización de Entre Ríos compró un campo puesto en venta por orden de un juez que era, allí y entonces, *nacional*. En 1886 los herederos de Cipriano Urquiza se dirigieron contra los herederos del General, ante la justicia, entonces ya provincial, aduciendo mejor derecho. Los herederos del General opusieron prescripción; los otros sostuvieron que contra un tirano no podía alegarse prescripción. El juez de primera instancia dió razón a los últimos. Apelada, la sentencia ante el Superior Tribunal provincial, éste declaró desierto el recurso, pues entendió que el apelante hizo tardíamente acto de presencia.

Interpuesto el recurso extraordinario, fue desestimado, porque la sentencia apelada "se limita a resolver sobre los términos prefijados en el procedimiento para la aceptación o rechazo de los recursos". Llegado en queja, y tras un dictamen de Vicente F. López de confusas conclusiones, pero favorable al recurso, la Corte falló en tal sentido. Afirmó "que en este pleito se ha puesto en cuestión el dominio que los demandados pretenden tener en el campo mencionado, a título de venta ordenada por un juez nacional y la decisión ha sido contra la validez de ese derecho... que para la procedencia del recurso no es indispensable que la *sentencia misma* de que se apea contenga decisiones contra la validez de leyes, derechos, autoridades o comisiones a que se refiere, bastando, según los términos de ese artículo —14 de la ley 48—, que *en el pleito* se haya puesto en cuestión, que la decisión haya sido contra su validez y que la sentencia apelada sea final; porque el objeto constitucional del recurso ante la Corte Suprema, en protección de la validez de esas leyes, derechos, autoridades o comisiones, quedaría *frustrado* si no fuera aplicable a la sentencia que, aunque sin resolver el fondo del asunto, pone fin al pleito en lo que ha decidido contra su validez y tal decisión queda subsistente: lo que determina la competencia de la Corte para conocer del recurso es la naturaleza del caso, no la sentencia misma apelada, respecto de la cual sólo exige la ley que tenga carácter de definitiva" —los subrayados son nuestros.

También la Corte entró a conocer cuestiones de hecho —impropias regularmente del recurso extraordinario—, cuando lo resuelto en torno de ellas era insostenible y conducía a *frustrar* el derecho federal invocado. Consideró que, contrariamente a lo que resultaba de autos, existían pruebas de las circunstancias en que se fundaba la inconstitucionalidad del gravamen atacado (Fallos, 181-418); análogo vocabulario —"frustratorio" en vez de "arbitrario"—, usó en casos posteriores a "Storani de Boidanich" (Fallos, 190-50; 228; 409; 192-104, 308; 193-61, 135, 481; 194-220).

En Fallos, 176-339 se puso en cuestión una norma que establecía una exención impositiva. Los recurrentes pretendían una inteligencia extensiva de aquélla, que beneficiaría a sus intereses. No se podía, obviamente, considerar a éste como un problema de inconstitucionalidad de los que es corriente encontrar como "cuestiones federales complejas". En estas cuestiones, clásicamente admitidas, se acusa de

Fundados en ese “antiguo estilo” se encuentran casos que constituyen eslabones con la doctrina de la arbitrariedad. En Fallos, 229-599 se dijo que regularmente la interpretación de normas no federales por los jueces de la causa no es revisable en la instancia extraordinaria. Cuando se aduce inconstitucionalidad en la interpretación, las cláusulas constitucionales invocadas deben tener “relación directa con lo decidido en la especie”. A ello se debe agregar —y aquí vienen los adjetivos— que “la doctrina de la interpretación inconstitucional sólo admite aplicación de mediar manifiesta incompatibilidad de lo decidido con los principios y garantías constitucionales lo que queda, desde luego, librado al criterio de esta Corte, que no encuentra que el caso encuadre en el supuesto mencionado”. En materia de admisión de la consideración de cuestiones de hecho y de derecho no federal hallamos decantada la doctrina en Fallos, 194-220, de 1942, el que incorpora, a un tiempo, los términos “frustran el derecho” federal” y “arbitrariedad”. Allí el Alto Tribunal dijo: “Que la doctrina según la cual esta Corte conociendo por recurso extraordinario está autorizada a revisar lo decidido por los jueces de la causa sobre las cuestiones de hecho —como sobre las demás de derecho común o local que aquella pudiera comprender— está supeditada a la evidencia de que lo resuelto al respecto sea *insostenible*, y constituya el medio arbitrado para frustrar el derecho federal invocado por el recurrente —Fallos, 90-54 y 228; 192-104 y 308; 193-61—... Que no puede sostenerse que sea tal el caso de autos en que los trámites y resoluciones... obligan a descartar sino el terror, la arbitrariedad o irracionalidad de la apreciación que el juez ha realizado de los hechos en cuestión (cons. 9º y 10)”.

V. PELIGROS DE REEMPLAZAR SUSTANTIVOS POR ADJETIVOS

Este caso nos permite advertir los problemas que atraen palabras como “arbitrariedad”, y sus vecinas “insostenible”, “irracionalidad”, y a la no por enfrentada menos vecina “error”. La Corte realizaba su labor usando como señalamos, la criba de la “cuestión federal”. Admitir que una cuestión tal se podía presentar en la interpretación de normas no federales o en la evaluación de los hechos “forzaba” el uso de la criba. Como los nuevos problemas eran insoslayables, y en la sensibilidad jurídica y social no cabía ya considerar que no tocaban disposiciones constitucionales, había que establecer algún nuevo criterio de selección de las causas que merecían llegar a la Corte. Este criterio, como algo claro, objetivo, al modo del viejo, no aparecía; por ello se recurre a uso de *adjetivos*.

contraria a la Constitución a la norma, infraconstitucional. Si el argumento prospera la norma es *declarada inconstitucional* y cesa su operatividad en el caso. Obviamente, de haberse seguido el camino clásico en este asunto, la causa terminaría siempre mal para los recurrentes: si el recurso era rechazado quedaba firme la decisión que no los incluiría en la exención, y si era admitido, la norma era declarada inconstitucional, y con ello desaparecería la exención que contenía. Si en el fondo el planteo de los recurrentes era admisible, esa opción de hierro era sin discusión disvaliosa. La Corte halló el camino para una solución axiológicamente aceptable: su decisión se fundó en que se declaraba inconstitucional *no la ley en sí* sino la interpretación que de ella hacía el fallo apelado. Esta solución muestra un camino ortodoxo para entrar a revisar causas donde lo inconstitucional no es la ley sino la interpretación y aplicación que de ella hace el juez.

Cuando se pretende reemplazar sustantivos por adjetivos como valla, estos últimos deben poseer especial contundencia. Siempre constituirán vallas relativas frente a las clásicas; de allí que para que sirvan de algo no debe interpretarse que dejarán pasar *todos* los casos, por ello el “descartar el error” y exigir “arbitrariedad o irracionalidad”. El énfasis llega a exigir —si se toma la cosa a la letra— el prevaricato del juez, como cuando se exige que lo resuelto “constituya el medio arbitrado para frustrar el derecho federal”, exceso verbal que nunca tuvo consecuencias tales como comunicar el hecho a la Cámara Legislativa ante la que responde el juez.

V. EL PORQUÉ DE LA POSTURA “CLÁSICA”. POSICIÓN DE YMAZ

Esteban Imaz, secretario de la Corte desde mediados de la década de 1930, fue con toda justicia llamado a integrarla como juez, lustros después, hasta 1966. Coautor junto a Ricardo Rey, prosecretario y luego secretario del Tribunal, del célebre libro *El Recurso Extraordinario*, inspiró la clasificación del “Índice por materias” de Fallos y Digestos, desde el tomo VII-VIII de estos últimos; fue un hombre que no se limitó a estudiar la doctrina sino que contribuyó a construirla y ubicarla, y que *vivió* ciertos problemas prácticos, sin conocer los cuales se escapa el sentido de muchas afirmaciones del Tribunal. Publicó con su nombre —sólo que usando la “y”: Ymaz—, “Arbitrariedad y recurso extraordinario”².

Allí la preocupación del funcionario ante la creación de un nuevo agujero en la criba, a que tantas veces nos referimos, se evidencia cuando dice que “Si... se insistiera, quizás con fundamento en muy respetables ideas de raigambre liberal, en identificar la arbitrariedad con la excedencia de los géneros legales, entonces habría que advertir que tal tesis no resiste su confrontación con la realidad. Porque si las cosas fueran tales... existiría necesariamente una apelación ante la Corte Suprema para la tutela del principio de legalidad”.

¿Cuál es la “realidad” a que alude Imaz sin aclarar? La afirmación constante y reiterada de la Corte de que el art. 19 no acuerda título, derecho o exención concreto alguno; la existencia de “ley” y su alcance debe ser resuelta por los jueces de la causa, de modo irrevisable por la Corte, salvo que procediera el recurso extraordinario por otro motivo que la *sola invocación* del art. 19. Esto por una razón muchas veces repetida: “porque de lo contrario la jurisdicción federal sería mucho más amplia que la establecida por los arts. 67, inc. 11, 100 y 101 de la Constitución Nacional” (Fallos, 125-292, 380; 133-177; 153-331; 184-516; 194-220; 244-220; 247-577; 248-662).

Imaz agrega: “Bastaría sin duda, para fundar tal recurso alegar que la sentencia apelada se ha excedido fuera de los géneros legales...”, esto es, tal argumento abriría el acceso a la Corte de un modo regular como una cuestión de las clásicamente incluidas en el art. 14.

² La Ley, t. 67, p. 74.

Aparte de este argumento, "realista", agrega Imaz otro científico: la norma de habilitación por la cual los órganos estatales exceden los géneros legales "es consecuencia de la necesaria finitud de los asuntos humanos". Por otra parte, son admisibles supuestos de aplicación analógica de las leyes y de sentencias fundadas en razones doctrinarias o jurisprudenciales (Fallos, 209-28; 216-316; 218-807; 219-54 y sus citas), que obviamente exceden los géneros legales.

Recuerda, por otra parte "...la ineludible indeterminación de las normas y la insuficiencia de la lógica como instrumentos de mecanización de la tarea interpretativa. Aparece así clara la penuria de la jurisprudencia tradicional, que en forma más o menos explícita supone el automatismo de la función judicial..."

Prefiere pues caracterizar a la arbitrariedad en la línea del énfasis retórico que arranca de "Rey c. Rocha" cuando afirma: "pareciera que el concepto de error inexcusable, en su doble aspecto de contradicción lógica y de deficiencia total axiológica, comprendiera los supuestos posibles de arbitrariedad... son arbitrarias las sentencias inexcusablemente erróneas".

En un trabajo interesantísimo, publicado bajo su seudónimo de Erick Strohm, Imaz se critica a sí mismo y levanta algunos velos con que se cubre su obra —y la jurisprudencia de la Corte—. Se trata de "Sentencias inconstitucionales"³.

Señala Strohm que la Corte ha declarado que la pretensión de que una sentencia sea inconstitucional no constituye cuestión federal bastante para sustentar el recurso extraordinario, porque de otra manera "cualquier fallo de los tribunales de los estados sería revisable por la Corte Suprema" (Fallos, 289-28; 218-595). Aclara que la tesis no es original de la Corte Argentina, sino que el argumento arriba entrecomillado está tomado de Robertson y Kirkhan, quienes señalan que la Corte norteamericana tiene decidido que las sentencias de los tribunales estatales no constituyen el ejercicio de una autoridad de provincia —*an authority exercise under the State*— en los términos de la norma semejante al art. 14 de la ley 48.

Cita su obra en colaboración con Rey, donde afirman que la sentencia no es parte de la cuestión federal, sino que la decide, aunque hay algunos casos en que ella aparece en el pleito con aquella, por violación a disposiciones constitucionales, como la defensa en juicio, a las que llama aquí "sentencias inválidas". Agrega que "Ocurre, sin embargo, que la práctica nacional conoce otros casos, que hacen dudoso que pueda prescindirse de aclarar la cuestión de la inconstitucionalidad de las sentencias". Estos son las "sentencias arbitrarias" —"insostenibles y carentes de todo fundamento"— y las "sentencias de interpretación inconstitucional". Las primeras son "...decisiones que recaen sobre aspectos no federales de un pleito y en donde el fundamento del recurso extraordinario aparece con la sentencia y es inseparable de ella". Confiesa que "Nada sencillo resulta reducir a una fórmula el concepto de la arbitrariedad de

³ Jurisprudencia Argentina, 1954-III-12.

sentencias, pese a la jurisprudencia establecida sobre el punto y a los estudios doctrinarios que les han sido dedicados”.

En las “sentencias de interpretación inconstitucional” se ha declarado la inconstitucionalidad no de la ley, sino de la interpretación que de ella hace la sentencia apelada (como el caso de Fallos, 176-339 que ya citamos). Lo invalidado pues, sólo puede ser la sentencia, no la ley. Todas estas sentencias —inválidas, arbitrarias, de interpretación inconstitucional— constituyen especies de un mismo género: las sentencias inconstitucionales, “que hacen excepción a la regla consagrada como general”.

¿Cuál es la diferencia con los casos que se integran a la “regla general”? Que respecto “...de las sentencias que se dicen inconstitucionales, el recurso extraordinario no procede de manera automática. Es sabido, en efecto, que tratándose de las cuestiones federales corrientes, la procedencia —formal— de la apelación extraordinaria no depende de la razón que asiste al interesado. Solamente cuando se alega una norma federal visiblemente ajena a la materia del pleito o cuando la cuestión federal propuesta es manifiestamente insustancial... puede denegarse por falta de relación directa entre lo resuelto y el precepto federal invocado”.

La decisión de fondo —en las “cuestiones federales corrientes”— confirmará o modificará la sentencia apelada, según corresponda. En las situaciones de cuestiones federales no corrientes, “es necesario —para su admisión formal— además que la Corte Suprema de Justicia encuentre demostrada la prescindencia en cuestión”. Si por el contrario la sentencia cuestionada es correcta, ello conduce no a su confirmación sino al rechazo del recurso.

III

I. LA GRAVEDAD INSTITUCIONAL; CARACTERIZACIÓN Y EFECTOS. COMPARACIÓN CON LA ARBITRARIEDAD

La arbitrariedad requiere el dictado de una sentencia, en materia no federal, que por padecer aquel vicio es descalificable y por ser descalificable es de algún modo equiparable a las que contienen cuestión federal. La arbitrariedad suple la falta de una cuestión federal clásica. Por ello, faltando otros requisitos de admisibilidad formal del recurso extraordinario, por ejemplo el de sentencia definitiva, la existencia de arbitrariedad no remedia esta carencia. Por otra parte, como la arbitrariedad es un defecto descalificante de la sentencia, cuando se constata que ella afecta al pronunciamiento apelado, tiene un doble resultado que bien señalaba Imaz: abre el acceso a la Corte y acarrea que la sentencia apelada, en la parte que sea arbitraria al menos, sea dejada sin efecto: no resulta regularmente imaginable que una sentencia sea declarada arbitraria y a continuación se la confirme; en cambio, es posible y frecuente que se declare procedente un recurso por contener una cuestión federal, y a continuación se confirme la sentencia apelada.

Valga esta recapitulación para introducir comparativamente a la doctrina de la gravedad institucional. Esta doctrina actúa sólo asegurando un pronunciamiento de la Corte en casos en que no correspondería normalmente, porque se considera que ellos merecen el tratamiento del más alto tribunal del país. Pero como la razón de ese acceso a la Corte no es una deficiencia de la sentencia apelada, sino la peculiar importancia del caso, admitir este acceso no implica de modo necesario que, una vez avocada a la cuestión, la Corte modifique lo decidido. Si esto no ocurre corrientemente es porque por razones fáciles de imaginar, la Corte no ha de recurrir a una doctrina tan excepcional, cuando no prevé encontrar en definitiva nada que modificar en la sentencia apelada. Esta razón, más práctica que científica, explica aquella constatación, pero no sería inimaginable que la Corte llegase a encontrar un caso donde por mediar gravedad institucional, considerase necesario su pronunciamiento, por encima de algún obstáculo que pudiera existir, aunque este pronunciamiento se emita para manifestar su coincidencia con la postura del *a quo* —que recibiría así el espaldarazo de la Corte— y en consecuencia confirme la sentencia apelada.

Por otra parte, la gravedad institucional puede invocarse para remover obstáculos en el acceso a la Corte, pero no para inclinar su decisión sobre el fondo, en un sentido u otro (causa: "Rolón Zappa", del 30 de septiembre de 1986).

Así como la arbitrariedad sólo suple la falta de una cuestión federal clásica, la gravedad institucional puede suplir también la falta de requisitos de admisibilidad, como la sentencia definitiva (Fallos, 256-517) o un adecuado planteo de la cuestión federal (Fallos, 300-1111). Esto porque su fuerza radica en la especial importancia del asunto.

Si la Corte ha admitido conocer, con fundamento en la gravedad institucional, contra sentencias no definitivas es porque en ellas se presentaba la cuestión que revestía gravedad institucional; empero, no se confunde regularmente la gravedad institucional con una especial *urgencia*, que habilite la instancia originaria de la Corte, contra lo expresado en el art. 101 de la Constitución Nacional, y si ella permite sortear la falta de sentencia definitiva no ocurre lo mismo con la actuación del superior tribunal de la causa. Empero, se citó también la gravedad institucional para suspender, *per saltum*, lo decidido por el juez de primera instancia "sin perjuicio de diversos aspectos que serán objeto de consideración por el Tribunal" (causa D.104-1990, "Dromi, José Roberto", resolución del 13 de julio de 1990).

Sí pudo la gravedad institucional funcionar como fundamento del fondo de la decisión, cuando ésta se refiere a la suspensión del trámite de la causa en las instancias inferiores, ante la deducción de recurso de queja (Fallos, 236-670) ⁴.

⁴ Atento el texto del art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación actualmente vigente, la Corte puede para ello declarar admisible la queja, postergando la decisión sobre el fondo.

II. ORIGEN DE LA DOCTRINA DE LA GRAVEDAD INSTITUCIONAL

La Corte consideraba que las cuestiones federales, en tanto se refieren meramente al ordenamiento de los juicios, no alcanzan el fondo de las instituciones nacionales, que el art. 31 de la Constitución Nacional asegura y el recurso extraordinario procura preservar (Fallos, 95-133; 192-104; 235-552; 248-882; 261-141, etc.). Hacen excepción a ese principio los casos en que, a través del tratamiento de la cuestión procesal, se afectaba una institución de fondo (Fallos, 171-426) o a disposiciones constitucionales (Fallos, 238-391). Este planteo pretoriano llevaría a la necesidad de establecer la doctrina de la "gravidad institucional".

En una causa en que se debatía la falta de personería del representante de la Dirección General del Impuesto a los Réditos, dijo la Corte (Fallos, 197-426): "Que pese al aspecto procesal de la cuestión resuelta por el fallo apelado, habiéndose sostenido que la misma se rige por disposiciones de derecho federal, y siendo así que su solución puede afectar el régimen y regular funcionamiento del impuesto a los réditos, corresponde admitir el recurso extraordinario —conf. doctrina de Fallos, 151-45; 152-62; 175-39; 192-315; 193-81 y 1117; 194-282 y el precedente de Fallos, 191-55—". A continuación revocó la sentencia apelada que había admitido la excepción y rechazado la demanda. Fácil es ver, que el interés de una institución federal se hubiera visto seriamente comprometido, si la Corte no hubiera tratado el caso sólo por ser cuestión procesal. De ningún modo, sin embargo, la Corte tiene en cuenta que hay un interés fiscal comprometido, para por ese motivo darle la razón a la dependencia estatal actora.

En el caso de Fallos, 228-539, el recurso de queja interpuesto por la no admisión del extraordinario fue desestimado, pero con argumentos interesantes. Se dijo allí que si bien en los juicios de apremio no procede el recurso extraordinario, se lo ha admitido excepcionalmente "mediando razones institucionales suficientes... —Fallos, 210-316; 226-303 y otros—". Empero, "las cuestiones con cuyo motivo tales razones se invoquen, han de ser del resorte de la jurisdicción extraordinaria del Tribunal, pues de otro modo el asunto sería en cualquier supuesto irrevisible por esta Corte". Esto significa que sólo tenía sentido remover el obstáculo al acceso a la Corte mediante tal doctrina, si la cuestión a la que así se llegaba no era por otro motivo irrevisible por la Corte. No explica por qué lo que remueve al primer obstáculo no remueve al segundo. Antes de responder veamos cuál era el segundo obstáculo en este caso: "Que lo atinente al régimen legal de los municipios en el orden provincial y al alcance de sus facultades impositivas y reglamentarias respecto de otras reparticiones también provinciales, son puntos extraños a la jurisdicción de esta Corte pues se rigen y deciden con arreglo a la Constitución y leyes locales. Y lo planteado al respecto aparece como un conflicto entre distintas autoridades provinciales...". Es decir, que las "razones institucionales suficientes" pueden remover la falta de una sentencia definitiva, pero no la reluctancia que entonces sentía la Corte a entrar en un conflicto entre autoridades de provincia.

En Fallos, 247-601 se aplicó la doctrina para abrir el recurso en un especial juicio de apremio, donde el actor no era el fisco. La causa era "Caja de

Previsión Social de Médicos, Bioquímicos, Odontólogos, Farmacéuticos, Veterinarios y Obstetras de Córdoba c. Medical, S.R.L.". La Caja exigía un aporte a cargo de comerciantes, en beneficio de los profesionales que la integraban. La Corte recordó que en los juicios de apremio, procedía el recurso cuando además de presentar una cuestión federal "revisten gravedad institucional —Fallos, 245-18, 20 y 143...—", de la que dio *ejemplos*, diciendo: "Que la gravedad institucional a que se refieren los precedentes mencionados, existe, verbigracia: 1) cuando lo resuelto en el apremio puede afectar la expedita prestación de servicios públicos; 2) cuando lo decidido excede del interés individual de las partes y atañe también al de la colectividad... cabe estimarlo configurado cuando la ejecución corresponde a medidas de alcance general que pueden interesar a actividades cuyo correcto ejercicio no es ajeno al bienestar común".

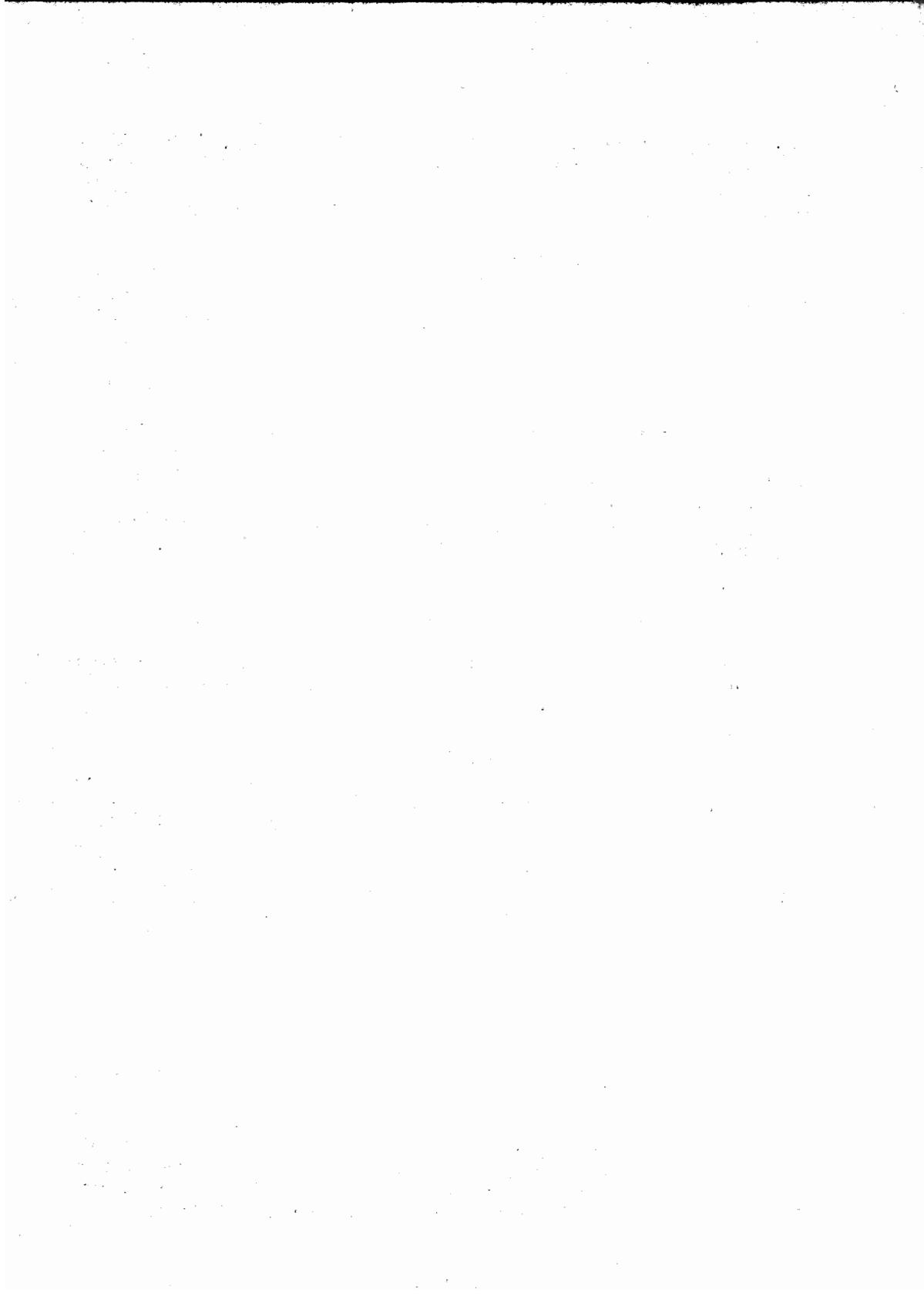
Poco antes habría dicho el Alto Tribunal en un litigio entre dos particulares (Fallos, 247-413) que "las resoluciones dictadas en procedimientos ejecutivos no dan lugar a recurso extraordinario. La excepción que dicha jurisprudencia admite, para los supuestos en que lo decidido revista gravedad institucional, no es invocable en causas entre particulares donde lo resuelto no excede notoriamente de lo que es propia de decisión para los jueces de la causa".

III. CARACTERIZACIÓN DE LA GRAVEDAD INSTITUCIONAL

Analizando la jurisprudencia de la Corte, podríamos caracterizar como casos que presentan gravedad institucional aquellos que concluyen por afectar a la sociedad toda (Fallos, 257-132), obstaculizan el desenvolvimiento de sus órganos (Fallos, 197-426, sus citas y otros), malogran la pacífica distribución de los poderes bajo el imperio de la Constitución Nacional (Fallos, 246-237), importan a la regularidad de instituciones sociales básicas (Fallos, 285-279; 295-376), o en general los que acarrearán a los individuos o a grupos sociales agravios que exceden las molestias y perjuicios inevitables que implica la vida de la nunca perfecta comunidad humana (por ejemplo, Fallos, 288-159, sus citas y otros), limitación que alcanza a la misma Corte y a sus miembros (Fallos, 12-134, especialmente p. 156), de modo que tornen por completo en ilusorio su derecho a convivir en una sociedad organizada bajo los principios de la Constitución Nacional, cuya custodia y preservación ha atribuido la Ley Fundamental a la Corte.

IV. CONCLUSIONES

La cuestión federal clásica está planteada en el pleito, *antes* de la sentencia, y es resuelta por ella, la arbitrariedad es una cuestión federal que nace *con* la sentencia, la gravedad institucional *engloba* la causa. Las "heterodoxias" del recurso han nacido para dar respuesta a situaciones en las que razones de equidad o de seguridad para las instituciones imponían sobrepasar los límites "clásicos", en tanto éstos no eran ya adecuados como criterio de selección para determinar qué causas deben llegar a conocimiento de la Corte Suprema.



LOS CONTRATOS OPERATIVOS Y LOS CONTRATOS DE ASOCIACION EN LA ACTIVIDAD PETROLERA

JOSÉ LUIS MERELLO LARDIES

Capítulo I

LOS SISTEMAS DE COLABORACION ENTRE EMPRESAS

1) *Introducción*

En el presente trabajo efectuaremos un análisis de los denominados contratos operativos utilizados en la industria petrolera y de los contratos de asociación entre empresas¹ para la exploración y explotación de hidrocarburos y su aplicación en nuestro país².

Sin perjuicio de ello queremos destacar que la actividad petrolera forma un todo único e indivisible, caracterizada por una inseparable identidad sustancial de intención y de fines o como alguna vez se dijo con respecto a esta industria, desde lo profundo de la tierra hasta la puerta del usuario.

2) *Los contratos de colaboración entre empresas petroleras*

En un mundo en constante evolución, necesitado del acceso a realizaciones tecnológicas cada vez más dificultosas por los desafíos que involucran para la capacidad del ser humano, la conjunción del capital, medios técnicos, fuerza del trabajo, organización y estrategia de planeamiento, necesarios para ello, implica para las unidades económicas llamadas a llevar aquellas a cabo, una suma de esfuerzos de tal magnitud, que —generalmente— sobrepasan las posibilidades reales de las empresas, medidas estas últimas como individualidades jurídicas y económicas.

Tras la búsqueda de una solución para estos problemas se inician una serie de emprendimientos colaborativos entre empresas para encarar determinados

¹ Centrando nuestra atención fundamentalmente en los contratos de asociación con YPF.

² En la industria petrolera estas etapas vinculadas con la exploración y explotación de hidrocarburos se denominan *up stream* en tanto que las actividades vinculadas con la destilación, refinación e industrialización de hidrocarburos se las denomina genéricamente como el *down stream*. Exceden el marco de este trabajo las modalidades contractuales vinculadas con el *down stream* (fundamentalmente contratos de suministro, "take or pay", etc.), con el transporte de hidrocarburos (tanto por ductos como por tanques) y las relacionadas con el mercadeo y distribución de productos (líquidos y gaseosos) y derivados de hidrocarburos (trading, spot markets, etc.) ni los complejos mecanismos de financiación tanto en el *up stream* como en el *down stream*.

trabajos durante un cierto tiempo. Los nombres que recibieron tales contratos fueron de los más diversos: consorcios, contratos de asociación, *joint ventures*, contratos operativos, entre otros³.

Este tipo de contratos implementan una modalidad operativa interempresaria que implica el aunamiento de esfuerzos entre diferentes empresas que complementan entre ellas sus actividades específicas en lo que cada una ha desarrollado como especialidad operativa y llevan a cabo una obra o servicio en común para terceros. Esta tarea es desarrollada en la generalidad de los casos, en cumplimiento de un contrato, por un tiempo determinado y con una concreta designación de las operaciones a efectuar por cada una, perfectamente establecida *a priori*. Además —y esta es una característica peculiar— cada participante mantiene su facultad de intervenir en forma separada o independiente (al margen del consorcio), individualmente o en forma conjunta con otras empresas, en otras actividades propias de su especialidad y en competencia con los demás partícipes.

Baste como ejemplo citar el caso de la división del trabajo en el caso de los contratos de obras públicas, cuyas licitaciones adjudican las tareas a un conjunto de empresas, totalmente independientes entre ellas tanto en lo jurídico como en lo económico-financiero, las cuales asumen solidariamente las obligaciones del contrato convocado por el ente contratante, permitiéndole de este modo protegerse mejor ante una eventual falencia o incumplimiento de alguno de los partícipes del *joint venture*.

Por otra parte, si bien las empresas se obligan al cumplimiento de una obra en común, de acuerdo con las obligaciones contractuales, entre ellas —a través de los generalmente denominados reglamentos operativos— efectúan una distribución de los trabajos en función de la especialidad que le es propia a cada integrante.

En lo que respecta a la actividad petrolera queremos destacar que no sin remarcable retraso, nuestro país ha encarado un serio avance en lo que se refiere al desarrollo de dicha industria. Luego de dos décadas de estancamiento en esta área fundamental de la economía, es evidente la toma de conciencia de las autoridades sobre la significación que tiene el impulso de las actividades de prospección, exploración, desarrollo y producción petrolera para el desenvolvimiento económico argentino por el resto del siglo.

Medidas realistas y audaces se requerían del gobierno nacional. En tal sentido se ha dispuesto la transformación de YPF en sociedad anónima y fundamentalmente la apertura de la actividad petrolera hacia las empresas privadas y una desregulación del aparato productivo de hidrocarburos en el país.

Inversiones de magnitud son necesarias para dotar al país de posibilidades de acceso a nuevos descubrimientos de yacimientos comercialmente explotables, así como para encarar sistemas de producción eficientes que permitan optimizar la recuperación de los hidrocarburos con las más modernas técnicas.

³ Cada rama de la industria fue adoptando en nuestro país un nombre para este tipo de contratos, así la construcción utilizó la voz *consorcio* y la actividad petrolera utiliza los términos *operating agreement* o contrato operativo.

La colaboración entre las diversas empresas petroleras —dentro del marco de los *joint ventures*— se instrumenta para complementarse mutuamente a través de sus actividades, aplicando los respectivos conocimientos técnicos, equipos, recursos humanos y demás operaciones y servicios suplementarios, para el cumplimiento del objetivo común que todas han acordado al suscribir en nombre propio, aunque solidariamente con el resto, el pertinente contrato de exploración, explotación o de perforación.

La coordinación de las actividades del conjunto de empresas se encuentra normalmente a cargo de un comité operativo al cual cada participante designa un representante. Este comité tiene —según los casos— funciones de dirección⁴, de coordinar el intercambio de información entre los partícipes, la verificación de los avances de los trabajos que cada parte lleva a cabo, el examen de la cuenta común que rinde la sociedad operadora.

Los resultados de estas operaciones son distribuidos entre los participantes no en función de los aportes de capital efectuados, sino en directa relación con la índole y magnitud de las obras y servicios que ellos han efectuado en cumplimiento de su parte del contrato principal con el ente contratante.

Por parte de cada copartícipe, dentro de su autonomía operativa ya referida, efectúa sus adquisiciones de bienes y servicios, emplea su mano de obra y asume —en general— sus propios costos, dándole a todo ello el carácter de costo de su participación en el *joint venture*.

Los ingresos del grupo pueden provenir, según los casos, de facturaciones individuales de cada participante al ente contratante, o bien, de una facturación en común a nombre de todos ellos, la que será luego distribuida por la sociedad administradora en función de las participaciones convenidas.

Como surge de las modalidades de actuación referidas precedentemente, nos enfrentamos a complejas figuras jurídicas por la cantidad y naturaleza de las relaciones que se generan. Por ello es que nos encontramos con un sinnúmero de formas de actuación de los consorcios de empresas. Podemos sostener que no existen dos *joint ventures* iguales.

La modalidad de los *joint ventures* se ha generalizado para la realización de numerosas actividades en todo el mundo, existiendo además agrupamientos de esa naturaleza con la participación de empresas públicas de los propios estados nacionales de diferentes países⁵ e, inclusive, con actuaciones en conjunto de carácter internacional. Las áreas más usuales de aplicación de esta modalidad son la actividad petrolera, energía eléctrica, obras hídricas, obras públicas y otras, incluyendo las participaciones a riesgo en la explotación minera y petrolera.

⁴ En algunos casos este comité no ejerce verdaderas tareas de dirección por cuanto cada sociedad integrante mantiene plena autonomía en lo referido a la tarea que le ha correspondido desarrollar en el consorcio.

⁵ A manera de ejemplo, por decreto 1400/91 se aprobó el contrato de UTE entre YPF (en ese entonces *Sociedad del Estado*) con la Sociedad Internacional Petrolera S.A. (SIPETROL) (una empresa estatal chilena controlada por ENAP) para la explotación de hidrocarburos en el área de explotación Magallanes (Cuenca Marina Austral).

Capítulo II

ESTRUCTURAS CONTRACTUALES EN LA INDUSTRIA PETROLERA

1) *La legislación sobre hidrocarburos*

Parte de los contratos vinculados a las actividades petroleras se encuentran determinados por las legislaciones nacionales de cada país, que determinan el régimen de propiedad minera en cada caso.

Sin perjuicio de esta determinación que efectúa la legislación aplicable (no sólo en los aspectos específicamente petroleros, sino también en el sector del derecho societario) surgen una serie de contratos, la mayoría de los cuales adaptan sus modalidades para ser utilizados en diversos países, aunque la mayor parte de ellos busca protección en legislaciones ajenas a los Estados donde se encuentran los yacimientos donde operan, estableciendo cláusulas de "ley aplicable", "jurisdicción" y "arbitraje" en el exterior.

Hasta hace pocos años, la legislación latinoamericana sobre exploración y explotación de hidrocarburos ha tenido características relativamente uniformes, que podemos sintetizar en las siguientes:

- a) La actividad petrolera se originó otorgando "concesiones" con ventajas al concesionario, revirtiéndose tal tendencia ante las banderas "nacionalistas" que revocaron o anularon tales concesiones o las convirtieron en contratos de locación de obra. Recientemente nuestro país ha vuelto a las concesiones al reconvertir los contratos de locación de obras y servicios para la producción de hidrocarburos.
- b) Se atribuye al Estado Nacional la propiedad exclusiva de los yacimientos y de su producción.
- c) Creciente intervención del Estado en las diversas fases de la industria petrolera y con un alto contenido político, directamente ligado a los avatares de las políticas nacionales y del influjo de la política internacional. Como veremos más adelante nuestro país se encuentra en proceso de privatización y desregulación de la actividad petrolera que comienza a ser imitado incipientemente por el resto de los países sudamericanos.
- d) Creación, como consecuencia de ello, de empresas petroleras estatales o el fortalecimiento o redimensionamiento de las existentes.
- e) Agrupamiento de las empresas petroleras estatales en organizaciones internacionales regionales: OLADE (Organización Latinoamericana de Energía), ARPEL (Asistencia Recíproca Petrolera Estatal Latinoamericana).

- f) Nacionalización de la industria petrolera. Varios países han incluido la atribución del Estado sobre el dominio minero y del hidrocarburo en particular en sus constituciones o en leyes especiales.
- g) Una legislación dinámica y pragmática, en constante elaboración, para acompañar las innovaciones tecnológicas y científicas en las variadas fases y actividades de la industria petrolera.

La Ley de Hidrocarburos N° 17.319/67 y los decretos desregulatorios¹ permitirán la total desregulación y desmonopolización de la exploración, producción, refinación y comercialización de la actividad petrolera. En virtud de las mismas, las empresas productoras de hidrocarburos, estatales y privadas, tienen la libre disponibilidad del petróleo que produzcan, y pueden venderlo en el mercado interno o exportarlo a precios internacionales y, a su vez, las empresas refinadoras pueden comprar el petróleo que utilicen en el mercado interno, o importarlo a precio internacional, siendo ambas operaciones de importación y exportación libres de gravámenes o retenciones.

YPF deberá actuar como una empresa petrolera más en competencia con las privadas, no como empresa testigo, pues los precios internos de los combustibles también serán de libre competencia con los internacionales, con más el agregado de los impuestos locales.

2) Estructuras Contractuales en la Industria Petrolera

En nuestro país encontramos tres grandes categorías de contratos que podemos clasificar en los siguientes:

- a) El contrato con YPF o con la Secretaría de Energía (en el caso de una concesión), en virtud del cual el contratista o concesionario realizará la exploración y/o explotación de determinada área. En adelante a este contrato lo denominaremos el Contrato Principal.
- b) El segundo tipo de contrato será aquel que se producirá en el caso que la empresa estatal, ejerza su opción de participar directamente en el desarrollo y producción de un área. También se incluirá en este tipo de contratos aquellos que celebre la empresa estatal con las empresas oferentes en el caso de las asociaciones previstas en el decreto 1055/89. A estos contratos los denominaremos en adelante el Contrato de Asociación.
- c) Por último, aunque cronológicamente como resultado de un "bidding agreement" tenemos el "joint operating agreement". Estos contratos siguen por lo general los "standards" de la industria petrolera y en los

¹ Decretos 1443/85 (Plan Houston), 1055/89 (Asociación con YPF en áreas centrales 1212/89 (Desregulación Petrolera), 1589/89 (Reconversión de contratos).

mismos se establecen las disposiciones que regirán las operaciones comunes y los derechos y obligaciones de las partes. A este contrato lo denominaremos el Contrato Operativo.

3) Características del Contrato Principal

De acuerdo con el decreto 1443/85 (Plan Houston) el Contrato Principal es el contrato que surge como el resultado de una adjudicación de una licitación o concurso público, para explorar un área asumiendo el riesgo petrolero y en caso de resultar exitoso entrar en un período de explotación (jurídicamente en una "locación de obra") por un plazo de 25 años. Por cada metro cúbico de petróleo y por cada BTU de gas extraído y entregado a YPF, el "contratista" recibe una retribución (en moneda local y en divisas). Estos contratos deben ser aprobados por el Poder Ejecutivo Nacional.

En estos contratos no se les otorga a los "contratistas" la propiedad de los hidrocarburos, ni obviamente derecho alguno sobre las reservas de las áreas bajo contrato.

La retribución en dinero puede ser reemplazada por entregas de hidrocarburos —pago en especie— en tanto el mercado local se encuentre adecuadamente autoabastecido.

Como regla general, los "contratistas" sólo tienen derecho a recibir su retribución en dinero y no tienen derecho de propiedad respecto de las reservas ni de la producción.

Como resultado de ello ninguna de las empresas que integran el "contratista" puede garantizar el cumplimiento de sus obligaciones mediante la constitución de derechos de garantía sobre las reservas o la producción.

En el caso que los *co-ventures* deban dar garantías respecto del cumplimiento de sus obligaciones o para la obtención de financiación, lo único que éstos pueden ofrecer en garantía es el derecho a recibir en el futuro, de la empresa estatal, pagos de dinero como contraprestación por la producción entregada.

En estos contratos la práctica usual denomina conjuntamente a los *co-ventures* como El Contratista, quienes reglarán sus derechos y obligaciones en un Contrato Operativo, en el cual la empresa estatal no será parte y donde se establecerá una "cláusula de confidencialidad" de estricta exigencia para todos los *co-venturers*.

Esta modalidad contractual ha sido superada en los hechos ante la sanción del decreto 1589/90 sobre reconversión de contratos².

² Ver apartado 1 del Capítulo V, donde tratamos este tema.

4) Características del Contrato de Asociación

YPF está facultada a formar una asociación³, de acuerdo con las normas de las UTEs, para las etapas de producción y desarrollo del área. En la práctica ello significa que, además de los derechos y obligaciones emergentes del Contrato Principal, que continúan vigentes, la empresa estatal adquiere el derecho *inter alia* de recibir hasta el 50 % de los hidrocarburos producidos por el Contratista, sin pagarle el precio estipulado para ello en el Contrato Principal.

Por su parte, la empresa estatal, reembolsará —en el mismo porcentaje de su participación— al Contratista (*co-ventures*) determinadas inversiones efectuadas durante la etapa de exploración y deberá contribuir con todos los gastos e inversiones incurridas o que se incurran.

La asociación de la empresa estatal con los *co-venturers* del Contrato Operativo deberá instrumentarse de acuerdo con lo establecido en la Ley de Sociedades Comerciales para las Uniones Transitorias de Empresas (UTE).

Para nuestra Ley de Sociedades Comerciales este tipo de asociación no es una *partnership* ni es sujeto de derecho⁴. Sin perjuicio de ello, tendrá un nombre, un fondo común, un representante y deberá ser inscripta en el Registro Público de Comercio.

La Ley de Sociedades Comerciales establece que, a menos que se disponga de otra manera, la responsabilidad de las partes ante terceros en las UTEs es mancomunada y no solidaria.

5) El Contrato Operativo

A fin de regular sus relaciones y la conducción de las operaciones relacionadas con el Contrato Principal, las empresas que integran El Contratista cele-

³ Ya la ley 17.319/67 permitía a YPF ejercer sus actividades mediante la "integración o formación de sociedades" (cfr. art. 11), correspondiendo al Poder Ejecutivo su aprobación (art. 98, inc. g).

⁴ JULIO C. OTAEGUI (en *De los Contratos de Colaboración Empresarial*, RDCO, 10-886) nos hace ver que si bien el párrafo último del art. 377 de la Ley de Sociedades Comerciales prescribe que las uniones transitorias no constituyen sociedades, el art. 378, inc. 6º, hace referencia a un fondo común, el 7º a la determinación de la participación de las empresas en la distribución de resultados, sin que esté vedado el fin de lucro, existiendo por otra parte una gestión común (arts. 379 y 383, Ley de Sociedades Comerciales); que estos elementos son configurativos del contrato de sociedad, que en suma la unión transitoria de empresas no es una sociedad por expresa disposición de su párrafo último, pero podría reunir los elementos especiales de dicho contrato de sociedad. Que sería disvalioso interpretar que en el caso de una unión transitoria de empresas se reunieran los elementos especiales de un contrato de sociedad (fondo, gestión y resultados comunes); dicha unión tendría que ser como una sociedad e incura en la normativa del art. 30 de la Ley de Sociedades Comerciales. Agrega que es de buen criterio entender que el legislador al prescribir que la unión transitoria de empresas no constituye una sociedad, ha procurado, principalmente, establecer que no le es aplicable el art. 30 de la Ley de Sociedades Comerciales (reiterado en *Concentración Societaria*, Buenos Aires, 1984, p. 415).

bran un Contrato Operativo⁵ de acuerdo con los términos usuales en la industria petrolera.

Este contrato ha generado una serie de controversias legales respecto de su uso en nuestro país. La primera de ellas fue que el artículo 30 de la Ley de Sociedades Comerciales no permite a las sociedades anónimas formar parte de otro tipo de sociedades que no sean por acciones, con lo cual no tienen permitido participar en *partnership*. Esta prohibición se aplicaría también a la participación para una sociedad accidental o un *joint venture* (Contrato Operativo).

Aun antes de la sanción de la ley 22.903/83⁶, esta restricción había sido levantada para la industria petrolera en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Contratos de Riesgo, 21.778/78, que expresamente excluye de la prohibición antes indicada cuando se refiere a las actividades relacionadas con la exploración y explotación de hidrocarburos⁷.

⁵ El tema se desarrollará en el Capítulo IV.

⁶ La ley 22.903/83 incluyó en los arts. 367 y siguientes de la Ley 19.550 los contratos de colaboración empresaria (agrupaciones de colaboración y uniones transitorias de empresas).

⁷ El art. 24 de la Ley 21.778/78 dispone: "Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 19.550 los contratos de asociación, sociedades accidentales y toda otra forma de vinculación o participación, que celebren las sociedades anónimas o en comanditas por acciones —sea entre sí o con empresas estatales— con el objeto de desarrollar tareas de exploración y explotación de hidrocarburos".

Capítulo III

LOS "JOINT VENTURES" Y LAS UTES

1) *Introducción*

Probablemente el más común de todos los *joint ventures* y uno de los que más frecuentemente se encuentra en litigio es el que se refiere al descubrimiento, explotación y desarrollo de hidrocarburos.

Debemos destacar la ambigüedad y las confusiones que el concepto de *joint venture* ha causado en el Derecho Comparado. Pero en nuestro trabajo nos limitaremos a aquel acuerdo que algunos autores denominan "contratos de operación conjunta"¹ o contratos operativos utilizados en la actividad petrolera.

Los que se organizan para una explotación unificada de un yacimiento de hidrocarburos son titulares de "derechos concurrentes" (*pro indiviso*) de un yacimiento, cotitulares de un derecho sobre éste. Estos contratos que se originaron con explotaciones mineras, han sido desarrollados por la industria petrolera y han sido adoptados por la mayoría de las industrias extractivas.

En las industrias extractivas, en particular la petrolera, el término *joint venture* alude a ciertas formas específicas de vinculación cuyos contornos debían ser tenidos siempre en cuenta porque de allí derivaban importantes consecuencias respecto de las obligaciones y responsabilidades de los partícipes.

Los orígenes del *joint venture* en Estados Unidos se remontan al siglo pasado. Pero, a partir de allí, el avance es muy rápido y se encuentran centenares de casos que se refieren desde las situaciones más simples hasta las de mayor complejidad.

2) *Intentos de clasificación*

Tomaremos la siguiente clasificación de las formas de cooperación entre empresas independientes²:

Métodos Verticales: incluiríamos a manera de ejemplo los contratos de concesión, agencia, distribución, contratos que establecen precios fijos de reventa y los contratos de licencia.

Métodos Horizontales: abarcarían los contratos que celebran las empresas a fin de coordinar sus actividades, producción o comercialización. Los *joint ventures* son un típico ejemplo de cooperación horizontal.

¹ Ver SERGIO LE PERA, *Joint venture y sociedad. Acuerdos de Coparticipación Empresarial*, Editorial Astrea, 1984, p. 83, y GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS y JULIO ALBERTO KELLY, *Contratos de Colaboración Empresarial*, Heliasta, 1987, pp. 104 y siguientes.

² Ver LE PERA, *op. cit.*, p. 206 y siguientes.

Dentro de los *joint ventures* podemos efectuar la siguiente clasificación:

- a) *Incorporated joint ventures*
- b) *Non Incorporated joint ventures*
 - b.1.) *Joint Venture strictu sensu*
 - b.2) Consorcios

a) El *Incorporated Joint Venture* será aquel *joint venture* que se instrumenta mediante la formación de una subsidiaria común, generalmente una nueva sociedad *ad hoc*, constituida por las "empresas asociadas" generalmente utilizado en el campo de la industria manufacturera.

b) El *Non Incorporated Joint Venture* será aquel *joint venture* en el que la organización se limita a un vínculo contractual entre las partes intervinientes. Dentro de este grupo podremos distinguir el *Joint Venture strictu sensu* según la estructura que se utiliza en la industria petrolera y minera y el *Consorcio*, cuyas modalidades asumen formas muy amplias y se adecuan a cada proyecto en particular.

Las características comunes de ambas figuras son las siguientes:

- la naturaleza *ad hoc* de la organización,
- su vinculación a un proyecto determinado y
- el hecho que las partes intervinientes continúan compitiendo entre sí en todas las demás áreas, excepto el proyecto particular en el que han resuelto unir sus esfuerzos. Este derecho de competir es celosamente defendido por las partes.

Nos concentraremos en los *Joint Venture strictu sensu* utilizados en la actividad petrolera en general, preponderantemente en la exploración y explotación de hidrocarburos y algunas modalidades usuales en la perforación y servicios de pozos. Como mencionáramos, al solo efecto metodológico denominaremos a tales acuerdos como "Contratos Operativos"³.

3) *Características Principales*

Consideramos que, dada la naturaleza jurídica de la relación establecida por un *joint venture* estos contratos no constituye una "sociedad" o "asociación" en razón de que no hay búsqueda de utilidad común, sino un esfuerzo común para obtener producción⁴. Se trata, sin embargo, de un "contrato de organización".

Si bien los *joint ventures* se deben entre sí la más estricta lealtad ("relación fiduciaria") en cuanto al negocio por el cual se han vinculado, conservan libertad

³ Usualmente denominados en la voz inglesa *Operating Agreements*.

⁴ LE PERA, *op. cit.*, p. 99.

para continuar compitiendo en todos los otros proyectos para los que no se han unido y de hecho frecuentemente lo hacen.

El requisito de "búsqueda de utilidad común", indispensable para una asociación, no aparece cuando los *co-ventures* se reservan el derecho de tomar la producción en especie y comercializarla individualmente.

En tales casos habrá por lo menos potencialmente resultados económicos distintos para cada uno de los participantes según sea su aptitud para comercializar la producción que tomen en especie, el uso que le den a la misma (por ejemplo, el procesamiento en sus propias refinerías) y el precio final que obtengan.

Los "contratos de operación conjunta" en las industrias extractivas, en que las partes acuerdan repartirse la producción "en especie" y retienen el derecho a comercializarla por separado nos colocan en el umbral del negocio asociativo, al presentarnos "contratos de organización" ("contratos plurilaterales", "negocios colectivos" en terminología del *Civil Law*) que sin embargo, no constituirían sociedad o asociación, dado que —se dice— no se persigue en ellos una "utilidad común", sino solamente una "producción común".

Se dan una variedad de situaciones en que dos o más personas, generalmente corporativas, se organizan para una empresa común de modo tal que sea una de ellas quien realice la gestión (el denominado "operador"), permaneciendo los demás como suministradores de capital aunque con participación (voz y voto) en las decisiones principales.

4) *Los contratos de colaboración empresarial*

El creciente desarrollo del contrato de *joint venture* se debe a que se lo considera como un "instrumento idóneo para la mejor organización de más actividades integradas, en dirección a la persecución de un negocio de intereses comunes, 'sin concentrarse en el ejercicio en común de una actividad económica'⁵". Énfasis agrgado.

La aclaración final del párrafo anterior resulta sumamente ilustrativa como reveladora del verdadero *ánimus* que caracteriza a la modalidad de operaciones empresarias como las que analizamos. Ante la inexistencia de *affectio societatis* en la generalidad de los agrupamientos colaborativos de empresas, encontramos que a dicha figura del derecho societario la sustituye el *ánimus cooperandi*, de allí consideramos que se deduce toda la posición de que tales agrupamientos no son sujetos de derechos⁶.

⁵ ANDREA ASTOLFI, *El Contrato Internacional de Joint Venture*, Depalma, 1983, p. 1.

⁶ A pesar de que nuestra legislación fiscal —haciendo caso omiso a lo dispuesto en el art. 377 de la Ley 19.550—, considera estos agrupamientos como personas sujetos pasivos del impuesto (entre otros del Impuesto a las Ganancias y del IVA, cfr. ley 23.349, art. 4º según texto reformado por ley 23.765 y Resolución 8/90 de la Secretaría de Hacienda de la Nación).

La característica básica que diferencia al contrato de *joint venture* del contrato de sociedad⁷ es que no tiene por efecto la creación de un ente diferente de las partes que lo celebran.

Esta característica distintiva de tales agrupamientos es reconocida expresamente en la ley 22.903. En la exposición de motivos de la Comisión de Juristas designada para llevar a cabo tal reforma⁸, al referirse a las "agrupaciones de colaboración"⁹:

"La incorporación del instituto permite entonces, posibilitar la cooperación o colaboración entre empresarios, constituyendo asimismo una primera etapa hacia formas más complejas o extensas de complementación, manteniendo intacta la personalidad y la autonomía de los participantes"¹⁰. Énfasis agregados.

Y agregó dicha Comisión con referencia a las "uniones transitorias de empresas"¹¹:

"La Comisión consideró oportuno estructurar un régimen, también contractual, que contemplara la reunión de empresas en forma transitoria con la finalidad de reagrupar los recursos propios para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, 'sin que dicha relación conlleve a la creación de una nueva empresa'... Como en el contrato de la agrupación, también aquí 'se excluye la condición de sujeto de derecho...' Énfasis agregados.

7 ENRIQUE ZALDÍVAR, RAFAEL M. MANÓVIL y GUILLERMO E. REGAZZI, en *Contratos de Colaboración Empresarial* (Buenos Aires, 1989), al sintetizar los caracteres de las uniones transitorias de empresas y dejar fijados sus conceptos reiteran que no se trata de una sociedad ni de un sujeto de derecho, esto sin perjuicio de la peculiar normativa de la ley bien diversa, dicen de la societaria en cuanto a las responsabilidades de sus participantes frente a terceros, régimen de administración, régimen de sus bienes, y cuentas, etc. (p. 89). "Es conveniente determinar las diferencias de substancia entre las sociedades tipificadas en la ley de la materia y, por otra parte, las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresa. Ello particularmente porque se ha vertido alguna opinión doctrinaria según la cual el art. 1º de la ley daría una definición excesivamente amplia de *sociedad*, con el alcance de comprender en la misma todo contrato que importe formar una organización empresarial común. Desde luego disentimos con este criterio..." (p. 95). "En breve síntesis, agregar la naturaleza de los contratos de colaboración empresarial en sus dos versiones, difieren substancialmente de los que corresponden a las sociedades mercantiles, se tomen éstas genéricamente o con relación a cada uno de sus tipos". La confusión no es posible (p. 99) en cuanto éste ha sostenido sobre la semejanza entre la UTE y el contrato de *sociedad* (p. 175). Es por otra parte importante destacar que al analizar el art. 30 de la Ley de Sociedades Comerciales expresan que la referencia que hice en la exposición de motivos de la ley 22.903 puede interpretarse como una de las razones o motivos determinantes de la regulación de los contratos de colaboración empresarial en el ordenamiento societario. A juicio de estos autores tal incorporación no debe encontrarse en el criterio de la superación de la incapacidad que contiene..."

8 La Comisión de Juristas estuvo constituida por la Resolución del Ministerio de Justicia, Nº 72, del 15-2-83 e integrada por los Dres. Jaime Anaya, Enrique Manuel Butty, Horacio P. Fargosi, Raúl A. Etcheverry, Juan Carlos Palermo y Enrique Zaldívar.

9 Capítulo II, de la Sección I, de la Ley de Sociedades Comerciales.

10 Acápites 8, Capítulo III, Sección I de la Ley de Sociedades Comerciales.

11 Capítulo III, de la Sección II, de la Ley de Sociedades Comerciales.

Con la sanción de la ley 22.903 se da por finalizada la rivalidad doctrinaria que discutía si tales agrupaciones tenían carácter societario o contractual¹² —a pesar de haberlas incluido paradójicamente en la misma Ley de Sociedades Comerciales. Obviamente dejamos de lado los denominados *incorporated joint ventures*, que por expreso deseo de las partes adoptan forma societaria.

Reconoce la doctrina que es usual que el carácter contractual de la relación derive intencionalmente de las partes intervinientes. Al respecto, dice Astolfi¹³ que “la convención del contrato de *joint ventures* está motivada, en la generalidad de los casos, en la propia voluntad de los contrayentes de convenir en una relación de colaboración que quiere excluir una relación social”.

En el artículo 377 de la Ley de Sociedades Comerciales encontramos una de las modalidades más comunes del *joint ventures*, cuando se refiere a las UTE. Dicha norma establece:

“...Las sociedades constituidas en la República y los empresarios individuales domiciliados en ella podrán mediante un contrato de unión transitoria reunirse para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio, o suministro concreto, dentro o fuera del territorio de la República. Podrán desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal... No constituyen sociedades ni son sujetos de derecho. Los contratos, derechos y obligaciones vinculados con su actividad se rigen por lo dispuesto en el artículo 379”.

Concluimos que la UTE, ahora tipificada como forma contractual en la Ley de Sociedades Comerciales, constituye una de las clases de *joint ventures*, cuya naturaleza de “contrato” le quita el carácter de “sujeto de derecho” por expresa disposición legal.

5) La Tipicidad de las Uniones Transitorias de Empresas

Los artículos 377 a 383 de la Ley de Sociedades Comerciales han introducido en nuestra legislación una nueva figura “típica”, el contrato de UTE, para cuyo funcionamiento en ese carácter la ley establece una serie de requisitos y formalidades, los que de ser cumplidos en la forma exigida por la ley, configurarán el contrato previsto.

Debemos notar que la “tipicidad” que le otorga el legislador a la relación es de carácter “contractual”, no societaria¹⁴, que se afirma en la clara dispo-

¹² JUAN C. CASSAGNE, en *Los Consorcios o Uniones Transitorias de Empresas en la Contratación Administrativa* (ED, 106-787), expresa que la modificación de la ley 19.550 viene a resolver definitivamente la cuestión inherente a la naturaleza jurídica de los consorcios, no considerándolos sociedades ni sujetos de derecho. Se trata, dice, de una unión transitoria de empresas que nace de un contrato de colaboración, “dotada de cierta subjetividad procesal”.

¹³ ASTOLFI, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴ GUILLERMO DE LAS CUEVAS y JULIO A. KELLY, en *Contratos de Colaboración Empresarial*, Buenos Aires, 1987, expresan que desde el ángulo de las normas que resultan similares a la regulación legal de las dos figuras debe destacarse que conforme la caracterización, de la Ley de Sociedades Comerciales hace de ellas, ambas constitui-

sición del citado artículo 377, cuando establece que las UTE no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho¹⁵.

Esta concepción no es original sino que sigue la tradición de la jurisprudencia norteamericana¹⁶, en especial en el fallo "Aiken Mills vs. U.S.", donde la figura del *joint venture* fue definida como una combinación especial de dos o más personas quienes, en un determinado negocio específico, persiguen en conjunto una utilidad sin ninguna sociedad real o designación corporativa alguna¹⁷.

6) El Contrato Atípico de Joint Venture

Como hemos mencionado precedentemente, con la ley 22.903 ha ingresado a nuestra legislación un nuevo contrato tipificado que contempla una forma determinada de *joint ventures*, las UTE.

No advertimos en nuestra legislación la obligatoriedad de sujetarse a las disposiciones de la citada Sección II del Capítulo III de la Ley de Sociedades

riau, normalmente, sociedades comerciales, pues pese a una redacción algo confusa, esta posición es reconocida implícitamente por la exposición de motivos de la ley 22.903 de no ser porque la ley se encarga de apartarlas expresamente de esta calificación (p. 8). Luego al ratificar esta conclusión agregan: ya se ha analizado detalladamente la posición de que los contratos de colaboración empresarial presentan normalmente todos los elementos propios de las sociedades comerciales y que sólo quedan excluidos de la calificación societaria en virtud de la expresa declaración legal y que sobre esta base, el que forme una sociedad comercial o un contrato de colaboración empresarial dependerá fundamentalmente de la declaración de las partes al momento de crear la organización correspondiente".

¹⁵ SERGIO LE PERA (en *Joint Venture y Sociedad*, Buenos Aires, 1984, p. 168), expresa: "La Ley declara que la unión transitoria no es un sujeto de derecho. Sin embargo, ella presenta por lo menos los signos exteriores de tales... En algún sentido podríamos decir, como conclusión, que la figura de las uniones transitorias de empresas consiste en la introducción de un exorcismo por el cual, si se pronuncian las palabras justas *unión transitoria de empresas* en el lugar apropiado (*Registro Público de Comercio*) quedan conjuradas las asechanzas de las nociones de *sociedad y sujeto de derecho*, y esto como medio para levantar veladamente la prohibición que se considera contenida en el art. 30 de la Ley de Sociedades Comerciales" (cfr. *op. cit.*, p. 184). En Sistema de Derecho Societario (LL, 1985-738, Sección Doctrina) dice más concretamente que lo que caracteriza a la UTE no es su objeto ni su forma, sino su nombre pero que para estos efectos es necesario la inscripción registral. "Al establecer formalidades constitutivas para una relación jurídica estamos automáticamente obligados a plantearnos el status de aquellas que no contemplan" de lo que concluye que las UTE no registradas debe considerárselas sociedades de hecho, irregulares o atípicas, y además nulas si participa en ellas alguna sociedad anónima o en comandita por acciones. "Esta conclusión —agrega— lleva a irritantes consecuencias y además crea ciertas molestias doctrinarias, porque significa admitir llanamente que la inscripción registral bajo el nombre de UTE elimina la naturaleza de *sociedad y de sujeto de derecho* en acuerdo que de otra manera lo tendrían". Pero, no obstante, concluye que: "La afirmación de que la UTE no es un sujeto de derecho, sólo puede ser entendido en el sentido que ella no lo es *per se*, es decir no toda UTE por llamarse tal constituye un sujeto de derecho. Para saber si lo es o no habrá que considerar el contenido específico de sus estipulaciones".

¹⁶ Ver fallos citados por Astolfi, *op. cit.*, p. 41.

¹⁷ "Aiken Mills vs. U.S.", (144 F. 2d. 23 - 4th. - Circ. 1944.)

Anónimas para que pueda existir un *joint venture*¹⁸. Si bien la tipicidad emergente del nuevo régimen implica la existencia de normas específicas para el contrato de UTE, nada obsta en nuestra opinión, a que —de resultar ello voluntad de los *co-venturers*¹⁹ puede apartarse de dichas disposiciones.

Así todo aquel que no encuadre en los aspectos de fondo y de forma requeridos ahora por la ley 22.903, constituirá otra creación de las partes dentro del amplio espectro de la autonomía de la voluntad en actos jurídicos que podrán tener objeto lícito.

Al producirse dicho apartamiento de la figura contractual prevista en la ley, las partes caerían en la configuración de un contrato *atípico* —que no sería de UTE— pero no por ello dejaría de revestir las características que universalmente califican a los *joint venture* en función de sus modalidades operativas y de desenvolvimiento empresario²⁰.

¹⁸ De hecho la Ley de Contratos de Riesgo, 21.776 en su artículo 24 exceptúa de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 19.550, a los contratos de asociación, sociedades accidentales y toda otra forma de vinculación que celebren Sociedades Anónimas —sea entre sí o con empresas estatales— con el objeto de desarrollar tareas de exploración y explotación de hidrocarburos.

¹⁹ Empresas participantes en el emprendimiento colaborativo.

²⁰ ENRIQUE SCALONE, "Los Consorcios de Empresas: su tratamiento fiscal frente a las recientes modificaciones legales", *Revista La Información*, Tomo I, junio 1984, ps. 24-25.

Capítulo IV

LOS CONTRATOS OPERATIVOS PETROLEROS

1) *Introducción*

Analizaremos en este capítulo las modalidades usuales que se establecen en los "contratos operativos" en la industria petrolera, básicamente en lo que se refiere a las actividades relacionadas con la exploración y explotación de hidrocarburos.

2) *Las Partes*

En los Contratos Operativos la decisión de una cantidad de materias es usualmente "reservadas a las partes" del contrato, lo cual en la práctica significa que se requiere unanimidad y que los representantes de las partes en el Comité Operativo no están facultados para resolver dichas cuestiones.

A manera de ejemplo se excluye expresamente a los representantes de las partes ante el Comité Operativo, por la sola designación en tal función, la posibilidad de representar a las partes para modificar el Contrato Principal. Es usual también que las partes se reserven todos los derechos que expresamente no son delegados en el Contrato Operativo o en el Operador.

Algunos Contratos Operativos expresamente disponen que todas las responsabilidades restantes no delegadas en el Comité Operativo o en el Operador recaen sobre las partes, agregándose que ni el Comité Operativo, ni el Operador, ni ninguna de las partes puede asumir la representación de las otras, para proponer renegociaciones en los términos y cláusulas de contratos con terceros (incluido el Contrato Principal).

3) *El Operador*

Varias técnicas de producción de hidrocarburos sólo son aplicables si el yacimiento es explotado como una unidad. Tal el caso de la recuperación secundaria que consiste en la presurización del yacimiento mediante la inyección de agua o gas en la estructura para provocar el desplazamiento de hidrocarburos hacia los pozos productores.

Para posibilitar este tipo de explotación única se celebra un llamado acuerdo de unificación (*unitization agreement*) por el cual cada uno de los titulares de la totalidad de los derechos mineros sobre una parte del reservorio cede estos derechos por un porcentaje de participación en la explotación unificada.

Aparece así la figura del "Operador" que realiza la explotación sujeto a cierta forma de control que los cedentes se reservan.

A uno de los participantes se lo designa como "Operador" y éste realiza las tareas con sus propios equipos y personal o con los de los otros participantes o terceros contratados por él. Para todos los efectos el Operador actuará en nombre propio y también en representación de los no-operadores.

También se utilizan en la industria petrolera sistemas de financiación donde la entidad que financia se reserva el derecho de remover al Operador y de designar otro, en los casos de incumplimiento del contrato de préstamo.

En los Contratos Operativos habitualmente se establece que una de las partes se desempeñará como Operador, con funciones comparables a las del socio administrador en una sociedad en participación. Generalmente se establece que la actuación del Operador, ya sea en forma directa o a través de terceros¹ las realiza en su calidad de gestor, actuando como mandatario de las partes y realizando todas las operaciones por cuenta y orden de éstas.

Merece destacarse que puede desempeñarse como Operador un tercero respecto del Contrato Operativo, incluyendo en algunos casos alguna sociedad² constituida *ad hoc* por los partícipes para desempeñarse como Operador y que resultará tercero respecto de las partes del Contrato Operativo.

El Operador será el titular de los bienes y realizará las operaciones por intermedio de su propio personal o del de sus contratistas. El tendrá a su cargo la responsabilidad de llevar adelante la operación y —en el caso que las partes hayan decidido constituir una UTE— tendrá la representación de la misma en los términos del art. 379 de la ley 19.550³.

En ciertos y determinados aspectos específicos el Operador se encuentra sujeto a las decisiones de un denominado Comité Operativo⁴ integrado por representantes de las partes que generalmente tienen un derecho de voto proporcional a su porcentaje de participación o de interés.

El Comité Operativo controla el desempeño del Operador fundamentalmente a través de la aprobación del Presupuesto Operativo⁵, que implica la aprobación de las actividades que se desarrollarán durante un plazo determinado. El límite de las facultades del Operador está dando por los gastos autorizados en un presupuesto aprobado por el Comité Operativo.

En los Contratos Operativos se establece una detallada descripción de las funciones y obligaciones del Operador, entre las que merecen destacarse las siguientes: la defensa del interés común de las partes, ejecutar las decisiones del Comité Operativo, la guardia, custodia, mantenimiento y conservación de la propiedad común, ejecutar por sí o a través de terceros las operaciones comunes, cumplir las obligaciones y ejecutar los derechos comunes resultantes del Contrato Principal, facturar y percibir las sumas debidas de acuerdo con el Contrato Principal⁶, efectuar los gastos y distribuir los ingresos y, por último, intervenir en la liquidación y partición de la propiedad común.

¹ Habitualmente se subcontratan varios servicios con empresas especializadas (v.gr., perforación, reparación y terminación de pozos, construcción de oleoductos, etc.).

² Generalmente una sociedad anónima.

³ Merece destacarse que en algunos casos la Inspección General de Personas Jurídicas ha cuestionado al Operador como el Representante exigido por el art. 379, Ley 19.550. Actualmente acepta que el Operador es el representante exigido legalmente.

⁴ Ver apartado 4 de este Capítulo IV.

⁵ Ver apartado 6 de este Capítulo IV.

⁶ Aunque también es utilizada con frecuencia la cobranza por cada una de las partes o mediante la correspondiente cesión a través de una entidad que financia el proyecto.

Usualmente el personal afectado directamente a las operaciones comunes es empleado por el Operador y el costo se debita directamente de la cuenta común; los niveles gerenciales se debitarán en concepto de *overhead*, de acuerdo con las disposiciones que se establecen en un Apéndice Contable.

En lo que respecta a la limitación de responsabilidad del Operador se establecen *standards* de actuación referidos a "las técnicas generalmente seguidas en la industria" y a las "buenas prácticas de ingeniería petrolera", limitando su responsabilidad a su actuación de buena fe y a las reglas del administrador de intereses ajenos. El Operador llevará a cabo todas las operaciones autorizadas en total acuerdo con las reglas del arte y siguiendo las prácticas petroleras reconocidas.

Sujeto a las instrucciones del Comité Operativo y a los términos del Contrato Operativo, el Operador deberá tener control y manejo exclusivo de todas las operaciones que se realicen en el área contrato.

La responsabilidad del Operador se ve limitada por estipulaciones que disponen que éste no será responsable ante los no-operadores por los daños que debiesen soportar como consecuencia de cualquier acto realizado o que fuese omitido por el Operador en la ejecución de las operaciones o subcontratistas en los servicios que presten al Operador para tales operaciones, salvo en la medida en que el acto u omisión fuesen provocados por "culpa grave" de cualesquiera de su personal.

A la "culpa grave" se la define como toda conducta incorrecta y temeraria que equivalga a una absoluta imprevisión de las consecuencias evitables, previsibles y dañosas de esa conducta; también se entenderá por "culpa grave" toda actitud dolosa o de mala fe.

En el caso de renuncia del Operador, se le exige que debe dar un aviso a las partes no-operadoras con una cierta anticipación.

En lo que se refiere a las causales de remoción del Operador las más usuales son las siguientes:

- a) casos de incumplimiento por el Operador de sus deberes y obligaciones. En algunos casos se dispone la remoción del Operador si no enmienda su incumplimiento, de inmediato y en forma diligente, dentro de un plazo que se establezca posterior a recibir la notificación de un no-operador en donde indique el incumplimiento y se solicite al Operador la corrección del mismo y hubiera un voto afirmativo equivalente a un porcentaje de participación preestablecido en el Contrato Operativo.
- b) casos en que los no-operadores soliciten el cambio del Operador, para lo cual se requieren mayorías especiales en el Comité Operativo.

Para la designación del nuevo Operador en los casos de remoción o renuncia, se establecen mayorías especiales; teniendo en cuenta que el Operador que haya renunciado o fuese removido no votará para sucederse a sí mismo y seguirá en el cargo hasta que se designe un nuevo Operador.

En las UTEs petroleras inscriptas, el Operador es designado por la UTE como apoderado de las partes, para desempeñarse como su representante y realizar todas las gestiones ante terceros, salvo que algún no-Operador haya manifestado su intención de representarse a sí mismo.

En algunos casos se establece una retribución para el Operador por su desempeño, cuya determinación se efectúa en el Apéndice Contable⁷.

Se detallan también las causales de cesación del carácter del Operador (renuncia, disolución, falencia, incumplimiento, etc.) y las maneras en virtud de las cuales las partes o el comité operativo (de acuerdo con lo dispuesto en cada contrato específico) designará un nuevo Operador.

En caso de que en cualquier momento un Operador no contara con un presupuesto aprobado, se lo faculta para continuar con los actos necesarios para el adecuado cumplimiento del Contrato Principal y la adecuada conservación de la propiedad común.

Asimismo, se arbitran los procedimientos gerenciales para permitirle al Operador una rápida y flexible administración, sin necesariamente precluir los derechos de las demás partes de participar en las decisiones del Comité Operativo.

En el caso de las UTEs "petroleras", en el documento constitutivo se designa como representante de la UTE a una de las partes —la cual también se desempeñará como Operador— facultándola a ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hicieran al desarrollo y ejecución de las operaciones según las instrucciones que reciba a través del Comité Operativo.

Para ejercer esa representación la parte designada como representante (y Operador) deberá otorgar un poder especial a una persona física, con las facultades necesarias para el cumplimiento del objeto de la UTE. Para los casos de remoción, renuncia, incapacidad o muerte de la persona física designada por el representante de la UTE, la misma será reemplazada por la persona que la empresa representante designe.

Sólo los actos efectuados frente a terceros por los mandatarios o apoderados así nombrados se considerarán oponibles a la UTE y las consiguientes obligaciones y responsabilidades serán asumidas por la misma.

Ningún otro miembro u otra persona que no esté válidamente apoderado para actuar en nombre y representación de la UTE, podrá contratar con terceros o actuar frente a terceros; en el caso de que esto ocurriera y no sobreviniera la ratificación de todas las partes, las consecuencias no serán oponibles a la UTE.

Es importante aclarar que el Operador es una figura eminentemente técnica, quien conoce y realiza el manejo de las operaciones, respondiendo a las directivas y decisiones del Comité Operativo, órgano máximo de la UTE. El

⁷ Ver apartado 9 de este Capítulo IV.

representante es una figura legal, es un mandatario de las partes que constituyeron la UTE, obligando a ésta frente a terceros.

Generalmente en las UTEs de este tipo, ambas calidades, Operador y representante, recaen en la misma persona, porque así lo exige el tipo de operaciones y la práctica petrolera habitual, local e internacional.

4) El Comité Operativo

Los contratos operativos organizan generalmente un "Comité Operativo" integrado por representantes de las partes, cuya principal función es aprobar el presupuesto anual y tomar otras decisiones, generalmente listadas de manera taxativa, que se consideran de importancia especial para el proyecto de que se trate.

Las decisiones se toman de manera colegiada por alguna mayoría que se especifica en el Contrato Operativo. Cada parte tiene un derecho de voto que es por lo común igual a su porcentaje de participación en el proyecto. En ocasiones se acumulan los requerimientos de un porcentaje de participación y el voto de un número mínimo de participantes.

Las decisiones más importantes son "reservadas por las partes"⁸ y no se delegan al Operador ni al Comité Operativo, con lo cual se indica que ninguna de ellas se verá obligada por una decisión de las demás y que su propio representante ante el Comité Operativo no tiene capacidad, por el solo hecho de serlo, para comprometerla en esas materias.

El Operador atiende los gastos únicamente con las sumas que todas las partes a su requerimiento⁹ anticipan para ese fin en proporción a sus respectivos porcentajes de participación.

Pueden existir acuerdos financieros entre las partes (*carry over*) por los cuales una anticipe las sumas que corresponde a otra y se cobrará, con más un premio, de la parte de la producción que le corresponda a ésta.

El incumplimiento de la obligación de contribuir a los fondos es por lo común severamente sancionado, incluida la pérdida de participación del incumplidor en beneficio de las demás partes. Claro que si el proyecto por cualquier motivo no es rentable esta sanción es puramente teórica, de ahí que aplicarla o no quede a opción de las otras partes.

Todas las sumas contribuidas por las partes se registran en la llamada "cuenta común"¹⁰ (*joint account*). En ésta se registran también todos los gastos hechos por el Operador de acuerdo con el Contrato Operativo.

⁸ Ver el primer apartado de este capítulo.

⁹ Los pedidos de fondos que efectúa el Operador a los no-operadores se denominan *cash calls* o Pedidos de Contribución.

¹⁰ Ver apartado 7 de este Capítulo IV.

El Operador tiene la "custodia" (pero se considera que no la "propiedad", según el lenguaje contractual corriente) de toda la producción de hidrocarburos obtenida, que cada una de las partes tiene el derecho de tomar "en especie" en la proporción de su participación. Cuando las partes de hecho ejercitan su derecho para tomar la producción en especie las modalidades se regulan en un contrato separado llamado *Lifting Agreement*. Las autorizaciones dadas al Operador por algún no-operador para que tome y disponga de su parte de la producción son siempre revocables.

Aunque el Operador tome y facture la producción de un no-operador y perciba su precio, no ingresa la suma a la Cuenta Común, sino que inmediatamente la entrega al no-operador.

En ciertas áreas y en ciertos temas, el Operador se encuentra sujeto a las disposiciones del Comité Operativo, integrado por representantes de las partes que, por lo común, aunque no necesariamente, tienen un derecho de voto proporcional a su porcentaje de participación.

El Comité Operativo controla el desempeño del Operador fundamentalmente a través de la aprobación del presupuesto operativo, que implica la aprobación de las actividades que han de desarrollarse durante un lapso determinado; el límite de las facultades del Operador está dado por los gastos autorizados en un presupuesto aprobado.

Es usual retener en el Comité Operativo la aprobación de los contratos que celebrará el Operador y cuyo costo exceda una suma predeterminada o que se establece periódicamente.

Como mencionáramos, para procurar la ordenada supervisión y dirección de las Operaciones Comunes, se establece la constitución de un Comité Operativo integrado por representantes de las partes, quienes votarán en proporción al porcentaje de participación que les corresponda. Generalmente el representante del Operador es el presidente.

Además de las reuniones que se convoquen a fin de aprobar los programas de trabajo y presupuestos, el Comité Operativo celebrará durante cada año calendario las reuniones que fueran necesarias para operar eficientemente.

Se establece el quórum y las mayorías necesarias para tomar las decisiones; para las decisiones más importantes en algunos casos se requiere unanimidad.

5) *Las Contribuciones y las Participaciones*

Las partes contribuyen —por lo general mensual o periódicamente— a los gastos presupuestados y tienen el derecho de tomar en especie su parte en la producción (cuando existe tal producción) y a comercializarla en la forma que estimen más conveniente o a un porcentaje equivalente a su participación de los ingresos derivados del Contrato Principal y de las Operaciones Comunes.

Este derecho puede ser ejercido encomendando al Operador que disponga de tal cuota de la producción en representación de la parte; sin embargo, y a fin de evitar la semejanza con una sociedad, el poder otorgado al Operador es revocable. En esta organización toda la producción (o todos los ingresos resultantes de su comercialización) es recibida por las partes, quienes reembolsan al Operador todos los gastos incurridos por éste para realizar las operaciones comunes bajo el presupuesto aplicable.

Las partes entre sí soportarán, en proporción a sus porcentajes de interés, todos los costos y gastos que resulten del cumplimiento de las operaciones en o relacionadas con el área contractual.

6) *El Presupuesto Anual y el Programa de Trabajos*

Generalmente la gestión del Operador está sujeta a un "presupuesto anual" que se basa en un programa de trabajos para dicho período.

Este presupuesto anual constituye el límite de lo que el Operador puede gastar durante el período o, en todo caso, el límite de las contribuciones que puede requerir de los no-operadores.

A los efectos de flexibilizar la rigidez de esta restricción especialmente en relación con obras que deben ejecutarse por una obligación contractual o legal, dentro de los límites del presupuesto el Operador contrata e incurre en gastos sólo de acuerdo con su criterio ejercido de buena fe, salvo que en el contrato se hayan establecido formalidades especiales para contrataciones de particular importancia en el proyecto.

Cuando se dan situaciones en las cuales la confección de un presupuesto no resulta práctica, como ocurre en un proyecto de exploración en el que las decisiones sobre las próximas tareas deben revisarse rápida y continuamente en función del último conocimiento adquirido; cuando esto ocurre la habilitación al Operador para que incurra en gastos es dada mediante un documento conocido por su denominación inglesa: AFE¹¹.

Las modalidades contractuales permitirán combinar ambos procedimientos (presupuesto anual y programa de trabajos con el AFE) y requerirse, dentro del marco de un presupuesto anual, un AFE para las contrataciones de mayor monto o significación.

En los casos en que las partes son empresas dedicadas a la exploración y explotación de hidrocarburos ("oil companies"), los Contratos Operativos generalmente establecen que las partes deben intercambiarse toda la información geológica y geofísica que cada uno de ellos tenga referente al área contractual de que se trate, y respecto de la cual no se encontraren impedidos de suministrar. Esta información continúa siendo de propiedad de la parte que la provee.

¹¹ *Authorization for Expenditures* (solicitud de autorización para gastos).

Corresponde al Operador presentar al Comité Operativo para su consideración el programa de trabajo propuesto y un presupuesto generalmente anual.

Los programas de trabajo y presupuestos aprobados y sus modificaciones o revisiones, cuando estuvieren aprobados, obligarán a todas las partes y constituirán la autorización al Operador para realizar los programas de trabajos e incurrir en los gastos allí contemplados, siempre sujeto a las limitaciones que generalmente tiene el Operador respecto de aprobaciones exigidas para asumir determinados compromisos.

El Operador no puede enmendar ni modificar ningún programa ni presupuesto aprobado existente sin la aprobación del Comité Operativo. Generalmente los montos aprobados en un presupuesto permiten al Operador un margen de maniobra hasta cierto porcentaje (v.gr., 10 % en más) o hasta ciertas sumas fijas, la que sea menor, siempre manteniendo el Operador el derecho de gastar sumas adicionales en el caso de emergencias.

Generalmente se establece que el Operador deberá someter a previa aprobación del Comité Operativo o de las Partes los AFE para cada proyecto individual incluido en el presupuesto anual y debe obtener dichas aprobaciones antes de emprender determinadas operaciones¹².

Generalmente el porcentaje de participación necesario para aprobar cada una de estas AFE es el mismo que el que se requiera para aprobar originalmente el compromiso de que se trate.

En los casos de emergencia, los contratos prevén que el Operador deberá tomar las medidas e incurrir, en representación de las Partes, en los gastos que, a su criterio, fuesen apropiados o necesarios para proteger la vida de las personas o el patrimonio, al margen de que los gastos estén incluidos o no en un programa o presupuesto aprobado.

Las partes serán responsables de tales gastos conforme a sus respectivos porcentajes de participación, excepto que estos gastos estén relacionados con una "operación a riesgo exclusivo"¹³. En este caso, sólo aquellas partes que tengan participación en las operaciones por las cuales surge la emergencia, serán responsables de los gastos en proporción a sus respectivos porcentajes de participación en la operación.

Los Contratos Operativos tratan de describir las situaciones que se consideren emergencias: todo aquello que ponga en peligro la vida o patrimonio, lo que incluye pero no está limitado a incendio, explosión, descontrol de pozo

¹² V.gr. la perforación o profundización de un pozo, trabajos de reparación de pozos que excedan ciertas sumas, programas de trabajos geológicos y geofísicos que excedan determinadas sumas, construcción o compra de equipos que excedan ciertos montos, el equipamiento de pozos que exceda ciertos importes y que incluye la compra e instalación de equipos y materiales para la extracción, calentamiento, almacenamiento y otras formas de manejo de la producción o para asumir compromisos no habituales.

¹³ Ver apartado 8 de este Capítulo IV.

o contaminación. En los casos de emergencias, se establece la obligación del Operador de notificar de inmediato la actitud tomada y los gastos estimados para solucionarla.

7) La Cuenta Común

Los Contratos Operativos prevén la existencia de una cuenta común (*joint account*) que debe ser llevada por el Operador, en la cual deben asentarse los gastos incurridos por éste y las contribuciones que le efectúen las partes:

La cuenta común es complementada por un inventario de los bienes que pertenecen a la operación (la propiedad común). Cada parte capitaliza los gastos y amortiza los activos en su propio balance de acuerdo con sus propias prácticas y normas contables.

El Operador cargará a la cuenta común los costos y gastos incurridos, cargos y créditos recibidos para la exploración, desarrollo y operación del área del contrato (definidas como "operaciones comunes"), los cuales serán soportados por las partes de acuerdo con sus respectivos porcentajes de participación.

Asimismo, el Operador deberá llevar cuentas separadas para cada operación a riesgo exclusivo ("sole risk operations")¹⁴.

Para la determinación, cálculo, autorización, valuación y realización de los costos, gastos, créditos y demás elementos contables se agrega a los Contratos Operativos un anexo denominado generalmente "Apéndice Contable".

Los contratos establecen que en el caso de discrepancias entre el Apéndice Contable y el Contrato Operativo, rigen las de éste último.

Se establece un período presupuestario y contable que generalmente coincide con el año calendario, la obligación para el Operador de pagar todos los gastos y costos en que incurriese e ingresar tales débitos en la Cuenta Común o en la de riesgo exclusivo según corresponda.

Se establecen plazos (habitualmente cada 30 días) para que el Operador liquide los gastos incurridos y plazos estrictos dentro de los cuales cada parte debe cancelar tales liquidaciones.

Se prevén los casos en los cuales el Operador puede pedir adelantos a las partes para encarar los gastos comunes ("cash calls").

En algunos Contratos Operativos hemos encontrado la facultad del Operador de pedir a las partes una carta de crédito u otra garantía para asegurar la cancelación de sus "cash calls" en los porcentajes correspondientes a su participación, en los casos en que las operaciones previstas ascienden a sumas considerables.

¹⁴ Ver apartado 8 de este Capítulo IV.

8) Operaciones a Riesgo Exclusivo

Los Contratos Operativos relacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos pueden establecer la cláusula de "operaciones a riesgo exclusivo" (*sole risk operations*). En ellas se faculta a una de las partes, bajo determinadas condiciones, a explorar o desarrollar un área en particular dentro de un posible yacimiento respecto de la cual las otras partes consideran con un alto riesgo o respecto de las cuales, por diversas razones, no desean participar.

Por lo común se establece que cuando esa parte haya recuperado con lo producido por esa obra o trabajo la totalidad de su inversión con más un premio, aquéllas pasarán a ser consideradas "propiedad común" en los porcentajes de las respectivas participaciones.

Una operación a riesgo exclusivo será aquella cuyos costos no son asumidos por todas las partes en proporción a sus respectivos porcentajes de participación, por lo cual no se cargarán a la Cuenta Común sino a cuentas especiales que también son llevadas por el Operador.

9) Apéndice Contable

Los Contratos Operativos tienen generalmente un anexo que lo completa denominado "Apéndice Contable" que, entre otros temas, establece la forma de determinar los gastos directos y los indirectos (*overhead*) que el Operador está autorizado a cargar a la Cuenta Común.

10) La Producción, su Facturación y Entrega

En los Contratos Operativos relacionados con las actividades de explotación de yacimientos de hidrocarburos anteriores a la desregulación petrolera (es decir, cuando la obligación solidaria de los contratistas era extraer el petróleo y entregarlo a YPF), correspondía al Operador la tenencia y la custodia de la producción y proceder a su entrega al comitente —en este caso YPF—, efectuando la correspondiente facturación.

Actualmente con la desregulación y la libre disponibilidad de los hidrocarburos, de acuerdo con lo que resuelvan en cada caso las partes, éstas podrán tomar en especie lo producido en proporción a su Participación o por el contrario encomendar su comercialización al Operador o a un tercero.

En algunos casos el Operador está facultado por las partes para proceder al cobro de las sumas correspondientes a la producción entregada y proceder a su aplicación de acuerdo con lo dispuesto en el respectivo Contrato Operativo (pago de los compromisos y distribución a las partes en proporción a sus respectivas participaciones); en otros casos la cobranza de la producción es efectuada directamente por cada una de las partes.

11) Cesiones

Generalmente los Contratos Operativos establecen que la cesión total o parcial de participaciones entre partes, debe contar con el acuerdo de las demás, quienes podrán ejercer un derecho de preferencia para adquirir los derechos cuya cesión se propone (*right of first refusal*).

En lo que respecta a la cesión a sociedades controladas o controlante de la cedente (generalmente se define la voz: "afiliada"), se establece que no se requiere acuerdo alguno, debiendo continuar la cedente como responsable solidaria de la cesionaria, o se efectúa bajo la condición de que la respectiva situación de control se mantenga mientras esté vigente el Contrato Operativo.

En todos los casos de transferencias de participación tanto del Contrato Principal como del Contrato Operativo, el cedente permanece obligado por todas las responsabilidades emergentes de la participación cedida o transferida, salvo resolución en contrario de todas las partes.

Obviamente las disposiciones previstas respecto de las cesiones en el Contrato Operativo deberán ser concordadas con las disposiciones pertinentes del Contrato Principal.

12) Duración del Contrato Operativo

El Contrato Operativo tendrá igual duración que el Contrato Principal. Luego de concluido por cualquier motivo el Contrato Principal, el Contrato Operativo regirá la liquidación y partición de la propiedad común.

13) Responsabilidad Solidaria e Incumplimientos

Cuando el Contrato Principal o las entidades financieras para el otorgamiento de préstamos, exigen la responsabilidad solidaria, el Contrato Operativo establece que cada parte responderá sólo en proporción a su respectiva participación.

Generalmente las partes de un Contrato Operativo son responsables mancomunada y solidariamente frente a YPF de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato Principal. Como consecuencia de ello en el caso de que una parte se encuentre en incumplimiento bajo lo dispuesto por el Contrato Operativo, los otros *joint venturers* están obligados a adoptar las medidas necesarias a fin de prevenir que tal incumplimiento produzca un incumplimiento del Contrato Principal.

Para ello varios remedios se contemplan en los Contratos Operativos que establecen penalidades económicas (i.e. multas e intereses punitivos), pérdida de los derechos políticos (i.e. suspensión de los derechos de voto mientras dura

el incumplimiento y eventual suspensión de los derechos a recibir ciertas notificaciones) y hasta la completa pérdida de la participación de la parte incumplidora tanto en el Contrato Operativo como en el Contrato Principal, generalmente sin compensación alguna.

Con relación a las penalidades económicas, a pesar de que los jueces argentinos podrán reducir dichas penalidades de acuerdo con la facultad que les otorga el artículo 656 del Código Civil, generalmente las partes someten el Contrato Operativo a leyes extranjeras. Por lo tanto, la interpretación y ejecutabilidad de estas cláusulas deberán ser analizadas de acuerdo con la ley aplicable por la que han optado las partes.

La utilización de otra ley que la argentina no será posible en el caso del Contrato Principal y del Contrato de Asociación (en nuestro caso con YPF o con la Secretaría de Energía). Como es usual en la industria petrolera mundial también en nuestro país las partes se encontrarán sujetas a diferentes legislaciones.

Merece destacarse que la penalidad de pérdida de la participación de la parte incumplidora en favor de las partes cumplidoras se torna un remedio inocuo en el caso de que el área en cuestión no tenga producción comercial de hidrocarburos.

Para evitar estos problemas los Contratos Operativos prevén que las partes cumplidoras se encuentren adecuadamente compensadas por la carga financiera (y en su caso también económica) resultante de un incumplimiento de alguna de las partes.

En el caso de que alguna parte no cumpliera, rechazase o negase los pagos en término correspondientes a su participación respectiva en los costos y gastos (adelantados o no), quedará automáticamente constituido en mora y el importe adeudado seguirá siendo una obligación y devengará intereses desde la fecha en que el pago debió realizarse hasta la fecha de pago efectivo.

El procedimiento que se establece es generalmente el siguiente: el Operador notifica a la parte incumplidora sobre su incumplimiento, de lo que envía copia a las otras partes, y en el caso de que la parte incumplidora se negase, no cumpliera o rechazase aportar los fondos suficientes para cubrir su incumplimiento dentro del plazo establecido luego de recibida la notificación del Operador, éste solicita a las partes no incumplidoras a fin de que subsanen el incumplimiento de contribución en proporción a sus respectivas participaciones.

Las partes que hayan solucionado un incumplimiento de contribución afectarán al reembolso de lo aportado, en nombre de la parte incumplidora, todo ingreso, pago, crédito o deuda que le pudiere corresponder a ésta, hasta el monto correspondiente a la satisfacción de sus respectivos créditos, quedando facultado el Operador para retener y distribuir a las partes que hayan subsanado un incumplimiento de contribución los importes que deban reembolsarse a cada uno de ellos.

En el caso de que tales importes no sean suficientes para que las partes que hayan cumplido recuperen los importes adeudados con más sus intereses o si no hubiere producción en el área contractual y luego de un plazo previamente estipulado las partes cumplidoras además de los recursos que le otorga el respectivo Contrato Operativo y de los recursos legales que correspondieren, tendrán la opción de notificarle a la parte incumplidora que le ceda de inmediato, libre de toda carga o gravamen y a costa y carga de mismo, una proporción de su participación igual a la proporción de las obligaciones de la parte incumplidora que haya debido afrontar. Esta cesión estará sujeta a la aprobación de YPF o de la autoridad de aplicación, requiriendo además en algunos casos un decreto del Poder Ejecutivo.

Obviamente esta opción sólo será ejercida en el caso que el área de que se trate esté en producción o con perspectivas de estarlo. En el caso de contratos en la etapa de exploración, el ejercicio de esta opción estará condicionado.

Otra sanción que se establece es que durante el período en que durare el incumplimiento, la parte incumplidora no podrá asistir ni votar en las reuniones del Comité Operativo o de los subcomités.

Los votos correspondientes al porcentaje de participación de la parte incumplidora serán absorbidos por las partes cumplidoras en proporción a sus respectivos porcentajes de participación.

14) *Las Relaciones entre las Partes en el Contrato Operativo*

En lo que se refiere a la relación entre las partes, es usual disponer que los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes asumidos en el Contrato Operativo y en el Contrato Principal serán individuales y no conjuntos o colectivos, y cada parte se responsabiliza exclusivamente por las obligaciones previstas a su cargo en el Contrato Operativo.

Se dispone también que ni el Contrato Operativo ni ningún acto realizado por cualquiera de las partes podrá ser interpretado como la creación de una sociedad o asociación.

Capítulo V

LOS CONTRATOS DE ASOCIACION CON YPF

1) *Las Modalidades Contractuales del Plan Houston*

En la actividad petrolera argentina, determinadas normas legales exigen que algunos *joint ventures*, se estructuren en UTEs y tales contratos constituyen la forma jurídica obligatoria de asociación con el Estado Nacional en el negocio petrolero; nos referimos expresamente a las disposiciones del decreto 1443/85, denominado Plan Houston, y el decreto 1055/89 que establece el régimen de "asociación" con YPF en las áreas centrales.

El Plan Houston, instrumentado por el decreto 1443/85, instituyó una nueva modalidad contractual en la actividad petrolera del país, ratificando la vigencia de la Ley de Hidrocarburos, N° 17.319/67, con lo cual se afianzó la estabilidad legislativa que todo progreso político y económico requiere¹.

La Ley de Hidrocarburos es una ley "ideológicamente neutra", que permite cualquier política, desde la más estatista hasta la más liberal y, por ello, la práctica así lo ha demostrado, ha resultado un instrumento jurídico estable.

El decreto 1443/85 no hace otra cosa que reglamentar las facultades de YPF para contratar y asociarse con empresas petroleras².

Al reglamentar la Ley de Hidrocarburos el decreto 1443/85 crea un nuevo tipo de contrato destinado a la exploración y posterior explotación de hidrocarburos.

Con la sanción posterior del decreto 1589/90 sobre reconversión de los contratos, extendió los principios de libre disponibilidad a los contratos emergentes del Plan Houston, al permitirle a los titulares de los contratos emergentes del decreto 1443/85, modificado por el decreto 623/87, a incluir en sus contratos la posibilidad de ejercer la opción, al momento de solicitar la declaración de comercialidad de cada lote de evaluación, de adherir al régimen de libre disponibilidad de hidrocarburos³.

Entre otros comentarios críticos a dicho decreto se ha destacado el reparo que ofrece para los contratistas la asociación obligatoria con YPF, a elección de este último. Esto implica indudablemente una regalía encubierta con un costo no cuantificado.

2) *La Asociación con YPF en las Areas Centrales*

El decreto 1055/89 continúa y profundiza el esquema de desregulación progresiva e integral de la actividad petrolera en el país, concediendo la libre

¹ Cfr. TOMISLAVO DABINOVIC, *Revista Energía* 2001, Septiembre 1985, p. 16.

² Cfr. Ley 17.319/67, arts. 2, 11, 95 y 98, inc. g).

³ Cfr. art. 1 del decreto 1589/90.

disponibilidad de la producción obtenida bajo los esquemas de explotación que en dicha norma se establecen, tanto en el mercado interno como para la eventual exportación de los productos.

En sus considerandos recalca la decisión del Gobierno Nacional de propiciar la reactivación de la explotación de hidrocarburos mediante el aumento de su producción en yacimientos que se encuentran actualmente operados por YPF.

Reconoce que hay yacimientos de hidrocarburos operados por YPF en los cuales se registra un bajo nivel de producción como consecuencia de su inactividad prolongada o por su estado de semiexplotación. Estos yacimientos fueron denominados en la industria como "áreas marginales"⁴.

Por sus características de marginalidad dichos yacimientos requieren para su reactivación y aumento de la producción la aplicación de un esquema de explotación que permita la activa y directa participación de las inversiones provenientes del capital privado.

Tales yacimientos fueron licitados en el mes de julio de 1990; el criterio de adjudicación determinó que resultaría ganador aquel oferente que ofreciera el mayor monto en concepto de "derecho de explotación". Los hidrocarburos que produzcan las empresas adjudicatarias en dichas áreas serán de libre disponibilidad⁵.

Pero además de estas "áreas marginales", esta norma legal considera que también en los yacimientos operados por YPF que registran un mayor nivel de producción resulta necesario lograr una mejor recuperación de los hidrocarburos aplicando técnicas de recuperación asistida.

Estas técnicas requieren el aporte de moderna tecnología y capacidad económica-financiera que concurren al desarrollo de los yacimientos "en forma asociada" con YPF. A tales áreas la industria las denominó "centrales" mientras la norma legal las llama "áreas de recuperación asistida"⁶.

Este esquema licitatorio estableció para la reactivación de la producción de hidrocarburos la cobranza de dos derechos: un "derecho de explotación" en el caso de las "áreas marginales" y un "derecho de asociación" en el caso de las "áreas centrales", cuyos montos deberán reflejar el potencial de los respectivos yacimientos, sus niveles de productividad actual, sus instalaciones de superficie e información técnica disponible.

En lo que se refiere a las "áreas de recuperación asistida" ("áreas centrales") el artículo 10 del decreto mencionado encomendó a YPF la convocatoria de un concurso público internacional para seleccionar las empresas privadas nacionales o extranjeras con las que habrá de contratar o asociarse en las

⁴ El artículo 2 del decreto mencionado las denominó "áreas de interés secundario" y su principal característica era que su producción diaria (promedio del año 1988) no superase los 200 m³ de petróleo.

⁵ Cfr. art. 5 del decreto 1055/89.

⁶ Cfr. art. 9 del decreto 1055/89.

áreas o yacimientos, con el objeto de extraer el mayor volumen económicamente posible de hidrocarburos, asegurando la optimización de la extracción final de petróleo *in situ* en dichas áreas o yacimientos.

Las empresas privadas nacionales o extranjeras interesadas en asociarse con YPF debieron ofrecer en el concurso un pago al contado en concepto de "derecho de asociación", adjudicándose a la oferta que haya ofrecido el mayor monto por dicho concepto. El decreto 1055/89 dispone que la asociación se constituirá de acuerdo con la modalidad prevista en la Sección III del Capítulo III de la Ley N° 19.550 (t. o. 1984) y el plazo máximo de vigencia de los contratos será de 25 años⁷.

Dicho decreto permite que las provincias productoras de hidrocarburos puedan participar y ser adjudicatarias en los concursos de áreas de su territorio, si se presentan en asociación con empresas privadas nacionales o extranjeras; asimismo, en el caso de "áreas marginales" se prevé que podrán ser cedidas a las provincias, sin el pago del "derecho de explotación", los yacimientos dentro de cuyo territorio se encuentren, pudiendo las provincias decidir su explotación directamente o en asociación con empresas privadas nacionales o extranjeras⁸.

Por último, el artículo 23 del decreto dispone que el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, a propuesta de la Secretaría de Energía, aprobará las condiciones para el llamado a concurso de las *concesiones de explotación así como de la constitución de las sociedades, asociaciones y otras formas de contrataciones de YPF*.

El Concurso Público Internacional de Antecedentes para la precalificación de empresas petroleras N° 14-277/90 tuvo como finalidad la constitución de *asociaciones* con YPF conforme a lo establecido en la ley 19.550 (t. o. 1984) para las UTEs, para la continuidad de la exploración, desarrollo y explotación de hidrocarburos por métodos de extracción primaria y de recuperación asistida en las "áreas centrales" de Vizcacheras (Mendoza), Puesto Hernández (Neuquén), El Tordillo (Chubut) y El Huemul (Santa Cruz).

El mismo pliego determina el objeto de esta *asociación* al determinar que será el de extraer el mayor volumen racional y económicamente posible de hidrocarburos, asegurando la optimización de la extracción final del petróleo *in situ* en dichas áreas, aplicando las técnicas de recuperación asistida más adecuadas a la explotación de cada yacimiento.

Los oferentes debieron cotizar:

- a) un "derecho de asociación" que abonaron al contado a YPF en dólares estadounidenses por metro cúbico de reservas comprobadas, el cual incluye el valor del derecho de uso por las instalaciones existentes en el área y

⁷ Cfr. art. 11 del decreto 1055/89.

⁸ Cfr. art. 19 del decreto 1055/89.

- b) un "porcentaje de participación" que no puede ser superior al 50 % ni inferior al 35 % del derecho de asociación.

Con los postulantes seleccionados que presentaron las ofertas más convenientes, se celebraron "Contratos de Asociación"⁹ de acuerdo con las siguientes pautas:

1) Se constituyó "una asociación" entre las empresas ganadoras e YPF, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 19.550 (t. o. 1984) para las UTEs, con el objeto de continuar durante 25 años la exploración, desarrollo y explotación de hidrocarburos en el área, a partir de la fecha de comienzo de la vigencia. La UTE debe extraer el mayor volumen racional y económicamente posible de hidrocarburos, asegurando la optimización de la extracción final del petróleo *in situ* en el área, aplicando las técnicas de recuperación correspondientes más adecuadas a la explotación de cada yacimiento, llevando a cabo todas las operaciones conjuntas requeridas para explorar, desarrollar, producir y tratar hidrocarburos, como así también todas aquellas actividades complementarias y accesorias que sean necesarias para cumplir con el objeto y términos del contrato.

Las partes declararon expresamente que no es el propósito ni la intención del contrato de asociación crear ni constituir sociedad minera, comercial u otro tipo de sociedad¹⁰.

En esta etapa corresponde efectuar un comentario sobre la situación fiscal de este tipo de contratos. Hemos visto que el sentido fundamental del *joint venture*, UTEs y las mal denominadas asociaciones (todos contratos de organización) viene dado por la necesidad de cada empresa integrante de un *joint venture* de consolidar los resultados positivos y negativos que arrojan los distintos emprendimientos petroleros, donde cuenta en forma decisiva la posibilidad de compensar las pérdidas de la etapa exploratoria con las ganancias de la producción, atribuyéndose a cada empresa —y no a cada *joint venture*— el resultado final de la actividad.

Si los impuestos que gravan el giro o el resultado del negocio, recaen sobre cada *joint venture* y no sobre cada empresa integrante, se produce un brusco aumento de la presión impositiva global en cabeza de estas últimas —los verdaderos contribuyentes— resultando un fuerte desaliento a la inversión.

⁹ El decreto 1041/91 (B.O. del 5-6-91) aprobó el contrato de asociación con YPF para la exploración, desarrollo y explotación del área Vizcacheras en la provincia de Mendoza. Por decreto 1211/91 (B.O. del 28-6-91) se aprobó el contrato suscrito entre YPF S.A., Tecpetrol S.A. y Santa Fe Energy Co. of Argentina, para la exploración, desarrollo y explotación de hidrocarburos en el área El Tordillo, provincia del Chubut, y por decreto 1243/91 (B.O. del 2-7-91) se aprobó el contrato entre YPF S.A., Compañía Naviera Pérez Companc S.A., Occidental Exploration of Argentina Inc., Occidental Argentina Inc. y Petrolera Patagónica S.A. con igual propósito en el área de Puesto Hernández, provincias del Neuquén y Mendoza. Por decreto 1042/91 se aprobó el contrato de asociación con YPF y Total Austral S.A., para la exploración, desarrollo y explotación del área El Huemul-Koluel Kaike, en la provincia de Santa Cruz. En adelante nos referiremos a este contrato como el Contrato de Asociación Area "El Huemul".

¹⁰ Cfr. art. 1 del Contrato de Asociación Area "El Huemul".

En estos momentos se observa un fuerte avance de la tesis según la cual esos contratos deben ser tratados como si fueran sociedades a los fines impositivos, no obstante que no lo son. Esta tesis fue consagrada legalmente por primera vez al reformar la actual Ley del IVA, en 1990, y se avizora con gran preocupación su generalización a otros impuestos nacionales y provinciales ¹¹.

2) La empresa asociada ¹² debió abonar a YPF el "derecho de asociación". La fecha de comienzo de vigencia del contrato será al día siguiente al del pago del derecho de asociación. Dicho pago debe efectuarse dentro de los 7 días de la fecha de publicación del decreto del Poder Ejecutivo Nacional que apruebe el contrato de asociación.

3) La empresa asociada e YPF aportarán las inversiones y los gastos directos e indirectos y pagarán las regalías correspondientes a la extracción de reservas, de acuerdo con el porcentaje de participación en la asociación.

4) La empresa asociada recibirá de la producción, el porcentaje equivalente a su participación en la asociación, en hidrocarburos de libre disponibilidad.

5) YPF no contribuirá con aporte alguno en concepto de su participación en los proyectos de riesgo incluidos en el plan de desarrollo integral del área, tendientes al incremento de "reservas comprobadas".

6) Como contraprestación la empresa asociada recibirá de la producción proveniente de "reservas no comprobadas", un porcentaje a acordar entre las partes, el que será aplicado al pago de las inversiones correspondientes a YPF que fueron financiadas por la empresa asociada y hasta la cancelación de las mismas.

7) Se constituirá un "Comité Operativo" que estará integrado en proporción a la "participación de asociación" y la operación técnica estará bajo la responsabilidad de la empresa asociada que aporte la tecnología. La empresa asociada se desempeñará como el Operador, quien tendrá derecho a utilizar en la operación todas las instalaciones fijas y móviles que YPF tenga afectadas a la operación normal del área.

8) La empresa asociada no estará facultada para ceder parte o todo su interés de participación en la asociación a terceros salvo el previo consentimiento expreso de YPF.

11. Países líderes en la actividad petrolera, como los EE.UU., no gravan los *joint ventures* en sí mismos, sino a las empresas que los integran (Internal Revenue Code, Section 1). Venezuela, por ejemplo, reducirá la tasa para compañías extranjeras que integren *joint ventures* con empresas locales. Nuestro país, en cambio, parece dirigirse a consolidar un sistema impositivo persecutorio, destinado a elevar la presión tributaria sobre las explotaciones petroleras, mediante la atribución del carácter de sujeto pasivo tributario a los contratos de *joint venture*.

12 Criticamos esta denominación de *asociada* que expresamente utiliza el decreto 1042/91 (entre otros) puesto que confunde la idea de un *joint venturer* con la de un *socio*. Sin perjuicio de ello, utilizaremos en nuestro trabajo dicho vocablo atento que el mismo es utilizado en los contratos que comentamos.

Se establece la posibilidad de que cualquiera de las partes tendrá el derecho de renunciar toda su participación en el contrato de asociación y retirarse del contrato¹³, mediante una notificación con un preaviso de 60 días. Las partes restantes tendrán un plazo de 30 días siguientes al de la fecha de recepción de dicha notificación para decidir si reciben o no la participación de la parte renunciante. En el caso de que ninguna de las partes tomase la participación de una parte renunciante, las partes procederán a la disolución del contrato¹⁴.

En el caso de que alguna de las partes no-renunciantes notifica a las otras partes dentro de los 30 días de su deseo de recibir la participación de la parte renunciante, dicha participación se dividirá entre todas las partes no-renunciantes que hubieran notificado su intención de tomar tal participación en proporción a sus respectivas participaciones, a menos que se acuerde lo contrario.

YPF podrá proponer la renuncia al contrato en los términos antes mencionados, pero si alguna de las empresas asociadas decidiera no incorporarse a tal renuncia, entonces YPF, en su carácter de titular del área en los términos de la Ley de Hidrocarburos, no podrá renunciar al contrato de manera unilateral.

Este derecho de renuncia estará sujeto a los siguientes términos:

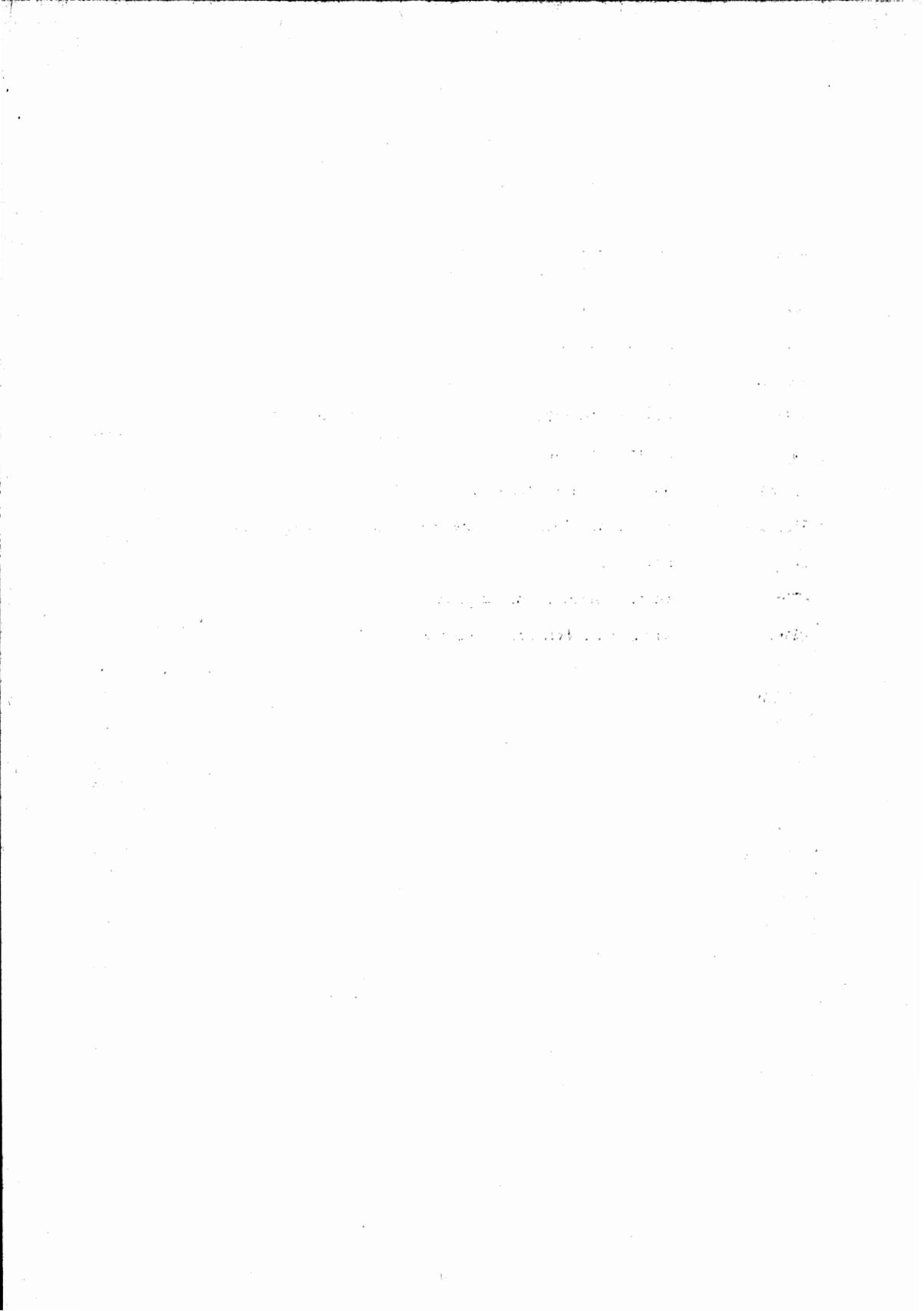
- a) La parte renunciante liberará sin costo para las partes no-renunciantes cualquier y todo embargo, cargo o gravamen relativo a su participación.
- b) La parte renunciante preparará y ejecutará, sin compensación de ninguna especie y a su costo exclusivo, todos los documentos necesarios para ceder su participación y enviará tales documentos a las partes no-renunciantes.
- c) La parte renunciante continuará siendo responsable por su cuota de participación de todos los costos y gastos incurridos por el Operador conforme al programa y presupuestos aprobados por el Comité Operativo previo a la fecha de notificación de renuncia, aun cuando el trabajo pudiera ser terminado luego.
- d) No obstante lo precedente, ninguna parte estará autorizada a renunciar sin el consentimiento unánime de las otras partes, en el caso que:
(i) un plan de desarrollo integral estuviere en ejecución, o (ii) el Comité Operativo hubiera determinado o determinara que el valor de las reservas descubiertas en el área contractual fuera insuficiente para cubrir los costos del yacimiento estimados por el Operador o (iii) la parte estuviera participando en operaciones de desarrollo, que no hubieran sido terminadas conforme con los programas de trabajo pertinentes.

¹³ Cfr. arts. 22.1 al 22.3 del Contrato de Asociación Area "El Huemul".

¹⁴ Cfr. art. 22.4 del Contrato de Asociación Area "El Huemul".

ABREVIATURAS

AFE	Authorization for Expenditures (solicitud de autorización para encarar un gasto o una inversión)
BO	Boletín Oficial de la República Argentina
ED	Revista El Derecho
EE.UU.	Estados Unidos de América
ENAP	Empresa Nacional de Petróleo de la República de Chile
LL	Revista La Ley
op. cit.	obra citada precedentemente
RDCO	Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones
ss	siguientes
UTE	Unión transitoria de empresas
YPF	Yacimientos Petrolíferos Fiscales



SOBRE LA NATURALIS RATIO

LUIS ANÍBAL MAGGIO

I

El tema de la *naturalis ratio* es de añeja y privativa raigambre filosófica, pero, desde el momento que las diversas fuentes se refieren a un orden jurídico originado y basado en la misma, interesa a la Historia del Derecho.

El análisis del problema y su acotamiento conceptual exceden los márgenes tanto de la Historia como de la Dogmática Jurídica, correspondiendo su asistencia a la Filosofía del Derecho. A su vez, la Filosofía del derecho puede abordarlo desde una perspectiva teórica (determinación abstracta de las notas definitorias), nominal (análisis de las palabras) o histórica, sincrónica o diacrónica, en un doble aspecto (ideas filosóficas vigentes en determinada época y etimología de las palabras con que se expresaron).

En su excelente trabajo "Les origines de la notion de droit subjetive" (Archives de Philosophie du Droit. Recueil Sirey, 1953-54, ps. 163-87) M. Villey ensaya un recurso a la Filosofía para tratar de entender el sentido de la palabra *ius* en la jurisprudencia clásica. Si quisiéramos retrotraer, dice, sus definiciones a la época de la Ley de las XII Tablas, esas fórmulas tardías no serían nada seguras, pero "en la época clásica la filosofía griega, es decir, la cultura general de la antigüedad, de ninguna manera un arte de especialistas, penetró íntimamente en el pensamiento romano". Tal perspectiva trae a recuerdo la inquietud de Ortega y Gasset por ciertas etapas del pensamiento que, al haber sido descuidadas por los historiadores, parecen carecer de importancia, sin haberse reparado que "jamás filosofía alguna ha sustentado tan efectivamente un Imperio como sostuvo el estoicismo el colosal gobierno de los Antonínos" (Prólogo a la Historia de la Filosofía, de E. Behier, Ed. Sudamericana, 1952, t. I, p. 16). Toda época de relevancia histórica está asentada en un sustrato filosófico, al menos como complejo cultural nutricional y, sin la explicitación de las principales ideas que la han fertilizado, su conocimiento sería deficitario.

Desde similar ángulo visor, acometemos este trabajo en el que trataremos de indagar el sentido de los vocablos y definiciones de los juristas clásicos sobre la *naturalis ratio*, marginando, sin, por supuesto, despreciar, la metodología tradicional, básicamente ceñida a la exégesis dogmática y pretensión de con-

* Del texto de Ortega puede desprenderse que una época histórica relevante requiere necesariamente de una filosofía de similar tenor, por lo que resultaría incongruente la calificación de "torpe" que, al igual que su discípulo J. Marías ("Historia de la Filosofía", *Revista de Occidente*, p. 83 y ss.), dispensan al estoicismo.

ciliar textos, mediante el examen del plexo de las ideas filosóficas en que estuvieron culturalmente inmersos y algunos auxilios etimológicos.

Así como en Filosofía somos tributarios de Grecia, nuestro sistema jurídico "continental" reconoce la maternidad de Roma. Explicar el sentido de los vocablos empleados por los grandes juristas romanos a la luz de la filosofía helenística, sería tarea adecuada y de provechoso esclarecimiento. Sin embargo, esta metodología encuentra una doble dificultad. La primera, la machacona insistencia en filiar el "sentido práctico" de los juristas romanos en una presunta carencia de conocimientos y preocupaciones filosóficas, con olvido de que la excelencia del jurista se define, entre otras calidades y, si Ulpiano no nos engaña, por la "búsqueda afanosa de la verdadera filosofía, no la aparente" (Dig., I-1,1,1). Cuál haya sido su "verdadera" y "no aparente" filosofía interesa pues sobremanera y es aquí donde viene la segunda dificultad. La precedente cita de Ortega y Gasset concuerda con la de numerosísimos autores para quienes los romanos no desarrollaron un filosofar original ni tampoco de cierto fuste, sólo habrían cultivado un desdibujado y ecléctico estoicismo de obvio cuño griego. En disidencia, el primer autor citado (Villey) opina que la filosofía jurídica romana es aristotélica, por cuanto el estoicismo se redujo a preocupaciones éticas y tiene méritos no desdeñables (Compendio de Filosofía del Derecho, EUNSA, I-48).

No está en nuestras menguadas posibilidades terciar en la disputa, pero entendemos que, a los fines de esta investigación, la dificultad no obstaculiza y puede dejarse en espera, si nos ubicamos como punto de partida en la posición socio-cultural de los más destacados exponentes de la jurisprudencia romana y nos preguntamos qué habrán querido realmente significar, por ejemplo, Gaius, Papinianus, Ulpianus y otros cuando recurrieron, con una espontaneidad que demuestra frecuencia de trato, a las palabras *natura*, *ratio* o la frase *naturalis ratio*.

El jurista romano fue el hombre culto de su época. Sucesor de los pontífices, antiguos intérpretes del *ius*, su casa, dice Cicerón, "era el oráculo de toda la ciudad" (De Oratore: 3,33, 133; 1, 45). Formaban los juristas una élite de gente cultivada, relativamente exclusiva, gozaban de la holgura del *otium*, de amplia respetabilidad social y de gran *auctoritas*. Su bibliotecas no se colmaban sólo con libros específicamente jurídicos; no faltaban las principales obras sobre Retórica y Dialéctica, Historia, Economía, Pedagogía, etc. y las de Epicéto, los Pitagóricos, Platón, Aristóteles, Séneca, Plutarco, Favorino, Crisipo (Kernél Zoltán Méhez: *Advocatus Romanus*, Zavallia Editora, La Biblioteca del Abogado Romano), a los que cabe agregar las de Panecio, Posidonio, Lucrecio y Cicerón (Adolfo Levi, "Historia de la Filosofía Romana", Eudeba). Sin entrar a discutir si eran platónicos, aristotélicos o estoicos, si sus inclinaciones fueron de tenor metafísico o ético, no podría negarse que, aunque no se llegue a enfatizar, como Villey (*op. cit.*, II-172) que fueron los sucesores de los filósofos griegos, los juristas como hombres del más encumbrado estrato de la sociedad romana, pertenecieron al ámbito de la intelectualidad y tuvieron un amplio repertorio de conocimientos que les permitió dominar con señorío el panorama cultural de su tiempo. Encontramos juristas con preocupaciones o, al menos, intereses filosóficos (Levi, *op. cit.*, p. 52), en cuya "actividad jurídica práctica,

dice Guido Fasso ("Historia de la Filosofía del Derecho", Ed. Pirámide, Madrid, I, 89), infundieron una sabiduría en la que podría reconocerse una implícita, no declarada filosofía".

Todo ello permite presumir con sobrados fundamentos que los juristas clásicos han estado al corriente e imbuidos en las ideas y tendencias filosóficas y científicas vigentes. En el lenguaje de las personas cultas, especialmente en el metalenguaje de sus saberes específicos, se expresa siempre un espectro de significados que reflejan los estados de los conocimientos, las artes y las ciencias de la época, sin necesidad de ser especialistas en cada una de las disciplinas. No hay tratadista, en cualquier rama del Derecho, que, a sabiendas o no, con o sin versación especial, no tenga que hacer uso de términos de naturaleza filosófica o científica, acordes con cierto nivel de los conocimientos contemporáneos; muchas veces, además, la crítica o adhesión a las instituciones jurídicas, las ensayan desde una posición filosófica o en nombre de los "adelantos de la ciencia", sin que por ello sean filósofos o cultiven alguna otra ciencia, salvo la de su quehacer específico. Cuando los juristas romanos se refieren pues a la *natura*, la *ratio*, la *naturalis ratio*, no han podido significar algo distinto de lo que tales expresiones significaban en el ámbito cultural de la época clásica, no necesariamente lo que en etapas posteriores se ha traducido o se ha tenido por cierto que dijeron. Parafraseando a M. Bloch ("Introducción a la Historia", F.C.E., p. 31), podríamos expresar que, para desgracia de los historiadores, los hombres no tienen la costumbre de cambiar de vocabulario cada vez que cambian de ideas. Quizá entonces, examinando el vocabulario de los juristas en su dimensión temporal y anclaje cultural, lleguemos, por un lado, a entender un poco mejor sus expresiones y, por el otro, a aclarar los distintos significados hodiernos de las mismas palabras que, como imperturbables al paso del tiempo y a la versatilidad del lenguaje, todavía seguimos empleando. Los romanos tenían por cierto que cambiar de juez no era cambiar de pleito, pero nosotros solemos pensar que no cambiar de palabras es mantener incólumes los significados o que, adecuando la muy similar morfología de las palabras latinas a las lenguas derivadas, traducimos los mismos conceptos.

Concretamente, trataremos de comentar que la naturalis ratio de los juristas romanos no era para ellos, como acostumbramos a creer, la "facultad natural de pensar" o "facultad intelectual" del hombre.

II

La palabra *natura* proviene del participio futuro del verbo *nascor-eris-sci-tus sum*. El latín, al igual que el griego, pero a diferencia del castellano, tiene un *infinitivo futuro*. Tal tiempo del verbo citado es "nasciturum-a-um-esse", forma sustantivada de una acción que ha de suceder. De allí el "nasciturus", al que se refiere nuestro Cód. Civil (arts. 63, 70, etc.), aquel cuyo ser es "ser que vendrá", que nacerá, que va a nacer, como "moriturus" es el que va a morir.

El participio "participa" a la vez de la naturaleza del verbo y del nombre, en relación de simultaneidad (presente), anterioridad (pasado) o posteridad

(futuro). En latín, en la voz activa, sólo existe el participio presente y futuro, y, en la voz pasiva, el perfecto y futuro o gerundio.

El participio de futuro en *-turus-* es una creación netamente latina. Los autores lo consideran en adjetivo verbal formado sea por la agregación del sufijo *-ro-* al tema verbal en *-tu* (*futu-ro-us*), sea *-urus-* al supino. Los adjetivos verbales suelen ser usados como nombres y así nos encontramos con una gran cantidad de terminados en *-ura*: *scriptura- pictura- lectura- cultura- estructura*, etc. Palmer ("Introducción al Latín", Ed Planeta, p. 238) los incluye entre los "abstractos verbales" (derivados de verbos) y, en general, indican la acción y el efecto, el resultado de la acción.

Desde este punto de vista, "natura", como nombre abstracto derivado de "nascor", indicando el resultado de la acción, podría significar: las cosas nacidas, la totalidad de lo que es nacido, que ha llegado a ser. Pero, ocurre que "nascor" es un verbo deponente activo e incoativo. Como deponente activo tiene significación precisamente activa, aunque se conjuge parcialmente en voz pasiva. Y como incoativo, significa una acción que comienza y se desarrolla, acción que se prolonga en estado continuo. ("Disco" - "cresco" - "quiesco"). "Natura" significaría así, no lo que ha nacido como acto pasado y concluido, sino lo que ha nacido y continua o desarrolla la acción, lo que se desenvuelve en estado continuo de nacido, no de nacimiento.

Hay empero más. El participio de perfecto pasivo es un adjetivo verbal formado mediante el sufijo *-to*. Tiene significación activa y pasiva porque deriva de los adjetivos indoeuropeos en *-to*, que podrían tener ambos valores. Del tema participial sale el *perfecto pasivo*, al perderse el sufijo *-sco-isco-* (en deponentes - [i]scor) en el perfecto y en el supino, de modo que "*nat(o)*" es tema participial perfecto que, aunque pasivo, tiene significación activa y, como perfecto, significa algo cumplido, realizado, nacido. A ese tema participial perfecto pasivo se ha agregado en nuestro caso el sufijo *-urus*, que siempre tiene significación futura. *Si fuere sólo acción cumplida, sería "nata", si sólo futura "nascitura", pero nos encontramos que la palabra es "natura", como si sufriere una simultánea extensión y contracción. "Na(sci)t-ura".*

Este vocablo así formado es de una extraordinaria riqueza, conteniendo:

1: un significado activo. No es lo engendrado, lo creado, sino lo nacido, hay un sujeto titular de la acción o una acción sustantivada. Cuando se ha querido significar el carácter pasivo o dependiente de la naturaleza, se ha recurrido a la expresión "natura naturata".

2: la simultaneidad intrínseca o síntesis dialéctica del pasado y del futuro, mejor dicho, de lo cumplido pero no acabado, de lo que tiene que continuar desarrollando su estado. Lo que ha nacido con una necesidad inmanente de futuro.

Si, como opinan algunos autores, derivara del Supino, éste es una forma verbal sustantivada que contiene siempre la idea de dirección, de movimiento, de finalidad. Teniendo el vocablo igual tema y sufijo, la idea de simultaneidad y síntesis jánica se refuerza.

Parece pues que el vocablo se refiere a los entes como un todo integrado, una conciliación autocontenida de los contrarios, en cuya "síntesis" consiste su "naturaleza". Expresaría en el presente el pasado y el futuro, la génesis y la realización total simultánea.

Es esencial a la futuridad la nota de movimiento, dirección, finalidad o término "ad quem". En las sustancias materiales —que probablemente hayan sido las únicas tenidas en cuenta por Aristóteles (Hernández, Rev. PRUDENTIA IURIS, XXI-XXII, 11)— el movimiento lleva de la potencia al acto y del acto al cumplimiento y agotamiento del ciclo físico de cada una. En las realidades espirituales, el futuro no es una categoría cronológica, sino un "término hacia el cual", una tendencia; cada una tiende a su cumplimiento, que no es el agotamiento o caducidad, sino la perfección.

Quando se habla pues de "natura" en su prístina acepción, se estaría designando no aquello que ha nacido, que tiene existencia, sino también y simultáneamente *aquello para lo cual se ha nacido*, la perfección que debe alcanzarse para ser en plenitud; y es esa perfección o plenitud lo que determina lo que cada cosa es "ex-natura"; es decir, en virtud de la causa "por" (en doble y simultáneo sentido de origen y finalidad) la que se generó. Desde la perspectiva del ente "natus", podríamos decir que su "natura" es como su vocación ontológica de plenitud o perfección. Y, como tal, sería la *perfección o plenitud de cada ente, plenitud que autocontiene integradas todas las notas esenciales que requiere para ser "res", es decir, realización completa, perfecta y totalizadora de cada cosa, en virtud de lo cual es ésta y no otra.*

III

El verbo latino "*reor-reris-ratus sum*", de poco uso, significa estimar, ser de opinión, pensar. Hay derivados verbales en "io" que, por lo general, traducen la sustantivación de la acción. Natus = natio. Actus = actio. Duplicatio-Triplicatio-, etc. Tenemos la palabra "*ratio*" que, con similar derivación, significaría la estimación, la opinión, el pensamiento.

El participio "ratus", como adjetivo, aparece en los autores con el significado de calculado, contado, medido, constante, determinado, valedero. "Pro rata" = porción determinada. "Rato tempore", un tiempo determinado (un rato) y "astrorum rati inmutabilesque cursus", el curso regular e inmutable de los astros y, cuando algo es "ratum", se lo confirma o aprueba por ser manifiesto, claro. En el Digesto encontramos acciones pretorianas "ut ratum sit iudicium": para que el juicio sea válido. (Dig., XLIV-V-1).

"Ratio", generalmente traducida como "razón", no tiene, de ordinario, la significación de facultad intelectual, salvo en algunos pasajes para diferenciar por ella al hombre de los brutos, no exentos, sin embargo, de otra posible interpretación y traducción. Lucrecio, denomina "animus", o "mente" (donde radica, dice Cicerón, el consejo y gobierno de la vida - De nat. deorum, III, 95) a la capacidad de pensar y la ubica no en la cabeza, sino en el pecho. La palabra, en general, tiene múltiples significados, v.gr., causa, motivo, condición,

cuestión, método, doctrina, régimen, pero especialmente se la emplea para significar *regla, medida, proporción, cuenta, cálculo, suma, plan, situación de las cosas*. (Cfr. De Miguel - Macchi - Valbuena, etc.).

Todos estos significados transmiten la idea de *medida, calibre, dimensión, magnitud*. Las cosas, todas, tienen una "ratio", es decir, una medida, una dimensión física, lógica u ontológica. El hombre capta, penetra, entiende la "ratio" de cada cosa mediante el acto de "intelligere", entender, cuya sustantivación abstracta es la "intelligentia" y lo entendido "intellectus". Con el tiempo, "intellectus" e "intelligentia" resultan sinónimos significantes de la capacidad o facultad intelectual del ser humano.

Cuando algo se entiende, se aprehende la "ratio" de la cosa. Si se la ha aprehendido se la tiene ("rationem habere"), se la puede dar, explicar ("rationem dare, reddere"). Todas las posibilidades de la inteligencia con respecto a la "ratio" de las cosas —calcularla, contarla, medirla, computarla, demostrarla, etc.— nos permiten "ratiocinari", mediante el instrumento del "ratiocinium". El significado primario del verbo es calcular el número, medir las dimensiones de la cosa y del sustantivo, el instrumento de la cuenta o medición. "Rationem reddere" es rendir cuenta. Posteriormente, "ratiocinium" se vulgariza para designar la forma del razonamiento discursivo y "ratiocinari", razonar. Y aquí se produce una curiosísima inflexión en la trayectoria de la palabra. Porque, ya quizá en el latín vulgar, pero ciertamente en la edad moderna, del "ratiocinari" —medir, calcular, contar, etc., la "ratio" de una cosa, es decir, "razonar"— se llega al abstracto verbal "ratio" -natus = natio; -ratus = ratio, es decir, "razón", pero no ya como la medida de la cosa aprehendida, sino como la facultad de inteligirla e inclusive crearla.

"Ratio" es el término técnico para "cuenta", "cálculo". Rationem ducere es el acto de contar... conducir una cuenta hasta su total... Es siempre la idea de "hacer el total". Las condiciones de esta especialización de sentido se han producido, por tanto, por la técnica del cómputo. La computación misma, el cálculo, es una operación que, por regla general, condiciona las operaciones del pensamiento" (Emile Benveniste, "Vocabulario de las Instituciones Indoeuropeas", Taurus, ps. 99-100).

En el pensamiento griego campean los conceptos del límite ("Péras") y de medida "Métron"). Para Protágoras, el hombre es el "metron" de todas las cosas; Dios para Platón ("Leyes", IV, 716 c); la virtud y el hombre bueno para Aristóteles ("Et. Nic.", X, 5). En el Filebo, el primer lugar en la tabla de los bienes corresponde precisamente a la medida ("metron"), el segundo a lo mesurable ("summetron") y el tercero a la razón que aprehende la medida ("frónesis").

Esta palabra "metron" es de origen médico y designaba el instrumento de medición del médico. Su sentido se amplía hasta significar medida, cantidad.

De la raíz "med" (de "metron") provienen los verbos latinos: a) "medeo o medeor, que significa curar, del que derivan medicus, medicamentum, etc. b) metior", originariamente medir andando, demarcar, llegar a la meta o límite, fin o término, c) meditor meditar, pensar, reflexionar, aunque finalmen-

te termina significando ejercitarse. Pero también de esa raíz proviene “modus”, que “es la medida, pero no una medida que sea una dimensión propia de las cosas”... “expresa una medida impuesta a las cosas, una medida de la que uno es dueño, que supone reflexión y elección, que supone también decisión. En resumen, no es una medida de medición, sino de moderación (E. Benveniste, *op. cit.*, p. 314). “Cuando Zeus es llamado medón, este epíteto convertido en tradicional se refiere al poder, que ostenta el amo de los dioses, de aplicar ‘la medida’ en una circunstancia dada” (*Idem*, p. 315). (Med. e “iuris”: la idea central es la de una “medida” escogida en un repertorio tradicional que debe aplicarse a un caso presente”, *idem*, p. 315).

Para “medir” el romano empleó el verbo “metior” que, como hemos visto, se refiere, en principio, a la medición física, externa de una cosa. (Es sugestivo encontrar ese verbo en Cicerón [“De Legibus”, XV], significando no la medida correcta por la que deben ponderarse de las cosas, es decir, su “ratio”, sino la equivocada [utilidad]). En cambio, para calcular, computar, calibrar, “graduar todas las proporciones” (“omnes proportiones ratiocinantur”, Vitruv), el “ratiocinator” debe “ratiocinari”, es decir, hallar la “ratio”. “... la retórica latina prescribe, con Cicerón, *rem tene, verba sequenter*. La lengua latina es flexible en cuanto al orden de las palabras. Se puede decir *Petrus amat Paulum, Paulum Petrus amat, amat Paulum. Petrus: la diferencia es estilística, pero el sentido no cambia. La cosa no cambia; el pensamiento considera que la cosa fue fijada antes de la intervención del lenguaje y el lenguaje expresa la cosa, independientemente del orden de las palabras, a través de la lógica de las flexiones. Por otro lado, el stylus, grave, templado, humilde, depende del sujeto*” (H. Eco, “La línea y el laberinto”).

Hay cosas pues que permiten al hombre imprimirle su sello, su estilo, modelarlas, moderarlas (“modus”). Hay otras que el hombre mide, constata sus dimensiones, toca sus límites (“meta”). Y finalmente las cosas tienen una medida intrínseca, una consistencia ontológica (“ratio”), que el hombre puede entender y expresar. “Ratio” no es entonces la facultad que crea entes, sino la medida objetiva de los mismos.

Todo ello aparece expresado en estos versos de Horatio, de los que el autor citado (Eco) extrae pautas para delinear un modo de pensar latino: “*Est modus in rebus: sunt certi denique fines/Quos ultra citraque nequit consistere recto*”. Es decir, hay un modo en las cosas, una posibilidad de discrecionalidad técnica o espiritual frente a ellas; pero, finalmente, hay fines, límites ciertos, más allá o más acá de los cuales no puede asentarse nada, cierto, verdadero, exacto. La noción de límite (finis, vallum, limen) como frontera espacial, política y temporal, tiene su correlato en la “entidad” de las cosas, poseedoras de una estructura determinada, fija, más allá o más acá de la cual exceden o no alcanzan su “ratio”, su “razón de ser”.

La “ratio” generalmente es “ratio” de algo. “Ratio iuris”, “ratio legis”, etc., es decir, la medida, el calibre, el principio informador en virtud del cual una institución puede ser incluida en el ámbito de lo jurídico o los alcances de la ley.

La "ratio" era pues para los romanos lo que el "metron" para los griegos. No designaba primariamente la facultad intelectual del hombre, sino el calibre, la proporción, la medida exacta o dimensiones definitorias (de-finire: fijar los límites) de cada cosa.

IV

Ya Lucrecio lamentaba la dificultad de traducir y encontrar significados equivalentes cuando se propuso cantar la "*naturaleza de las cosas*" en versos latinos ("versibus quos ego de rerum natura pangeré conor"). "*No se engaña mi espíritu cuán difícil es iluminar con versos latinos las oscuras investigaciones de los griegos, sobre todo porque debo tratar multitud de temas con nuevas palabras, por la pobreza de la lengua y la novedad del asunto*" ("De rerum natura", I, 36 y 830). Y como verificando la tesis, para expresar el "Periphyseos", de Aristóteles, se ve precisado de usar la frase "de rerum natura". El verbo griego "phyo" como transitivo significa producir y, como intransitivo, nacer. Del mismo deriva el sustantivo "physis o fisis", la totalidad de lo nacido, la naturaleza pero en latín, como si se necesitara subrayar el sentido de "realidad", se dijo desde entonces la "*naturaleza de las cosas*".

La noción de naturaleza que surge del análisis de la palabra, encuentra una llamativa correspondencia con las ideas filosóficas aristotélicas que seguramente impregnaban la helenística y, por ende, la cultura de los juristas romanos

En la "Metafísica", Aristóteles previene sobre la variedad de significados de "naturaleza" (ver traducción de Zucchi, Ed. Sudamericana, cap. V), pero, concretando, dice que "...significa en primer término, la generación de lo que crece... y, en otro sentido, el principio constitutivo a partir del cual crece lo que comienza a crecer... Aun en otro sentido, se llama naturaleza a la "ousía" de los seres naturales... De conformidad con este sentido del término naturaleza, por extensión y en general, se llama naturaleza a toda "ousía" porque la naturaleza de una cosa es una clase de ousía... De todo lo dicho resulta que naturaleza en sentido primero y propio es la ousía de los seres que tienen en sí mismo el principio de movimiento..." (238). Conocida es la dificultad de traducción que opone la palabra "ousía", a punto tal que Zucchi, de cuya versión nos valemos, opta lisa y llanamente por no traducirla, considerando no suficientemente satisfactorias las de "essentia", "queentia", "substantia", "quid-ditas", "entitas", propuestas a través del tiempo por diversos autores. De todos modos, del pasaje citado surge que, si no es sustancia, ni esencia, ni quiddidad, ni entidad, etc., es, al menos, algo (x) de los seres que tiene en sí mismos el principio de movimiento.

El movimiento, junto con la materia, la forma y el fin, son en la doctrina aristotélica los principios del ser. Fin es aquello por lo cual algo sucede. "*Todo devenir procede de algo hacia algo... de un primer motor, que tiene ya una forma determinada, nuevamente hacia una forma o telos semejante*". Hasta tal punto es teleológica la concepción aristotélica del ser, que en el mismo concepto de una cosa ya está incluido su fin. La entidad (fisis: lo venido a ser) de una cosa es un venir a ser en orden a algo, por lo cual implica ya en sí misma el fin, a lo que Aristóteles llama "entelequia" (en-cauto-telos-ekhon)...

Por eso pudo Aristóteles formular en forma paradójica: lo acabado no está al fin sino al comienzo. En los procesos espaciales y temporales el acabamiento sobreviene, naturalmente, al fin del tiempo, pero en el pensar lógico-ontológico del ser acabado, como sentido de lo que es, se halla al principio y "por naturaleza es anterior" (J. Hirschberger, "Historia de la Filosofía", 60).

"El significado de 'entelequia' no es biológico; es lógico y ontológico. En toda clase de movimiento está la mirada de Aristóteles fija sobre el fin. Lo que le interesa no es el hecho de *se genere* algo, sino que *algo se genere*, de que se abra camino hasta la existencia de algo fijo y normativo: la forma" (W. Jaeger, "Aristóteles", F.C.E., 438).

En similar sentido explica Ross sobre la *naturaleza de las cosas*, en Aristóteles. "Algunos pensadores la hacen residir en la materia, 'no lo que está directamente presente en una cosa dada, que es en sí misma informe'... Otros identifican la naturaleza de las cosas con su forma, tal como lo expresa su definición, es decir, con el carácter que poseen cuando han llegado a su pleno desarrollo. Para Aristóteles la naturaleza de una cosa consiste en este más que en su materia, porque una cosa es lo que ella es, realiza su naturaleza más plenamente cuando existe en acto, cuando alcanza su forma, que cuando no existe más que en potencia como materia. Identifica habitualmente la naturaleza en tanto que capacidad de movimiento con la naturaleza como forma. La forma o modo de estructura de una cosa —por ejemplo, un animal— es aquello en virtud de lo cual se mueve, crece, cambia y llega al reposo al término de su movimiento. E inversamente, el poder de moverse, crecer y modificarse en un sentido determinado, constituye precisamente la forma o carácter de cada cosa" ("Aristóteles", Ed. Charcas, p. 102). "...la naturaleza íntima de una cosa, expresada en su definición, constituye el plan de su estructura... pero, además, Aristóteles señala frecuentemente la *identidad de la forma con la causa eficiente y causa final* (subrayado nuestro). Sin embargo, aunque no se identifique con ésta "su ser no es el mismo". La forma es el plan de una estructura considerada informando un producto particular de la naturaleza o el arte. La causa final es el mismo plan considerado como todavía no realizado en la cosa particular, sino como aquello hacia lo cual se dirige la naturaleza o el arte... *Esta causa final-formal es también evidentemente la causa eficiente*" (subrayado nuestro).

"Ordenamiento original de los cambios de las cosas" (Heidegger), "programa" (Villey), son algunas de las variadas expresiones de que se han valido los autores para exponer la idea aristotélica de naturaleza, sobre la que es más que oportuno remitir a C. I. Massini ("Sobre el Realismo Jurídico", Abeledo-Perrot, ps. 38 y ss.) y J. Moreau ("Aristóteles y su Escuela", Eudeba).

La teleología del Estagirita encuentra plena ratificación en la *Política*: "Y la naturaleza "ousía" es un fin. En efecto, llamamos naturaleza de cada cosa a lo que cada una es, una vez acabada su generación, ya hablemos del hombre, del caballo o de la casa. Además, *aquello para lo cual existe algo y el fin es lo mejor*... (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Traducción, J. Marías, p. 3). En igual sentido se pronuncia en la *Ética Nicomaquea* (Caps. I-II, etc.).

El ser de cada cosa no es pues para Aristóteles una suma sucesiva o un agregado de materia, forma, movimiento y fin, sino un todo integrado, completo y autocontenido en la simultaneidad lógico-ontológica de esos principios y sus causas (material - formal - motriz - final). Esta riqueza de significado tiene, a nuestro entender, una cabal expresión en la palabra latina "natura", de cuyo análisis filológico, como se ha visto *supra*, resulta la simultaneidad lógico-ontológica de la generación (*nata*) de la cosa y el fin en virtud del cual es generado, se realiza y es lo que es en plenitud (*natura*). Y es de presumir que, así como las obras del Filósofo lucían en la biblioteca, no sólo como ornato, tal significado ha sido el vigente en el lenguaje jurídico romano clásico.

V

Encontramos también una llamativa coincidencia entre la etimología de la palabra "ratio" y las ideas filosóficas de los estoicos. Por razones de espacio, nos vemos obligados a una muy ceñida síntesis de las mismas que, no obstante, se consideran medianamente suficientes para la fundamentación de la ponencia.

Es primordial en el estoicismo la idea de "cosmos". El universo es un todo ordenado donde cada cosa tiene un lugar y una función, que ha de llenar y cumplir indefinidamente hasta la gran conflagración, después de la cual volverá exacta y puntualmente a ocupar y cumplir, inmutablemente, hasta las cosas más pequeñas (Nemes, "De nat. hom.", 38). No hay cabello, ni grado que sea igual en todo a otro en el mundo, que es adaptado, perfecto y lleno de todos sus números y sus partes. Como la cápsula está hecha para el escudo y la vaina para la espada, así, exceptuado el mundo, todas las otras cosas son engendradas para algo distinto. (Séneca, epíst. 113, 16; Cic. Ac., pr. II-85; de nat. deorum, II, 37). Todo el orden cósmico está regido por el hado (*heimarmene*, *fatum*), es decir, *la infinita concatenación causal, razón por la cual sucedieron, suceden y sucederán, causa eterna de las cosas*. El mundo tiene una parte hegemónica, es animado, inteligente (i.e. consciente de sí mismo), providente y racional. Todas las cosas se dirigen a la perfección de la totalidad, en virtud de la ley divina universal que todo lo encadena y se llama naturaleza. Hay una infinita serie de causas dadas en la materia y en ella consiste la "racionalidad" del mundo, en la *ordenación del nexa causal y su necesidad*, por lo que cada cosa halla su "ratio" en el encaje de su medida y su destino dentro del ordenamiento universal. También Aristóteles había dicho que la naturaleza no deja nada librado al azar. ("Política", 2). El hombre ha sido engendrado "para contemplar e imitar al mundo y, sin ser perfecto, es una partícula de lo perfecto" (Cic. "De nat. deorum", 11-37). A semejanza del mundo tiene una parte hegemónica (*la mente*), *es inteligente y racional*. Percibe y se percibe conscientemente en el orden cósmico y procede según la "ratio" de las cosas apreciando como sumo bien la concordancia de los actos a cumplir con la "racionalidad" de la naturaleza. Viviendo en armonía consigo mismo, con su propia "ratio", es decir, su condición humana que lo diferencia de todas las demás cosas, su deber y su destino en el concierto universal, se inserta en la racionalidad de la naturaleza y vive en armonía con ella, logra la virtud, y se convierte en una partícula de lo perfecto. La "recta ratio" *se extiende a todas las cosas, igual*

que Zeus, que gobierna el orden de todas ellas. La virtud, la armonía consigo mismo y, por ende, con la naturaleza al concatenarse al orden universal de las cosas, es la "suprema ratio", a la que accede el sabio. (Dig., L. VII, 86, 87, 88; Cic. "De fin", III-20; Estobeo, eglo., II, 76, 3; Cic. Tusc. IV, 37; Sén., ep. 31, 8).

No puede pasarse por alto que en distintos pasajes, la palabra "ratio" se emplea, quizá en forma derivada, como facultad intelectual y de allí que muchas traducciones suelen traducirla como tal. Pero, a la luz de otros muchos más numerosos textos en los que se menciona la "razón de los bienes y de los males" (Plut. "De Stoic.", rep. , 4, 1035), el principio activo como "razón seminal" (Aecio, "Plac.", I, 7, 33; Diog. VII, 156), la calificación de Dios o del mundo como "racional", perfecto e "inteligente" ((Diog., VII-137), o de la naturaleza como viviente "racional" y "pensante" (Alej. de Afrodísia, "De Fato", c. 22, 191, 30), las referencias en mismos pasajes y seguramente no por perisología, a la "inteligencia" y "la razón", al alma (naturaleza a la que se ha agregado la representación), la "razón" y la "mente" (Filón, leg. aleg., II-7, 22; Gelio, "N. At.", VII, 2, Cic. "De nat. deorum", II, c. 38; Lucrecio, "De nat. rer.", III) y, en el contexto general de las ideas filosóficas estoicas, parece que el significado más preciso de "ratio" era el de la medida o dimensión de cada cosa en el orden cósmico con relación a la función y destino, causa de su generación, que ha cumplido, cumple y cumplirá eternamente. Toda cosa que no se adecua y cumple su "ratio", se "desnaturaliza", destruye el orden de la naturaleza.

VI

Recogemos, como siega, una llamativa concordancia entre la conformación etimológica de las palabras "natura" y "ratio" y las ideas filosóficas vigentes en la época clásica del derecho romano. Parece ser que para los romanos cada cosa tiene una estructura de límites físicos u ontológicos precisos, que constituye su "ratio", es decir, su medida, calibre o dimensión propia para el lugar que ocupa o función que cumple en el ordenamiento del universo. Y tal "ratio" está determinada por aquello para lo cual cada cosa se generó, que es, en simultaneidad lógico-ontológica, el fin que realiza su perfección, es decir, su "natura".

Se observa esta línea de pensamiento en diversos autores, de entre los que Cicerón, quizá el más importante introductor de las ideas e ideales filosóficos en la cultura jurídica romana y cuyo sincretismo concilia principios aristotélicos y de la Media Stoa, puede oficiar de intérprete, especialmente en su obra "De Legibus", considerada como punto de partida en la Historia de la Filosofía del Derecho. Trataremos de compendiar sus lineamientos básicos:

Que para Cicerón el derecho es naturaleza, lo documentan múltiples pasajes (I-X-XIII-XV), pero, como si fuera poco, en I-XII pide enfáticamente se entienda que en todo el tratado lo que nombrará como "ius" es naturaleza. ("Atque hoc in omni disputatione sic intelligi volo, ius quod dicam naturam esse").

Hay para Cicerón: 1) una ley existente antes de todos los tiempos, de cualquier ley escrita o de constitución del estado y de la que debe extraerse el origen del derecho (I-IV, 20, 19). Esta es la “razón suprema insita en la naturaleza, que ordena las cosas que deben hacerse y prohíbe las contrarias” (“Lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria” (I-VI, 18). 2) Esta “misma” “ratio”, al ser confirmada y coactuada en la mente humana, es “lex”, ley única de la que proviene el único derecho al que está sujeta la sociedad humana y es la recta razón —“recta ratio”— del mandar y prohibir (“Eadem ratio, cum est in hominis mente confirmata et confecta, lex est” —I-VI, 18—, “Est enim unum ius quo devincta est hominum societates et quod lex constituit una, quae est recta ratio imperandi atque prohibendi” —I-XV, 42). Hay pues una “ratio summa” en la naturaleza de las cosas: medida, proporción absoluta, que marca los límites infranqueables de lo que ocurre y debe ocurrir. La ley, como bien explica Fasso (“Historia de la Filosofía del Derecho”, Ed. Pirámide, Madrid, t. I, p. 77) tiene sentido descriptivo y prescriptivo: la naturaleza actúa y debe actuar dentro de la regularidad de un orden, por eso es “racional”, de lo contrario, sobrevendría el “caos”. La “ratio summa” confirmada (cum-firmare: afirmada juntamente) y perfeccionada en la mente humana es la “recta ratio”, constitutiva del “ius” al que está subordinada toda posibilidad de convivencia, regla firme, ordenadora y directriz, que mantiene las acciones dentro de los precisos límites de lo debido y lo prohibido. Esta especie de tránsito y radicación de la “summa ratio” de la naturaleza en la mente humana, como un “continuum” funcional, permite calificar a la ley como fuerza de la naturaleza, mente y razón del hombre prudente y regla de lo justo y lo injusto (“Ea est naturae vis, mens ratioque prudentis, iuris atque iniuriae regula”, VI, 19). 3) Finalmente, la ley tiene el significado “popular” de lo que se decide mandar o prohibir por escrito, según se entiende vulgarmente. (Sed quoniam in populari ratione omnis nostra versatur oratio, populariter interdum loqui necesse erit et appellare eam legem quae scripta sancit quod vult auto iubendo aut prohibendo, ut vulgus appellare solet” I-VI, 19).

El hombre ha sido generado por el dios supremo en una condición privilegiada. Es un animal previsor, sagaz, versátil, agudo, dotado de memoria, “lleno de razón y de inteligencia”. Solamente él, entre todos los géneros y naturalezas de los seres animados, “participa de la razón y del pensamiento” (“... animal hoc providum, sagax, multiplex, acutum, memor, plenum rationis et consilii, quem vocamus hominem, praeclara quadam conditione generatum esse a summo deo. Solum est enim tot animantium generibus atque naturis particeps artionis et cogitationis”... I-VII, 22). Las frases “plenum rationis et consilii” y “particeps rationis et cogitationis”, en un mismo párrafo, no es, en nuestra opinión, accidental ni pleonástica y la traducción precedente como “lleno de razón e inteligencia” o “participe de la razón y del pensamiento”, dice poco y mal. Debemos inquirir que es e sa “razón” de la que está colmado el hombre.

Los hombres, por error de juicio o ignorancia, se dejan seducir por el placer, huyen de la muerte, fincan la dicha en el honor y la gloria, son agitados por pasiones, etc., pero así como todos los pueblos valoran la dulzura, la benignidad, la gratitud y el reconocimiento, sienten odio y repugnancia contra los soberbios, los maléficos, los crueles y los ingratos. Esta es la “recta razón

de vivir” que hace mejores a los hombres. (“Quibus ex rebus cum omne genus hominum sociatum inter se intellegatur, illud extremum est, quod *recte vivendi ratio* meliores efficit”, I-XI, 32). La naturaleza ha creado a los hombres para la mutua participación y la intercomunicación del derecho (“...ad participandum alium cum alio communicandumque inter omnes ius nos natura esse factos”, I-XII-33). Si todos los hombres procedieran conforme con la naturaleza, todos respetarían ese derecho, pero como la corrupción parece extinguir en cierta manera sus chispas, a los que dio “la razón”, le dio también “*la recta razón*” y, por consiguiente, la ley, que es la “recta razón en el mandar y en el prohibir” (“Quibus enim ratio a natura data est, isdem etiam recta ratio data est; ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando”, I-XII, 33). Como fácilmente se aprecia, si nos mantenemos en el plano literal de traducciones usuales, nos encontramos con unas meras tautologías: los que tienen *la razón*, tienen también la *recta razón*, o sea, la ley, que es la *recta razón* del mandar y prohibir. En cambio, si ahondamos la pesquisa semántica y entendemos por “razón” el metro, el patrón, la medida (como la que Zeus “medon”, al decir de Benvenista, aplica a una circunstancia dada) y por “recta” (de rengo: regir, ordenar, reglar) la adjetivación de lo que dirige, ordena, manda, pone en fila, encuadra, etc., podríamos ensayar una descripción, necesariamente perifrástica, de la “recta ratio” como la medida directriz, la regla ordenadora de lo que es y debe ser mandado o prohibido (quizá mejor, “lo mandable y lo prohibible”, si fuera permitido el uso de tales términos).

Ahora bien, lo que mide, fija y proporciona, lo que es y debe mandarse o prohibirse, no es la utilidad o provecho (I-XIV-41), ni lo que está positivamente regulado por las leyes e instituciones de los pueblos (I-XV-42), ni en los decretos de los jefes o las sentencias de los jueces, la opinión o los votos de los insensatos (I-XVI-44). Las cosas rectas y honestas son deseables por sí mismas, lo bueno es lo valioso por sí mismo (I-XIII-37), el varón bueno y justo se rige por la honestidad misma de las acciones (I-XIV-41), es decir, todas las opciones deben ser discernidas por su intrínseca naturaleza (I-XVII-46, 47), y, que una “inteligencia común” hace conocer las realidades que ha incochado en las almas y permite distinguir las virtudes de los vicios y todos los contrarios. (“Nam ut communis *intelligentia* nobis notas res effecit easque in animis nostris incohavit, honesta in virtute ponuntur, in vitiis sturpia” I-XVI-44-XVII-45). El vivir de acuerdo con la naturaleza, conformando a ella todas las acciones, constituye la virtud que es la *perfecta razón* (I-XVI-45).

Vemos pues cómo el hombre está “colmado de razón”. Hay una “*recta razón*” de vivir, que lo hace mejor; hay una “*recta razón*” de mandar y prohibir, que lo hace justo; y hay finalmente una “*perfecta razón*”, la virtud, que lo diferencia de todas las demás creaturas, lo emparenta con los dioses y lo concilia integralmente con la naturaleza (I-VII, 23; VIII, 24) o, en otros términos, una *medida de vida* (“ratio vivendi”), una “*medida de mando*” (“ratio iubendi et prohibendi”) y una *medida perfecta* del hombre, su “ratio entis”, su “razón de ser”, su virtud o adecuación total con la naturaleza, porque ha nacido para “admirar e imitar al mundo”, según expresión ya citada del mismo autor en “De Natura Deorum” (II-XVI, 43), donde también significativamente indica que

“la naturaleza está llena de razón” (“plena rationis”) como hasta ahora viniera diciendo del hombre.

Aquella “*suma ratio*” estaba ínsita en la naturaleza; la “*recta ratio*” es la misma naturaleza confirmada en la mente del hombre. La “*perfecta ratio*”, concluye Cicerón, “*ciertamente está en la naturaleza*” (“Est enim virtus perfecta ratio, quod certe in natura est”, I-XVI-45), más aún, no es otra cosa más que *la naturaleza elevada a la suma perfección y desenvolvimiento*. (“Est autem virtus nihil aliud, nisi perfecta et ad summum perducta natura”, I-VIII, 24). Ante tales asertos, no pueden silenciarse aquello de que el ser y el bien se equivalen (ens et bonum convertuntur), toda vez que el bien es la realización plena, acabada de cada ser, el logro perfecto de su naturaleza, así como que la plenitud o el bien están en la cosa (“in re”), que seguramente han obrado en sus concepciones filosóficas.

El empleo reiterado de la palabra “ratio” por Cicerón, no es por cierto unívoco, muchas veces queda en la “zona de penumbra”, pero quizá podría sintetizarse: a) “*Summa sive suprema ratio*”: medida absoluta de lo que se puede y debe o no hacerse. b) “*Recta ratio*” esa “*summa ratio*” actuada y consolidada en la mente humana, patente medida del “ius”, calibre de lo permitido y lo prohibido. c) “*Perfecta ratio*”: la conformidad plena de la “recta” con la “summa ratio”, la virtud, por la que el hombre alcanza la armonía con la naturaleza y en esa armonía logra su exacta dimensión humana, su “ratio” o medida perfecta. (Cfr. José María Galati, “El Diálogo ‘De Legibus’ y la Teoría de la Ley en Cicerón”, Santa Fe, 1974).

La mención a la “*naturalis ratio*” aparece en De Officiis (III-5, 23). Allí Cicerón la define como “*La ley humana y divina*”.

Ley, ya sabemos, sería la medida, descriptiva y prescriptiva de lo que es porque debe ser, ínsita en la divinidad de la naturaleza e internalizada en el espíritu del hombre y, si bien no encontramos una definición precisa de “naturaleza”, no sería aventurado presumir en el plexo de ideas del autor comentado una síntesis de la “fisis” aristotélica y de concepciones estoicas medias. Desde este punto de vista, así como la “ratio” significaría la regularidad de todo el universo y la medida que cada cosa tiene y le corresponde en la arquitectura del orden cósmico, la naturaleza sería todo lo existente, toda realidad creada y el núcleo fundamental de cada una de esas cosas que, excluida toda otra propiedad, la hace ser ésta y no otra. Siendo así, la “ratio” es “*naturalis*” porque no está determinada por ninguna otra causa que no sea el principio último de su ser.

Dada la reconocida influencia de la helenística en la cultura jurídica romana y la importancia de Cicerón en la introducción y difusión de sus principales nociones filosóficas, es dado afirmar con muchas probabilidades de acierto, que los juristas romanos han asentado sus construcciones jurídicas en ese cultivado suelo. Acorde con ello, la “ratio”, para los romanos, no está determinada, no está establecida, ni es maleable por la inteligencia o voluntad humana; tiene una conformación objetiva, real, inherente al ser de cada cosa, que le dan su medida ontológica y su función exacta en el orden del universo y que se imponen a la facultad intelectual del hombre, la cual puede encontrarla, descu-

brirla, aprehenderla, pero no crearla. Está determinada por el núcleo fundante de cada cosa que hace que sea ésa y no otra, es decir, su naturaleza. "*Naturalis ratio*" no significó la razón humana o facultad intelectual, sino la constitución exacta, diferenciadora y excluyente que cada cosa tiene de por sí ("*ratio*"), en virtud del fundamento de su ser ("*natura*"). Se sigue de ello que, en términos romanos, constituye un error, una especie de interpolación, el referirse a un "*derecho natural*" como derivado de la "*naturalis ratio*", entendida ésta como facultad humana de pensar.

Abonando esta conclusión, podemos citar al gran romanista P. Bonfante: "*Naturalis ratio*" "no significa la razón humana, como han creído los filósofos poco versados en lengua latina, sino el orden ("*ratio*") natural de las cosas", "*la lógica de las cosas, de las instituciones*" ("*Historia del Derecho Romano*", I-388 y 477).

RESUMEN

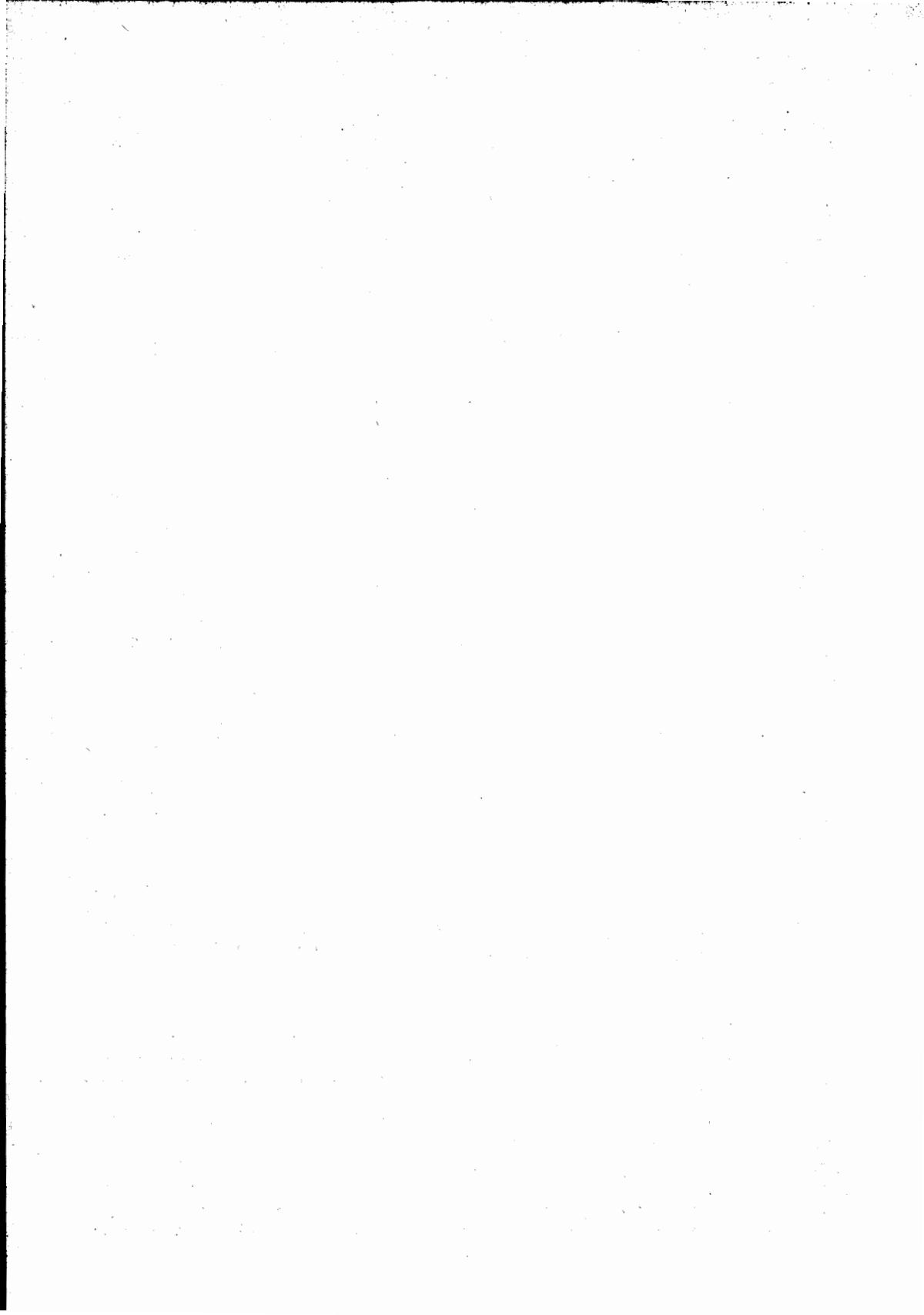
El tema de la *naturalis ratio* interesa a la Historia y a la Filosofía del Derecho. A la primera por la circunstancia de que las distintas fuentes de nuestra disciplina se refieren a un derecho originado y basado en la misma; a la segunda, por su función epistemológica clarificadora de los supuestos de todo conocimiento.

El examen de las principales ideas filosóficas vigentes en ciertas épocas es de gran valía para entender el significado de los vocablos utilizados por los juristas. Así como en la Filosofía somos tributarios de Grecia, nuestro sistema jurídico "continental" reconoce la maternidad de Roma. El período clásico del DR —lato sensu circa I a/III post Christum natum— estuvo dominado por la helenística, especialmente por el estoicismo y la doctrina aristotélica. El jurista era el hombre romano culto por lo que cabe tener como válido que en su lenguaje se expresaban los significados filosóficos y científicos vigentes, aunque no se dedicara en particular, ni tuviere un interés específico en disciplinas extrajurídicas.

El análisis etimológico de las palabras *natura* y *ratio* permite apreciar que la primera contiene y expresa la simultaneidad lógico-ontológica de la generación y aquello *por* y *para* lo que cada cosa se genera, el ser en su completa e integrada realización, y la segunda la *medida, calibre o proporción* de esa cosa, no la *facultad intelectual del hombre*. Tales significados concuerdan armoniosamente con las ideas aristotélicas y de la stoa media.

Cada cosa tiene una medida, una dimensión o estructura de límites precisos que la constituye como tal y la diferencia de las demás, es decir, una *ratio*. Y la "*ratio*" de cada cosa está determinada por aquello *por* y *para* lo cual se generó y en cuya realización se perfecciona, es decir, su *natura*.

Parece pues que la *naturalis ratio* no significaba para los romanos la razón humana o facultad intelectual, sino la constitución exacta, diferenciadora y excluyente que cada cosa tiene de por sí ("*ratio*"), en virtud del fundamento de su ser ("*natura*"). Medida y fundamento que no son creaciones de la mente humana, sino que residen, son intrínsecamente inherentes a la cosa ("*in re*").



DERECHO PATRIMONIAL ECLESIASTICO EN LA ARGENTINA

NÉSTOR DANIEL VILLA

1. PRÓLOGO

Al igual que lo expuesto por el Dr. don Federico Aznar Gil en su obra "La administración de los bienes temporales de la Iglesia —Legislación universal y particular española—", Salamanca, 1984, acerca de las amplias facultades que la legislación canónica vigente concede a otros órganos legislativos inferiores: conferencias episcopales y diócesis, una presentación del derecho canónico patrimonial sin sus concepciones particulares quedaría incompleta. Por ello es que trataremos de sintetizar los puntos de referencia del derecho patrimonial en la Argentina.

Las dificultades para ello son muchas, al igual que en España y mucho más que en ella, por dificultades diversas: la confusión legislativa y organizativa, la ausencia de estudios monográficos y lo dificultoso de localizar los documentos que regulan estos temas. No existe tampoco en la Argentina una publicación sistemática y orgánica de las leyes particulares. Sumado a la ausencia de normas concordadas sobre el particular —incluyendo el patrimonio cultural de la Iglesia— es que un trabajo de rigor científico requeriría una labor de investigador más que histórico, detectivesco.

Por eso es que en este trabajo se expondrá, por cierto en forma limitada y parcial, la legislación particular de la Conferencia Episcopal Argentina, y un panorama de lo diocesano; y el derecho eclesiástico del estado tal como surge de la Constitución Nacional, el Código Civil y leyes nacionales. No se mencionarán las constituciones provinciales ni ordenanzas o reglamentos de orden provincial y municipal salvo excepción aislada. En especial el estudio se centrará sobre dos tópicos, una vez expuestas las fuentes y documentos: la organización de la economía en la diócesis de referencia y los principios de retribución del clero y de previsión para el mismo (cobertura médica, jubilación y obra social).

2. ANTECEDENTES

La Argentina es un país relativamente joven, heredero de lo que fue el Virreinato del Río de la Plata y de las Provincias Unidas del Río de la Plata,

desmembradas en las repúblicas de Argentina, Bolivia, Paraguay, Uruguay y algún territorio en el sur brasileño, otros bajo ocupación británica y algún territorio reivindicado de la república de Chile.

Durante la conquista y bajo la dominación española, en el actual territorio argentino, la Iglesia recibió de la Corona y de donaciones particulares una inmensa cuantía de bienes que permitía subvenir sus necesidades y dedicarse holgadamente a las obras de educación, beneficencia y caridad. El dominio de los bienes eclesiásticos correspondía como es de suponer a la iglesia diocesana y los obispos tuvieron amplios poderes para administrar los bienes eclesiásticos y sus rentas. Pero tanto las leyes eclesiásticas como las civiles fijaron las causas y modos de enajenación de los mismos¹. Lo concordatos entre la Corona española y la Santa Sede de 1737 que se llevaron a efecto en 1793, por los que se secularizaron los bienes eclesiásticos debido a su generada cuantía quedando tan sólo los de primera fundación, no se ejecutó en América, salvo en los bienes de las personas de los eclesiásticos, quedando firme las inmunidades de las Iglesias y de las comunidades religiosas.

Diversas leyes civiles reconocían los derechos del diezmo y de la exclusividad de la jurisdicción eclesiástica para con respecto a capellanías², cumplimiento y ejecución de disposiciones testamentarias a favor de capellanías, obras pías y hospitales³ inhibiendo a las autoridades civiles. Pero luego se declaró a tales materias de mixto fuero y se encomendó a la autoridad civil como protectora de las causas pías, conocer en sus causas inhibiendo a los jueces eclesiásticos⁴. Más tarde se inhibió a los jueces eclesiásticos el conocimiento de testamentos y legados en razón de obras piadosas⁵, limitándose también el derecho de visita a los hospitales y bienes de las fábricas de las iglesias, que debían hacer los obispos "por particular comisión y encargo de Su Majestad"⁶. En 1804 la autoridad civil intervino en todas las obras piadosas evocándose su titularidad y colocándolas en los depósitos públicos sin intervención alguna de la jurisdicción eclesiástica⁷.

La secularización que se hizo por el concordato de 1737 mudó la naturaleza y carácter de las capellanías eclesiásticas estableciendo que en adelante, lo que recién se concretó con la resolución del 18 de noviembre de 1799, el patronato era laical si corría en razón de sangre, y era eclesiástico tan sólo si

1 D. VÉLEZ SÁRSFIELD, *Relaciones del Estado con la Iglesia en la Antigua América Española*, citando Sexto Libro, 3 tit. 2, C. 52, s. 12 quaest. 2 y Ley 1ª y 2ª, tit. 14, part. 1ª, en ps. 187 y 188.

2 D. VÉLEZ SÁRSFIELD, *op. cit.*, p. 189, citando cédula del 10 de agosto de 1592 que forma L. 15, tit. 1, lib. 1 R. de Y; cédula del 10 de agosto de 1592 que forma L. 33, tit. 7º, lib. 1 R. de Y; y cédula del 7 de junio de 1621, que forma L. 146, tit. 15, lib. 2º. R. de Y.

3 D. VÉLEZ SÁRSFIELD, *op. cit.*, p. 189, cédula del 7 de junio de 1621 que forma L. 146, tit. 15, lib. 2º, R. de Y.

4 Cédula del 18 de marzo de 1776 y del 22 de marzo de 1783, nota 6ª a la ley 15, título 15, libro 2º. R. de Y.

5 Cédula del 15 de noviembre de 1781 (L. 18, tit. 20, libro 10).

6 Cédula del 18 de diciembre de 1768 (nota 9 al tit. 2, lib. 1. R. de Y.).

7 Resolución del 18 de diciembre de 1804 (LL, 3 4 y 5, tit. 2, lib. NR.).

provenía de bienes eclesiásticos o si era obtenido el privilegio real de espirtualización del dominio.

Lo principal de todo el período preindependiente está caracterizado por la base efectiva que los diezmos, décima parte de los frutos prediales, constituían para la economía de la Iglesia. Detenerse a historiar las vicisitudes y variaciones de esta costumbre y de las regulaciones canónicas acerca de la misma excedería el cometido de este trabajo. La última resolución de los monarcas españoles a quienes la Santa Sede había concedido el patronato de las Iglesias en sus dominios fue la "Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes de ejército y Provincia en el Virreinato de Buenos Aires"⁹.

Después de la revolución de 1810 los dos novenos y otros censos sobre la masa decimal, que se debían al rey, fueron aplicados al gobierno patrio, hasta que, en 1813, la Asamblea General Constituyente reglamentó la aplicación de los diezmos dividiendo la masa de éstos en tres partes iguales, las que deducida el tercero para el Seminario, se aplicó la primera a la mitra, la segunda a la vara capitular (cuerpo de canónigos) y la tercera subdividida en nueve partes iguales para los fines y objeto de su erección (curatos, hospitales, etc.)¹⁰.

En Buenos Aires, por la ley del 21 de diciembre de 1822, se abolieron los diezmos y se ordenó que las atenciones a que ellos eran destinados se cubrieran con el Tesoro Público. Todas las casas, terrenos y demás bienes que no eran del servicio inmediato del culto y templo de la catedral y cabildo eclesiástico, quedaron bajo la jurisdicción del gobierno. Los réditos de las capellanías o memorias piadosas afectas a algún servicio en el templo de la catedral, fueron en lo sucesivo recaudados por el gobierno. Desde entonces el Departamento Eclesiástico fue pagado por el Tesoro Público¹¹.

Habiéndose suprimido varias casas de regulares, todas sus propiedades, muebles e inmuebles, se declararon del estado, y los bienes y rentas de las casas suprimidas, fueron administradas por los prelados, pero conforme al reglamento que diese el gobierno a quien anualmente debían rendir cuenta de su administración¹².

Esta medida unilateral, verdadera herejía administrativa de exacerbado regalismo, dificultó el restablecimiento de relaciones con la Sede Apostólica, se contagió por imitación de hecho al resto de las provincias hasta resolver en la Constitución Nacional actualmente vigente de 1853-1860. No nos detendremos en la transitoria constitución unitaria de 1827, ni en los vaivenes de los pactos previos a la organización nacional. El monto de lo expropiado en la

⁹ Concordato de 1737 inserto en L. 14, tít. 5º, lib. 1, NR y llevado a efecto en 1793. El concordato no se ejecutó en América salvo en bienes de los eclesiásticos, ver D. VÉLEZ SÁRSFIELD, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰ E. UDAONDO, *Antecedentes del Presupuesto de Culto en la República Argentina*, Buenos Aires, 1949, p. 18.

¹¹ Decreto del 17 de enero de 1823 y del 5 de diciembre de 1822. Ver D. VÉLEZ SÁRSFIELD, *op. cit.*, p. 185.

¹² Arts. 26 y 30 de la ley 17 de enero de 1822. Ver V. SÁRSFIELD *op. cit.*, p. 188.

administración rivadaviana a valores de pesos moneda nacional del año 1950 y su actualización a la fecha según las paridades cambiarias es exorbitante¹³.

La economía de las diócesis argentinas son simples. Son pocas las estructuras eclesiásticas que se rigieron por el sistema benefical y que perduren en la actualidad, con excepción de ciertos consejos de canónigos, algunos santuarios y una u otra parroquia aquí y allá.

La dotación de la Iglesia por el Estado, exigua y nunca congrua, se complementó con la constante ayuda de particulares y fieles piadosos, y en la actualidad el aporte de Fundaciones argentinas como la Fundación Pérez Compagnon, Orprela, y extranjeras: Adveniat, La Iglesia que Sufre, Episcopado Norteamericano, y otras, quienes subvencionan generosamente las obras de relevancia: materiales, intelectuales y catequéticas de las diócesis de recursos insuficientes que son las más.

La Iglesia en Argentina, con la salvedad de cierto desahogo en las principales arquidiócesis metropolitanas y algunas diocesanas, no es una Iglesia rica. De no haber sido despojada podría la Iglesia vivir al menos en Buenos Aires y Córdoba con una renta similar a las de las mejores dotaciones diocesanas del mundo. El riguroso estudio de Udaondo permite ver el volumen de bienes que fueron confiscados en la ciudad y la provincia de Buenos Aires entre 1821-1824 y su monto a valores actuales¹⁴.

El Derecho eclesiástico del estado y el presupuesto del culto

Una disposición constitucional de indudable valor al artículo 2 de la Constitución Nacional de 1853-1860, cristaliza el desajuste de las relaciones Iglesia- Estado, la necesidad de reparación histórica por los despojos arbitrarios y unilaterales de la administración rivadaviana, y a la par el reconocimiento del rol de la Iglesia Católica en la génesis de la nacionalidad y su rol de religión favorecida. El mismo dice: "El Gobierno Federal sostiene el culto católico, apostólico romano". No se trata de la adopción de una religión de estado, ni de un aval moral genérico, ni de sólo un sostén económico. Es un todo complejo, que fue debatido ampliamente en la constituyente de 1853 y que hizo correr ríos de tinta hasta la actualidad. Es una cláusula de la Constitución Nacional, vale decir que las provincias al darse su constitución propia deben conformarse con ella.

En esa cláusula se fundamentó toda la historia del presupuesto del culto en la Argentina que se vino haciendo por partidas globales que se entregaban a cada obispado, para lo cual hasta el último empleado de curia era conside-

¹³ E. UDAONDO, *op. cit.*, señala entre bienes expropiados en ciudad y provincia de Buenos Aires la cifra de pesos moneda nacional dos mil cuarenta y cinco millones ochocientos ochenta y cinco mil dieciséis con cincuenta y dos centavos ((2.045.885.016,52), p. 144.

¹⁴ \$ 204.588.501.652.000.000.000,00; fuente: *Boletín Informativo Techint*, N° 262. Citado en "La Nación", del 8 de diciembre de 1991.

rado un empleado nacional. La sola adjudicación del presupuesto de culto en forma unilateral estatal, es decir no concordada, era la causa de ello. Un verdadero regalismo práctico con las intromisiones indebidas del poder civil en el ámbito de la jurisdicción eclesiástica, que hicieron decir a Menéndez y Pelayo, que el regalismo es la herejía administrativa, la más odiosa y antipática de todas¹⁵.

A esto se trató de poner fin en la década de 1960 con el anteproyecto de concordato que elaboró el Dr. Santiago de Estrada que contempla en dos artículos tanto la remuneración de los eclesiásticos que desempeñen cargos civiles y el modo de designación y, lo más importante, el presupuesto del culto. Lamentablemente el acuerdo con la Santa Sede de 1966 sólo se limitó a algunos puntos sin incluir éste y otros puntos importantes¹⁶.

3. NORMAS CONCORDADAS

Bástenos citar el anteproyecto del Acuerdo de 1966 entre la Santa Sede y el Estado argentino que lamentablemente se circunscribió al final tan sólo a los aspectos de reconocimiento de la libertad e independencia de la Iglesia en su ámbito específicamente espiritual, el nombramiento de obispos y la creación de circunscripciones eclesiásticas como asimismo la consagración de la libertad de comunicación del Romano Pontífice con su jerarquía y fieles en la Argentina y la responsabilidad del Episcopado argentino en la introducción de nuevas asociaciones de religiosos en el país.

Dicho anteproyecto de autoría del Dr. Santiago de Estrada (p.) trae los siguientes artículos:

“El Estado Argentino reconocerá la personería jurídica de todas las instituciones, asociaciones de clérigos o de laicos y congregaciones u órdenes religiosas existentes, constituidas según derecho canónico, con tal que posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, y no subsistan de asignaciones del Estado;

— El Gobierno Argentino entregará a cada una de las curias diocesanas para su sostenimiento, una suma global cuyo monto será establecido sobre la base de las asignaciones contenidas actualmente para Culto en el presupuesto general de la Administración Nacional. Quedará a cargo de las autoridades eclesiásticas la inversión de las sumas recibidas, la cual deberá ajustarse a las normas generales establecidas en la Ley de Contabilidad y disposiciones complementarias, en cuanto se refiere a la rendición de cuentas de las sumas percibidas del Tesoro Nacional” 17.

El primer acápite se refiere a la superación de las prescripciones nunca observadas del 67, inc. 20 y 108 con respecto al ingreso de nuevas órdenes

¹⁵ M. MENÉNDEZ Y PELAYO, *Historia de los Heterodoxos Españoles*, Madrid, B.A.C., 1956, t. 11, p. 395.

¹⁶ Acuerdo de 1966: AAS, 1967, ps. 127-130.

¹⁷ SANTIAGO DE ESTRADA, *Nuestras Relaciones con la Iglesia*, Buenos Aires, 1963, p. 75 y siguientes.

religiosas en territorio argentino amén de las existentes al momento de la sanción de la Constitución. El anteproyecto suprime la distinción entre órdenes y congregaciones y beneficia indirectamente a asociaciones no católicas. Es interesante la referencia al patrimonio propio, capacidad según los estatutos para adquirir bienes, y no dependencia de asignaciones estatales.

El segundo acápite se refiere a las asignaciones globales que recibiría cada diócesis para el normal desenvolvimiento de la Curia Episcopal. No se menciona el carácter resarcitorio ni el rol de la religión católica como favorecida que surge del contexto general y de la introducción del mismo, como de toda la legislación —articulado, debates parlamentarios, considerandos generales— argentina y de la misma realidad sociopolítica.

El tema de porqué se aprobaron sólo las cláusulas que actualmente integran el Acuerdo de 1966 y no todo el anteproyecto es algo que escapa al cometido de este trabajo. Bástenos saber y citar este antecedente como doctrinal en sustitución de normas concordatarias sobre la materia que no las hay vigentes.

Anteriormente se había acordado entre la Santa Sede y el gobierno argentino la institución del Vicariato Castrense para la asistencia espiritual de las fuerzas armadas, que reconocido por decreto-ley 7623/57 es el marco de referencia que regula todo lo relativo a la remuneración del prelado, capellanes mayores y demás integrantes de la jerarquía eclesiástica del mismo. Por lo específico no abordaremos este tema soslayándolo tan sólo. El Acuerdo de 1957 es el primero suscripto entre el Estado Argentino y la Santa Sede.

En otros artículos se mencionan al pasar ciertas exenciones impositivas de la Iglesia como así de tasas y derechos de inmigración para misioneros y religiosas¹⁸.

4. NORMAS DEL DERECHO ESTATAL

Como ya referimos nos detendremos tan sólo en las nacionales y en las vigentes. La Constitución será la de 1853-1860 y no el Estatuto Constitucional de 1815, o el Reglamento de 1817, ni las efímeras Constituciones de 1819 y 1826, ni la Constitución de 1949 vigente hasta 1955. Tampoco nos referiremos a las constituciones provinciales ni a las leyes u ordenanzas provinciales y municipales.

Las leyes que citemos, pues, serán tan sólo las nacionales, y los fallos los de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El carácter federal y nacional de las asignaciones nos mueve a ello, ya que las dotaciones para las Curias episcopales son erogaciones del Tesoro Nacional.

Constitución

Ya nos hemos referido a la Constitución Nacional (1853-1860), cuyo artículo 2º marca el ámbito de referencia para toda subvención de culto, y en

¹⁸ SANTIAGO DE ESTRADA, *op. cit.*, p. 75 y ss.

sus debates previos, el lejano origen de las expropiaciones abusivas sin indemnización que padeció la Iglesia a manos de gobiernos posteriores a 1816 y anteriores a la Organización Nacional. El carácter de relación favorecida por el aporte constante de la Iglesia en la gestación de la comunidad nacional y la obligación de indemnización por el expolio sufrido a manos del Estado son los dos títulos que legitiman la concesión de asignaciones estatales y la inclusión del Culto católico en el presupuesto nacional. Dice el artículo 2º ya citado: "El Gobierno Federal sostiene el culto católico, apostólico romano".

3h

Código Civil

Es de suyo nacional. Los códigos de fondo son en la Argentina comunes a todo el país, variando según las provincias los códigos de forma. En el código civil nos encontramos con cuatro artículos claramente y directamente referidos a la Iglesia Católica. Son los artículos 33, 41, 1160, 2345 y concordantes.

"Art. 33: Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado.

Tienen carácter público:

- 1) El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios.
- 2) Las entidades autárquicas.
- 3) La Iglesia Católica.

....."

Como se ve, el actual texto vigente según la ley 17.711 acuerda a la Iglesia Católica el carácter de persona jurídica pública a la par del Estado Nacional, provincial o municipal y las entidades autárquicas. El texto original de Vélez Sársfield promulgado por ley 340, de 1869, decía en el mismo artículo: "Las personas jurídicas sobre las cuales este código legisla, son las que, de una existencia necesaria, o de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes: 1º El Estado. 2º Cada una de las provincias federadas. 3º Cada uno de sus municipios. 4º La Iglesia. 5º Los establecimientos de utilidad pública, religiosos o piadosos, científicos o literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, bancos...."

La reforma al código civil de la ley 17.711, de 1968, ha precisado la necesidad de ser de las personas jurídicas como personas jurídicas de carácter público, que son las de los n.ºs 1, 2, 3 y 4 del texto de Vélez Sársfield. El elenco enunciativo del n.º 5 pasó a revistar como de carácter privado (posible según la terminología del redactor original). La inclusión de las entidades autárquicas es fruto de la complejidad y desarrollo del mundo moderno, a un siglo de la promulgación del proyecto de Vélez Sársfield. La Iglesia por lo tanto en el ordenamiento jurídico civil de la Argentina, es la Iglesia Católica. La adjetivación aunque innecesaria precisa y concreta el sentido y espíritu de la norma. Ella no es una asociación posible, ni privada, sino que su existencia tiene reconocimiento jurídico de necesario y pública. Ello es importantísimo al tiempo de ejercitar derechos y deberes, y en referencia específica a sus bienes y al ejercicio de la administración y enajenación de los mismos.

Art. 41: "Respecto de los terceros, los establecimientos o corporaciones con el carácter de personas jurídicas, gozan en general de los mismos derechos

que los simples particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructos de las propiedades ajenas, herencias o legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones e intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales”.

El artículo se refiere a toda persona jurídica, pública o privada, pero la larga nota de Vélez Sársfield la aplica específicamente a la Iglesia defendiendo la posibilidad de ésta de ser propietaria de bienes y propiedades por cualquier título legítimo argumentando que sostener lo contrario es producto de espíritu antirreligioso que conculca las más elementales reglas de respeto a la voluntad y derechos de individuales y de la libre disposición de ellos por sus dueños. La acumulación de bienes en manos de la Iglesia, cuando ello ha sucedido, no se debe al reconocimiento de su capacidad sino al fanatismo de los pueblos en un contexto diverso al del mundo moderno. Respecto de los litigios sobre la titularidad concreta de bienes legados a la Iglesia remite al Codex de Justiniano (LL, 26 y 27, “De Sacros. Eccles.” y L. 49, “De Epis.”). Así si el heredero es Jesucristo le corresponde a la iglesia local, si dice un arcángel o un santo a la situada en su vecindad bajo ese título. Si no la hay en el lugar a la más próxima, y en su defecto a la de devolución del testador o a la más pobre. En el caso de testar por los necesitados heredaba la iglesia local con cargo de aplicar con ese fin el acervo.

Lo importante de este artículo es pues el amplio reconocimiento que la nota, sin carácter legal pero con privilegiado carácter doctrinal, confiere a la capacidad patrimonial de la Iglesia Católica. La remisión a las leyes justinianas y el rechazo a las restricciones para la adquisición de bienes por las corporaciones, a las que reconoce no como de derecho común sino como excepcionales medidas, hace de Vélez Sársfield, a pesar su manifiesto regalismo, un pilar de la libertad patrimonial de la Iglesia en Argentina.

Art. 160: “No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poder hacerlo con personas determinadas, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, sino estipularen concordatos con sus acreedores”

Este artículo, inserto, en el Libro II, Sección III, Capítulo II: “De los que pueden contratar”, contempla el caso especial de los frailes y monjes franciscanos, dominicos, mercedarios, agustinos y jesuitas, los únicos existentes a la época de la organización nacional y a las órdenes que con acuerdo del Congreso ingresen con posterioridad. Tanto los varones como mujeres si han emitido votos solemnes son incapaces de derecho. Sólo pueden contratar en representación de sus conventos en transacciones inmobiliarias, o si contratan sobre bienes muebles, con dinero de contado. Este artículo, más que una incapacidad “penal”, es una protección al mismo estado religioso. La legislación civil argentina desconoció la muerte civil ya sea por reclusión perpetua, infamia o profesión monástica. Pero constituyó incapacidades civiles para resguardar la

solemnidad de los votos religiosos y los derechos de personas que contraten con profesos. Nunca se aplicó a los miembros de congregaciones que ingresaron al país luego de 1853, y que carecían de votos solemnes, ni a los miembros de órdenes: servitas, trinitarios, benedictinos, cistercienses, antonianos, basilianos, lateranenses, carmelitas, que se constituyeron civilmente como fundaciones o asociaciones culturales.

La naturaleza de este artículo es de curiosidad legislativa, lo mismo que los arts. 67, inc. 20 y 108 de la constitución a los que ya referimos.

La nueva legislación canónica que simplifica la categorización de los votos religiosos, el Acuerdo de 1966 entre la Santa Sede y el Estado Argentino que faculta al Episcopado para llamar a nuevas órdenes o congregaciones religiosas al país a más de las existentes, y el reconocimiento de la personería jurídica por decreto a los cistercienses de la estricta observancia poco antes del Acuerdo de 1966 han tornado si no obsoleta, de relativa relevancia práctica esta norma.

Art. 2338: "Son relativamente inenajenables las cosas que necesitan una autorización previa para su enajenación".

Art. 2345: "Los templos y las cosas sagradas y religiosas corresponden a las respectivas iglesias o parroquias, y están sujetas a las disposiciones de los arts. 33 y 41. Esos bienes pueden ser enajenados en conformidad a las disposiciones de la Iglesia Católica respecto de ellos, y a las leyes que rigen el patronato nacional".

El artículo 2346 prescribe análogamente respecto a los templos y cosas religiosas de las iglesias disidentes, sin hacer referencia al patronato como es obvio. Y el artículo 2347 dice: "Las cosas que no fuesen bienes del Estado, o de los Estados, de las municipalidades o de las iglesias, son bienes particulares sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas".

Estos artículos forman parte del Título I, capítulo único del Libro III: "De los derechos reales. De las cosas consideradas en sí mismas".

Se reconoce a la Iglesia y a su derecho la posibilidad de afectar o desafectar cosas y de enajenarlas conforme a derecho canónico. Asimismo, reconoce la pluralidad de patrimonios eclesiásticos correspondientes a las respectivas iglesias y parroquias, integrando todos la Iglesia Católica.

Resumiendo podemos señalar:

1. La Iglesia Católica goza de personalidad jurídica de carácter público reconocida por la Constitución Nacional (art. 2 y concordantes) y por el Código Civil (art. 33)¹⁹.

¹⁹ Constitución Nacional 1853-1860, art. 2 y concordantes y art. 33 del CCA. El art. 34 del CCA confiere personalidad jurídica pública a los estados extranjeros. Este artículo no sería aplicable a la Iglesia Católica, pero sí a la Ciudad del Vaticano.

2. Cuando se habla de Iglesia Católica se refiere tanto a la Iglesia Universal, como a la Conferencia Episcopal Argentina, a cada diócesis y a cada parroquia. Cada una de esas figuras goza de personalidad jurídica pública, tiene su propio patrimonio compuesto por bienes eclesiásticos bajo el dominio de eminente supervisión del Papa.

3. La separabilidad de patrimonios responde a las distintas personalidades que los detentan. Las responsabilidades son también separables. Unos no responden por otros.

4. Así como el Código de Derecho Canónico remite a la legislación civil, el Código Civil argentino remite a la legislación canónica para proceder a la enajenación de bienes eclesiásticos (art. 2345).

5. Dentro de los bienes eclesiásticos existe una categoría especial: el dominio público eclesiástico análogo al dominio público nacional, provincial y municipal²⁰. Estaría integrado por los templos e iglesias y encontraría fundamento en la estrecha vinculación entre Iglesia y Estado en la Argentina, a la protección legal que ella recibe de la Constitución y del ordenamiento jurídico, por ser la religión predominante y por ser persona de existencia necesaria²¹. Asimismo, el art. 2347 la equipara en la publicidad de dominio a los estados nacionales, provinciales y municipales distinguiendo estos bienes públicos de los bienes de los particulares. También fallos plenarios así lo reconocieron como un fallo de la Suprema Corte de 1869.

Serían bienes eclesiásticos aquellos que están afectados a la utilidad común (art. 2340, inc. 7º, CCA) como los templos y cosas sagradas u objetos destinados directamente al culto. Pero todos los bienes eclesiásticos pertenezcan o no al dominio público están sujetos a un régimen peculiar de enajenación (art. 2345 y concordantes, CCA). Civilmente los bienes que no son de dominio público son pasibles de ejecución en tanto no sean necesarios para el culto o las funciones propias de la Iglesia.

Por lo tanto, la Iglesia Católica tiene verdadera titularidad de los bienes eclesiásticos en la Argentina. Se trate de la Iglesia Universal (la Santa Sede es propietaria del edificio de la Nunciatura Apostólica, v.gr.), la Conferencia Episcopal²², las diócesis y parroquias, las órdenes religiosas. —Esto no excluye que pueda predicarse la existencia de un “dominio eminente” de la Iglesia Universal sobre los bienes de las personas jurídicas eclesiásticas, tal como hay en el orden estatal un dominio eminente del Estado sobre los bienes situados en su territorio—. Tal dominio eminente no conculca la titularidad patrimonial de las personas jurídicas eclesiásticas jugando su interés principalmente al momento de disponer de los mismos y de las formas de administración de los mismos (cfr. CIC, 1983: 1256, 1273). Si recién con la sanción del Código Civil la Iglesia obtuvo reconocimiento de su plena titularidad patrimo-

²⁰ ALBERTO SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1970, vol. 3, p. 1322.

²¹ GUILLERMO BORDA, *Tratado Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires 1970, t. II, p. 810.

²² Decreto 1475/88 que reconoce a la CEA con las atribuciones y facultades conferidas por sus Estatutos aprobados por la Sagrada Congregación de Obispos como Persona Jurídica Pública a tenor de lo prescripto en el art. 33 del CCA. Ver: H. D. ESQUIVEL, *Régimen eclesiástico argentino*, Buenos Aires, 1928, p. 392.

cial es algo que dejamos a las disputas de los doctrinarios²³. Lo cierto es que hay patrimonios separados y cada persona jurídica responde por su patrimonio (diócesis, parroquia, etc.). El obispo diocesano por analogía del dominio eminente del Papa sobre todos los bienes de la Iglesia Universal ejerce una superintendencia sobre los bienes situados en su territorio, pero ello no implica que sea su titular o propietario. Las deudas que inciden en los patrimonios de cada persona jurídica guardan independencia jurídica respecto de los otros.

La no responsabilidad de la curia episcopal por las deudas de sus parroquias y viceversa es doctrina sentada por la jurisprudencia nacional²⁴. Pero, como es habitual en la actualidad, si la titularidad de los inmuebles de parroquias y automóviles de las parroquias pertenece a la curia episcopal por razones de practicidad, hay que atenerse a la titularidad del dominio sin negar por ello la capacidad jurídica de las parroquias y otras personas jurídicas eclesiásticas.

La remisión al derecho canónico que hace el código Civil para los actos de enajenación (arts. 2338 y 2345, CCA) hace aplicables al caso los cánones 1291, 1293 y 1295. Si la enajenación se realizara sin estos recaudos sería aplicable el art. 18 del CCA que dispone: "Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor". Es decir nulos, de nulidad absoluta que afecta el orden público, por lo que puede ser declarada por el juez sin necesidad de petición de parte si aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por cualquiera y puede ser solicitada por el Ministerio Público. Es nulidad no susceptible de confirmación. La causal de nulidad sería doble acto otorgado por persona carente de capacidad requerida por derecho (cfr. art. 1043, CCA) y que versa sobre un objeto que es cosa "extra commercium" (sin la autorización previa) (cfr. art. 953, CCA).

La inembargabilidad e inalienabilidad de los bienes eclesiásticos no surge expresamente de textos legales en el orden nacional aunque lo prevea algún ordenamiento procesal provincial²⁵. Se suele citar las opiniones de eximios civilistas como Salvat, Spota, Llambías y Borda. El primero defiende la tesis de la inalienabilidad relativa del art. 2345 del CCA²⁶. Los demás se apoyan en la tesis del dominio público de los bienes eclesiásticos²⁷.

Llerena, en cambio, se apoya en el carácter de "extra commercium" de las cosas destinadas al culto y sus accesorios²⁸.

²³ H. D. ESQUIVEL, *op. cit.*, p. 360 y siguientes.

²⁴ ALBERTO SPOTA, *El dominio público eclesiástico*, en JA, 1942-III-911. A su vez, la tesis de la diversidad de patrimonios recibió sanción en la jurisprudencia nacional por fallos C.Civ. 2 Capital, JA, 1942-III-911; SCTucumán, LL, 7-135.

²⁵ Código Procesal de Santa Fe, art. 299, inc. 5º.

²⁶ R. SALVAT, *Tratado Derecho Civil Argentino*, 1964, t. II, p. 1515 y siguientes.

²⁷ A. SPOTA, *ob. y lug. cit.*; LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1969, t. IV, art. 2345; G. BORDA, *ob. y lug. citados*.

²⁸ CCA, art. 2345, p. 2. El fallo de la Corte Suprema de 1869 reafirma el principio sin más. En el caso de la Cámara Comercial: "Lemos c. Obispado de Venado Tuerto", se dispuso el desembargo de diversos bienes fundamentando su pertenencia al dominio público eclesiástico (voto de la mayoría). Mientras la minoría accedió al levantamiento de la libertad de culto que requería templos que estaban por ejecutarse (CNCom., Sala E, agosto 30-1989). Ver también: "Spinetto c. Comisión obras de Montserrat", donde se sentenció la inembargabilidad de la casa y despacho parroquial (Fallos, t. VII, p. 327). "Lastra c. Obispado Venado Tuerto (SC de la Nación, 22 octubre de 1990). Este último sobre inembargabilidad de bienes públicos eclesiásticos y remisión al Derecho Canónico para su desafectación.

Con respecto a la dotación de la Iglesia por parte del Estado ya vimos que no se trata de una ley nacional o federal por la que el Estado retenga impuesto al culto y lo derive a las diversas confesiones religiosas tal como sucede en los Estados Unidos, Austria o Alemania; ni es por ser la religión Católica la del estado pues la Argentina no es estado confesional; sino que resume una doble vertiente como ya señaláramos: reconocimiento por su labor civilizadora en la historia nacional por lo que el ordenamiento civil le atribuye personalidad pública dentro del marco de referencia del art. 2 de la Constitución, donde se señala el "sostenimiento" que hace de ella el gobierno federal. Y como carácter indemnizatorio por las expropiaciones sin indemnización a la que fue sometida en el siglo XIX, por los gobiernos previos a la organización nacional.

Entrar en el complicado mecanismo con el que el estado o los gobiernos desde Rivadavia hasta mediados del siglo XX dotaron el culto sería internarse en un laberinto engorroso y ríspido al mismo tiempo. En líneas generales diversas leyes administrativas fueron regulando el personal de curia que recibía emolumentos, los que figuraban como empleados públicos como si la Iglesia fuera un departamento del Estado. No recibían sueldo los párrocos ni los tenientes de parroquia, pero algunas veces dotaciones extraordinarias se destinaban a la construcción de templos y de las nuevas curias episcopales, al menos hasta 1950. También a construcción y dotación de Seminarios.

Todo ese complicado y vejatorio mecanismo fue reemplazado por diversas leyes vigentes, que si bien arrancaban de la década del '70 en lo textual se venían ensayando desde 1958, época en la que se comenzó el anteproyecto de concordato con la Santa Sede, siendo embajador de la Argentina ante la Santa Sede el Dr. Santiago de Estrada (P.), eximio jurista.

Dichas leyes son la 21.540 sobre asignación a determinados dignatarios pertenecientes al culto católico apostólico romano, la 21.950 sobre asignación a determinados designatarios pertenecientes al culto católico apostólico romano, la 22.162 sobre asignación mensual a curas párrocos o vicarios económicos de parroquias situadas en zonas de frontera, el decreto 1928/80 que detalla aspectos de la ley anterior, la 22.340 sobre asignación mensual vitalicia a sacerdotes seculares del culto católico apostólico romano, por razones de edad o incapacidad, la 22.552 por la que se incluye a los vicarios capitulares o a los administradores apostólicos de la Iglesia Católica Apostólica Romana en los alcances del art. 1º de la ley 21.950 en determinados casos, el decreto 1991/80 sobre norma de aplicación para el otorgamiento de pasajes a representantes del culto católico apostólico romano, la 22.950 sobre régimen de sostenimiento y formación del clero de nacionalidad argentina, la 24.019, por la que se restablecen las leyes de 1977 y 1983, por lo que se seguirán pagando las jubilaciones del gobierno a obispos eméritos y sacerdotes mayores de 65 años o inválidos con partida de sostenimiento de culto. Dichas leyes fueron suspendidas por la emergencia económica.

A esto hacemos tres agregados:

1. El presupuesto de culto cubre una serie de rubros: tales como los gastos de telegrama prepago con el carnet que cada curia detenta con número

de cuenta que paga la Dirección de Culto del Ministerio de Relaciones Exteriores; las asignaciones anuales a la Conferencia Episcopal Argentina, gastos de tasas y pasajes ferroviarios que provengan de obispos y sus equiparados que gozan de pasaporte oficial y de pase ferroviario.

2. Hay una serie de exenciones que la Iglesia goza pero no con exclusividad por leyes, reglamentos u ordenanzas administrativas nacionales o de ministerios nacionales o de entidades autárquicas (exención de impuesto inmobiliario, patente automotor, obras sanitarias, etc.). La búsqueda deberá realizarse en instrumentos legales propios de cada rubro.

3. Todo lo dicho hasta aquí no incluye al obispado castrense que se maneja con el presupuesto del Ministerio de Defensa. Según el escalafón los miembros del personal castrense, clero y laicos afectados al servicio de las fuerzas armadas en lo pastoral, perciben según su cargo. Los templos están construidos y mantenidos con ese presupuesto, y el obispo castrense percibe de ese presupuesto, como asimismo los capellanes mayores de Ejército, Armada, Fuerza Aérea, Gendarmería Nacional y Prefectura Naval.

Esto se funda en el Acuerdo de 1957 entre la Santa Sede y el Estado argentino sobre creación del Vicariato Castrense (ahora Ordinariato), y reconocido por decreto-ley 7623/57, como señaláramos anteriormente.

Así, hoy en día las reformas administrativas que comenzaron bajo la presidencia de Arturo Frondizi, en 1957; cristalizaron vertebradamente en estas leyes señaladas que cubren las necesidades de los señores obispos y equiparados, incluyendo de hecho la Conferencia Episcopal Argentina que fue reconocida con personalidad jurídica pública por decreto-ley de 1988, las jubilaciones de los obispos eméritos y sacerdotes mayores de 65 años o inválidos, la formación de los seminaristas diocesanos y de algunos institutos religiosos especificados en el texto legal de nacionalidad argentina, los pasajes de viaje por razones de ministerio tanto para clérigos como para laicos, y la ayuda a parroquias de frontera.

Creemos que es incompleta la dotación tan sólo para obispos, seminarios y parroquias de frontera. Creemos que debería llegarse por concordato a un sistema análogo al austriaco o alemán, lo mismo que para todo lo referente al patrimonio artístico cultural de la Iglesia, ya que con excepción de las leyes sobre "monumentos históricos", ya a nivel nacional, como provincial y municipal, nada hay arreglado ni en lo administrativo, lo constitucional o lo concordado.

Con respecto a la dotación anual, el intento del anteproyecto del Dr. de Estrada ya citado, hablaba de dotaciones globales a las curias episcopales, en tanto que la ley 21.950 y su complementaria la ley 22.552 hablan de asignaciones a los obispos y sus equiparados. Ambos contenidos son incompletos.

Las parroquias de frontera no son las únicas necesitadas, hay muchas parroquias urbanas y rurales que no revisten carácter fronterizo más necesitadas que estas últimas.

Con respecto a los "monumentos públicos nacionales", la práctica ha hecho que quede inmovilizado el bien eclesiástico así categorizado con lo que resultó

ser peor el remedio que la enfermedad. Baste tener en cuenta que sólo en la ciudad de Buenos Aires templos históricos y de relieve artístico e histórico como San Miguel, Santa Lucía, Santa Felicitas —que es de propiedad municipal—, y la misma Santa Casa de Ejercicios —el único edificio virreinal casi intacto de Buenos Aires—, que se salvó de la demolición para el trazado de autopistas, dentro de no mucho tiempo, si no se emprenden trabajos de envergadura para su conservación, terminarán en ruina segura. Y nos referimos a la estructura edilicia como a sus accesorios, imágenes, lienzos y exvotos.

A manera de conclusión agregamos que además de lo ya señalado, y aunque el CIC reprueba estas medidas, el estado religioso ha sido considerado por diversas razones por la legislación civil como una incapacidad: los religiosos no pueden ser tutores ni curadores de incapaces sin que el CCA distinga entre votos solemnes o simples²⁹; tampoco pueden ser testigos en instrumento público³⁰, extinguiéndose respecto de ellos los efectos de la patria potestad³¹. Y no solamente son incapaces de contratar como ya apuntáramos sino para ser fiadores³².

Se prevén también situaciones de incapacidad para clérigos en materia hereditaria en orden al sacramento de la penitencia, que afecta obviamente tanto a los diocesanos como a los religiosos³³.

En lo referido a asuntos mercantiles, el Código de Comercio prohíbe el comercio a las “corporaciones eclesiásticas” y a los “clérigos de cualquier orden”³⁴.

Sobre aspectos laborales y previsionales la ley prevé la afiliación voluntaria de los miembros del clero y de las comunidades religiosas del culto católico y

²⁹ Art. 398, inc. 16 del CCA y art. 475 del CCA, respectivamente.

³⁰ Art. 990 del CCA.

³¹ Ley 10.903 y art. 306, inc. 2 del CCA. Los hijos no pueden entrar en comunidad religiosa sin venia paterna según el art. 275 del CCA. Según fallo de la Cámara Civil de la Capital, los jueces pueden dar venia supletoria para profesar (ver “Sánchez, s/sucesión”, LL, XXI-843). Los tutores deberán requerir autorización judicial para el menor que desee entrar en comunidad religiosa (Cám. Civ., 1ª Capital, 20 de diciembre de 1940, JA, 73-460; cfr. también, LL, XXI-839).

³² Respecto de la contratación se ha establecido que las atribuciones del superior y representante legal de una congregación religiosa están regladas por el estatuto pertinente y por las normas civiles siendo viable suponer que la congregación religiosa ha estado debidamente enterada del negocio jurídico concertado por el superior y representante legal, y que el silencio observado por la comunidad equivale a una tácita ratificación (CNCivil, Sala D, 24 de mayo de 1972, ED, 46-200). Respecto a la fianza ver CCom. 2011.

³³ Art. 3739 del CCA para los ministros católicos y 3740 para los disidentes. Es obvio hoy día que con la diversidad religiosa el 3740 sería aplicable a cualquier ministro religioso (bonzo, pai, imán, rabino, gurú o medium). Es interesante también el fallo de la Cámara Civil Capital acerca de que la congregación religiosa con personalidad jurídica y sede central en el extranjero tiene capacidad de heredar (JA, XXX-100).

³⁴ Art. 22, CCom.

otros al régimen de jubilaciones y pensiones para trabajadores autónomos³⁵. Se ha resuelto también que no constituyan trabajos subordinados las tareas docentes de religiosas profesas en institutos de la Congregación³⁶. Tampoco el religioso se halla en relación laboral con su comunidad³⁷.

5. NORMAS DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA

El cambio profundo operado después del Concilio Vaticano II, la recomendación de la *Presbyterorum Ordinis* n° 20, para el abandono o reforma del sistema benefICIAL, la toma de conciencia del desnivel que significaba en algunas diócesis parroquias de ingresos congruos y parroquias desprovistas, el desamparo del clero por invalidez y ancianidad y otros ítems de importancia fueron recogidos por diversas Asambleas Plenarias del Episcopado Argentino señalando, sin carácter taxativo ni exhaustivo, algunas de ellas referidas al tema económico o previsional:

II Asamblea Plenaria (10-12 de febrero de 1959)

- 1) Propone una colecta nacional para ayudar a la Universidad Católica Argentina.
- 2) Propone la creación de un Fondo Integral de Solidaridad para socorro del clero.

III Asamblea Plenaria (9-14 de noviembre de 1959)

Propone y establece la caridad organizada de distintas asociaciones, entre ellas de la Fraterna Ayuda Cristiana en Caritas nacional.

X Asamblea Plenaria (21-26 de junio de 1965)

Establece una colecta nacional para sostener a Caritas.

XX Asamblea Plenaria (18-28 de noviembre de 1969)

Establece la creación de un "Fondo Nacional de Ayuda" a las regiones más necesitadas del país que concreta en la colecta "Más por Menos" a nivel nacional.

XXVII Asamblea Plenaria (mayo de 1973)

Sobre balances anuales.

³⁵ Ley 18.038 art. 3°. Anteriormente a esta ley y a las leyes citadas en el cuerpo sobre retribución de algunos ministros del culto católico, la Administración Pública concedía beneficios similares (cfr. "Boletín de la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones Civiles", febrero 1944, año VI-73: resolución concediendo jubilación a Monseñor Campero, obispo de Salta).

³⁶ C. 4° Trabajo de Córdoba, 30 de diciembre de 1976. DT, 1977-885.

³⁷ CNTrabajo, Sala V, 23 de marzo de 1977, TySS, 1977-580.

XXXII Asamblea Plenaria (noviembre de 1975)

Se aprueba el nombramiento de una comisión especial para que estudie el tema de la "Previsión Social del Clero".

XXXIII Asamblea Plenaria (mayo de 1976)

La CEA resuelve optar por un organismo de cooperación sacerdotal propio que se constituirá con el Fondo Episcopal para la Previsión, más el aporte mensual de los sacerdotes seculares. Se resuelve encomendar la administración de este organismo, como función aparte y concurrente, y bajo la supervisión, control y dirección de una Comisión Episcopal a la "Asociación Eclesiástica de San Pedro" del arzobispado de Buenos Aires. Se establece el comienzo y la aportación a partir del 1º de agosto de 1976 y la afiliación obligatoria para todos los sacerdotes seculares.

XL Asamblea Plenaria (mayo de 1980)

Sobre el mantenimiento del sistema previsional de FIDES en colaboración con los aportes diocesanos. Se rechaza la concesión de pensiones graciables a sacerdotes por parte del Ministerio de Bienestar de la Nación, pero no se opone al proyecto de ley sobre jubilaciones a sacerdotes mayores de 65 años o incapacitados, expresando el deseo de incorporar a los sacerdotes más jóvenes a una Caja de Jubilaciones con los aportes correspondientes.

Las Asambleas Plenarias XLIV (abril de 1982); LI (noviembre de 1985); LII (abril de 1986); LIII (noviembre de 1986); LV (noviembre de 1987) resolvieron acerca de la injerencia de la Comisión Administrativa de la CEA en el organismo episcopal de ayuda social al clero (FIDES), la aprobación de un estatuto "ad experimentum" por tres años para la Asociación Eclesiástica de San Pedro y la incorporación de religiosas entre los afiliados a la mutual. El resto se refiere a detalles de aportes y porcentajes de las diócesis y subsidios de ADVENIAT.

En lo atinente a la CEA podemos distinguir dos capítulos, el primero es sobre su propia economía que resuelve con los aportes de las diócesis y la dotación estatal. Un Consejo de Asuntos Económicos y un tesorero que gestionan y administran los recursos propios de la misma.

El otro es lo referido al rol que el código de derecho canónico confiere a las conferencias episcopales en el asunto de gestión económica de las diócesis de una nación.

Con respecto al primer capítulo la remisión al reglamento del Consejo de Asuntos Económicos en anexo aclarará los ítems comprendidos. Con respecto a lo segundo, bástenos saber que tan sólo hay cuatro decretos generales sobre las prescripciones de los cánones 1265.2; 1277; 1292.1 y 1297.

Entre las tantas atribuciones y obligaciones de las que el derecho canónico encomienda a la conferencia episcopal, las referidas a los bienes temporales las podemos encontrar en los siguientes cánones:

- a) Establecer normas que regulen la petición de obligaciones y su recaudación (c. 1262).
- b) Dictar normas sobre la "cuestación de limosnas" para ser observadas por todos, aun los miembros de los institutos mendicantes (c. 1265.2).
- c) Cuidar la organización y fomento de organismos de previsión social, como de instituciones de seguridad social para los clérigos (c. 1274.2), inclusive la cooperativa o asociación para todo el ámbito nacional (c. 1274.3).
- d) Determinar el régimen de los beneficios eclesiásticos todavía, aunque pocos, existentes en la Argentina (c. 1272) con vistas a transformarlos en elementos propios para los proyectos del canon 1274.1.
- e) Definir, en la administración de los bienes qué actos deben ser considerados de administración ordinaria para todas las diócesis del país, a fin de que los obispos respectivos puedan orientarse en los casos de administración extraordinaria, para los cuales necesita el consentimiento del Consejo de Asuntos Económicos y del Colegio de Consultores (c. 1277).
- f) Fijar, para todo el territorio nacional, los límites mínimo y máximo de valor de la enajenación (c. 1292).
- g) Establecer normas sobre el arrendamiento de bienes de la Iglesia y la licencia que se ha de obtener de la autoridad eclesiástica competente (c. 1297).

La CEA ha dictado decretos generales acerca de las prescripciones del c. 1265, sobre colectas y otras formas de recaudación; del c. 1277, definiendo cuales actos deben considerarse de administración extraordinaria cuando superan el mínimo establecido por la CEA a tenor del c. 1292; del c. 1292 fijando los valores mínimo y máximo para las enajenaciones; y del c. 1297, estableciendo normas para arrendamiento de bienes eclesiásticos.

6. ADMINISTRACIÓN DE BIENES DIOCESANOS

1. Sería no sólo muy difícil sino que excedería el marco de este estudio un tratamiento del tema referido a las diócesis argentinas por lo ya señalado en el prólogo.

Hay diócesis antiguas como Buenos Aires, Córdoba, Salta y San Juan, en que la sola antigüedad ha logrado una administración coherente y cuidadosa. En general en todas las diócesis se cumple la existencia de un vicario, delegado o encargado de la Administración y de los Consejos canónicos. Asimismo, la figura del Ecónomo Diocesano es una realidad vigente.

2. Es notorio en la generalidad de los casos, cotejando balances y boletines y otros medios de información, la falta de autosustentación de las dióce-

sis. Se depende de la dotación estatal y de los aportes de fundaciones nacionales y extranjeras para subsistir. No se pueden emprender obras de envergadura con recursos propios ya en lo edilicio, lo cultural, catequético, pastoral, por falta de presupuesto. Las asignaciones de los curiales suelen ser exiguas y no faltan diócesis donde se solicita su renuncia a remuneración o directamente no se les paga para que cierren las cuentas.

3. Todo lo anterior en muchos casos —no nos referimos pues a las diócesis situadas en regiones verdaderamente necesitadas— se debe a la falta de aportes fijos de las parroquias, o a un aporte suficiente, a la falta de implantación de tasas para los trámites de curia, la falta de inmuebles que puedan dar una mínima renta para reforzar los ingresos, la falta de conciencia en muchos casos de que la comunión de bienes es una expresión de comunión eclesial y que la parroquia o la comunidad de base no a un compartimento estanco, sino que debe abrirse a la Iglesia Universal visible en la diocesana y en las necesidades reales de la Iglesia Universal que se expresa por la comunión con la cabeza visible y con las demás diócesis.

4. Si miramos hacia dentro de lo parroquial, sistema comunicante y base de la economía diocesana podemos detectar que:

4.1 El presupuesto anual no es obligatorio.

4.2 No se suele rendir cuentas a los fieles de entradas, salidas e inversiones y gastos. Las más de las veces las finanzas parroquiales se mueven entre el misterio y la arbitrariedad.

4.3 La contabilidad de parroquias y centros de culto y otras instituciones sujetas a contralor del ordinario son deficientes.

4.4 Con respecto a los recursos, la gran mayoría de ellas están descapitalizadas, los inventarios no existen o no están actualizados. No se ha conseguido suprimir aranceles por la falta de conciencia de los fieles sobre el particular, y donde no existen los aranceles la descapitalización es abismal.

4.5 Desconocimiento de lo que el clero parroquial percibe y los ingresos de la parroquia debido a que los manejos de dinero están exclusivamente en manos del clero.

4.6 Falta de regulación diocesana sobre administración económica parroquial.

4.7 Falta de observancia de las normas canónicas universales pues no todas las parroquias tienen su consejo de asuntos económicos parroquial (cfr. c. 537, CIC, 1983) equivalente al anterior "concilium fabricae ecclesiae" (cfr. cc. 1.183; 1.184; 1.520; 1525, CIC, 1917), y otras irregularidades.

CONCLUSIONES

1. De lo referido hasta el momento, la generalidad de las diócesis de Argentina tienen sólo normas de administración de los bienes diocesanos en lo referente a la tributación o categorización, por parte de parroquias y centros de culto, colegios y algún otro rubro menor.

2. Asimismo en lo referente a la asistencia médica integral y mutual de solidaridad, las diócesis adhieren, con excepciones aisladas, a la Mutual San Pedro, que se empalma con la Asociación Eclesiástica de San Pedro, para asistencia del clero de la arquidiócesis de Buenos Aires, la cual mantiene al momento miembros socios y miembros mutualistas. Dicha mutual cubre servicios médicos, sepelios, turismo y otras prestaciones sociales. Para ello, todos los sacerdotes diocesanos y religiosos como también religiosas pueden afiliarse. La cobertura incluye también a los seminaristas, diáconos y religiosos no clérigos.

3. Con respecto a la jubilación, el clero está adherido en su totalidad a la Caja de Compensación de FIDES, extendida a los sacerdotes de todo el país por resolución de la Asamblea Plenaria del Episcopado Argentino.

4. Cabe destacar que en los modestos logros de la Administración de bienes patrimoniales eclesiásticos, lo mejor logrado de las diócesis argentinas es la organización a través de la Mutual San Pedro, con la generosa buena voluntad del primado en su momento para acceder a ello, de la Conferencia Episcopal y de los mismos directivos de la Asociación que abrieron miras extendiendo la cobertura y mejorando los servicios. Lo mismo cabe destacar de FIDES, que es acumulable a cualquier beneficio de prestación jubilatoria, pues opera en un ámbito independiente de las cajas de jubilaciones estatales.

5. En lo que hace a los demás institutos de la actividad patrimonial canónica encontramos grandes vacíos.

6. En 1971 se celebró la Asamblea Conjunta Obispos-Sacerdotes en España en la que se trazaron unas importantes líneas de revisión de la situación en que se encontraba la economía de la Iglesia española y su proyección futura. La ponencia quinta analizó precisamente las principales cuestiones: planificación económica de la Iglesia en España, la justificación y destino de sus bienes, la retribución del clero y del personal auxiliar, la previsión y seguridad social del clero, la dotación estatal y la aportación de los fieles, etc.³⁸.

Esta asamblea influyó decisivamente tanto en las decisiones en materia económica tomadas por la CEE desde 1977 a 1981, como en las de las diócesis españolas que experimentaron gradualmente un profundo cambio renovador. Uno de los logros fue la creación de un fondo común interdiocesano con base en dotación estatal y aportes diocesanos para el propio mantenimiento de la CEE y para la redistribución entre las necesidades de las distintas diócesis como para universidades eclesiásticas, asignaciones a prelados, etc.

³⁸ Asamblea Conjunta Obispo-Sacerdotes, Madrid, BAC, 1971, ps. 417-460.

En la Argentina ese fondo de suyo no existe, aunque funciona de hecho el fondo para el funcionamiento de la CEA en base a dotación estatal y a aportes diocesanos, y algún fondo específico en base a cuestaciones como la Colecta Nacional "Más por Menos", que trata de derivar recursos de las diócesis mejor provistas a las menos provistas como su nombre lo sugiere.

7. No existe el instituto del CIC 1274, en la generalidad de las diócesis de Argentina. Esa masa común de bienes diocesanos formados por las rentas patrimoniales diocesanas, las aportaciones civiles específicas, las oblaciones espontáneas específicas, las colectas y cuestaciones específicas, los tributos ordinarios y extraordinarios (cfr. CIC 1263), las tasas curiales (cfr. CIC 1264), las dotes benéficas donde las hubiera (cfr. CIC 1272), las masas patrimoniales de las fundaciones pías no autónomas una vez agotada la finalidad, salvo disposición contraria del fundador (cfr. CIC 1303.2) y los aportes de los sacerdotes en proporción a sus mayores ingresos.

Los fines de esta masa común diocesana es la de subvenir a la congrua sustentación del clero, la promoción de actividades pastorales y obras diocesanas, la conservación del patrimonio artístico cultural diocesano, etcétera.

8. Con referencia a la administración del fondo común diocesano, este ítem ya se trate de los organismos asesores cuyo cometido coincide o se analogue con el Consejo de Asuntos Económicos del CIC 494.1 o ejecutivos que coinciden con el economato del CIC 494.3 se verifica como señaláramos. Actualmente, en las diócesis el vicario episcopal de la administración (o delegado) ejerce una función directiva coordinando con el obispo y el ecónomo los distintos puentes entre la diócesis y la provincia eclesiástica y la CEA por un lado ("ad extra") y las parroquias y otros patrimonios eclesiásticos por otro ("ad intra"). La confección de los presupuestos y el control de su aplicación, la preparación de proyectos y programas en relación con el gobierno de la economía diocesana están a su cargo. La Vicaría Episcopal de Administración según el volumen de su complejidad se estructurará en secciones (v.gr., personal, conservación de templos y templos nuevos, etc.), cuyas funciones serán las de recibir el problema, preparar la ficha técnica, sugerir soluciones y elevar al órgano directivo la resolución del asunto en cuestión.

9. Con referencia a la administración parroquial, es obvio que ya sea que se trate de una diócesis con patrimonios diocesanos exclusivos y rentables, o de las que carecen de ellos, una buena administración diocesana no será viable sin una buena, adecuada y sana administración parroquial. Para ello, donde sea viable, la masa de bienes parroquiales deberá estar integrada en base a las oblaciones de los fieles en colectas, alcancías o análogas; cuotas fijas de los fieles; ofrendas y donativos con ocasión de la administración de sacramentos y sacramentales; tasas y derechos de despacho parroquial; intereses y rentas de bienes parroquiales muebles e inmuebles; dotación estatal o diocesana; cualquier otra ayuda, etc. Los fines de esa masa serán la fábrica del templo parroquial, la sustentación de los ministros, obras de apostolado y caridad y las necesidades de la Iglesia Universal como prenda y garantía de solidaridad católica y comunión de bienes y sacrificios. Para ello el órgano directivo competente deberá urgir el cumplimiento de los cánones universales y

dictar las normas necesarias de concreción y adaptación de las normas universales cuando y cuanto sea necesario. En la diócesis de referencia el solo vistado de la exigua legislación particular es un indicador elocuente de que no se han implementado los medios necesarios de gobierno económico hasta la fecha, tanto para el funcionamiento de una economía parroquial como para el establecimiento de los consejos parroquiales económicos.

10. Con respecto a la masa común de fundaciones pías, son la excepción y las prescripciones del CIC 1305 son inaplicables.

7. RETRIBUCIÓN DEL CLERO

El canon 281.1 determina que el clérigo dedicado a un servicio eclesiástico conveniente a su condición, y teniendo en cuenta tanto la naturaleza del oficio como las circunstancias de tiempo y lugar debe tener una retribución congrua.

El canon 281.2 determina que el clérigo debe gozar de una adecuada seguridad social.

Ambos principios, según Aznar, son de derecho constitucional canónico³⁹.

La Iglesia española en los últimos años ha tratado como objetivo prioritario y constante la solución de ambos capítulos instaurando una estructura que los posibilite.

Diversos acuerdos y decretos de la CEE han dado los siguientes resultados⁴⁰:

- A. Derecho para el sacerdote de una dotación congrua:
 - a. Para todo sacerdote que ejerza un ministerio diocesano;
 - b. Dedicación plena a ese ministerio;
 - c. Dotación mínima básica;
 - d. Complementos necesarios para alcanzar el congruo según lo especificado en cada caso.

- B. Incompatibilidad de nóminas eclesiásticas:
 - a. A cada sacerdote corresponde una sola dotación mínima básica;
 - b. A estos efectos se computa siempre una sola nominación eclesiástica;

³⁹ F. AZNAR GIL, *La Administración de los bienes temporales de la Iglesia. Legislación universal y particular española*, Salamanca, 1984, ps. 146-147.

⁴⁰ Asamblea Conjunta Obispos-Sacerdotes, ob. y lugar citados: Ponencia 5, nos 22, 25, 29. (Ver decretos CEE, VI-1b); 2.1; 2.2; 2.3; 2.4. CEE: Organización Económica de la Iglesia Española. Comentario a los acuerdos tomados en la XXVII Asamblea Plenaria del Episcopado Español, Madrid, 26 de noviembre de 1977, *Ecclesia* (3 de diciembre de 1977) 1583-1588. CEE: Instrucciones para la afiliación de sacerdotes diocesanos en la seguridad social, Madrid, 26 de diciembre de 1977, art. 3º.

- c. La acumulación de nóminas puede computarse como complementos;
- d. No se incluyen los trabajos civiles.

C. Actividad en instituciones no diocesanas:

Se trate de organismos supradiocesanos o interdiocesanos o bien de institutos civiles (cárceles, hospitales, escuelas, etc.) pero con nombramiento de la autoridad eclesiástica competente.

- a. Perciben la dotación a través del Obispado o según la determinación del ordinario;
- b. Sacerdotes que efectúan trabajos civiles: hay que ver cada caso. De suyo si no ejercen el ministerio no tendrían derecho a la dotación básica.

A la legislación marco de la CEE las distintas diócesis españolas han aco- plado una categorización de la dedicación en el servicio ministerial para fijar las remuneraciones pertinentes. Lo congruo se establece por una dotación básica que es igual en iguales condiciones. Parte de la dotación proviene de la institución eclesiástica donde ejerce su ministerio, y parte del fondo común diocesano. Los excesos según distintos márgenes de tolerancia deben ser rein- gresados como consejo, al fondo común diocesano. Los complementos, varia- bles como los márgenes de tolerancia, de diócesis a diócesis se establecen en base a zonas montañosas, vivienda, familiares a cargo, desplazamientos, etc.⁴¹.

El grado de vinculación del sacerdote se determina en base a la dispo- nibilidad: dedicación plena y exclusiva (100 %) con diversos matices hasta llegar a la dedicación de fin de semana y situaciones especiales (sacerdotes estudiantes, enfermos, etc.)⁴².

Salvo en la arquidiócesis de Buenos Aires y alguna otra metrópoli que aun- que carezcan de fondo común diocesano tienen fijadas las dotaciones por oficio, en el resto de las diócesis de Argentina, el sacerdote gana lo que puede y como pueda. Los párrocos de parroquias desahogadas manejarán con cierta libertad pingües recursos, los de parroquias pobres trabajarán en lo que puedan además del ministerio, y los curiales tienen asignaciones simbólicas y muchas veces han tenido que pagar los gastos de franqueo de la generosidad de amigos personales.

En este rubro, hay que reconocer con franca humildad y callado heroísmo que la situación argentina no es lo mejor organizado en este aspecto.

8. ASOCIACIÓN ECLESIASTICA DE SAN PEDRO Y FONDO DE SOLIDARIDAD SACERDOTAL (FIDES)

Así como vimos anteriormente el estado embrionario de la dotación conve- niente para el clero en la Argentina, lo referido a previsión y seguridad social ha llegado a un *mínimum* honroso de desarrollo.

⁴¹ F. AZNAR GIL, *op. cit.*, ps. 280-281.

⁴² F. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 280.

En España, como ya viéramos, este logro fue obtenido juntamente con el de la retribución del clero en la década de 1970 con la normativa ya señalada⁴³. El sacerdote diocesano debe ser incorporado a la Seguridad Social del Estado y ser dado de alta a través de la diócesis o por la entidad donde desarrolla su ministerio⁴⁴.

En la Argentina los clérigos diocesanos pueden, conforme a lo establecido en el art. 3 de la ley 18.038, afiliarse en la Caja Nacional de Trabajadores Autónomos. Los sacerdotes castrenses lo están en la Caja del Estado, vía Ministerio de Defensa. Los docentes en la Caja de Jubilación respectiva. Conjuntamente y en forma obligatoria, ya sea acumulativa o exclusivamente puede afiliarse al Fondo de Solidaridad Sacerdotal (FIDES), que no es una Caja de Jubilaciones, ni oficial ni privada, sino un subsidio administrado por la Iglesia en la Argentina. Dado el descalabro del sistema jubilatorio estatal en la Argentina, con la carencia que padecen jubilados que se mueren literalmente de hambre si no fuera por la ayuda familiar y la caridad pública, el sistema FIDES fue providencial y pionero, y permite al jubilado recibir un subsidio de u\$s 240, a partir del mes siguiente a cumplir los sesenta y cinco años. Asimismo, se otorgan subsidios por invalidez.

Además, el sacerdote puede, o no, afiliarse a la Asociación Eclesiástica de San Pedro para todo lo referente a prestaciones de salud, turismo y sepelio. La afiliación a FIDES es obligatoria, la afiliación a San Pedro no lo es. El subsidio percibido por medio de FIDES es acumulable a lo percibido en concepto de jubilación estatal y/o privada. Asimismo, las religiosas pueden afiliarse a la Mutual San Pedro. La Asociación Eclesiástica San Pedro, cuya fundación en la arquidiócesis porteña data del 12 de noviembre de 1874 y tenía por finalidad asegurar sufragios al socio sacerdote fallecido, fue incorporando con el tiempo diversos servicios sociales, médicos, sepelio, etc. A partir de diciembre de 1959, luego de Resolución Plenaria del Episcopado (en anexo) se convino en que prestara servicios a los sacerdotes de todo el país. En 1971 se creó la Mutual para todos los sacerdotes no socios, extradiocesanos de Buenos Aires, que desean requerir sus servicios y en 1976 (XXIII Asamblea Plenaria) apoyada en la estructura de FIDES consolida su prestación de servicios a todo el país bajo la supervisión de la Administración de la CEA.

Con las Asambleas Plenarias XLIV (abril 1982); LI (noviembre 1985); LII (abril 1986); LIII (noviembre 1986); LV (noviembre 1987); se aprobó "ad experimentum" por tres años un estatuto para la Asociación Eclesiástica de San Pedro que en 1990 pasó a ser definitivo (ver anexo). Asimismo, se autorizó la incorporación de religiosas a la Mutual. En resumidas cuentas, la Asociación cuenta con socios plenos, con capacidad de ocupar los puestos directivos de la misma y de votarlos. Coincide con los miembros de la antigua Asociación Eclesiástica de San Pedro, de la diócesis porteña. Y una Mutual, con socios adherentes, que gozan de los mismos beneficios sociales (prestaciones médicas, hospitalarias, turísticas, culturales) pero no las societarias: capacidad activa y pasiva de intervenir en el gobierno de la misma. Tampoco gozan de

⁴³ Ver nota nº 40.

⁴⁴ F. AZNAR G.L, *op. cit.*, p. 272 y siguientes.

ciertos derechos exclusivos como el Panteón de la Asociación, en la Recoleta, que es exclusivo —comprensible— para los socios y no los mutualistas (diocesanos extraportefños, religiosas, seminaristas). Asimismo, los sufragios obligatorios lo son dentro de la misma diócesis para el diocesano fallecido, y sólo entre sacerdotes.

Como peculiaridad señalamos que el presidente de la Asociación lo elige el arzobispo de Buenos Aires, y los mutualistas son representados en la Asociación por los delegados diocesanos.

9. EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA IGLESIA

Imposible sería trazar un capítulo exhaustivo sobre este tema en la Argentina, y me arriesgo a decir que en ambas Américas.

Abundan excelentes museos en los Estados Unidos, pero de objetos traídos de Europa, con excepción de los Museos de la Naturaleza y sus parques nacionales. No faltan museos, catedrales, iglesias y yacimientos arqueológicos en la América española de acervo propio: lo mismo que completos parques nacionales y reservas forestales y de fauna autóctona, pero son más los europeos que se han preocupado del tema que nosotros mismos, como lo prueban los códices que se encuentran en la Biblioteca Vaticana, quizá, afortunadamente, pues aquí podrían haberse perdido.

América española tiene una importante reserva de patrimonio cultural: ejemplares singulares de flora y fauna, yacimientos arqueológicos, complejos monumentales, fósiles, pinturas, esculturas, incunables, objetos preciosos⁴⁵.

A nivel eclesiástico distinguimos el patrimonio cultural en:

1. *Patrimonio artístico*: templos, conventos, pinturas, esculturas, objetos litúrgicos (vasos sagrados, ornamentos, utensilios de culto, etc.) y todo aquello que goce de valor histórico y artístico aunque su antigüedad sea inferior a los cien años, como asimismo museos, yacimientos arqueológicos e instrumentos musicales de propiedad de la Iglesia.

2. *Patrimonio documental*: documentos conservados en archivos eclesiásticos de catedrales, curias, parroquias, monasterios o cualquier entidad eclesiástica.

3. *Patrimonio bibliográfico*: códices, manuscritos, incunables, obras impresas al menos centenarias cuyo interés cultural esté reconocido por técnicos que figuren en archivos y bibliotecas de la Iglesia⁴⁶.

⁴⁵ La expresión patrimonio cultural surge por primera vez en el lenguaje jurídico internacional en la Convención de La Haya citado por M. I. ALDANONDO SASLAVERRIA, *La Iglesia y los bienes culturales*, a. C. 473 según cita de F. AZNAR GIL, *La Administración de los Bienes Temporales de la Iglesia*, Salamanca, 1984, p. 296.

⁴⁶ F. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 297.

El Directorio del Obispado de Tenerife sobre el particular, citado por Aznar, dice que patrimonio cultural de la Iglesia son aquellos bienes inmuebles o muebles de interés artístico, histórico, documental, bibliográfico, arqueológico, arquitectónico, paleontológico y etnográfico en posesión de la Iglesia Católica y producidos por ella a través de los siglos para el desarrollo del culto divino, el servicio pastoral del pueblo de Dios y la buena organización de la vida de la Iglesia⁴⁷.

Las dimensiones del mismo son dobles, religiosas y culturales, estas últimas motivan en algunos países inmiscución del Estado en su regulación y administración como sucede en la Ley del Patrimonio Eclesiástico Español (LPHE), 13/1985 25/26 (BOE del 29).

El CIC 1983 desarrolla una normativa ajustada para regular ese patrimonio eclesiástico diferente y distinto de otros, pues se trata de un patrimonio con un origen y una finalidad específica propia. Posee un incuestionable interés religioso ordinario y prevalente y al mismo tiempo un innegable interés histórico, artístico y cultural secundario, derivado pero no despreciable que aunque no debe primar sobre el valor originario, debe armonizarse con él⁴⁸.

El mismo Santo Padre ha recordado la necesidad de esta armonización⁴⁹.

El CIC 1983 a lo largo de un articulado de los cc. 491.2; 1189; 1190.2; 1216; 1220.2; 1283.2.3; 1292.1.2 va regulando la obligación de que en cada diócesis exista un archivo histórico debidamente ordenado y cuidado, el procedimiento a seguir en la reparación de imágenes preciosas por mérito de antigüedad o arte, la veda de venta de reliquias insignes sin licencia de la Sede Apostólica, la necesidad de observancia canónica sobre arte sagrado para la construcción y conservación de templos, la adopción de oportunas medidas de seguridad para la protección de bienes sagrados y preciosos, el procedimiento y condiciones para reducir un templo a usos profanos como asimismo los santuarios, la necesidad que cada persona jurídica eclesiástica realice en doble copia un inventario detallado de sus bienes culturales con descripción y tasación, y por último la licencia de la Santa Sede para la enajenación de los bienes incluidos en el patrimonio cultural de una persona jurídica eclesiástica además de cumplir las prescripciones canónicas previas.

⁴⁷ Obispado de Tenerife, "Directorio del Patrimonio Cultural de la Iglesia", 1º de enero de 1987. B.O.O. Tenerife 1(1987, p. 31, citado por F. AZNAR GIL, "Los acuerdos entre las comunidades autónomas y la Iglesia Católica en España sobre el patrimonio cultural de la Iglesia" - *Estudis Balearics*, nº 33 p. 19.

⁴⁸ I. IGUACEN BORAU, "La Iglesia Española y la integración de España en la Comunidad Europea", Madrid, 1986, p. 77 citado por F. AZNAR GIL, *op. cit.*, *Estudis Balearics*, 33, p. 25.

⁴⁹ JUAN PABLO II, *Insegnamenti*, IX.I (citá del Vaticano, 1986), 638, citado por F. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 19.

El Estado Español ha celebrado con la Santa Sede un Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, el 3 de enero de 1979, y existen a su vez acuerdos suscritos entre la CEE y el gobierno español ⁵⁰.

Las Autonomías del Estado Español, con excepción de Valencia y Extremadura, han concertado con las Iglesias locales acerca del tema, y la famosa LPHE, citada "ut supra", que ha hecho correr ríos de tinta y conculca derechos de la Iglesia y las mismas disposiciones del Acuerdo de 1979.

Todo esto nos demuestra un desarrollado cuerpo jurídico que regula esta cuestión del patrimonio cultural, materia canónicamente "mixta" por la confluencia de intereses como ya señaláramos.

Con un patrimonio tan considerable por su magnitud es imposible que su protección y cuidado esté a cargo de sólo una parte. Ni el Estado solo, ni las Autonomías solas, como tampoco sola la Iglesia o los particulares se bastan.

Respetando la titularidad de los bienes y el carácter sagrado originario sólo una mancomunada colaboración entre la Iglesia, el Estado y los particulares (fundaciones, etc.) podrá en un marco jurídico adecuado promover la gestión de este patrimonio.

España es un caso cercano con aspectos para imitar y otros para superar. Lo problemático es que en la Argentina, en general, no hay normativa específica ni de derecho concordado (ni en el proyecto de concordato) ni en la legislación civil, ni en la canónica particular.

Los tesoros, desde las pinturas barrocas de Casabindo y de Humahuaca, en Jujuy, hasta los vitrales de la Iglesia parroquial de Ushuaia (Tierra del Fuego) reclaman una legislación civil y canónica adecuada y un marco jurídico relevante además de la precaria legislación sobre monumentos nacionales en lo civil, que no resuelve nada, y es una medida administrativa paralizante y nada funcional.

Algunas fundaciones particulares se han hecho cargo de restauraciones, como la del Banco Patricios, pero se necesita no sólo el esfuerzo privado aislado y focalizado, sino una orgánica normativa que comprenda todo el bagaje cultural de nuestra nación en lo referido al patrimonio eclesiástico cultural.

Hay intenciones de formular directorios diocesanos en algunas diócesis, lo cual sería un inicio consolador, pero estas líneas tratan de despertar un interés vivo y totalizante por el tema.

⁵⁰ Documento relativo al marco jurídico de actuación mixta Iglesia-Estado sobre Patrimonio Histórico Artístico (30-10-80) y normas con arreglo a las cuales deberá requerirse la realización del inventario de todos los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico y documental de la Iglesia Española (30-3-1982).

10. BIBLIOGRAFÍA

A. FUENTES:

1. Constitución Nacional, Buenos Aires, 1960.
2. Código Civil de la República Argentina, Buenos Aires, 1969.
3. Conferencia Episcopal Argentina: Archivo.
4. Diócesis de Zárate-Campana: Archivo.
5. Suprema Corte de Justicia de la Nación: Archivo.

B. OBRAS:

6. AA.VV.: *Concordatos vigentes*, Madrid, 1980.
7. AA.VV.: "La institución concordataria en la actualidad". *Trabajos de la XIII Semana de Derecho canónico*, Salamanca, 1971.
8. AA.VV.: *La parroquia desde el nuevo derecho canónico*, Salamanca, 1990.
9. AZNAR GIL, FEDERICO, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca, 1984.
10. BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires 1970.
11. DE ESTRADA, SANTIAGO, *Nuestras relaciones con la Iglesia*, Buenos Aires, 1963.
12. ESQUIVEL, HÉCTOR, *Régimen eclesiástico argentino*, Buenos Aires, 1928.
13. LEGÓN, FAUSTINO, *Patrono Nacional*, Buenos Aires, 1918.
14. LIAMBÍAS, JORGE y ALTERINI, JORGE, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1969.
15. MENÉNDEZ Y PELAYO, MARCELINO, *Historia de los heterodoxos españoles*, Madrid, 1956.
16. SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires, 1964.
17. SPOTA, ALBERTO, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1964.
18. VÉLEZ SÁRSFIELD, DALMACIO, *Relaciones de Estado con la Iglesia en la Antigua América Española*, Buenos Aires, 1889.
19. UBAONDO, ENRIQUE, *Antecedentes del presupuesto de culto en la República Argentina*, Buenos Aires, 1949.

C. DIARIOS Y REVISTAS:

20. AZNAR GIL, F., "Los Acuerdos entre las comunidades autónomas y la Iglesia Católica en España sobre el patrimonio cultural de la Iglesia", en *Estudis Balearics*, nº 33, ps. 19-32.
21. DE ESTRADA, J. R., "El régimen del dominio público es aplicable a ciertos bienes de la Iglesia Católica", *ED*, Año XXIX, nº 7424, 1990.
22. DE LA FUENTE, RAMIRO, "El Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina", *REDC*, vol. XXIII, nº 64, 1967.
23. NAVARRO FLORIA, JUAN, *Los Bienes de la Iglesia*, *ED*, 136-949, Año XXIX, nº 7425, 1990.
24. VON USTINOV, HUGO, "Inembargabilidad de bienes eclesiásticos en un fallo reciente", *ED*, Año XXIX, nº 7424, 1990.
25. DROMI, ROBERTO JOSÉ, "Los dominios de la Iglesia Católica", *La Nueva Provincia*, Bahía Blanca, 4-11-1991.

11. SIGLAS Y ABREVIATURAS

- a.: año
- AA.VV.: autores varios
- B.A.; Bs. As.: Buenos Aires
- B.O.: Boletín Oficial Argentino
- B.O.E.: Boletín Oficial Español
- B.O.O.: Boletín Oficial del Obispado
- Cám.: cámara
- CCA: Código Civil Argentino
- CCom.: Código de Comercio Argentino
- CIC : Código de Derecho Canónico
- CN : Constitución Nacional Argentina
- CNCivil : Cámara Nacional Civil
- CEA: Conferencia Episcopal Argentina
- CEE : Conferencia Episcopal Española
- cfr.: conforme
- DT : Derecho de Trabajo
- ED : El Derecho
- JA : Jurisprudencia Argentina
- LL: La Ley
- op. cit.: en la obra citada
- p.: Padre
- pg.(s): Página(s)
- REDC : Revista Española de Derecho Canónico
- SCN : Suprema Corte de la Nación Argentina
- ss.: siguientes
- TSS : Trabajo y Seguridad Social
- vol.: volumen
- ZC o AZC: Zárate-Campana; Archivo de Zárate-Campana.

LOS DERECHOS RECLAMADOS POR LOS DIPUTADOS AMERICANOS EN LAS "CORTES" DE BAYONA (1808)

EDUARDO MARTIRÉ

I. INTRODUCCIÓN

En los proyectos napoleónicos de dominación universal no podían quedar ausentes España y sus ricos dominios ultramarinos, aun cuando la sujeción de las provincias americanas a la metrópoli ofreciera serios problemas a punto tal que en la misma España se pensaba concederles algún tipo de independencia atenuada a fin de eliminar el peligro de su separación. En la Europa de la Ilustración era voz corriente la insoportable dependencia de las colonias, y habían sido los enciclopedistas quienes, denostando el régimen corrupto e ineficiente de España, denunciaban la ineluctable separación de América de la metrópoli¹.

Los planes para alejar las ideas independentistas producidas por un descontento que se agravaba peligrosamente habían provenido de la propia América, como lo fue el elevado por el Intendente de Venezuela, José de Abalos, de fecha 24 de septiembre de 1781, o se gestaban en la misma Corte, como lo fueron el proyecto del Conde de Aranda contenido en su "Memoria Secreta" de 1783 y el que gestaba Carlos IV con su Ministro Godoy entre 1804 y 1806 y que dejó su traza en el tratado de Fontainebleau firmado entre España y Francia el 27 de octubre de 1807, en donde el Emperador Napoleón reconocía al Rey de España la dignidad imperial: "Emperador de las dos Américas cuando todo esté preparado para que S.M. pueda tomar ese título" (Se trataba de colocar al frente de otros tantos virreynatos semiindependientes en América a los infantes y al propio Príncipe de la Paz)².

Napoleón, que conocía semejante estado de efervescencia, no por ello había renunciado a mantener sujetos a la metrópoli a los dominios americanos. En consecuencia era tema primordial fortalecer los vínculos coloniales mediante

1 MANUEL AGUIRRE ELORREAGA, *El Abate de Prat en la emancipación hispanoamericana (1806-1830)*, Buenos Aires, 1946, p. 60 y siguientes.

2 CARLOS E. MUÑOZ ORAA, "Pronóstico de la independencia de América y un Proyecto de Monarquía en 1781", en *Revista de Historia de América*, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, nº 50, México, diciembre de 1960, ps. 439-473; DEMETRIO RAMOS, "Los proyectos de independencia de América preparados por el Rey Carlos IV", en *Academia Nacional de la Historia, IV Congreso Internacional de Historia de América*, Buenos Aires, 1966, t. I, ps. 257-293.

la instauración de un nuevo orden de relaciones que diera satisfacción a los anhelos de igualdad y mayor libertad que anidaban en América; suplantarlo el vetusto régimen de los Borbones de sumisión a la metrópoli por otro que, sustentado en bases liberales y revolucionarias, erigiese un nuevo derecho indiano. Napoleón se consideraba a sí mismo como heredero de la Revolución y continuador de su obra liberadora³; ¡quién mejor entonces para inaugurar este nuevo derecho!

En efecto, Napoleón no se había dormido, venía informándose de América desde bastante tiempo antes de la invasión francesa a la Península; sus agentes recorrían las posesiones hispanoamericanas proporcionándole abundante información, y aun muchos de ellos lo alentaban para que resolviera la ocupación directa de aquellos territorios, por entonces para asegurarlos a la Corona de España, aliada de Francia⁴.

Ocupada la Península por las tropas francesas, sujetos a la voluntad de Napoleón los reyes Carlos y Fernando, la política imperial se deslizó por el atractivo y revolucionario camino del constitucionalismo para atraerse, no sólo a los españoles europeos otorgándoles un nuevo régimen sustentado en una carta liberal de factura francesa, sino también y especialmente a los mismos americanos, asegurándoles a través de esa constitución el goce de derechos conculcados por una administración sujeta a las reglas de un colonialismo ya perimido, propio del "ancien régime". Para ello los convocó a la Asamblea Nacional que reunió en Bayona, el 15 de junio de 1808.

Los españoles americanos que concurrieron a esas "Cortes" pidieron lo que Napoleón deseaba darles para atraerlos y asegurar su permanencia en el nuevo estado bonapartista: igualdad entre españoles europeos y españoles americanos, participación en el gobierno, y libertad de comercio e industria.

En este trabajo se expondrán los derechos reclamados por los americanos de Bayona y la formación, como respuesta a esos reclamos, de un nuevo Derecho Indiano, inédito hasta entonces y concebido sobre las nuevas bases que el constitucionalismo liberal difundiría por Europa y América.

II. LA PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS DEMANDAS AMERICANAS

Los diputados americanos que llegaron a Bayona habían sido designados arbitrariamente por el Gran Duque de Berg, Joaquín Murat, nombrado Lugarteniente General del Reino por Carlos IV, y ratificado luego de la abdicación del Borbón por el Emperador, su cuñado. Se trataba de americanos que se encontraban a la sazón en España y que, si bien debemos reconocer que su "mandato" era inexistente, representaron lealmente los intereses de América en aquella singular asamblea nacional.

³ Ver mi trabajo titulado "América en los planes napoleónicos", próximo a aparecer en volumen XIII de la *Historia General de España y América*, que edita Ediciones Rialp, S.A., de Madrid.

⁴ *Idem.*

Los elegidos, luego de algunas defecciones que obligaron a apresurados reemplazos, fueron José Ramón Milá de la Roca y Nicolás de Herrera, por el Río de la Plata; Ignacio Sánchez de Tejada, por Santa Fé de Bogotá; Francisco Antonio Zea por Guatemala; José del Moral, por México y José Hipólito Odoardo y Grand Pré, por Caracas.

Al llegar José Bonaparte a Bayona, dispuso su imperial hermano que fuese recibido de inmediato por los integrantes de las "Cortes" que había reunido en esa ciudad. Así lo hicieron los diputados que se encontraban en la ciudad, europeos y americanos, la noche del 7 de junio de 1808 en el Castillo de Marrac, residencia del Emperador. Al recibir a la delegación del Consejo de Indias, el flamante rey José manifestó todo el interés que sentía por las Américas a las cuales consideraba "como parte integrante de las Españas", según publicó *Le Moniteur*, el 18 de junio de 1808⁵.

Fue una grata sorpresa para los americanos la decisión de José de volver a recibirlos, separados de los peninsulares, para escucharlos en forma especial. Tocó al representante de Guatemala, Francisco Antonio Zea, director del Jardín Botánico de Madrid y reputado científico, expresarse en nombre de sus compañeros. Comenzó por agradecer la distinción que significaba para los representantes de América ser recibidos nuevamente por José, "en cuya suerte se interesa tan vivamente, de cuyas necesidades se ha informado y cuyas largas desgracias han conmovido su corazón paternal".

Lo que siguió fue una síntesis de las desgracias que aquejaban a América y un esperanzado anhelo de hallar la reivindicación de sus derechos de manos de la nueva dinastía:

"Olvidados de su gobierno, excluidos de los altos empleos de la monarquía, privados injustamente de las ciencias y de la ilustración, y por decirlo todo de una vez, compelidos a rehusar los mismos dones que les ofrece la naturaleza con mano liberal ¿podrán los americanos dejar de proclamar con entusiasmo una monarquía que se anuncia por apreciarlos, que los saca del abatimiento y de la desgracia, los adopta por hijos y les promete la felicidad? No, Señor, no se puede dudar de los sentimientos de nuestros compatriotas, por más que los enemigos de V.M. se lisonjeen de reducirlos: nosotros nos haríamos reos a su vista; todos unánimes nos desconocerían por hermanos y se declararían indignos del nombre americanos, si no protestásemos solemnemente a V.M. su fidelidad, su amor y eterno reconocimiento. Nos apresuramos, Señor, a manifestarle que no hemos degenerado de ellos; que no habíamos depuesto el sentimiento de las injurias hechas a la patria, hasta el momento que el Emperador, vuestro augusto hermano, reconcilió, por un acto propio de su genio, el nuevo con el antiguo mundo, y que el aprecio con que los mira V.M., los deseos que manifiesta de reparar los males de que han sido víctima, la felicidad que les tiene prometida y la garantía que de ella nos dan sus virtudes, su corazón y el testimonio del reino de Nápoles, les anuncia una época de gloria y prosperidad"⁶.

⁵ CARLOS A. VILLANUEVA, "Napoleón y los diputados de América en las Cortes españolas de Bayona", en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1917, t. LXXI, p. 212, nota 2.

⁶ C. A. VILLANUEVA, "Napoleón y los diputados de América...", *op. cit.*, ps. 213-214.

En aquellas primeras palabras quedaban sintetizadas las quejas de los de América: olvido por parte del gobierno metropolitano, exclusión de los americanos de los cargos de la administración, restricción de su derecho a gozar de los dones que les ofrecía una naturaleza generosa.

El discurso de Zea fue en verdad el introito de las demandas americanas.

III. LOS DERECHOS RECLAMADOS POR LOS AMERICANOS

1) *Igualdad entre americanos y españoles. Libre acceso a cargos públicos*

El reclamo de obtener la igualdad y el libre acceso a cargos de gobierno se constituyó en el eje central de las demandas americanas. El Emperador había incorporado al último texto del proyecto elaborado por él mismo, recogiendo la opinión generalizada y demostrando una singular sensibilidad por los anhelos americanos, la declaración de que los españoles europeos y americanos gozarían de iguales derechos. Agregó, también, un título entero, el décimo, dedicado a América, además de otras disposiciones repartidas en el resto del articulado que la beneficiaban sensiblemente.

Dice Sanz Cid, cuyo estudio sobre la carta de Bayona aún no ha sido superado, que su inclusión se debió sin duda a las excitaciones que recibió Napoleón para que se atendiese a los intereses y amor propio de los americanos en la Constitución que proyectaba y recuerda las recomendaciones de Urquijo sobre que se otorgase igualdad de derechos a españoles y americanos⁷. En efecto, el 5 de junio Mariano Luis de Urquijo, fugaz ministro de Carlos IV y futuro secretario de Estado de José había recomendado al Emperador que se reconociesen a los habitantes de América los mismos derechos que a los peninsulares, y que era conveniente "para halagar a los habitantes de las Indias españolas, que se diga en la Constitución que se trabajará incesantemente por un código para ellas..."⁸ Por nuestra parte recordamos que aún antes que Urquijo, había sido el propio Murat quien el 19 de mayo, recomendara esa declaración de igualdad. En carta de esa fecha, a Napoleón, le hacía saber la importancia para Francia de mantener unidas las colonias españolas a su metrópoli, recomendando varias medidas a fin de lograrlo, entre las que se contaba hacer saber por distintos conductos a los americanos que "en el nuevo orden de cosas se van a remover los estorbos que han detenido hasta ahora el curso de su prosperidad, y se hará de modo que españoles y americanos, *con derechos iguales*, no tengan sino motivos de estrechar los lazos que el origen, la religión, la lengua y los intereses recíprocos deben hacer insolubles para siempre"⁹.

Por otra parte, como ya dijimos, Napoleón estaba informado de la situación de América y de su espíritu de rebeldía, como también de sus anhelos, que debieron ser bien conocidos por el Emperador.

⁷ CARLOS SANZ CID, *La Constitución de Bayona*, Madrid, 1922, p. 291.

⁸ C. SANZ CID, *La Constitución de Bayona*, op. cit., p. 473.

⁹ C. FARRA PÉREZ, *Bayona y la política de Napoleón en América*, Caracas, 1939, p. 6.

No olvidemos que cuando el Canónigo Escoiquiz trataba de convencer a Napoleón en Bayona de las inconveniencias que acarrearía la separación de Fernando del trono español, aludió a la pérdida de los dominios americanos, sosteniendo que "el menor descontento, aun bajo el reinado de Fernando, sería suficiente para romper una unión que no tiene hoy sino los débiles lazos de la costumbre". Napoleón contestó no temer la separación de América, pues mantenía "comunicaciones secretas" con el Nuevo Mundo¹⁰.

Tocó a Sánchez de Tejada referirse, el primero en la Asamblea de Bayona, a esta igualdad tan deseada. Una vez que hubo conocido el texto del proyecto de Constitución, elaborado por Napoleón, expresó en la sesión del día 22 de junio su complacencia al ver que en él "se proponía otorgar a las colonias los mismos derechos que a la madre patria y restablecer el antiguo Ministerio de Indias"¹¹.

Seguó diciendo el diputado que, sin embargo, ello era insuficiente para lograr la unión de América con España y en un largo discurso, cuyo extracto dio a conocer Villanueva, examinó las circunstancias que obstaculizaban a su juicio esa unión. Concluyó sosteniendo que "si España deseaba conservar sus colonias, cualquiera que fuese el nuevo orden de cosas, era necesario empezara por hacer algunos sacrificios"¹².

También José del Moral, que le siguió en el uso de la palabra, se refirió a la igualdad proclamada en el proyecto. Luego de admitir que en el texto constitucional no había encontrado sino muestras de la bondad, prudencia y amor por los pueblos de parte del "Gran Napoleón", señaló la necesidad de agregar varios artículos al título décimo, sobre América, a fin de que los americanos reconocieran mejor y de una sola vez todos los beneficios que el Emperador les había acordado al sancionar la igualdad de derechos en el primer artículo del título dedicado a estos dominios.

Sin esas precisiones —decía del Moral— los americanos no se sentirán halagados con el artículo sobre la igualdad de derechos con la metrópoli, pues esa igualdad de derechos les fue declarada desde hace muchos años, y a pesar de todo, la ausencia de precisiones hizo que los gobernantes y la corte misma hayan procedido siempre en todas sus disposiciones hacia los americanos como si ellos no fuesen iguales a los europeos, sino casi como si fuesen esclavos. Era necesario, por lo tanto, para acreditar los buenos sentimientos del nuevo rey hacia ellos, poner entre las bases constitucionales artículos particulares que especificaran esa igualdad de derechos de las colonias con la metrópoli¹³.

Por ello recomienda del Moral una serie de normas que aseguraban a los americanos la libertad de la agricultura, el comercio y la industria y otras más, ratificadorias de la igualdad proclamada.

¹⁰ M. DE PRADT, *Mémoires historiques sur la Révolution d'Espagne*; par l'auteur du Congrès de Vienne, etc. (...), p. 323.

¹¹ *Actas de la Diputación General de Españoles que se juntó en Bayona el 15 de junio de 1808*, Madrid, 1874, p. 29; C. A. VILLANUEVA, "Napoleón y los diputados de América...", *op. cit.*, ps. 210-211.

¹² C. A. VILLANUEVA, "Napoleón y los diputados de América", *op. cit.*, p. 225

¹³ C. A. VILLANUEVA, "Napoleón y los diputados de América...", *op. cit.*, ps. 226-227.

Dejando de lado los artículos referidos a la economía, que trataremos más adelante, el diputado solicitó que se dispusiese en la Constitución que ningún habitante podría tener nota de infamia ni ser privado de los derechos que el honor, la buena conducta y el mérito le habían acordado en la sociedad, que se suprimiesen los tributos a los indios y castas; ninguno de estos individuos podría ser obligado a servicios personales. Debían abolirse las disposiciones que obligaban a los indios a vivir separados de los españoles; los indios y las castas gozarían de los mismos derechos que los españoles. Los españoles americanos no necesitarían probar en adelante su nobleza como derivada de la europea para poder gozar de ese rango en Europa. También sugería el agregado de varios artículos precisos acerca de la participación de los americanos en el gobierno del Estado, propiciaba el aumento del número de diputados americanos, y especificaba la forma de su elección, sin intervención de los gobernantes locales. Vinculado con el problema de la igualdad de americanos y peninsulares solicitaba que al declararse que habría un solo código para toda España se incluyese a las Indias, según explicaremos más adelante al referirnos a los reclamos sobre temas económicos.

Los diputados por el Río de la Plata, Milá de la Roca y Herrera, coincidieron con sus otros colegas americanos en que era preciso que la declaración de igualdad entre americanos y europeos fuese acompañada de algunos artículos que la precisaran inequívocamente:

“Desean que los artículos de la Constitución que tratan de la igualdad y participación de las Américas en todos los derechos con las demás provincias de la Monarquía, reciban alguna extensión a las inmediatas consecuencias de su contexto, para proporcionar su inteligencia a todo el mundo americano, de modo que excluya todo sentido opuesto a las intenciones de la misma ley”.

Saliendo al cruce de la crítica que pudiera hacérseles por exceso de escrupulosidad, sostienen que los demás diputados

“conocen todo el fondo de los sentimientos que ha producido en los habitantes de aquel hemisferio la postergación con que han sido tratados de su antiguo Gobierno, por un efecto de la rutina de las providencias expedidas al principio de la conquista. Los americanos han llegado a entender que la conservación de aquellos dominios se quería sostener sobre la execrable máxima de condenarlos a una perpetua ignorancia, sin permitirles otro arbitrio que la aplicación a la pastora y a la minería, a una filosofía rancia y a una teología oscura, ambas muy a propósito para el logro de aquellos fines. Ellos han visto siempre ocupados por europeos los primeros destinos de la administración pública de aquellos continentes, y postergados todos sus recursos...”

Recuerdan la indiferencia con que se ha visto en la Corte los heroicos sucesos del Río de la Plata con motivo de las invasiones inglesas y exhortan a “derribar este monstruo de la desconfianza pública” para formar “el vínculo indisoluble de los dos hemisferios”.

Piden se declare abolido el irritante nombre de colonias y que para designar a los dominios ultramarinos se utilice la denominación de “provincias his-

panoamericanas o provincias de España en América”, además de indicarse que ellas “formarán una parte integrante de la Monarquía”¹⁴.

En un memorial presentado al Emperador el 28 de junio de ese año de 1808 por estos diputados, que titularon “Proyecto de prosperidad pública de las Provincias del Río de la Plata, volvieron a referirse a la necesidad de concretar en disposiciones precisas la igualdad de americanos y europeos. Así, por ejemplo, al recomendar que se aboliesen en América las fiestas civiles en las cuales se pasea el estandarte real, agregaban: “La igualdad de los derechos de ese país con los de la Metrópoli y su incorporación absoluta, exige que se reemplacen aquellas por otras funciones y se proscriban esas ceremonias civiles (y) humillantes”. Propiciaban, asimismo, que se declarase la libertad del indígena: “Será pues conveniente que a todos sin excepción se les declaren libres y que, entrando en el goce de los derechos de los demás ciudadanos, queden exentos de contribuciones personales y sólo sujetos a las que establezca el gobierno con respecto a la universalidad de aquellos pueblos. Que se vea la libertad del hombre restablecida en todas las clases. Que desaparezcan esas distinciones odiosas, germen de todas las revoluciones”.

En un segundo memorial, de 29 del mismo mes y año, titulado “Proyecto de conservación, seguridad e independencia de las Provincias del Virreinato del Río de la Plata”, los diputados vuelven sobre el tema que nos ocupa al referirse a las medidas que proponen para asegurar la conservación de las provincias rioplatenses, y consiguientemente las de todos los dominios españoles de América del Sud. Sostienen que “el gobierno debe ceñir esencialmente sus determinaciones a estos dos puntos: 1º Manifestar la justicia y la beneficencia del nuevo sistema, y 2º Poner al país en estado de defensa contra las tentativas de los enemigos. Para lo primero será indispensable hacer entender sin dilación a aquellos pueblos su incorporación a la Metrópoli en igualdad con las demás provincias del Reino; su participación en todos los derechos, la protección de su libertad civil, y la consiguiente aptitud de sus habitantes para optar a todos los empleos, y promover por todos los medios posibles al fomento de su agricultura, artes, industria, comercio, navegación y ciencias”¹⁵.

El diputado por Caracas, Odoardo y Grand Pré, también se refirió a la declarada igualdad y expuso sus dudas sobre que la misma por sí sola posibilitara a los americanos alcanzar cargos públicos, pues “es de temer que no se les atienda en la administración pública, estando distantes de la corte, y sin apoyo en ella para darse a conocer y optar a los destinos a que sus talentos, prendas y servicios les hagan merecedores”.

¹⁴ Oigamos al diputado:

“Todos saben en la Península que su origen es común, que son hijos de padres que arrojando mil peligros en la conquista del nuevo mun-

¹⁴ *Actas de la Diputación General...*, op. cit. ps. 114-115.

¹⁵ Archives Nationales, París: AF-IV- 1610, Plaquette I, p. 172 y ss. Estos documentos fueron publicados por C. PARRA PÉREZ, “Bayona y la política de Napoleón...”, op. cit., ps. 74-96 y reproducidos en *Mayo Documental*, publicación de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 1962, t. II, ps. 17-34.

do y luchando a cada paso con la misma naturaleza, han formado y agregado a la Metrópoli reinos que hoy excitan la admiración y forman las delicias de Europa. Sin embargo de esto fueron pobres los conquistadores, fuéronlo mucho más sus hijos y nietos, a quienes se contentaba con los cargos concejiles solamente, y es de presumir que continúen siendo desatendidos mientras exista este amor al país en que nacemos y que hace que desprecien los españoles del viejo continente a los del nuevo”.

Para evitar esta injusticia, propone que entre las cualidades que se exijan a los individuos del Senado, Consejo de Estado y Consejo Real, se requiera que dos o tres, o más sujetos sean de América. De tal manera, opina el de Caracas, se borrará la odiosa distinción entre unos y otros para que al cabo de algún tiempo “formen una misma familia”¹⁶.

Como hemos visto, el tema de la igualdad entre españoles y americanos comprendía, y muy especialmente, el acceso a cargos públicos por parte de estos últimos. Es que si en general siempre se había visto en España con recelo a los nacidos en América para ejercer funciones de gobierno, la administración indiana del Marqués de Sonora, de fines del XVIII, había acentuado peligrosamente esa desconfianza. Gálvez se había esmerado en desalojar de la administración de las Indias a los nacidos en ella, poniendo en evidencia una política de discriminación que ahondó el descontento. Por otro lado, la antigua rivalidad entre españoles y americanos se acrecentaba con el aumento del número de criollos deseosos de intervenir activamente en el manejo de sus asuntos públicos.

Pero la posibilidad de ocupar cargos en la administración pública no era bastante para dar satisfacción a los anhelos de América. Sus diputados exigieron aumentar el número de diputados americanos en las Cortes y asegurar su presencia en los órganos superiores de gobierno del nuevo Estado. También bregaron por la existencia de un Ministerio de Indias independiente para atender los asuntos americanos, habida cuenta de su particularidad, no sin oposición por parte de los diputados peninsulares de Bayona¹⁷.

2) *Libertad de comercio e industria*

Como ya dijéramos más atrás, José del Moral había incluido entre los artículos que creía debían incorporarse al texto constitucional, varios dedicados a este ramo.

Reclamaba por la existencia de una norma que asegurase que la agricultura sería absolutamente libre en todas las provincias de América y por ende que jamás se pondrían obstáculos a los propietarios, locatarios o colonos para gozar de las facultades que la naturaleza les acuerda para sembrar o plantar

¹⁶ *Actas de la Diputación General...*, op. cit., p. 113.

¹⁷ Véase mi trabajo titulado *Las Indias en la Constitución de Bayona. Un nuevo Derecho Indiano*, presentado al IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Madrid, 1990, en prensa.

¹⁸ C. A. VILLANUEVA, “Napoleón y los diputados de América...”, op. cit., ps. 227-231.

todo aquello que les parezca conveniente a sus intereses. Pedía otra que resolviere que también sería libre el comercio interior y la extracción de cualquier materia de una colonia a la otra o de todas hacia la metrópoli. Solicitaba se prohibiese toda especie de privilegio de extracción o introducción de cualquier clase de género, nacional o extranjero, tanto para los particulares como para las compañías. También debía incluirse un artículo que asegurase a todo habitante de las Indias la posibilidad de hacer construir barcos mercantes para sus especulaciones comerciales, de los que serían sus exclusivos propietarios y con los cuales podrían establecer relaciones directas con cualquier parte de la metrópoli o con cualquier otra posesión española, sin ninguna distinción.

En el proyecto se incluía una norma que declaraba suprimidas las aduanas interiores “de partido a partido y de provincia a provincia”. Del Moral sugirió que para hacer más patente la igualdad se agregase “así en las Indias como en España”.

En punto a la libertad industrial, auspiciaba que a ningún habitante de América se impusiese restricción alguna para buscar sus medios de subsistencia mediante el ejercicio de su industria.

Otra manera propuesta para liberar la industria era la de suprimir los estancos, que para los americanos —decía del Moral— sería considerada una decisión brillante pues están “fatigados, arruinados, desesperados” por esos numerosos monopolios del Estado ¹⁸.

La igualdad de americanos y europeos exigía igual trato ante la ley, por ello, si bien la intención del proyecto napoleónico era no establecer diferencias al respecto, del Moral requería que al declarar en la Constitución que habría un solo Código para el reino, se agregase “de España e Indias” ¹⁹.

3) *La libertad individual y la de imprenta*

El proyecto imperial aseguraba la libertad individual y la de prensa, al encomendar al Senado velar “sobre la conservación de la libertad individual y de la libertad de la imprenta”. Disponía la creación de una Junta senatorial de libertad individual y otra de la libertad de imprenta (arts. 39, 40 y 45 del texto constitucional definitivo). Para lograr su efectividad en América, los diputados rioplatenses reclamaron la constitución de juntas subdelegadas en las capitales americanas, que actuaran con iguales estatutos que las de España, a quienes comunicarían su actuación. Fundaban su demanda en que “la libertad individual [era] uno de los primeros objetos de la Constitución” y en la imposibilidad en que se hallan los americanos de ocurrir a las Juntas senatorias peninsulares, especialmente en tiempo de guerra, en razón de las distancias. Resolver según lo pedido —decían los rioplatenses— “será un baluarte de la libertad individual y civil de los americanos contra la conducta despótica de algunos magistrados” ²⁰.

¹⁹ C. A. VILLANUEVA, “Napoleón y los diputados de América...”, *op. cit.*, p. 230.

²⁰ *Actas de la Diputación General...*, *op. cit.*, ps. 114-115.

Era, como se ve, una propuesta razonable, dirigida a hacer realmente efectiva la salvaguarda de esos derechos fundamentales en los lejanos territorios americanos. Sin embargo, la sugerencia no tuvo éxito y el texto se mantuvo como lo presentaba el proyecto original.

IV. CONCLUSIÓN

Napoleón dio satisfacción a casi todos los reclamos americanos. Por lo pronto resolvió la existencia de un Ministerio independiente para los asuntos de Indias; modificó la denominación del título destinado a América, excluyendo la mención de colonias: "De los reinos y provincias españolas de América y Asia". Extendió en artículos precisos la declaración de igualdad entre España y América: "Será libre en dichos reinos y provincias (de América y Asia) toda especie de cultivo e industria" (art. 88). "Se permitirá el comercio recíproco de los reinos y provincias entre sí y con la metrópoli" (art. 89). "No podrá concederse privilegio alguno particular de exportación o importación en dichos reinos y provincias" (art. 90). Agregó disposiciones especiales para asegurar su participación en el ejercicio del poder en todos los asuntos que les conciernen, y resolvió que los pleitos judiciales provenientes de América en materia criminal se resolviesen definitivamente ante los tribunales de esos territorios. Aceptó la mención de las Indias en los artículos que establecían la existencia de un solo código para toda la nación (civil, criminal y comercial).

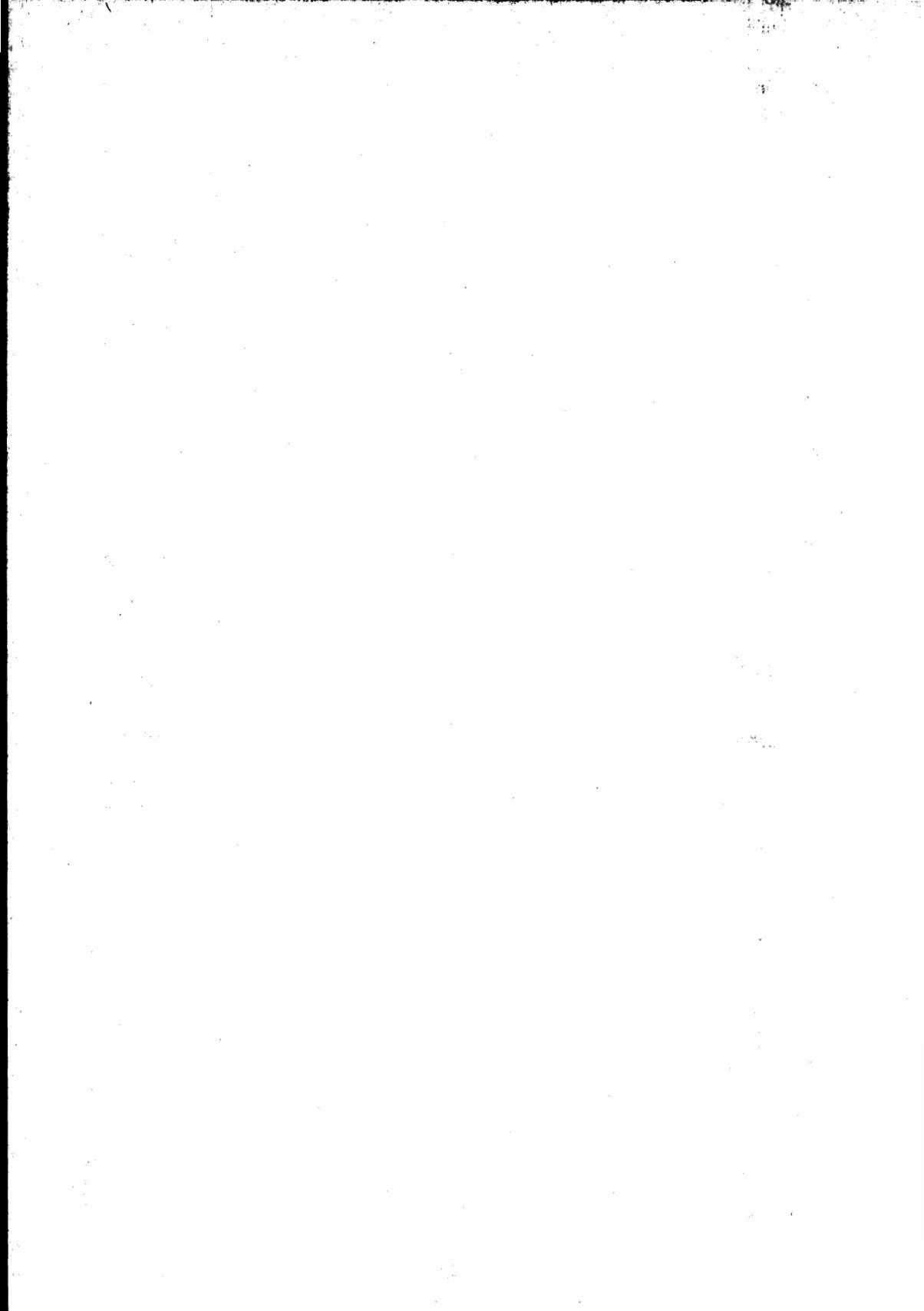
Con respecto a los órganos de gobierno, resolvió la presencia permanente de seis diputados indios en las Cortes y en el Consejo de Estado, en donde habría una Sección de Indias (remedo del Consejo de Indias tradicional) a la que se agregarían, además de sus cinco miembros de rigor, seis diputados de las Indias "con voz consultiva en todos los negocios tocantes a esos reinos y provincias españolas de América y Asia".

Como ya hemos dicho en otra ocasión, se trataba de un conjunto de derechos que conmovía el sistema tradicional indiano y que no vacilaba en sacrificar los intereses de la Península a los de los dominios de ultramar. Respondía al sabio consejo dado por el diputado del Nuevo Reino de Granada, Sánchez de Tejada, de que si España deseaba conservar sus colonias, cualquiera que fuese el nuevo orden de cosas, era necesario empezara por hacer algunos sacrificios y tratara de mantenerlas adictas a la metrópoli por el sentimiento del bien presente y futuro.

En cuanto a las demandas americanas, advertimos que ellas fueron dirigidas a lograr modificar el estado de dependencia y subordinación en que se encontraba América. Nada o casi nada tuvieron que ver con la concesión de derechos y garantías individuales, que no apareció en sus exposiciones orales y escritas, ante la posibilidad, en cambio, de obtener la satisfacción de viejos anhelos de libertad e igualdad entre los habitantes nacidos a uno y otro lado del Océano. Las concesiones liberales, que estaban contenidas ya en el proyecto napoleónico, si bien en la medida en que podía subsistir un régimen de libertades individuales con la concepción autocrática del sistema napoleónico,

no motivaron a los americanos; no solicitaron, salvo excepción, una mayor extensión o claridad. Debe admitirse que tampoco lo hicieron los peninsulares, que se sentían, al decir de Geffroy de Grandmaison, en la "cueva del león" en ese territorio extranjero bajo la severa mirada del Emperador. Bastábales lo que éste les concediera.

Los diputados americanos no reclamaron derechos personales, en el sentido estricto del término, sino el derecho de esta parte del mundo hispanoamericano a ser considerada en igualdad con el resto, dentro de un mismo Estado. Bregaron por la abolición de distinciones, de subordinaciones y de dependencias. Buscaron la liquidación total del colonialismo español, que si en derecho nunca consideró colonias a estos territorios, en la realidad los mantuvo subordinados como tales a los intereses y necesidades metropolitanas.



LA PROTECCION DE LOS INVALIDOS A PRINCIPIOS DEL SIGLO XIX

(Aparición de un nuevo régimen municipal como
consecuencia de las invasiones inglesas)

GUILLERMINA MARTÍNEZ CASADO
DE FUSCHINI MEJÍA

¿Qué tropa es ésta?

*¡Oh! Inédito señor, esta no es tropa,
Buenos Aires os muestra allí sus hijos*

.....
*El dragón fuerte y el feroz marino;
el infante aguerrido, el artillero,
el castellano y diestro vizcaíno,
el asturiano y cántabro invencible,
el constante gallego, el temible hijo
de Cataluña, el arribeño fuerte
y el andaluz se aprestan al conflicto
los pardos, naturales y morenos
el húsar, el labrador y fiel carabinero.
Prepárese también ¡oh! Buenos Aires
el bélico furor de tus patricios.*

VICENTE LÓPEZ Y PLANES *

1. INTRODUCCIÓN

La protección, o régimen de "previsión social" referente a estos individuos en la Península, propiciada por algunos de los más importantes sociólogos de los siglos XVI y XVII¹, se vislumbra ya en forma inorgánica desde este último siglo, efectivizándose su reglamentación a principios del siglo XVIII, en cuyo transcurso se perfecciona, siendo objeto del dictado de normas de carácter general.

En efecto, y como ya se dijera en un trabajo anterior, en 1702 se decide el primer descuento a su favor, en 1706 se forma la Caja de Inválidos, en

¹ LUIS VIVES, *De subventione pauperum*, Valencia, 1782, t. IV, p. 484; JUAN DE MARIANA, *De Rege et Regis institutione*, Toledo, 1559, libro III, p. 384. (Citados por ANTONIO ROMEU DE ARMAS, *Historia de la Previsión Social en España*, Madrid, 1944, p. 169 y siguientes).

1716 se dicta una parcial Ordenanza, el año siguiente la principalísima "Real Ordenanza sobre sueldos, residencia y disciplina de los Oficiales y soldados inválidos o impedidos", para ser consagrada definitivamente la institución en las "Reales Ordenanzas del Ejército", de 1768, y en "Las Ordenanzas Generales de la Armada", de 1793 para sus miembros².

Carlos III, "compadecido de la triste situación a que quedaban reducidos" estos individuos, extiende el socorro de los pobres sujetos a las Indias en 1772, y por Real Ordenanza del 14 de enero de 1775 establece el descuento de 8 maravedís por peso de Indias a todos los que gozaren de prest militar para conformar el correspondiente fondo de subvención³.

Las condiciones de inseguridad en que se desarrolla la vida en el Río de la Plata durante el siglo XVIII lo destacan del resto de América, por la autonomía de que gozó en los asuntos orgánicos militares, que explican el dictado de una copiosa regulación particular, a la cual no es ajena la protección a los mutilados, achacosos o estropeados como indistintamente se los nombra y que se hará efectiva casi contemporáneamente a su concreción en la Península, y con no menos de dos décadas de prelación respecto al resto de estos reinos.

La Real Cédula del 7 de agosto de 1718, dictada a petición del entonces Gobernador Bruno Mauricio de Zabala, establece un inaugural intento de verdadera "previsión social" para los inválidos de estas tierras, que establecerá la condición del impedimento, forma de justificación, sueldo, tiempo de servicio y pertenencia a los Ejércitos reglados del Rey. Posteriores ordenanzas, instrucciones, cédulas y reales órdenes, así como disposiciones locales, reglamentarán la forma de adquisición de la "gracia de inválido", la vuelta al servicio, los servicios a los que se destinaban, la conformación de un fondo de sustento, descuentos, preferencia para su empleo en Rentas, derecho a Montepío, o pago de tocas de viudas⁴.

En definitiva, al culminar el siglo, existe vigente un efectivo y completo régimen previsional en el Río de la Plata para aquellos que se inhabilitaron al servicio del Rey en su Ejército y Armada, que se entiende es el primero que se establece en Indias, y con la particularidad de que la iniciativa de su creación partiera de las autoridades locales⁵.

Los albores del siglo XIX verán nuevas y específicas disposiciones que alcanzarán a otros cuerpos. Así, en 1801, el Reglamento para las Milicias Disciplinadas del Virreynato del Río de la Plata dedican su atención a los inválidos, el Reglamento para la Artillería —del 6 de agosto de 1803— hace lo propio, los individuos de la Maestranza de los Arsenales de Marina son beneficiados con

2 GUILLERMINA MARTÍNEZ CASADO DE FUSCHINI MEJÍA, *Los inválidos en el Río de la Plata. Una forma de previsión social en el siglo XVIII*, Madrid, 1991, en prensa.

3 Existe una inicial cédula de 1614 de Felipe III recogida en la LXXVII, tít. X, lib. III de la Recopilación de Indias mediante la cual se crearon 30 plazas de soldados impedidos para el Reyno de Chile.

4 *Idem* 2.

5 AGI Indiferente 1885. Investigaciones posteriores al trabajo citado en 2 permiten afirmar que la gracia se establece para el Yucatán por Reglamento de 1754, para la Isla Española por Reglamento de 1738; para Santo Domingo, por Reglamento de 1741 y para México en el Reglamento de 1773.

el "Real Reglamento para Inválidos y Viudedades", del 1º de enero de 1806⁶ y los Oficiales del Real Cuerpo de Ingenieros del Ejército en ambas Indias e Islas Canarias obtienen en su Reglamento de 1806 idénticos favores⁷.

Por su importancia en los hechos posteriores, merecen atención especial en este conjunto las Milicias. Es oportuno recordar, que las inaugurales fuerzas organizadas para la defensa del Río de la Plata las constituyeron las milicias de pobladores aptos para este servicio, ya que las primeras fracciones veteranas llegaron en el siglo xvii, y las unidades recién en el siglo xviii⁸. Por tanto, en el orden local no fueron sólo complemento de estas últimas, como ocurrió en otras comarcas⁹, ya que no siempre arribaron regular y oportunamente, sino que la exigencia del siglo impuso una organización militar cuya masa fueron las milicias¹⁰.

Su creciente importancia obliga a dotarlas de reglas propias, y si bien siguen siendo generalmente mantenidas por los fondos de los Propios del Cabildo, en caso de movilización gozarán los privilegios de las tropas regladas. La conformación jurídica definitiva de estos cuerpos culminó con el dictado del citado Reglamento del 14 de enero de 1801¹¹ que al ocuparse de la institución establecerá que "cualquier oficial o soldado que herido en guerra o faena de servicio se estropeará", gozará no sólo de fuero militar y uso de uniforme, sino también el sueldo de "Inválido" correspondiente a su clase, incluyendo a los oficiales y sargentos de pardos y morenos, y extendiendo además la gracia a la mujer e hijos, pobres, de los que fallecieran, por cuatro años, y si fuere necesario continuar el socorro, establecía el procedimiento a seguir. Por tanto, equiparaba a los integrantes de las milicias que se activaran, con sus pares de los cuerpos veteranos.

En definitiva, se puede advertir que hacia 1806, varios regímenes particulares, todos de procedencia real, conviven y se aplican juntamente con el general originario.

2. LAS INVASIONES INGLASAS

2.1. Cuerpos veteranos

Es objeto de este trabajo analizar las soluciones dadas al tendal de heridos o inutilizados producidos en las acciones bélicas.

⁶ A.G.N., IX-25-2-15 - R. O. de 1806 Nº 48.

⁷ A.G.N. IX-25-2-15 - R. O. de 1806.

⁸ JUAN M. MONFERINI, "La Historia Militar durante los siglos xvii y xviii", en *Historia de la Nación Argentina*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1940, vol. IV, p. 270.

⁹ CRISTINA VIÑES MILLET, "El cuerpo de inválidos y su organización, en el contexto de la reforma del Ejército del siglo xviii", *Revista de Historia Militar*, Madrid, 1982.

¹⁰ JOSÉ MARÍA, MARILUZ URQUIJO, *El Virreinato del Río de la Plata en la época del Marqués de Avilés*, Buenos Aires, 1988, p. 92.

¹¹ Publicaciones del Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, vol. III; Reglamento para las milicias de infantería y caballería del Virreinato del Río de la Plata, arts. 14 y 18, cap. IV.

En los cuerpos veteranos son numerosos los individuos que se harán acreedores al goce de la gracia, accediendo a ésta de acuerdo con las Ordenanzas, agregándose en las circunstancias y por primera vez en forma numerosa los soldados de las milicias que como es obvio fueron puestas a sueldo de acuerdo con su Reglamento.

Acercá del aumento de impedidos que los hechos de Buenos Aires de 1806 producen, nos informan las datas del Tribunal de Cuentas de la Caja de Buenos Aires. En 1805 se abonaba por esta materia 88.777 pesos (cantidad proporcionada a la de años anteriores) y en 1806 su obligación por el mismo concepto llega a 138.142 pesos¹², al que se agrega un importante desembolso por la caja de Montevideo, que hasta entonces registraba escasos pagos, en tanto que en el resto de las provincias no se produce novedad. Tales guarismos se agravan en el año siguiente¹³ y se mantendrán en los años inmediatos respecto a las víctimas de ambas invasiones.

Pero párrafo especial por su propio quehacer en el momento, merecen los que ya declarados tales conformaron las tropas de estas gestas. Así ante el conocimiento de una posible invasión, la cuenta de los estados de fuerza del 4 de enero de 1806 describe en detalle, entre los demás, el "Cuerpo de Inválidos", prolijamente conformado y destacado con un total de tropa de 305 sujetos¹⁴, a los que el Acuerdo de la Junta de Guerra del 20 de marzo de 1817 decidió se les abone, mientras estén en servicio vivo el mismo sueldo que al resto de la tropa de la Guarnición de la Plaza¹⁵ y que con ellos se complete si están capaces, el destacado Cuerpo fijo del Regimiento de Infantería de Buenos Aires¹⁶, y elocuente evidencia de su conducta se refleja en el significativo párrafo que en la Proclama del 24 de junio de 1807, don Santiago de Liniers les destinaba: "respetable Cuerpo de Inválidos que con tanta bizarría me habéis pedido armas para sacrificar hasta vuestro último aliento, rechazando a los enemigos de nuestra Patria, de nuestro Culto, y de nuestra felicidad, he visto en la tarde de ayer sobre vuestros semblantes cifrada la victoria"¹⁷.

Unos y otros merecieron finalmente el reconocimiento de la Suprema Junta de Gobierno a nombre del Rey Don Fernando VII, que en la Real Orden fechada en el Alcázar de Sevilla el 13 de enero de 1809, concede entre las tantas gracias, premios y distinciones con que premió a los defensores de Buenos Aires, la de "inválidos" con la mitad del haber que "actualmente gozan" de acuerdo con la relación que se hace, y solicitando se envíe la noticia de los destinos para expedirles las cédulas respectivas¹⁸.

¹² A.G.N. IX-25-9-3-Hacienda-Tribunal de Cuentas 1781/1809.

¹³ "La Reconquista y Defensa de Buenos Aires". Publicación del Instituto de Estudios Históricos sobre la Reconquista y la Defensa de Buenos Aires, Buenos Aires, 1947. Los mayores pagos parecen corresponder a los individuos de la Marina según informe de su propio Jefe Juan Gutiérrez de la Concha, p. 52.

¹⁴ JORGE L. R. FORTÍN, *Invasiones Inglesas*, Buenos Aires, Colección Pablo Fortín, 1967, p. 25 (que conocemos por la amabilidad del Sr. Guillermo Palombo).

¹⁵ A.G.N.-IX-26-6-9-Nº 16. Invasiones Inglesas. Actas de la Junta de Guerra 1801-1807.

¹⁶ A.G.N.-IX-26-6-10-Nº 11. Invasiones Inglesas. Actas de la Junta de Guerra.

¹⁷ Proclama del Comandante General de las Armas de Buenos Aires, Don Santiago de Liniers, al Ejército de su mando, al siguiente día de la Revista General que pasó a las tropas en la tarde del día 24 de junio de 1807, ídem 13, p. 306.

¹⁸ A.G.N. IX 25-4-3- Reales Ordenes Nº 38.

La situación por que atravesaba la Península hacia esa fecha y los acontecimientos que se precipitaron poco después en Buenos Aires, parecen explicar que no haya sido posible encontrar pistas acerca de las relaciones que debieron enviarse; y consecuentemente de las cédulas pertinentes. Similar sería la interpretación respecto a la ausencia de cédulas de inválidos a partir de marzo de 1806, y el que posteriormente sean las autoridades locales las que declaren "en uso de las facultades conferidas por Su Majestad" el goce de inválidos¹⁹.

2.2. *Acción del vecindario*

No es intento de este ensayo, aunque no se pueda prescindir de ello, relatar los actos de coraje y heroísmo que caracterizaron al pueblo de Buenos Aires durante las cruentas jornadas de 1806 y 1808.

Las victorias logradas el 12 de agosto y el 5 de julio supusieron una lucha encarnizada que culminó en las calles de la ciudad. Esos "leales habitantes de la Capital", que no se negaron a ninguna fatiga y que se han prestado voluntaria y generosamente a todas las atenciones del servicio, alistándose en cuerpos de ejército compuestos en batallones según las provincias de su nacimiento²⁰ y que fueran alentados y ratificados en el esfuerzo, por el ejemplo del Cabildo de Buenos Aires, de cuya prodigalidad se hace eco unánime la opinión de la época. Estos habitantes, regidos por este Cabildo, decididos abiertamente a hacer la guerra, constituyeron el grueso del Ejército que especialmente en la Defensa comandó Liniers, pues la mayoría de las tropas regulares luego de la Capitulación del 27 de junio de 1806 quedaron "juramentadas".

No puede, por tanto, llamar la atención la gran cantidad de víctimas entre muertos y heridos, que la empresa produjo en los vecinos que simplemente en esa calidad, se expusieron y aquellos otros que pelearon en los cuerpos de voluntarios creados al efecto.

2.3. *Las disposiciones del Cabildo.*

Muestra de la preocupación del Cabildo por la suerte de su pueblo y de la liberalidad con que pretendió amparar sus desgracias, es la creación de todo un sistema por el cual dio socorro a los inválidos, entre otras víctimas, que resultaron de la gesta, sumando un nuevo régimen a los ya existentes y que enunciado apenas dos días después de la Reconquista, se irá perfeccionando a medida que las circunstancias lo demanden y que mereció en su momento el reconocimiento del propio Liniers, quien el 11 de octubre de 1806 expresaba al Príncipe de la Paz que no podía "pasar en silencio la generosidad del ilustre cuerpo" que alojó tropas, dio gratificaciones, dotó doncellas, mantuvo a los

¹⁹ A.G.N. IX- 8-4-10- Regimiento de Infantería de Buenos Aires. Decreto del Virrey Cisneros de septiembre 9 de 1809 (p. 289).

²⁰ Parte de Santiago de Liniers al Exmo. Señor Príncipe de la Paz del 11 de octubre de 1806 en "Reconquista y Defensa de Buenos Aires". Publicación del Instituto de Estudios Históricos sobre la Reconquista y Defensa, Buenos Aires, 1947.

“impedidos de trabajar”, dio pensiones a las viudas, y “médico y medicinas a los heridos”²¹.

Efectivamente, ya en el Cabildo Abierto o Congreso General del 14 de agosto, que tanta trascendencia tuvo en la realización del futuro de nuestro país, se propone la creación de dotes, pensiones y viudedades.

El tema vuelve a ser objeto de distintiva predilección en el Manifiesto que el 27 siguiente dirige al vecindario, y por el cual, luego de alabar a las “almas grandes que con sacrificio de sus intereses y propias vidas rompieron las cadenas”, entiende, que por rigurosa justicia, se debe mostrar la gratitud y reconocimiento, compensando los afanes de los que han concurrido a la Reconquista, auxiliando a los heridos y socorriendo a las viudas y huérfanos, para lo cual pide un donativo voluntario, pero generoso, y hace notar que los cabildantes han sido los primeros en practicarlo²². Conforme a sus designios, en Acuerdo del 12 de octubre de 1806, vuelve a determinar que “siendo una de las principales atenciones de este Cabildo el socorro de los miserables que por haber concurrido a la Reconquista quedaron imposibilitados de agenciar cosa alguna con su trabajo personal”²³ ante la concurrencia de seis de esta clase determina se les otorgue el socorro, decisión que se perfecciona el 3 de enero de 1807, en que se conviene asignar en concepto de “inválidos” a partir del 11 de noviembre anterior, día del Patrono San Martín, una mensualidad que variará de 4 a 12 pesos según la clase o grado de imposibilidad, reservándose el hacer nuevas asignaciones, siempre que ocurran acreedores a ellas²⁴ y efectivamente en años posteriores se agregaron otros cuatro individuos.

Esta inicial disposición del Cabildo, que se anticipó a la propia comunicación a la Península, supuso en la urgencia subrogar a la Corona en el auxilio a los damnificados²⁵.

Con motivo de los hechos de la Defensa, las pérdidas en general, y principalmente en los cuerpos constituidos al efecto fueron significativas, según el mismo Liniers reconociera en el informe oficial del 31 de julio de 1807²⁶. Pero ya el 18 de julio el Ayuntamiento, en su afán de dar solución a los padecimientos y miserias de sus protegidos, “trae a consideración... el estado de inutilidad a que han quedado reducidos tantos mutilados e inútiles que por defender la Patria carecen de arbitrios para proporcionarse la subsistencia con su personal trabajo, y considerando que el manifestarse insensible a los gritos de la razón y de la equidad y no proporcionar los competentes alivios a esas familias y personas desgraciadas, sería una indolencia más que criminal, acor-

²¹ Idem anterior.

²² A.G.N. -IX-24-4-8- G y M 1807. Manifiesto del Cabildo de Buenos Aires a su vecindario del 27 de agosto de 1806.

²³ A.G.N. XIII-42-4-9 Cabildo de Buenos Aires. Pensiones de la Reconquista.

²⁴ Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires. 3 de enero de 1807. Serie Tomo.

²⁵ MERCEDES MUÑOZ DE NADAL, *Equipos de Investigación Histórica*. Buenos Aires 1800-1830, Buenos Aires, 1978, Tomo III, p. 337.

²⁶ JUAN BEVERINA, “Las invasiones inglesas al Río de la Plata”, Tomo II, p. 519. Anexo 19 (Informe de Liniers a Cevallos del 31 de julio de 1807 que da la cifra de víctimas entre muertos, heridos y extraviados, 931 individuos).

daron asignar y asignaron, no obstante los escasos fondos del Cabildo y los crecidos empeños que han contraído para alcanzar el triunfo del día 5, la pensión por ahora de 6 y 12 pesos a los 'Inválidos', según su clase y calidad, y estado de imposibilidad a que hayan quedado sujetos"²⁷ estableciendo cuáles eran las clases, certificados a presentar, extensión de la gracia a la familia, fecha de inicio, comunicación al Soberano, impresión para conocimiento del público, forma de pago y designación de Regidores responsables.

2.4. Beneficiarios

Gozaron de las aludidas gratificaciones, todos aquellos que quedaron impedidos en ocasión de los sucesos de ambas invasiones. De los asientos correspondientes a la Reconquista se puede adelantar que se trató en general de voluntarios, 10 en total²⁸ y respecto a los correspondientes a la Defensa que alcanza a 42 individuos, la ayuda se extiende a los alistados en los Cuerpos de andaluces, gallegos, montañeses, húsares, arribeños, patricios, Compañía de jóvenes, vizcaínos, carabineros de Carlos IV, miñones, naturales, pardos y morenos y hasta un mestizo agregado a la artillería. En definitiva, soldados, cabos, sargentos y un alférez, ya sean peninsulares o criollos, pardos, morenos o mestizos²⁹.

Los beneficios fueron totales o perpetuos en los casos en que la condición era irreversible, y temporales en los casos en que al momento del otorgamiento la importancia de la inutilidad era imprevisible. En este último caso se preveían nuevas revisiones, que en ocasiones se repitieron por varios períodos, llegando a ser revocados también a pedido de los propios agraciados³⁰. Algunos individuos continuaron en servicio en sus cuerpos pese a haber sido declarados inútiles, en este caso sólo percibieron su asignación a partir de la baja definitiva.

2.5. Sueldos

Variaron según la calidad social y el grado de inutilidad, estableciéndose en 6 pesos para los individuos de cuerpo de castas, y en 12 pesos para los españoles, aunque si la herida era de poca importancia se reducía a la mitad. La población de color recibió además de su pensión, en todos los casos, la libertad a cargo del Cabildo³¹; los sueldos otorgados fueron generosos, si se los compara con los que hacia 1806 cobraban según Reglamento los inválidos de cuerpos regulares (soldados: 4 pesos; soldados con premio: 4 pesos, 6 reales; cabo: 9 pesos; sargento: 11 pesos, 2 reales)³². Se efectivizaban por la Tesorería de Propios cada tres meses, aunque el "incesante clamor" de los beneficiarios decide se paguen por mes o según ocurran por sus haberes vencidos.

²⁷ Acuerdos... Serie IV, Tomo III. Acuerdo del 18 de julio de 1807.

²⁸ A.G.N. IX-19-2-10. Cabildo de Buenos Aires. Propios 1808.

²⁹ *Idem*, 28.

³⁰ A.G.N.-XIII-42-4-19. Cabildo de Buenos Aires. Dotes, Viudas e Inválidos de la Reconquista.

³¹ *Idem*, 28.

³² A.G.N. -IX 23-2-5. Listas de Revistas 1805/1806.

2.6. *Tramitación*

En un todo de acuerdo con la Ordenanza General, se estipuló que las solicitudes deberían ser informadas por los superiores, con dictamen del médico del cuerpo y del Cirujano Mayor del Ejército y decididas en acuerdo capitular. De este modo, aunque muchos fueron los solicitantes, no todos fueron agraciados. Así Josef Rodríguez, herido en la Defensa, y que "a su costa se curó", quedándole alojada una bala en la mano, al entender el cirujano que tendría éxito la extirpación y el sujeto no avenirse a este extremo, se lo consuela con 50 pesos para alivio de lo que invirtió³³. También Manuel Quevedo, que vino desde la Banda Oriental para la Reconquista, siendo herido entonces y más tarde en el sitio de Montevideo, y quedando inhábil, decide el Cuerpo: "que parece más regular que haga las instancias ante el Cabildo de Montevideo", que habrá tomado las medidas para alivio de los que en su defensa se desgraciaron, "pues esta Capital demasiado tiene con los que aquí lo han sido" y le da 25 pesos para el viaje³⁴ o la instancia de Juan Pedro Funes, soldado de los Patriotas de la Unión, que hace presente "que se ha quebrado en la notable fatiga del abasto de carne y cuidado de la caballada", y que constatada su inutilidad, y no acreditándose que "sea emanada de las extraordinarias fatigas que dice haber tenido", se deniega su petición³⁵.

Asimismo, con el objeto de otorgar pronto y eficaz despacho a los expedientes se designan Diputados Regidores que actuaron efectivamente como una primera instancia en todas las tramitaciones³⁶.

2.7. *Extensión del beneficio*

Las pensiones otorgadas podían ser extendibles en su totalidad, a las familias existentes en todo el reino y aun los residentes en Europa³⁷. Precepto este destacable por su novedad, ya que según las normas generales, el personal subalterno de la clase "inválidos" sólo dejaba a su suerte derecho a "Tocas de viuda" o paga por cuatro años, y es relevante que los agraciados del Cabildo correspondían a este estamento.

2.8. *Fondos*

En este caso, también el régimen innova. El Fondo de Inválidos según ya se dijo, respecto a los cuerpos regulares, se establece en España, en 1702 y en Indias, en 1775, y se conforma especialmente por determinados descuentos sobre los sueldos. De la investigación no surge que se hiciera descuento previo a los cuerpos cuyos individuos gozaron la protección. Por tanto, hubo que suplir

³³ A.G.N. IX-19-10-2. Cabildo de Buenos Aires Propios 1808, N° 88.

³⁴ *Idem*, 32. N° 89.

³⁵ A.G.N. IX-19-5-6. Cabildo de Buenos Aires. Archivo 1807.

³⁶ Acuerdos... Serie IV, Tomo III, 1808/1809, p. 435.

³⁷ Acuerdos... Serie IV, Tomo II, p. 633-634.

esta falta por distintos arbitrios. Al inicial aporte de los integrantes del Cabildo y a los obtenidos como consecuencia del pedido que éste dirigió al vecindario, se agregaron los que también a su instancia hicieron llegar a los Ayuntamientos del interior y de que nos instruye una nota del de Cochabamba que expresa: "considerando los desembolsos hechos por esa Capital en defensa de estos dominios, la preparación para repeler invasiones futuras y los socorros a viudas, huérfanos e inválidos coadyuvará, no ya en proporción a su reconocimiento, al menos en cuanto lo permitan sus patrióticos esfuerzos"³⁸. Pero si bien estas contribuciones dieron buenos resultados, no bastaron a llenar las necesidades³⁹.

Fue preciso entonces recurrir a la creación de un gravamen especial de guerra sobre algunos artículos no considerados de primera necesidad⁴⁰. El denominado "Nuevo Impuesto" se puso en ejecución a partir del 30 de septiembre de 1806, "en calidad de que sólo subsista por el tiempo preciso a cubrir los empeños contraídos" y que pese a lo dicho quedó incorporado a los Propios del Cabildo hasta su extinción⁴¹. Estos recursos, empero, nunca fueron suficientes para las cargas que el propio cuerpo se había impuesto y muestra de ello es la queja que asienta ante requisitorias de distintos pagos "que el Cabildo se halla apurado con gravísimas pensiones de mayor recomendación como son las de viudas, huérfanos e inválidos, y luego de experimentar una notable decadencia en sus ingresos por cesar los donativos de esta Capital y de las Provincias interiores, y la disminución de entradas por el nuevo impuesto"⁴². En años posteriores se agravará la situación al extremo de verse obligado a rebajar y hasta suspender las asignaciones, soportando ininterrumpidamente reclamos y lamentaciones.

2.9. *La Real Orden del 13 de enero de 1809*

La aplicación en Buenos Aires de esta norma que aparentemente estipulaba que las pensiones otorgadas por el Cabildo debían ser pagadas por la Real Hacienda⁴³ ocasionará una enconada pugna a partir de agosto de 1810 entre aquel y la Junta, que parece apuntar no tanto a determinar a quien le corresponde el honor de ser el benefactor titular de los "beneméritos", cuanto a quien le corresponde administrar el suculento "Nuevo Impuesto"⁴⁴. El conflicto se soluciona el 17 de noviembre de ese año, cuando la remoción de los capitulares por otros miembros más dóciles a los dictados de las autoridades superiores permite que los ingresos del Cabildo para este fin sean remitidos a la Tesorería General.

³⁸ A.C.N. IX-19-6-2. Cabildo de Buenos Aires. Archivo, p. 19.

³⁹ BEVERINA..., p. 99.

⁴⁰ A.C.N. IX-19-10-1. Cabildo de Buenos Aires. Propios 1807.

⁴¹ A.C.N.-IX-19-5-3- Archivo del Cabildo de Buenos Aires.

⁴² Acuerdos... Serie IV, Tomo III, 1808-1809, p. 218.

⁴³ La Real Ordenanza del 13 de enero de 1809 la conocemos por la mención que se hace de la misma en el Acuerdo de fecha 14 de marzo de 1810. Hemos encontrado 2 órdenes fechadas en esa fecha sobre idéntico tema, sin referencia a las pensiones de marras.

⁴⁴ Acuerdos..., Serie IV, Tomo IV, 1810-1811, p. 216.

Esta situación que persiste hasta el 29 de abril de 1812 se retrovierte al decidirse en esa fecha que sea el Ayuntamiento el encargado del pago de las asignaciones sobre los fondos públicos⁴⁵.

A los inutilizados de la Reconquista y Defensa, se agregaron con el mismo régimen y siguiendo igual suerte los "que defendiendo valientemente a la Patria resultaron estropeados en la represión del motín del 7 de diciembre de 1811", y luego fueron agregados en ocasión de las fiestas mayas de 1812 y 1813 doce individuos más⁴⁶.

Las dificultades para los pagos persisten, y los desvelos e ingenios del Cabildo para reunir fondos con que satisfacer a los "desvalidos para ganar su subsistencia" y aquellos que no pueden "ganar un pan que comer", los siempre "desdichados y clamorosos" pensionados, incluirá desde pedidos al Gobierno para que se impriman boletos con cargo de reintegro (billetes de Estado) que resultan luego imposibles de canjear, hasta la realización de corridas de toros cuyo importe se les destinará. Las dificultades persisten hasta la supresión del benemérito cuerpo en 1821, en que se continuará pagando por la Tesorería General.

3. CONCLUSIONES

Se puede señalar que los sistemas que socorrieron a los inválidos en el período analizado se desarrollan paralelamente, el del Cabildo, similar en varias soluciones al tradicional, y superándolo por su propia finalidad: en el monto de las asignaciones, la no exigencia de descuento previo, ni condición militar, su extensión a causahabientes, pagándose mientras vivieron sus beneficiarios.

El régimen de origen real, se aplicará según las normas de los distintos cuerpos regulares que enumeramos al inicio, sin modificaciones hasta el dictado de las Instrucciones para los Comisarios de Guerra, del 23 de marzo de 1812, que establecen un sistema único y general para los Cuerpos de Inválidos, sin alterar esencialmente las normas anteriores, que recogerán orgánicamente, tratando de adecuarlas a la realidad de un nuevo país⁴⁷.

⁴⁵ Acuerdos..., Serie IV, Tomo V, 1812-1813, p. 175.

⁴⁶ Acuerdos..., Serie IV, Tomo V, 1812-1813, p. 215.

⁴⁷ EUCILIO DOMÍNGUEZ, *Colección de Leyes y Decretos Militares*, No 46, Buenos Aires.

ISABEL LA CATOLICA: CRISOL DE UNA CRUZADA DE DOS MUNDOS

OSVALDO ONOFRE ALVAREZ

*"Todos los que militáis,
debajo de esta bandera,
ya no durmáis, no durmáis
que no hay paz sobre la tierra"*

SANTA TERESA DE JESÚS

La imagen de las blancas cumbres de Sierra Nevada brillantemente acarameladas por la tibia calidez del sol de invierno no contrastaba, en demasía, con el raleado y terco verdor de la vega granadina que se extendía forzosamente hasta las mismísimas murallas de la circundada ciudad. El dulzón y centellante derrotero de las aguas del Genil reflejaba, como espejadas imágenes policromáticas, las mejores galas de soldados agrupados en impecable formación. Altos penachos, engarzados en enhiestos morriones; límpidos y aseados jubones; lustrosas, aunque magulladas armaduras —como viril testimonio de enconados combates— servían de bélico marco para el nervioso y resoplado paso de la caballería. Por detrás, hervidero de ondeantes banderas ensambladas en largas picas aceradas alfombraban, entrecortado, el cielo granadino. Todos miran con tensa curiosidad hacia las atalayas de la Alhambra que, desde lo alto, derraman en forma silenciosa y sensual su morisca arquitectura. De pronto, al clamor de la tropa allí agrupada, suenan disparos de desguazadas bombardas. Rítmico redoble de tambores que aumenta la expectación de tan bizarra como marcial parada, preanuncian el desenlace de aquella augusta formación. De la más alta torre de aquel palacio moro se eleva, por tres veces, la cruz de Cristo. Inmediatamente y, también por tres veces, se alza el pendón de Santiago y el estandarte real de Castilla. Ha caído Granada, el último bastión musulmán que agujoneaba las tierras de España.

La oscura tez del entristecido y derrotado Boabdil intenta encorvarse, reverente, ante la figura del rey católico quien, en generoso ademán, abrevia tan agria ceremonia. A su lado, Isabel recibe las llaves de aquel castillo que anheladamente entrega al Conde de Tendilla, en su calidad de "primer alcaide de la Alhambra" y encargado de la solemne proclamación de la toma de la ciudad ¹.

¹ M. GASPAN Y RAMIRO, "Entrada de los Reyes Católicos, en Granada al tiempo de su rendición", *Rev. Centro Est. Hist. Granadinos*, 1, 1911, ps. 7-24.

Eran las tres de la tarde del 2 de enero de 1492 y mientras los Reyes Castellanos daban forma al último parte de guerra que pregonaba la unidad territorial y espiritual de los reinos de España², en el campamento real del Gozco —a poca distancia de tal acontecimiento— aguardaba, ansioso, un anónimo personaje que hacía años merodeaba afanosamente la corte española. Su nombre: Cristóbal Colón.

La reseña descripta, que resulta ser una humilde y sencilla interpretación de la maravillosa obra pictórica de Pradilla³ y extracto de la pluma de agudos escritores⁴ sirve de introducción para el análisis de una de las tantas e interesantes facetas de Isabel de Castilla y de su visión sobre el hecho americano, aun cuando las consecuencias de la temática del nuevo mundo aparezcan —nítidamente perfiladas— después de desaparecida esa gran reina.

Lo cierto es que a partir de esta revista histórica finalizaba la edad media española y, como destaca el reconocido historiador de esta época, Juan M. Carriazo⁵, se clausuraba felizmente la colisión entre dos mundos opuestos y antagónicos: el islamismo europeo occidental que agonizaba, consumiendo sus últimas posibilidades y la España cristiana que cuaja su unidad y se ensaya para sus más altos destinos, polarizando su esfuerzo en una empresa nacional. Comenzaban, aquellos reinos, a forjar embrionariamente y casi sin darse cuenta, aquella idea que siglos más tarde conceptualizara y recreara uno de sus más preclaros descendientes al rescatar la emoción, directa y sentimental, que despierta la tierra donde se ha nacido. Una atracción unitaria y espiritual. Unidad de destino en lo universal. Así, pues, no veamos en la patria el arroyo y el césped, la canción y la gaita; veamos un destino, una empresa. La patria es aquello que en el mundo configuró una gran empresa colectiva. Sin empresa no hay patria. Sin la presencia de la fe en un destino común, todo se disuelve en comarcas naturales, en sabores y colores locales⁶.

Aquella Europa del otoño medieval, encorsetada en su horizonte continental y mediterráneo y atenazada por la amenaza turca, buscaba afanosa y lentamente la forma de develar y descubrir nuevas rutas, a partir de la inédita inmensidad que le deparaba el ignoto panorama oceánico. Esto permite aclarar la importancia que tenía para el hombre del siglo xv la empresa marítima y la cantidad de estudios, planes y proyectos que se meditaban al respecto⁷. Ello habilita aventurar que el hecho americano, no pueda ser considerado como un eslabón aislado y afortunado de un tozudo marino o de una iluminada política real. En tal sentido nos parece más correcto propugnar la idea de una concreta continuidad histórico-política, a partir de una visión medieval-oceánica y americana⁸, donde se destacan —como inmediatos antecedentes— la empresa

² M. GARRIDO, *Las Capitulaciones para la entrega de Granada*, España, 1920.

³ FRANCISCO PRADILLA, *La Rendición de Granada*.

⁴ FERNANDO VIZCAÍNO CASAS, *Isabel, Camisa Vieja*, Ed. Planeta, 1990.

⁵ JUAN M. CARRIAZO, *La España de los Reyes Católicos*, Espasa Calpe, 1981.

⁶ JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA, *Textos de Doctrina Política*, p. 88 y siguientes.

⁷ F. PÉREZ EMBID, *Los descubrimientos en el Atlántico y la viabilidad castellana-portuguesa hasta el Tratado de Tordesillas*, Sevilla, 1948.

⁸ CH. VERLINDEN, "Sentido de la Historia Colonial Americana", *Estudios Americanos*, 4, 1952, ps. 551-564.

africanista y la experiencia canaria de España. Tales iniciativas castellanas se producen durante el reinado de Isabel la Católica y resultan ser, por ende, incontrastables preámbulos del descubrimiento de América⁹. Lo cierto es que la aparición en escena de Cristóbal Colón, al que le salieron bien las cuentas a pesar de la endeblez científica de su plan, permite acelerar las etapas de este apasionante acontecimiento.

La gestación de los viajes del afortunado marino no resultaba ser, para la corona castellana, un problema exclusivamente económico —aun cuando sus reales arcas se encontraran exhaustas por las guerras emprendidas— sino que, además, tal ofrecimiento colombino aparejaba mayores inconvenientes: reparo jurídico, duda técnica y dificultad práctica. En un principio, la proyectada navegación podía contraponerse al tratado firmado alrededor de 1479 con el reino de Portugal, pese a que la Junta de Juristas del Consejo Real y el dictamen del confesor de Isabel, fray Hernando de Talavera, resolvieran —cada uno en su momento— sus "...dudas de conciencia...". Es más, analizándose desde nuevos puntos de vista las cláusulas de Alcaçobas sobre "las dichas mares océanos", se aventaron muchas discrepancias jurídicas; como consta en las mismísimas Capitulaciones de Santa Fe¹⁰.

No deja de ser paradójico, incluso, el hecho mismo de que sólo en España encontrara Colón interesados para su empresa. Ello permitiría suponer que Portugal —en ese entonces embarcado en plenas aventuras descubridoras— no se impresionara por islas y tierras que, de existir, pertenecían irremediabilmente a Castilla. Si los Reyes otorgaron a aquel almirante derecho de señorío sobre las tierras "descubiertas e por descubrir", es porque aceptaban la suposición de que tenían potestad real y efectiva sobre ellas. No otra cosa se puede admitir conociendo el sentido moral de aquellos monarcas¹¹.

Lo cierto es que Colón, siendo yerno de un próspero gobernador portugués y antes de requerir la intervención de Isabel, comienza a proyectar viajes e instruirse en temas marinos. Su derrotero alcanza las Islas Azores y San Jorge de la Mina y se extiende hasta las propias costas inglesas. Departe con teorizantes de escuelas de cartografía y expertos en técnicas de marinería. Su obsesión será una nueva ruta para alcanzar el Cipango, Cathay y las tierras del Gran Khan, anunciadas por el mismísimo Marco Polo. Este recorrido lo intuyó —en forma confiable— navegando hacia occidente, lejos de la barrera que los estados musulmanes y el imperio turco tenían alzada sobre las costas europeas y en el Mediterráneo. Como vemos, las circunstancias han transformado, a aquel personaje, de un venturoso mercader en un experimentado hombre de mar.

He aquí, quizás, algunos aspectos esenciales que merecen ser destacados, sobre todo a la luz de toda la historiografía que se desarrolla a partir del siglo

⁹ A. DE LA TORRE, "La política de los Reyes Católicos en Africa", *Curso de Conferencias II*, Madrid, 1951, ps. 151-172 y R. TORRES CAMPOS, *Carácter de la conquista y colonización de las islas Canarias*, Madrid, 1901.

¹⁰ A. RUMEO DE ARMAS, *Los Tratados de partición del océano entre España y Portugal. intervención de la diplomacia española*, Madrid, 1944.

¹¹ RÓMULO D. CARRIA, *La nueva historia del descubrimiento de América*, Buenos Aires, 1936.

xviii, buscando la glorificación de la persona del descubridor y minimizando la obra de España. No faltarán, incluso, quienes pretendieron elevar la figura de Cristóbal Colón a la categoría de mártir y siervo de Dios, con aspiraciones de reconocimiento oficial por parte de la propia Iglesia Católica¹². De tales posturas nace la explicación de la leyenda que describe al marino como un genio iluminado e incomprendido y a los reyes, como personas tardas y recelosas.

Lo cierto del caso es que Colón resulta ser un hábil experto que ofrece un proyecto sobre un tema, entonces, apasionante. Pero el fundamento científico para encontrar las Indias, siguiendo la mar libre, no ofrecía muchas garantías. De hecho, buscando aquellas tierras se topó con las Antillas. Fueron unas islas y luego un continente quienes frenaron, afortunadamente, su navegación.

No se quiere minimizar el alcance del proyecto de Colón, ni que se desconozca la peculiaridad que aquél expone tenazmente a religiosos, a los importantes de Castilla y a la mismísima Corte; sino el de dejar en claro que su persona —sin distorsionarla o empalidecerla— tiene que ceder paso al hecho mismo americano, cuyos artifices no son otros que los Reyes Católicos. Y tal postura adquiere mayor sentido y aquilatados fundamentos cuando se tiene fehaciente certidumbre de que el descubrimiento corresponde a nuevas tierras hasta entonces ignoradas.

Así comenzó a escribirse, quizás, el capítulo más importante de la historia de la humanidad, cuando ni Cristóbal Colón pensaba que iba a descubrir un nuevo mundo; ni, en consecuencia, los reyes castellanos podían hacerse idea de la gigantesca labor evangelizadora y de colonización que les aguardaba. Es indudable que la serena intervención de Isabel la Católica resultó ser decisiva para que llegasen a buen fin las largas deliberaciones mantenidas con el genovés. Ello, además, sin el aporte de las alhajas que la leyenda romántica ha popularizado en numerosas citas literarias y conocidas pinturas. Varios estudiosos del tema entienden, no sin razón, que la reina Isabel no podía haber endeudado sus joyas para financiar el proyecto colombino pues hacía tiempo que las mismas estaban empeñadas en Valencia como garantía de préstamos para la guerra granadina, ya en marcha¹³.

Es de hacer notar que aquel áulico desprendimiento fue emulado, prontamente, por muchas de las damas de la zona de Baza —entre otras— y que las preseas que atesoraban románticos recuerdos y sensibleras ilusiones fueron a fortalecer las pagas, provisiones y pertrechos de los soldados. De aquella época se mantiene y rescata un conocido refrán que recrea el temple y sentimiento de aquellos pueblos, del carácter de tales mujeres: “Si somos vencedores, ya las recuperaremos y, si somos vencidos, ¿para qué quieren joyas los esclavos?”¹⁴.

12 M. BALLESTEROS, “En torno a la memoria de Cristóbal Colón”, *Anales*, Ciudad Trujillo, 1954, ps. 339-352.

13 F. MARTÍNEZ, *El descubrimiento de América y las joyas de la reina doña Isabel*, Valencia, 1916, y F. SEVILLANO COLOM, “Las empresas nacionales de los Reyes Católicos y la aportación de la ciudad de Valencia”, *Hispania*, 14, 1954, ps. 511-612.

14 LUIS SANTA MARINA, *Vida de Isabel la Católica*, 4ª edición, Barcelona, 1952.

Finalmente, para concluir el presente tema y conforme datos recopilados al respecto, se puede afirmar que los fondos que solventaron aquella inicial expedición habrían provenido de recursos suministrados por la Santa Hermandad y de aportes de los propios estamentos del reino castellano, en partes proporcionales. Todo ello según se desprende de los registros de la Contaduría Mayor de aquella época¹⁵.

Lo cierto es que si el proyecto de Colón era distinto del resto de las expediciones encabezadas por castellanos y extranjeros de esos tiempos lo demuestra el sentido y alcance de las concesiones que los monarcas le hicieron al porfiado marino y que se conocen con el nombre de Capitulaciones de Santa Fe (17-4-1492). Rápidamente podemos reseñar que, por tales acuerdos, se le concedía a Cristóbal Colón y a sus sucesores el título de Almirante de Castilla; como así también los de virrey y gobernador en tierra firme y derecho a percibir la décima parte de las riquezas o artículos de comercio que se obtuvieren, dentro de tal almirantazgo. También ejercía una potestad judicial para entender en pleitos que, en virtud de tal comercio, se presentaran en tales dominios. Además, la participación en una octava parte, tanto en el momento de preparar como en el de beneficiarse, sobre cualquier armada para las tierras descubiertas.

Ahora bien, el compromiso o promesa de Colón, por su parte, implicaba el acceso a una nueva ruta para las Indias, concebida siempre como tierra firme, y las islas que pudieren descubrirse durante la navegación. En definitiva su envite era, en principio, incursionar sobre los importantes mercados como tentación seductora en aquellos momentos de agobio económico luego de largos años de guerras internas y de una dura década consumida en la reconquista granadina. Arriesgaba, para ello, no tanto su fama como su persona y su vida. La corte castellana, por su lado, pensaba en las Indias como en la vara mágica que aliviara aquella apretada y ya longeva coyuntura.

Por encima de ello y con certeza, se continuaba con una estrategia que venía repitiéndose en Europa desde la época de las Cruzadas: la lucha contra el Islam. Fracasado el operativo medieval de tomar el Santo Sepulcro, los árabes sitiaron el continente ocupando Constantinopla en el año 1453. Queda así bloqueada la vía del Mediterráneo, camino tradicional y habitual de comunicación entre el Oriente y el Occidente. El propósito de los reyes católicos, aparte del comercial enunciado, fue el poder tornar viable un ataque por la retaguardia morisca y consagrar la conversión de los pueblos sometidos a Mahoma. Como recrea un conocido historiador francés, la habilidad de Colón fue reflejar en los ojos de Isabel la posibilidad de una cruzada suprema, que, en suma, sería poco dispendiosa y que reduciría al Islam a una impotencia definitiva¹⁶. Sin embargo, ese año 1492, glorioso bisiesto, supondría el comienzo de otra historia.

Tres siglos de actividad fecunda, desde Fernando el Santo, hasta Isabel de Castilla, hicieron de España —a la época del descubrimiento— una poded

¹⁵ A. G. SIMANCAS, *Contaduría Mayor*, 1ª época, leg. 134 t. y ss., s/fo liar.

¹⁶ LOVIA BERTRAND, "España, País Creador", Cap. I, *La conquista del Nuevo Mundo o la última Cruzada*, México, 1942.

rosa nación europea. Había sido para Occidente la intérprete de la cultura oriental, única real cultura filosófica, científica y técnica del viejo mundo, desde el siglo VIII hasta el siglo XII. Ahora, en 1492, la España Católica era uno de los pueblos directores de la cultura occidental. Pero ese afán de cultura no había hecho olvidar el ímpetu aventurero —templado y entrenado en largos siglos de reconquista—: el descubrimiento ofrecerá campo para proezas de audacia superior a cuantas ilustraron la secular campaña contra los árabes. América nacerá, paradójicamente, en el mediodía luminoso de la abundancia espiritual de España ¹⁷.

A esta altura del presente trabajo resultaría interesante rebatir la posterior historiografía renacentista y liberal, en lo atinente a los buques y tripulación que integraban aquella inicial expedición. La Santa María, una valiosa nave norteña, construida en Cantabria —en Escalante, quizás— llamada familiarmente La Gallega, llevaba como contramaestre a Juan de la Cosa, propietario de la misma. Velando el timón a Peralonso Niño y a Cristóbal Colón, ubicado como almirante de la travesía. Capitán de la Pinta era Martín Alonso Pinzón y Vicente Yáñez Pinzón, el de la Niña. Todos ellos con dotaciones de excelentes marinos —cántabros y andaluces atlánticos, en su mayoría—. La flor y nata de los marinos de Castilla. Junto a ellos, Rodrigo de Escobedo, escribano real y encargado de levantar acta de los hechos notables del emprendimiento y Luis Torres, intérprete de árabe y hebreo. Nada pues de vetustos y derruidos buques tripulados por canosos galeotes y forzados presidiarios. Isabel la Católica que, en empresas de la Corona era generosa en demasía, no lo hubiese consentido ¹⁸.

La circunstancia de que entre la gente reclutada se hubiera dado cabida a un delincuente y a tres amigos liberados de la cárcel no implica extender esta excepcional situación al resto de la marinería y personal embarcado. Se trataba de una conmutación de la pena capital por la condena a galeras. La mismísima Isabel no vio ninguna dificultad para recurrir a una solución semejante, en un difícil momento de la guerra contra Portugal y, más tarde —con similar criterio—, al solicitar a la Asamblea de Valladolid el envío de condenados para que fuesen remitidos, desde Cádiz, con destino a la isla La Española.

Expresamente y dada la temática central del presente bosquejo, omitiremos el tratamiento y análisis —de por sí bastante prolífico— de los viajes y derroteros emprendidos por el marino genovés. Hemos de abocarnos, por el contrario, a tratar de explicar —humildemente— la visión isabelina de la colonización y el importante rol que le cupo a esta gran mujer, mientras extendió su reinado sobre las tierras de América. A poco que se entiendan los problemas sobrevinientes y sobre los cuales los reyes debieron actuar sobre el llano, sin el vuelo y la altura que la perspectiva histórica otorga a un tratadista moderno, más se agiganta la figura de la reina católica.

¹⁷ PABLO HENRÍQUEZ UREÑA, *Plenitud de España*, Ed. Losada, 1967.

¹⁸ F. MORALES PADRÓN, *Historia del Descubrimiento*.

Para decirlo sin mayores circunloquios: Castilla tomó posesión de las islas descubiertas, como primer ocupante, no sin antes haber participado el Romano Pontífice concediendo facultad para que —de tal modo— se actuara. Esta intervención fue entendida, no sólo como una transferencia de soberanía de la Sede Apostólica en virtud de la suprema autoridad pontificia, sino además como una imagen materialmente desinteresada de la reina castellana. Es la convicción de que lo descubierto no le pertenecía, lo que plantea el problema de conciencia que antes señaláramos. Problema que no es fácilmente comprensible para la terquedad materialista y descreída de nuestra época. Todas las teorías racionalistas y economicistas labradas sobre el tema de la colonización americana tropiezan con ese escollo ético que es palpitante y acuciador en la mente de los Reyes Católicos. De ahí, pues, que tales monarcas recurran a Alejandro VI, no creyendo, evidentemente, estar amparados por los Tratados de 1479, ni que el hecho de que aquel descubrimiento fuera suficiente título de posesión. Tal postura no era novedosa para aquellos signatarios. Así habían actuado en anteriores oportunidades, como resultan ser las Bulas otorgadas con relación a la posesión de las Islas Canarias.

Todo esto pretende explicar que la reina Isabel no vivió el problema de los títulos que poseía Castilla —respecto de las nuevas tierras— con una idea meramente mercantilista o racional, como lo pretenderían explicar algunos estudiosos modernos. Resultaría sobreabundante decir, incluso, que tal monarca estaba muy al tanto de las justificaciones de un allegado teólogo castellano, Juan de Torquemada. Dicho cardenal fue quien magistralmente puntualizara la teoría medieval de la jurisdicción inmediata y universal del Sumo Pontífice sobre el ámbito temporal y la limitación eclesiástica en relación con tales aspectos. Tal tesis sería la que más tarde desarrollara Francisco de Vitoria.

Del análisis de las conocidas cinco bulas alejandrinas —por su otorgante, Alejandro VI— o indianas —por su contenido— se desprende la idea de lo que los reyes habían creído, a partir del primer y triunfal regreso de Cristóbal Colón. Existía una seria certidumbre, luego de ese inicial emprendimiento, que lo descubierto correspondía a tierras no contempladas en los Tratados con Portugal y, por consiguiente, ajenas a las Islas Canarias. No puede negarse que si Colón hubiera descubierto algunas islas de aquel archipiélago y, por ende, bajo la jurisdicción de Castilla, en ellas se hubiera intentado evangelizar. No existen datos serios que permitan afirmar la presencia de religiosos en la primera expedición, aunque sí fuentes narrativas que describen al marino y gran parte de la tripulación recibiendo la Sagrada Eucaristía el mismo día que entraron en el mar. Además no olvidemos que, conforme se desprende de lo acordado en las mencionadas Capitulaciones de Santa Fe, Colón llevaba atesorada entre sus manos una magnífica recomendación de los reyes para cualquier príncipe o tierra donde fondeara sus carabelas. Tal presentación, semejante a la *littera passus* de la curia pontificia tenía bien señalado el destino de aquel viaje: la ruta era *per maria oceana ad partes Indie*.

El problema se presenta cuando se toma conciencia de que lo descubierto no pertenece a ningún monarca cristiano. Lo maravilloso e inusual de tal circunstancia radica en que el planteamiento de los justos títulos es invocado —paradójicamente— por los propios descubridores, especialmente por

Isabel La Católica. Tal situación no se le había presentado a los reyes cuando capitulaban con Colón; porque éste va a descubrir tierras que, de existir, les pertenecen. El único título que los monarcas invocan al Papa Romano —y éste acepta, una vez develado el alcance del descubrimiento— es el declarado y firme propósito misionero, que surge sí como una necesidad política de los soberanos de ese entonces.

No dudamos que pudieron existir en el rey Fernando intenciones relacionadas con la diplomacia internacional, como buen conocedor de los pueblos de su época; tratar de prevalecerse del reino de Portugal; contrabalancear las concesiones hechas a Colón u otras variadas conjeturas. También se podría acotar, en tal orden de ideas, algunas defecciones del papa Borja: servilismo, apetencias familiares, simonía, etc. Pero todo ello resulta ser más hipotético que documental y no nos parece demasiado ortodoxo recurrir a tales calificaciones, olvidando de estimar la solidez de las bases religiosas sobre las que descansaba la conciencia social del medioevo. Tal concepción, que nace de la profundidad del sentimiento religioso, hace cierta aquella expresión de que el hombre de aquella época podía perder el cuerpo pero no la cabeza, porque ella sabía que su destino estaba indisolublemente ligado a Dios¹⁹.

Pudo haber existido escoria, endeblez humana o pasión personal; pero, pese a ello, no se puede negar que Fernando puso lo mejor de sí para cumplir el sino misionero de la futura conquista. Sobre este punto y conforme abundante documentación de la época, la figura de Isabel resulta ser esencial y descolante. Por su parte, el papa Alejandro VI, y más allá de lo turbio de su personalidad, se apasionó sinceramente en la esencia evangelizadora del nuevo mundo.

Esa fue, en definitiva, la idea y posición ecuménica de los pueblos hispánicos de esa época y siglos venideros. Al decir de Ramiro de Maeztu, al tiempo que proclamábamos en Trento y que peleábamos por ella en toda Europa, las naves españolas daban por primera vez la vuelta al mundo para poder anunciar la buena nueva a los hombres del Asia, del Africa y de América. La posición española es la católica, pero templada en el yunque de ocho siglos de lucha contra el moro. El Islam fue para España lección inolvidable de universalidad, porque las huestes del Profeta se componían indiferentemente de blancos, negros y mulatos; porque todas las razas se fundían en ellas y no eran soldados menos recios los de piel más oscura. Al Islam le falta la intimidad de Dios. Su Alá omnipotente está demasiado lejos del corazón del hombre. Pero la intimidad del cristiano, su sentimiento de la gracia, habría degenerado fácilmente en creencia en la posesión exclusiva de la Divinidad; es decir, en particularismo aristócrata, sin la necesidad en que se vio España de juntar al rico y al pobre, al clérigo y al laico, al devoto y al menos devoto, para la lucha milenaria contra el moro. Y así puede decirse que la misión histórica de los pueblos hispanos consiste en enseñar a todos los hombres de la tierra que si quieren pueden salvarse, y que su elevación no depende sino de su fe, su voluntad²⁰ y, por supuesto, de la gracia de Dios.

¹⁹ IGNACIO B. ANZOÁTEGUI, *El Arcipreste de Hita*, 1941.

²⁰ RAMIRO DE MAEZTU, *Sentido del hombre en los Pueblos Hispanoamericanos*, Montevideo, 1930.

Lo que en verdad aquilata y da cabal sentido a aquel magno hecho histórico y que, paralelamente, determina que la empresa descubridora no se agote en sí misma no está signado por la fortuita —quizás— llegada a las nuevas tierras. Si el porfiado genovés no hubiera encontrado a la España de Isabel la Católica, la hora de aquel regreso habría sido la muerte de esa misma gesta naviera. Lo que concede a tal empresa ser y sentido es que, tras la ruta que señala, todo un pueblo se lanza para trasplantar consigo una forma propia de cultura y civilización. Como escribe Daniel Rops, nos es grato apartar los ojos, por un instante, de tantas tristezas y amarguras y volvernos hacia una parcela de la Cristiandad donde permanecía vivo el recuerdo de la antigua fe²¹. Si España iba a llegar en la centuria siguiente, al apogeo de su historia, se debe en buena parte a que —en el instante en que Colón y los conquistadores le entregaban un mundo— el valor y la fe de sus soberanos habían hecho de ella un verdadero bastión espiritual. De ahí que la doctrina del proselitismo religioso fuera la concepción inicial que inspirara a España —idealista y heroína— en la conquista de América, entrando en dicha empresa el misticismo como elemento histórico fundamental²².

No debe olvidarse, en ese orden de ideas, al material humano que interviene en todo este proceso y que petulantemente, tanto la doctrina racional afrancesada —generadora del despotismo ilustrado del siglo XVIII—, como su continuadora liberal-laicista —propagadora, entre nosotros, de las ideas de la generación del '80— califican como “conquistador indiano”. Aquellos eran hombres oriundos de las tierras extremeñas o de la meseta castellana; guerreros que habían intervenido en la reconquista granadina y resistentes a abandonar el espíritu de milicia. Seres inquietos, que dan rienda suelta a su ideario de aventura ante los primeros clarinaos del descubrimiento. Eran, definitivamente, el resultado común de realidades espirituales y aspiraciones nacionales de España²³.

La mayoría de ellos son hombres jóvenes, que se lanzan a correr el riesgo de la ruta oceánica, no tan sólo para “valer más”, para conseguir riqueza o encaramarse en estratos sociales superiores²⁴. Todos ellos sufrirán, sin duda, en contacto con el nuevo clima y el soñado destino de una honda transformación que planteará algunos problemas al normal desenvolvimiento de la vida americana²⁵. Pero lo cierto es que aquel pueblo, con la cruz en la mano izquierda y en la diestra la espada —y confundiendo, a veces, la una con la otra— se entrega, desinteresadamente, al esfuerzo misional y material de aquel inmenso continente. Lo dice el romance:

21 DANIEL ROPS, *La Iglesia del Renacimiento y de la Reforma*, Ed. Caralt, Barcelona, 1956.

22 LUCAS AYARRAGARAY, *La Iglesia en América y la dominación española*, Buenos Aires, 1935.

23 LUCAS AYARRAGARAY, *La Iglesia en América y la dominación española*, Buenos Aires, Reyes Católicos”, *Archivo Derecho Público*, 5, España, 1952.

24 J. DURAND, *El afán nobiliario de los conquistadores*, México, 1953.

25 L. PÉREZ DE TUDELA, “La hidalguía caballeresca ante el nuevo mundo”, *Revista de Indias*, 17, España, 1957.

“Pelead como valientes,
bien contado nos sería;
ganaremos muy gran honra
en morir con valentía.
La vida presto se pasa,
la fama siempre vivía
.....
Y los que ende muriesen
sus almas salvarían”.

Analizando la figura del conquistador en su persona y en su vida, nos parecería acertado precisar que su fisonomía podría quedar encuadrada en una férrea religiosidad y lealtad a la corona; notable apertura dentro de cierta tensión entre la modernidad y el tradicionalismo; sobriedad material y ética, que lo predispone para una vida heroica; agudo sentido del honor, la honra y la fama; sinceridad para no intimidarse ante la revisión y la autocrítica y aristas de un cierto individualismo frente a las normas impartidas por el soberano²⁶.

Pero lo que realmente no puede quedar incomprendido, ajeno a toda valoración profunda o desconectado de contenido intelectual es el acrisolado sentimiento religioso y conciencia social del destino terreno y eterno que tenía aquella nación. Ese individualismo que reseñaríamos precedentemente congenia, simbióticamente, con el alto sentido social que generalmente escapa de mención, o no se siente, en la historiografía del siglo xix.

Precisamente es aquel individualismo —bien entendido— el que forjará las personalidades fuertes y resultará ser embrión de las futuras hazañas españolas. Explica la gesta de un Hernán Cortés, de un Francisco Pizarro, de un Jiménez de Quesada, de un Martínez de Irala; pero será su conciencia social la que, tras agotadoras jornadas de conquista, levantará ciudades, erigirá catedrales, creará universidades y expandirá por América las esencias de su cultura, dando personalidad y ser al hombre iberoamericano.. Ningún país europeo podrá producir, hasta avanzado el siglo xvi, tanta profusión y cantidad de héroes, santos y caudillos.

El siglo pasado —al decir del propio Daudet, siglo estúpido— no alcanzó ni siquiera a comprender la unidad de aquella dualidad terrenal-celestial del hombre español y que Calderón sintetizara en notable cuarteta:

Un escritor no hispánico que rescata el notable maestro Vicente D. Sierra supo sintetizar aquel inicial espíritu de cruzada y continuado en los siglos venideros, al decir: seis hermanos de la gran monja de Avila se precipitan, uno tras otro, como soldados del rey a las colonias ultramarinas, y sólo a uno de ellos vuelve a ver ella con vida. Francisco Javier va como misionero a la India, al Japón y a la China; Luis Bertrán cristianiza a Colombia; Francisco Solano es el apóstol del Perú; Pedro Claver consume su vida en cristiano servicio de caridad cerca de los esclavos negros de la América del Sur. Bandadas de jóvenes los siguen. En grupos, a menudo, sin haber todavía abandonado la nave, son asesinados estos luchadores de la fe por los piratas o indígenas. Su

²⁶ F. ARMAS MEDINA, “El conquistador indiano”, *Estudios Americanos*, 12, España, 1957.

muerte no es más que un estímulo para los que seguirán. La aptitud de sacrificio de estos hombres es inconmensurable, y heroico de verdad su abandono a un fin más alto. Sólo se habla y escribe de la manera como la soldadesca española expolió y maltrató a los pobres indios. Nada, empero, se dice de tanta humanidad y honradez y de tanta caridad salvadora y dispensadora de bendiciones como las que los misioneros españoles de la fe, derramaron sobre los pueblos sometidos²⁷.

Tales comentarios nos dan material para analizar, rápidamente, lo que, en forma acertada, se ha conocido como la "lucha por la justicia" y que se conforma a fines de ese siglo y en los últimos años del reinado de Isabel. La intervención de tal soberana, de la propia corona y de muchos de los hombres pasados a las nuevas tierras resultó ser —en ese aspecto— prácticamente excluyente. Tal cuestionamiento se inició dado que, en definitiva, se buscaba, por encima de toda limitación humana, que resultaran justas las leyes y morales las acciones, de tal modo emprendidas²⁸.

Esta tesitura se conforma y modela, precisamente, a partir del segundo viaje de Cristóbal Colón. Si al primer lanzamiento y a las propias Capitulaciones de Santa Fe se les endilga un marcado alcance mercantilista; no sin razón, al segundo viaje se lo conoce con el nombre de "expedición colonizadora". Además de los religiosos que marchan hacia aquellas tierras se incluyen, ahora, hombres de campo, diestros para la agricultura. Se embarcan semillas, ganado y animales desconocidos en América. Se comienza a esculpir, incluso, el futuro estatuto político de los habitantes de tales dominios: hombres libres y súbditos naturales de la Corona de Castilla²⁹.

Dicha dirección política fue encargada a dos hombres escogidos por la propia Isabel: Francisco de Bobadilla y el caballero de Calatrava, Nicolás de Ovando. Pese a las dificultades sobrevinientes nada impide que la corona española imponga instrucciones que contemplen, tanto la formación del pueblo indio como su gobierno e instrucción. Se confeccionarán padrones de vecinos; construirán hospitales para pobres, ya sean éstos españoles o nativos; se permitirá el matrimonio canónico de los controvertidos y se impondrán —entre otros muchos logros— severos castigos a los ibéricos indeseables.

"Al rey la vida y hacienda
se ha de dar; pero el honor
es patrimonio del alma,
y el alma solo es de Dios"

Esta es la línea directriz y visceral que dejó marcada la impronta de Isabel la Católica. En ella no se observan fisuras, variantes o titubeos. En cada momento se dictó la norma justa o la disposición prudente que respondiese a la

²⁷ VICENTE D. SIERRA, *El sentido misional de la conquista de América*, Buenos Aires, Ed. Dictio, 1980.

²⁸ L. HANKE, *La lucha española por la justicia en la conquista de América*, España, 1959.

²⁹ R. KONESTZK, *Colección de documentos para la historia de la formación social de hispanoamérica -1493/1880-*, Vol. I, Madrid, 1953.

información, distanciada y —a veces— poco completa, que llegaba a sus manos. Las deficiencias sobrevinientes se produjeron, en la mayoría de los casos, al margen de la voluntad de aquella monarca. En dichas situaciones, la lejanía pudo haber puesto sordina a su voz de mando y habilitado a algunos expedicionarios para tomarse la libertad de escuchar como pálido eco lo que en Castellera era una orden tonante e irresistible³⁰.

Mas, esta restricción geográfica no limitó, en manera alguna, su visión humana y su altura de miras hasta los últimos días de su vida. Fue, precisamente, en su testamento que, a manera de examen de conciencia para dejar arregladas sus cuentas delante del Tribunal de Dios, cuando dictó aquella afamada cláusula doce (en el Codicilo) que irradia su sobrehumana grandiosidad. A tono con aquel momento, Isabel lanza una mirada retrospectiva sobre su acción en las nuevas tierras. El Pontífice Romano se las había puesto en sus manos, con la condición de convertirlas a la fe y de enviar misioneros para que predicasen la buena nueva evangélica.

Es allí cuando aquella gran mujer suplica autoritariamente a sus herederos que, si los indios "algún agravio han rescibido, lo remedien e provean". Sin embargo aquel atisbo de Isabel podría delatar cierta preocupación por el futuro del nuevo mundo y de sus naturales. Sus ojos visionarios intentan escudriñar el espacio y el tiempo, tratando de sentar —para sus descendientes— los dos principios rectores que rigieron su política americana: no exceder los términos de las concesiones apostólicas y conseguir que los naturales sean "bien e justamente tratados". En esa perspectiva no puede maravillar, demasado, las conseguidas frases de la invocación a Dios y a los Santos de su devoción, ni la protestación de fe, ni la recomendación del alma. Todo parece natural; sobre todo conociéndose el gran espíritu y temple de Isabel, que arrastró trasa de sí a toda una nación³¹. Alguien dijo una vez, acertadamente: "un pueblo completo es siempre un pueblo y su jefe".

Dentro del contexto general de su reinado se podría afirmar que Isabel la Católica aglutina, en el momento en que ses extingue la lámpara de su vida, los fundadores centrales de su propio programa de gobierno: la unidad de los estados peninsulares; la conservación del estrecho de Gibraltar, con la expansión sobre el continente africano; el justo gobierno sobre los pueblos recién descubiertos y la política religiosa y evangelizadora que involucra —mancomunadamente— a los dos mundos.

Aquellos monarcas católicos fueron verdaderos jefes. Aquella gran reina, una mujer que no titubeó en cabalgar toda España, entre moros y nevadas; que vistió coraza y portó al cinto una espada; que se conmovió ante el dolor y la hambruna de sus gobernados; que, cuando el protocolo y ceremonial lo ordenaban, deslumbró a nobles y extranjeros con su finura, suntuosos vestidos y deseadas joyas —más tarde empeñadas para cumplir mejores objetivos—; que

³⁰ F. ARNAS MEDINA, "Primeros años del gobierno hispano en Cuba", *Estudios Americanos*, 13, España, 1957.

³¹ F. GÓMEZ DE MERCADO, *Isabel I. Reina de España y madre de América. El espíritu y la obra de la reina católica en su testamento y codicilo*, Granada, 1943.

fue madre de cinco hijos, sin que el amor a ellos dispensado, perturbara sus obligaciones de estado. No fomentó insidias de palacio, ni fue pródiga en variadas amistades; más bien se comunicó permanentemente con Dios y se hermanó espiritualmente con los Santos. Conoció el dolor que carnaliza la muerte de alguno de sus vástagos y sufrió la incertidumbre y la angustia que depara la separación frecuente de su esposo, por las guerras emprendidas. Veló, con fruición, por el alma de sus nacionales y de aquellos otros separados por la inmensidad oceánica. No conoció, en definitiva, el descanso.

A ella le caben —a tan sólo cinco siglos de su reinado— aquellas premonitorias frases que la simplicidad de los grandes hombres saben extractar: nosotros, sin medios y con esta pobreza, con estas dificultades, vamos recogiendo cuanto hay de fecundo y aprovechable en la España nuestra. Y queremos que la dificultad siga hasta el final y después del final; que la vida nos sea difícil antes del triunfo y después del triunfo. El Paraíso está contra el descanso. En el Paraíso no se puede estar tendido; se está verticalmente, como los ángeles. Pues bien: nosotros, que ya hemos llevado al camino del Paraíso las vidas de nuestros mejores, queremos un Paraíso difícil, erecto, implacable; un Paraíso donde no se descansen nunca y que tenga, junto a las jambas de sus puertas, ángeles con espadas³².

Buenos Aires, 21 de mayo de 1992.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

F. GÓMEZ DEL MERCADO Y DE MIGUEL, *Isabel I, Reina de España y Madre de América*, Granada, 1943.

RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL, "Significado del reinado de Isabel la Católica, según sus coetáneos", *España y su historia*, Vol. II.

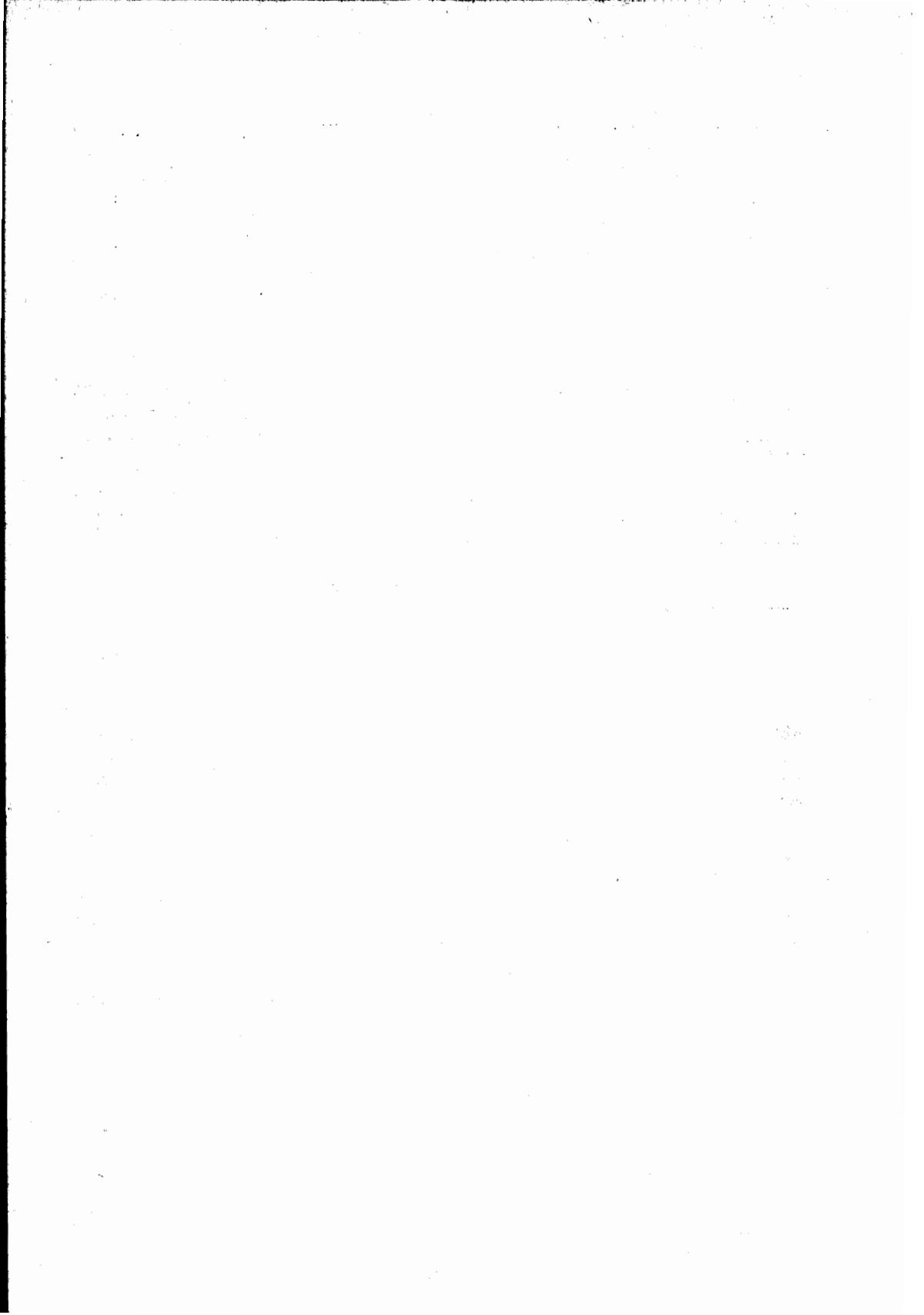
J. MORÁN SAMANIEGO, *El humanismo español desde Juan II y los Reyes Católicos*, 1953.

TARSICIO DE AZCONA, *Isabel la Católica*, B.A.C.

C. SILIO GORTÉS, *Isabel la Católica, fundadora de España. Su vida, su tiempo, su reinado (1431-1504)*, Madrid, 1943.

³² JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA, *op. cit.*, p. 586 y siguientes. "Católicos", *Archivo Derecho Público*, Granada, 1952.

³² JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA, *op. cit.*, p. 586 y siguientes.



EL RECEPTOR DE PENAS DE CÁMARA: ORIGEN Y EVOLUCIÓN

ARMANDO LUIS NOGUER

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende rescatar el origen y evolución de la actuación de un funcionario, que en la mayoría de las veces recaía en la persona de un miembro del Cabildo de Buenos Aires, encargado del cobro y aplicación de las Penas de Cámara.

Por otra parte, es preciso destacar que el presente es un avance de la investigación que se está realizando, pero que de todos modos permite apreciar la aparición y funciones encomendadas al receptor de Penas de Cámara.

Penas de Cámara

Previo al análisis de la institución motivo del presente estudio, es preciso referirse a las penas de Cámara.

Para ello es menester destacar que hasta 1609 no hubo cárcel en Buenos Aires. La reclusión decretada muchas veces en las sentencias tenía un carácter meramente formal, pues se cumplía en el mismo domicilio del delincuente o en la misma ciudad, convertida simbólicamente esta última en recinto carcelario¹.

Por esta causa la condena de reclusión traía siempre aparejada una suma de dinero, que era en el fondo lo que tenía mayor eficacia.

Provenían las Penas de Cámara de las sanciones aplicadas por las autoridades competentes, a los infractores de las Ordenanzas, Cédulas y Provisiones Reales, resoluciones y decretos, que por razones de índole financiera ingresaban a la Real Hacienda.

El monto de la condena se repartía por mitades, una para el Fisco Real y la otra se reservaba para el juez para aplicarla a los Gastos de Justicia, en los cuales se hallaba comprendido su salario. En ciertos casos habiendo denunciador, se hacía una parte más, reservada para éste.

De las sumas ingresadas a la Caja Real, los oficiales no podían disponer sin expresa orden del monarca². Sobre sus importes no podían realizarse

¹ RAÚL MOLINA, "Las Penas de Cámara en los Libros Reales (1586-1606)", *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, N° 2, Buenos Aires, 1950, p. 137.

² Recopilación de Leyes de Indias, Ley 18, tit. 25 del Libro II, dictada por Felipe III en el año 1610.

quitas³, ni aplicarse para ayuda de costas⁴, y los funcionarios encargados de su custodia no podían cobrar tampoco suma alguna, por su intervención ni guarda.

El importe de estas penalidades solía cederse a poblaciones por una disposición real, como se hizo en Buenos Aires, a fin de ayudarla en la construcción de la fortaleza del Cabildo y otras obras.

Comprendía esta cesión las condenaciones del gobernador, jueces y demás autoridades competentes y se extendían a todos los límites de la gobernación, gracia acordada el 13 de abril de 1608 por Real Cédula de Felipe II.

Los fundamentos de esta regalía fueron altamente elogiosos para nuestra ciudad; decían así:

“porque desde 27 años ha que se pobló la dicha ciudad han acudido los vecinos a servir al Rey mi Señor, que está en gloria y a mi, en todas las ocasiones que se han ofrecido y en especial lo hicieron en año 1582, que llegando a aquel puerto don Alonso de Sotomayor con la gente que llevaba al reino de Chile, le avisaron y le dieron todo lo necesario con mucha voluntad sin interés alguno, y lo mismo hicieron con Don Francisco Martínez de Leyba, cuando fue gobernador de Tucumán, que llevó dos compañías de infantería para el dicho reino de Chile, y con el capitán Antonio de Mosquera, que llevó de socorro el año pasado de 1605, otras diez compañías”⁵.

Como la Real Cédula se refería a toda la provincia, el Cabildo otorgó el primero de junio de 1609, poderes especiales para su cobranza en la ciudad de Asunción, al tesorero Alonso Jiménez de la Gasca y a Juan Bautista Corona; en Santa Fe al tesorero Hernando de Osuna y a Juan Sánchez; en la de Bermejo a Sebastián Santoyo y Gabriel Moreyra, en la de Guayrá a Francisco de Escobar y a su tesorero, todos los cuales debían remitir su importe al finalizar el año.

Para mayor ilustración de lo dicho baste recordar lo referido en el Acta del Cabildo del 1º de junio de 1609:

“...a todos los sobredichos in solidum a cada uno en la parte referida para que en nombre de este Cabildo en virtud de la Cédula Real de Merced que Su Majestad le tiene hecha de las Penas de Cámara y Gastos de Justicia por tiempo de diez años de todas estas provincias que corren desde 7 días del mes de enero de seiscientos y nueve pidan, reciban y cobren de las Reales Cajas y personas en cuyo poder estuvieran las condenaciones hechas y que se hicieren por cualesquiera jueces desde el dicho día hasta que se cumplan los dichos diez años y lo reciban en su poder con cuenta y razón y fin de cada año lo envíen a esta ciudad dirigiéndolo a este Cabildo y por cuenta, costa y riesgo con persona fiable y de confianza, y del recibo otorguen cartas de pago y otros recaudos y siendo necesario entiendan en juicio e intimen la dicha real cédula a cualquier

³ *Ibidem*, Ley 14, Id. Felipe II en 1591.

⁴ *Ibidem*, Ley 18.

⁵ *Archivo General de la Nación*, Epoca Colonial, Buenos Aires, 1911, t. 1, p. 78.

Justicia y jueces pidan cumplimiento de ella para lo cual se le envíe a cada ciudad de las sobredichas un traslado autorizado y las dichas personas in solidum hagan todos los autos y diligenciar que se requieren que este Cabildo. . . y se escriba una carta a las personas que aquí van nombradas lo cual hagan y despachen con toda brevedad, cometiéndose a Bernardo de León Depositario General y Domingo Griveo, Mayordomo de este Cabildo y Capitulares”⁶.

Receptor de Penas de Cámara

Con el tiempo intervino un funcionario especial para su cobranza, con el título de Receptor de Penas de Cámara con voz y voto en el Cabildo⁷.

En el año 1602 existe una constancia por la que Diego de Trigueros era Depositario General de la ciudad, y en ese carácter cobraba las Penas de Cámara en poder del ex gobernador don Diego de Valdez y de la Banda, por orden del juez en su residencia⁸.

En el Acuerdo celebrado por el Cabildo del 10 de enero de 1605, donde se da cuenta que en esta ciudad-Puerto Santa María de los Buenos Aires, que Su Majestad no tiene Depositario General ni Receptor de Penas de Cámara ni Gastos de Justicia, el capitán Tomás de Garay, Teniente de gobernador, designa a Martín de Marechaga, al estimarlo “persona fiel y de confianza en quien concurren las partes e calidades para el tal oficio”, como Depositario General y Receptor de Penas de Cámara y Justicia, “dando poder e facultad para ejercer el dicho oficio, encargando al Cabildo, Justicia y Regimiento que lo tengan por tal recibéndolo en ejercicio del dicho oficio guardando las honras que por tal oficio e franquicias que por tal oficio deben haber...”⁹

Otro testimonio de la designación de este funcionario capitular lo constituye el Acuerdo del Cabildo del 26 de enero de 1615¹⁰, mediante el cual se nombra a Miguel de Rivadeneyra como regidor y Receptor de Penas de Cámara.

Respecto del nombrado, y a fin de llenar el requisito exigido a este funcionario, como era el pago de una fianza para cumplir su tarea, el Cabildo mediante el Acuerdo del 7 de octubre de 1619¹¹ lo llama a Miguel de Rivadeneyra, Receptor de Penas de Cámara “para que en lugar de el fiador que falta uno yabiendo venido y entrado en este Cabildo ofreció por su fiador en lugar de Juan Mena a Felipe Navarro, vecino de esta ciudad...”

Respecto de la exigencia de la fianza que debían prestar los funcionarios antes de tomar posesión de los cargos, en un largo expediente destinado a lograr que Don Antonio de Rivadeneyra, depositario general de la Ciudad de Buenos Aires, subrogase fiadores en lugar de los que tenía dados, expone

⁶ Acuerdos del Extinguido Cabildo, libro II.

⁷ RAÚL MOLINA, *op. cit.*, p. 140.

⁸ RAÚL MOLINA, *op. cit.*, p. 147.

⁹ Acuerdos del Extinguido Cabildo, Tomo 1, Libro 1, ps. 109-110.

¹⁰ *Idem*, p. 286, libro 3.

¹¹ *Idem*, p. 312.

el Señor procurador José de Arroyo ante el Gobernador y Capitán General de estas provincias:

“...por la renuencia, y pretextos frívolos con a dilatado el mencionado don Antonio la subrogación de los fiadores cediendo esto tanto en perjuicio de la causa pública por hallarse las cantidades que se hallan en su poder descubiertas, y expuestas a perderse, por la ninguna seguridad, que las afianza, como en desprecio de las precitadas Leyes de Indias” —se refería a las leyes 18 y 19, libro 10, título 4 de las Recopiladas de Indias— “y otras de Castilla (que piden en este asunto toda aquella asecuración necesaria) ocurre el Procurador General de este Ilustre Cabildo a V.S. para que se sirva mandar, bajo las más graves penas, que su justificación arbitrare, el que el referido depositario no salga de esta ciudad, hasta en tanto, que no subrogue los fiadores, que se le tiene mandado, asignándosele para ello un corto término, con apercibimiento de que pasado éste se procederá ejecutivamente contra su persona y bienes, como a la deposición del ejercicio de depositario¹².”

La recepción y juramento para dicho cargo, quedó reflejado en el Acuerdo del 31 de enero de 1622, donde se destaca que “dicho oficio fue adquirido en remate como mayor postor por Miguel Rivadeneyra en 5.100 pesos pagados los 2.000 de contado en la Real Caja de dicha villa y lo restante a ciertos plazos según más extensamente se contiene en el dicho remate”¹³.

Respecto de la adquisición de los cargos a través del sistema de la venta de oficios, cabe aportar un testimonio que da cuenta la evolución de los precios de los puestos públicos de los funcionarios del Cabildo¹⁴:

1618	Alguacil Mayor (a perpetuidad)	31.000 pesos plata
1644	Tesorero Contador	1.000 ” ”
1645	Depositario general	1.500 ” ”

Respecto de los poderes que tenían y de hecho ejercían los gobernadores sobre los miembros del Cabildo, en Buenos Aires se ejercían con toda amplitud. Así en la sesión del 5 de agosto de 1619, el portero del Cabildo dice “que no há llamado al Alguacil Mayor porque como está preso a muchos días que no se le halla en Cabildo y tampoco a llamado al reseter de penas de Cámara porque también está preso”¹⁵.

Asimismo consta en el Acuerdo del 16 de diciembre de 1619 la intimación efectuada al Receptor de Cámara Miguel de Rivadeneyra para que concurra a los acuerdos¹⁶.

Como ya se expuso a lo largo del presente trabajo la merced por la cual se concedió la percepción de las penas de Cámara, tenía un plazo de duración de 10 años.

¹² Archivo General de la Nación, IX, 19-2-2, fs. 117-117 v

¹³ Acuerdos..., Tomo V, ps. 167-182.

¹⁴ JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *La Ciudad Indiana, Obras Completas*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1955, p. 373.

¹⁵ JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *op. cit.*, p. 375.

¹⁶ Acuerdos... ps. 326-327, Libro III.

En atención a ello en el Acuerdo del Cabildo del 7 de mayo de 1618 se acordó se escriba a Su Majestad en razón de que se prorrogue la merced de los diez años de las penas de Cámara y Gastos de Justicia y que se entreguen las condenaciones de la pesquisa de los desórdenes del puerto que conoce el Señor Gobernador por cédula particular de Su Majestad¹⁷.

Respecto de lo señalado precedentemente, según consta en el Acuerdo celebrado el 17 de junio de 1624, el capitán Joan de Tapia de Vargas "propuso que había entendido que del tiempo que corría la merced que Su Majestad hizo a esta ciudad para que se gastase en obras públicas conforme a la cédula real de merced había algunas condenaciones y porque había llegado a esta ciudad Don Sancho de Savallos, Resetor General de Penas de Cámara que hubiese en lo cual convendría se hiciese diligencia para el remedio de lo susodicho. Los capitulares pidieron al alcalde que mandase embargar en poder de Miguel de Rivadeneyra lo que en su poder tuviese perteneciente a las dichas penas y asimismo todas las demás condenaciones que se deben gastar en las obras públicas de esta ciudad para cuyo efecto se aplicaron"¹⁸.

Funciones del Receptor de Penas de Cámara

En cuanto a la importancia de este funcionario cuya designación recaía por lo general en un miembro integrante del Cabildo, de quien se exigía fuera persona honorable y de confianza, resulta por demás ilustrativo lo ocurrido en 1794, cuando Miguel de Azcuénaga, siendo síndico procurador general toma noticia del destierro de que ha sido objeto Benito González de Rivadavia, regidor depositario general propietario. Ante esta circunstancia, le parece propio de su obligación representar ante los capitulares "el perjuicio que por su ejecutiva separación habría de experimentar el público a fin de que V. S. en uso de su noble ministerio se sirva dirigir al Excelentísimo Señor Virrey la correspondiente representación para que en vista de esta tan poderosa causal que obliga a suspender todo género de sentencias ínterin no se rinda exacta cuenta de semejantes manejos se digne mandar restituir a esta Capital al citado Regidor Depositario General para que lo verifique dentro del término que Su Superioridad graduase competente con reflexión al número y entidad de dichos depósitos"¹⁹.

La actividad de este funcionario —receptor de penas de Cámara— fue motivo de reglamentaciones que se fueron dictando con el correr del tiempo.

Así podemos encontrar disposiciones respecto de ello en las Ordenanzas de la Real Audiencia Pretorial de Buenos Aires de 1786²⁰ al establecer: "...que los Oficiales Reales de mi hacienda del Río de la Plata, cobren todas las penas, que en cualquier manera los mis oidores aplicaren así para mi Cámara, como para estrados, y otros gastos, y el mi alguacil mayor tenga cargo de las ejecutar, y los otros Oficiales lo pongan en Arca de las tres llaves, y asienten en

¹⁷ Acuerdos... libro III, p. 57.

¹⁸ Acuerdos... libro IV, p. 37.

¹⁹ *Archivo General de la Nación*, IX, 20-2-3 s/f.

²⁰ ENRIQUE RUZ GUÑAZÚ, *La Magistratura Indiana*, Apéndice Documental, Buenos Aires, 1916.

un libro todo lo que así se cobrare de las otras condenaciones, poniendo a una parte las penas de Cámara, y a otra la de estrados, y tendrán cuidado el dicho mi presidente y oidores como se hace el cargo de ellas a los dichos oficiales de mi hacienda, los cuales a fin de año, den cuenta de las dichas condenaciones...”

Las Ordenanzas mencionadas establecían, además, en cuanto a la obligación de registrar en un libro lo que se percibiere por este concepto, que “en poder del presidente haya un libro, en el cual cada escribano en su presencia, asiente cada semana las condenaciones que ante él hubieren pasado, bajo pena de pagarlas de su hacienda, y cuando el presidente y oidores tuvieren necesidad de alguna cosa, lo libren en el mi tesorero en aquellas condenaciones que para semejantes cosas se hubieran hecho”.

Cabe destacar que respecto de la obligación de registrar las condenas, con antetrioridad, en el Acuerdo del 26 de enero de 1609, se estableció la compra de un libro en blanco encuadernado donde se asiente y haga cargo al Mayordomo de la Ciudad de los pesos que procedieren y que se le entregaren de las penas y gastos de Justicia que por Cédula de Su Majestad por tiempo de diez años hizo merced a esta ciudad ²¹.

Por otra parte en el año citado se publicó el Arancel General de los derechos de los oficiales de la Real Audiencia, jueces ordinarios, abogados y escribanos públicos, disponiéndose que los funcionarios que cumplan la tarea de receptor de penas de cámaras, llevarán el décimo de todo lo que entrase en su poder sacadas las costas, con declaración de que sólo podrá llevarlo en aquellas condenaciones confirmadas por sentencia de revista, y en ninguna manera de las que se devolviesen a las partes, después de haber entrado en su poder, por revocarse la primera sentencia ²².

Como ya se vio con anterioridad este funcionario —el receptor de penas de cámara—, en tanto miembro del Cabildo, recibió las influencias de los acontecimientos políticos que le tocaron vivir al citado organismo comunal. En tal sentido sus funcionarios debieron soportar, en algunas situaciones, los atropellos que cometían los gobernadores. Así un procurador del Cabildo decía oficialmente: “los capitulares de la dicha ciudad, puerto de Buenos Ayres son bejados por los gobernadores, obligándolos a salir a todas las reseñas y alardes”. En carta al Rey dice el Cabildo “porque siendo los gobernadores destas provincias tan absolutos en sus disposiciones, por la fuerza del presidio que tienen a su voluntad... queda este cabildo expuesto a los arrojados atropellados deste y demás gobernadores” ²³.

Finalmente, cabe destacar que en algunas oportunidades no era cubierto el cargo de receptor de penas de cámara, y en tales supuestos el cometido del cobro y aplicación de dichas condenaciones quedaba a cargo de los Oficiales Reales.

²¹ Acuerdos... libro II, p. 136.

²² RUIZ GUIÑAZÚ, *op. cit.*, p. 469.

²³ JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *op. cit.*, ps. 375-376.

CENTRALISMO E INTEGRACION EN EL SIGLO XVIII INDIANO

JOSÉ MARÍA MARILUZ ÚRQUIJO

La constitución en la Edad Moderna de una monarquía hispana formada mediante la agregación de reinos y provincias que reconocen a un mismo Rey no implicó la pérdida de personalidad de las partes constituyentes que conservaron sus leyes, sus cortes, sus magistraturas peculiares. La enumeración de esas partes en la intitulación de la Reales Provisiones recordaba continuamente la subsistencia de Reinos que se resistían tenazmente a perder su individualidad de modo que el gobierno de la monarquía exigía mantener un delicado equilibrio que contemplase los intereses particulares, a veces contrapuestos, y que los armonizase para hacerlos contribuir a la empresa común.

El descubrimiento de América, realizado casi simultáneamente a la unificación española y al proceso de formación de la monarquía, determinó que *mutatis mutandis* se repitieran en el Nuevo Mundo algunas de las características del proceso peninsular. Desde luego que en América no existían territorios dotados de los privilegios tradicionales concedidos por la Corona en un remoto pasado pero sí existían regiones dotadas de acusada personalidad. El diferente origen étnico, los accidentes geográficos o climáticos, las características propias de la conquista de cada país, las capitulaciones que hubiera celebrado la Corona con cada conquistador y muchos otros factores determinaban diferenciaciones regionales imposibles de olvidar a la hora de legislar.

La común opinión de los autores de la época reconoce la necesidad de que la ley se adecue al tiempo y al lugar y aun desde una perspectiva misoneísta, adversa a las novedades y al cambio irreflexivo, se admite que la ley debe variar al cambiar las circunstancias y que no conviene extender abusivamente la ley concebida para una determinada situación a una realidad diferente. En España y en América se insiste en que toda disposición debe ajustarse a la calidad de la tierra —entendiéndose por tierra el país y su gente— y se piensa que lo que es bueno para una determinada tierra puede ser malo para otra¹.

¹ Sobre este tema nos hemos ocupado en "El concepto de tierra nueva en la fundación de la peculiaridad indiana", en *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM, 1971, p. 389 y siguientes.

Esa actitud determina una actitud muy atenta a indagar la calidad de cada lugar, muy especialmente la de los nuevos territorios que se van incorporando al Imperio, y una permanente preocupación por establecer sus rasgos diferenciales con relación a otras regiones. A veces espontáneamente, a veces estimulados por una orden superior, menudean los informes y relaciones geográficas que, al paso que describen un determinado país, contribuyen a diferenciarlo pues se detienen más frecuentemente en sus aspectos peculiares que en los que puedan ser comunes a otras tierras. Se desarrolla así una profusa literatura empeñada en marcar disparidades, en señalar lo que es propio de cada grupo indígena o de cada región, que se pone al servicio del gobernante para que éste pueda adoptar con el suficiente conocimiento las medidas que sean apropiadas al tiempo y al lugar. No satisfechos con una superficial observación de la realidad presente, se examinan testigos idóneos para conocer creencias y costumbres ancestrales heredadas del pasado precolombino como un modo de penetrar en las conciencias y detectar lo que distingue a cada pueblo más allá de su parecido exterior.

A este gigantesco esfuerzo diversificador se suma la idea de que sólo se alcanza la verdadera justicia cuando cada relación jurídica es regulada por una norma específica con lo cual se extrema el casuismo jurídico y se justifica la proliferación legislativa. Informado por esos principios el jurista de los siglos XVI y XVII pone en juego una gran agudeza para apreciar matices y para idear soluciones diferentes a problemas que un hombre de nuestros días resolvería de manera uniforme. Se rehúyen deliberadamente las leyes demasiado generales y es así como el licenciado Francisco Bermúdez de Pedraza dice, en 1612, que como las leyes generales son oscuras y "de lo general las más veces nazca la incertidumbre pareció más útil una ley a cada causa"². Y unos años más tarde es el propio Rey, quien advierte a los miembros del Consejo de Indias que "el consultar y resolver algunos negocios por la consecuencia de lo que se ha hecho en otros, trae consigo muy grandes inconvenientes porque no en todos pueden concurrir las mismas causas y circunstancias"³.

Como es natural, ese consciente rechazo de la uniformidad favorece todo lo que sea expresión de localismo y particularismo y alienta la diversidad tanto en el plano humano como en el regional. Es cierto que otra disposición de Felipe II, reiterada por Felipe IV y Carlos II, preceptuaba que, siendo de una misma Corona los reinos de Castilla y de las Indias, las leyes y orden de gobierno de los unos y de los otros debían ser lo más semejantes y conformes que pudieran ser pero la misma ley abría un amplio campo a las excepciones al limitar esa uniformidad a lo que permitiese la diversidad de tierras y naciones. Y esa diversidad era invocada no sólo para justificar la existencia de un derecho indiano diferente del castellano, sino para explicar las variantes regionales que podían observarse dentro de las mismas Indias.

Los localismos, las expresiones particulares, resultaban facilitadas por una cuádruple vía: por la potestad legislativa que el régimen indiano concedía

² FRANCISCO BERMÚDEZ DE PEDRAZ, *Arte legal para estudiar la jurisprudencia*, Salamanca, 1612, p. 135.

³ Decreto del 26-XI-1622 recogido en la ord. XX de las *Ordenanzas del Consejo Real de las Indias*, 1636, y luego en la *Recopilación de Indias*, II, 2, 20.

a muchas autoridades locales; por el reconocimiento expreso del derecho indígena en cuanto no se opusiese a la religión y a las leyes españolas; por la práctica metropolitana de no legislar con carácter general para toda América —salvo casos especiales de cédulas circulares— sino sólo para aquel o aquellos distritos que parecían necesitados de reforma y por la admisión de la costumbre como fuente del derecho ya que la costumbre suele tener un nacimiento circunscripto a un territorio limitado.

O sea, que fuera de algunos grandes temas en los que la Corona parece interesada en fijar pautas comunes, no opone dificultades y aun facilita que el derecho indígena, el hispanocriollo, la costumbre y el derecho emanado de la Corona confluyan para formar islotes diferenciados, zonas que presentan variantes con relación al resto del Imperio.

Esa situación, si bien no termina del todo durante el dominio español, comenzará a rectificarse durante el siglo xviii o mejor aun a fines del siglo xvii. Varios autores han venido señalando últimamente que los grandes cambios que alguna vez se consideraron introducidos por la nueva dinastía, en realidad empezaron a producirse a fines de la época de los Austrias o, más precisamente, hacia 1680. Culminando un prolongado proceso de elaboración, ese año es promulgada la Recopilación de Leyes de Indias, con lo que, por primera vez en casi dos centurias de dominio español, las Indias tendrían un cuerpo común de leyes. Leyes que en su mayoría estaban formadas por disposiciones que originariamente habían tenido vigencia limitada a algún lugar determinado y que mediante la Recopilación pasaron a regir en toda la extensión de las Indias Occidentales y Orientales. El Rey expresa en esa oportunidad que era justo que todo lo proveído llegase "a noticia de todos para que universalmente sepan las leyes con que son gobernados".

La Recopilación no pone fin a la diversidad porque deja subsistente la vigencia del derecho indígena, del derecho hispanocriollo, de las costumbres locales y de las cédulas y ordenanzas despachadas para determinados distritos, pero da un impulso importante a la homogeneización del derecho indiano y permite que el vasallo no sólo conozca el derecho que lo rige —como decía el Rey— sino también el derecho que regía a quienes estaban radicados en otros reinos y provincias indianos. Con ello se afianza la conciencia de comunidad y se perfecciona el conocimiento recíproco.

Las aspiraciones centralistas de la Corona la llevaron luego a adoptar nuevas medidas que, sin proponérselo, conducirían a una mayor integración del mundo indiano. Con el deseo de asegurar un mayor control sobre todo el Imperio la Corona multiplica instrucciones y ordenanzas que recortan el discrecionalismo de los funcionarios, lo que redundaba en una limitación de las manifestaciones locales, en una mayor uniformidad administrativa y en el desvanecimiento de esas fronteras invisibles que anteriormente habían resguardado modos originales de actuación.

En línea con la ley recopilada que recomendaba uniformar el régimen de las Indias con el de la Península, en la primera mitad del siglo xviii, José del Campillo y Cosío recomienda establecer en América "la misma forma de

gobierno que tenemos en España. Esto es, poner intendentes en aquellas provincias”⁴.

En 1764 se establece en la isla de Cuba el primer intendente indiano llamado a entender en cuestiones de Real Hacienda y de administración del ejército y al poco tiempo se crea un cargo similar en la Luisiana. Con la mira de ir extendiendo progresivamente la reforma, al enviarse a José de Gálvez como visitador de Nueva España se le encarga contemplar la posibilidad de establecer también allí el sistema intendencial. Gálvez, junto con el virrey Croix, elabora un plan para reemplazar los corregimientos y alcaldías mayores por once intendencias de provincia con jurisdicción territorial, lo que era una novedad en América, y una de ejército y Real Hacienda. Informado favorablemente por el Obispo de Puebla y por el Arzobispo de México y aprobado en la Corte, el proyecto tropezó con la resistencia del virrey Bucareli, sucesor de Croix. Pensando entonces que quizá fuese más viable aplicar el nuevo sistema a regiones donde la organización política fuese más flexible por menos evolucionada, se eligen dos zonas de la periferia del Imperio. En 1776 se crea la Intendencia de Caracas y dos años después al designar Superintendente de Real Hacienda del Río de la Plata a Manuel Ignacio Fernández se le manda regirse por las ordenanzas peninsulares de 1718 y 1749 hasta recibir instrucciones particulares. Finalmente se adecua al Río de la Plata el texto de las ordenanzas preparadas originariamente para Nueva España y se lo envía reservadamente al Virrey y a algunos funcionarios con cuyas observaciones se redactan algunas adiciones. La nueva ordenanza que crea varias intendencias de provincia y cuatro gobiernos militares es un volumen que a través de 276 artículos delimita las funciones de los intendentes y gobernadores militares en materia de justicia, policía, hacienda y guerra, o sea, en las llamadas “cuatro causas”.

En los años siguientes se generaliza la reforma intendencial llevándola a Venezuela, Filipinas, Perú, Chile, Puerto Rico, Guatemala y Nueva España para cuyo Virreinato se dictó una nueva ordenanza en 1786, o sea, que cubrió casi todo el mapa de las Indias con la excepción de Nueva Granada adonde por diversas causas se frustró el intento de introducirla. Las diferencias no muy significativas existentes entre las ordenanzas del Río de la Plata y las de México no impedían que el Nuevo Mundo hubiese quedado reducido a una normativa semejante que uniformaba en casi todo el Continente las relaciones entre la Administración y los administrados.

En 1803 estuvo a punto de extremarse aún más esa uniformidad mediante la adopción de una ordenanza única, común a toda América, que mantenía los rasgos esenciales de las de 1782 y 1786 como, por ejemplo, la división en cuatro causas, la supresión de los repartimientos o la creación de los subdelegados, pero corregía su redacción y recogía modificaciones posteriores como la reunión de la Superintendencia de Real Hacienda al cargo de Virrey. Aprobada por la Corona y después de haberse realizado tres nombramientos conforme a ella, se advirtieron algunas contradicciones con los reglamentos militares,

⁴ JOSÉ DEL CAMPILLO Y COSIO, *Nuevo sistema de gobierno económico para la América*, Madrid, 1789, p. 70.

por lo que fue retirada continuando la vigencia de las ordenanzas de 1782 y 1786, según las regiones⁵.

En toda la ordenanza campea la misma preocupación por la uniformidad que ya apuntaba en Campillo y Cosío. En su exposición de motivos Carlos III expresa el "vivo deseo con que desde mi exaltación al trono he procurado uniformar el gobierno de los grandes imperios que Dios me ha contado" y luego alude a su propósito de "arreglar uniformemente" el manejo y distribución de los propios y arbitrios de los pueblos, de dirigir la Real Hacienda con un "método exacto y uniforme", de que el "cobro, manejo y distribución de mi Real Hacienda sean uniformes en todas las provincias", etc.⁶.

El afán por estimular la economía motiva disposiciones tendientes a facilitar las comunicaciones con el consiguiente efecto integrador. Ya Campillo y Cosío había insinuado que, aunque no pareciera oportuno hacer en América grandes obras viales a la usanza romana, convendría intercomunicar pueblos y provincias abriendo pasos por los montes, colocando barcos en los ríos, escalonando chozas para abrigo de los comerciantes que debieran atravesar desiertos⁷. A su vez, ambas ordenanzas ponen a cargo de los intendentes la construcción o mejora de puentes y canales, el allanar y señalar caminos que faciliten el tránsito y eviten rodeos innecesarios, el proporcionar seguridad a los viandantes, el fomentar el establecimiento o aumento de la carretería y el establecimiento de ventas y mesones para alivio de los caminantes⁸.

Estas prescripciones legales caerían en un terreno ideológico muy abonado pues la Ilustración tiende a un estrechamiento de los lazos sociales favorecidos por la creencia en una substancial igualdad del género humano, pese a las diferencias de su aspecto exterior, y en la extensión de una razón universal común a todos los pueblos. En una sintomática actitud de brazos tendidos, en el *Prospecto de la Gazeta de Lima*, de 1793, leemos que "toda la tierra representa un solo pueblo entre cuyos ciudadanos existen unas relaciones muy estrechas que hacen la felicidad y constituyen el reposo del género humano". Esa amplia concepción de lo social, el deseo de hacer llegar rápidamente las órdenes de las autoridades a los más remotos rincones para asegurar su general

⁵ De la nutrida bibliografía existente sobre el régimen intendencial, citaremos RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1959; LUIS NAVARRO GARCÍA, *Intendencia en Indias*, Sevilla, 1900; JOHN LYNCH, *Administración colonial española*, Buenos Aires, 1962; CARLOS DEUSTUA PIMENTEL, *Las intendencias en el Perú*, Sevilla, 1965; GISELA MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, *La Intendencia en España y en América*, Caracas, 1966; LUIS SANTIAGO SANZ, "El proyecto de extinción del régimen de las Intendencias de América y la Ordenanza General de 1803", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, vol. 5, Buenos Aires, 1953; RICARDO REES JONES, *El despotismo ilustrado y los intendentes de la Nueva España*, México, 1979; JORGE ESCOBEDO, *Manifiesto de las razones en que está fundado cada uno de los artículos de la nueva Ordenanza de Intendentes de Indias*, edición y estudio preliminar de EDUARDO MARTIRÉ, Buenos Aires, 1983.

⁶ *Real Ordenanza de Intendentes*, de 1782, Introducción y caps. 23, 105, 132.

⁷ JOSÉ DEL CAMPILLO Y COSÍO, *Nuevo sistema*, cit., p. 77.

⁸ *Real Ordenanza de Intendentes*, 1782, caps. 54, 60, 61, 62 y 63; *Real Ordenanza de Intendentes*, 1786, caps. 58, 64, 65, 66 y 67.

acatamiento y el afán por intensificar las relaciones comerciales confluyen para determinar a fines del siglo XVIII una verdadera fiebre para abrir rutas no practicadas hasta entonces, por mejorar puentes y caminos, por perfeccionar las instalaciones portuarias, por organizar la arriería y la carretería. La Sociedad de Amigos del País de Lima, entendiendo que la "navegación y los caminos son las dos arterias principales que entretienen y transmiten la circulación de las comodidades y correspondencia de las naciones" convoca un concurso destinado a premiar a quien proponga un método para mejorar los caminos del reino⁹. Y aun un dignatario eclesiástico como el obispo de Quito, José Pérez Calama, vuelca su contribución material y su influencia espiritual para favorecer la construcción de un camino que permitiría la salida de los productos industriales de su diócesis y una mayor vinculación con provincias vecinas¹⁰.

La legislación y los escritos de algunos economistas peninsulares intentan potenciar la vida económica activando el intercambio de materias primas americanas por artículos manufacturados europeos, o sea, que ponían el mayor énfasis en la relación de la Metrópoli con sus dominios ultramarinos y no en la de los dominios entre sí. Pero el celo de algunos funcionarios de segundo nivel ajenos a esas intenciones o la propia fuerza de economías regionales en expansión dejan a un lado ese propósito de canalizar los esfuerzos y la producción indiana hacia la Península y anudan vinculaciones comerciales con otros lugares más o menos lejanos produciéndose interesantes fenómenos de integración regional.

Un buen ejemplo lo proporciona la fabricación de telas de algodón en Cochabamba, industria nacida de la conjunción de un gobernador intendente —Francisco de Viedma— interesado en estimular el progreso de la Provincia y de un dinámico grupo de comerciantes animados del deseo de lucro. Se valen primero de algodón cosechado en el Virreinato del Perú y luego del plantado *ex profeso* en la propia provincia. Algunos comerciantes, asumiendo el papel de empresarios, organizan y controlan la producción sobre la base de algunos obrajes y especialmente del trabajo doméstico de varios miles de hilanderos y tejedores de Cochabamba, Quillacollo, Punata y Tarata, cuya habilidad y bajos salarios permitían obtener telas baratas y de nivel aceptable. Favorecidos por la virtual protección emanada del aislamiento provocado por la guerra y por la baratura de los fletes los comerciantes-empresarios acrecientan en brevísimo lapso la producción que a fines de siglo pasa a ser de casi un millón de varas anuales y conquistan los mercados abajeños que, con algunas alternativas, conservan durante varios años. El Consulado de Buenos Aires se interesa por la mejora de los tocuyos e intercede ante el naturalista Tadeo Haenke, para que comunique a los cochabambinos algunos secretos que posee sobre la fabricación de angaripolas. En un período que no excede de cuatro décadas se ha producido el milagro de integrar económicamente un vastísimo territorio: materia prima peruana y altoperuana, coordinación empresarial y asistencia técnica cochabambina, aprovechamiento masivo de la mano de obra local hasta el punto de que según un informe de 1798, aún los "parvulillos de tres a cuatro años ya se ejercitan en desmotar el algodón", y consumidores salteños, cordo-

⁹ *Mercurio Peruano*, Lima, 18-IX-1791.

¹⁰ *Idem*, Lima, 29-IX-1791.

beses, bonaerenses, etc. Con no menor rapidez que la de su aparición y desarrollo la industria del tocuyo decae ante la introducción de las indianas producidas por la revolución industrial inglesa y las alteraciones de todo tipo causadas por la guerra de la independencia ¹¹.

Durante el siglo XVIII va afianzándose la tendencia a un mayor igualitarismo y a ir eliminando las excepciones a las leyes generales y los privilegios concedidos a una persona o a un lugar. En la larga lucha de los comerciantes de Buenos Aires contra los comerciantes de Lima por la conquista de los mercados intermedios los primeros esgrimen más de una vez el argumento de la igualdad para protestar contra la posición que estiman privilegiada de los comerciantes limeños y tratar de que se supriman las aduanas interiores (Córdoba, Jujuy), los compartimientos estancos, y se asegure la libre circulación de las mercaderías entradas por el puerto y los metales de la minería altopezuana. Especialmente después de medidas restrictivas dispuestas por el Conde de Superunda, apoyadas por la Corte, recrudecen los pedidos de Buenos Aires para suprimir barreras artificiales concebidas para proteger determinadas corrientes comerciales. En 1768, Juan de Zelaya, apoderado de Buenos Aires en Madrid expresa que "todos somos vasallos del mismo Soberano y miembros del cuerpo político de su estado y ni la justicia que resplandece en tan justo Monarca puede inspirar una acepción de personas que la resiste el derecho natural ni el interés común de aquel cuerpo se compecede con quitar a unos miembros para dar a otros" ¹². Menos de una década después caerían esos obstáculos y se acentuaría la integración entre las provincias arribeñas y abajeñas del nuevo Virreinato.

Hacia fines del siglo toma un nuevo impulso el comercio intercolonial entre regiones de producciones complementarias. Chile recibía yerba paraguaya por valores de 300.000 pesos anuales, mantas o frazadas de lana y jabón de Mendoza y enviaba al Río de la Plata cueros curtidos, cobre labrado, pailas, tachos destinados a usos industriales, candeleros, alambiques, hilo de acarreto y alrededor de 200.000 pesos amonedados para pagar el saldo que el intercambio dejaba en su contra.

El Perú mantenía un activo comercio con el Río de la Plata y Chile, basado en el intercambio de azúcar y aguardiente de uva peruanos por sebo, charque y trigo. El azúcar de las intendencias peruanas cercanas al Virreinato del Plata pasaba por tierra al Alto Perú y el beneficiado en las inmediaciones de Lima era embarcado en el Callao hasta Buenos Aires o hasta Valparaíso, desde donde seguía a lomo de mula. Los plantadores de caña estimaban, en 1798, que ese comercio mantenía treinta haciendas pertenecientes a particulares, órdenes religiosas y temporalidades que en conjunto reunían un capital de 15

¹¹ JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, "Noticias sobre las industrias del Virreinato del Río de la Plata en la época del Marqués de Avilés", en *Revista de Historia Americana y Argentina*, n° 1 y 2, Mendoza, 1956-1957, p. 103 y ss.; *Noticias del Correo Mercantil de España y sus Indias sobre la vida económica del Virreinato del Río de la Plata*. Estudio preliminar de JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, Buenos Aires, 1977, p. 60 y siguientes.

¹² Archivo General de Indias, Buenos Aires, 305.

millones de pesos y daban ocupación a cuarenta mil personas. A su vez, los viticultores de Arequipa, Moquegua, Arica y Camaná expendían anualmente setenta mil quintales de aguardiente de uva en las provincias del Río de la Plata, lo que importaba un valor de 900.000 pesos.

Esos vínculos comerciales que unían a los dos Virreinos del Sur recibieron un rudo golpe con la Real Orden del 4 de marzo de 1795, que permitió por vía de ensayo la extracción a colonias extranjeras de los frutos y productos que no fueran de retorno para España a cambio de negros, dinero y frutos como azúcar, café y algodón. De esa manera pudieron introducirse libremente el azúcar y el aguardiente de caña del Brasil, que, merced a la mayor baratura del flete y a disponer de mano de obra esclava a menor precio, hacían una competencia ruinosa al azúcar y aguardiente peruanos en el mercado rioplatense. Frente al peligro reaccionaron con lucidez y energía los plantadores de caña del Perú que, con el apoyo del Consulado de Lima, presentaron sus quejas al Virrey quien llevó el caso a la Corte.

Los productores peruanos insisten en el papel integrador que cumplió el comercio amenazado. "Lo cierto es —dicen— que el Perú necesita este ramo de agricultura para comunicarse con las demás provincias", pues es el único producto que puede vender más allá de sus fronteras. De cesar el intercambio "se romperían los lazos que unen al minero y al hacendado" y perdería incentivo la marina mercante que enlaza los puertos del Pacífico¹³. Es obvio que los comerciantes y hacendados actúan para proteger sus intereses, pero no es menos cierto que si esgrimen tales argumentos en su defensa es porque piensan que la integración con otras regiones del Imperio es un valor que será debidamente apreciado por las autoridades.

El extrañamiento de la Compañía de Jesús desencadenó un proceso que condujo a una mayor integración de la población guaraní con la sociedad rioplatense. Los jesuitas habían mantenido a sus reducciones en un semiaislamiento apoyado en concretas disposiciones legales y en el convencimiento de los padres de que un mayor contacto con los españoles podía ser perjudicial a la salud espiritual de los neófitos. Esa situación comprendía un doble aspecto: restricciones a la permanencia de españoles en las misiones y restricciones a la libertad de los indios para abandonar sus pueblos. Olvidando que esa política tenía un respaldo legal, algunas veces de mediados del siglo XVIII —véanse por ejemplo la *Relação abreviada* pombalina y el *Reino jesuítico*, de Ibáñez de Echavarrri— acusan a la Compañía de Jesús de haber creado un Estado teocrático, prácticamente independiente de la Corona. De conformidad con esas ideas, cuando se produce la expulsión se sugiere a las autoridades locales la conveniencia de establecer en los pueblos algunos españoles "abriendo y facilitando el comercio recíproco" y, efectivamente, el gobernador Bucareli autoriza la instalación de algunos españoles para que con la "comunicación se consiga la civilidad que se desea en estas gentes"¹⁴.

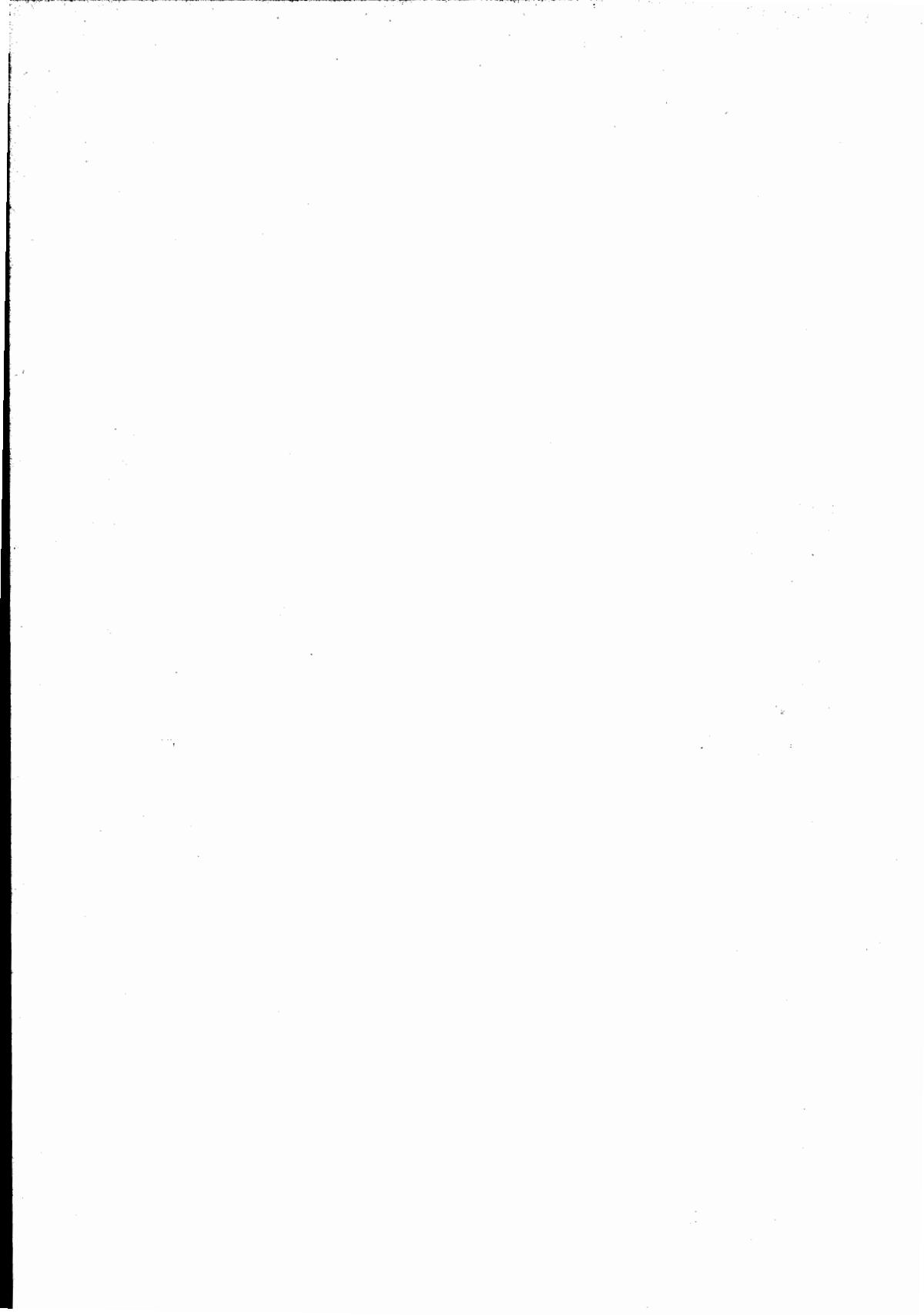
¹³ ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, *Consulado de Buenos Aires, Actas-documentos*, t. IV, Buenos Aires, 1947; JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *El Virreinato del Río de la Plata en la época del Marqués de Avilés*, Buenos Aires, 1964, p. 127 y siguientes.

¹⁴ MAGNUS MÖRNER, *La Corona española y los foráneos en los pueblos de indios de América*, Estocolmo, 1970, ps. 322 y 366.

A partir de entonces son muchos los españoles que visitan los pueblos con fines comerciales o que se radican allí. Simultáneamente la descarada explotación a la que son sometidos los guaraníes por parte de los administradores laicos que sucedieron a los jesuitas provoca un continuo drenaje de población: los trabajadores especializados en algún arte u oficio procuran acudir a los centros poblados, los no especializados se conchaban como peones en las estancias del litoral terminando por fusionarse con la población hispanocriolla ¹⁵.

En suma, el centralismo imperante en el siglo XVIII unido a factores de tan diversa índole como la mejora de los medios de comunicación o el extrañamiento de la Compañía de Jesús contribuyen a atenuar particularismos y expresiones localistas y a establecer vinculaciones entre las partes del Imperio. Se afianza así la conciencia criolla de estar hermanados por un común nacimiento en suelo americano, lo que lleva a sentir un patriotismo de alcance continental. De los varios testimonios que podrían aducirse en este sentido cabe recordar la *Biblioteca Americana*, en la que el quiteño Antonio de Alcedo incluye a cuantos han escrito sobre cualquier parte de América, la cofradía de Nuestra Señora de Guadalupe, que reúne en Madrid a los indianos en general sin distinción de origen y las numerosas pruebas de solidaridad y simpatía que recibe Buenos Aires de toda Hispanoamérica al ser invadida por Inglaterra.

¹⁵ JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, "Los guaraníes después de la expulsión de los jesuitas", en *Estudios Americanos*, nº 25, Sevilla, 1953.



EL PAPA PAULO III Y LOS INDIOS DE AMERICA

LA BULA SUBLIMIS DEUS

JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO

I. INTRODUCCIÓN

El descubrimiento de América determinó el inicio de problemas hasta entonces insospechados, pues produjo una revolución espacial, comercial e ideológica, con consecuencias no sólo para España, sino para todo el *orbis christianus* del occidente europeo, y el más novedoso fue el contacto con hombres de los cuales no se tenía noticia hasta entonces. No había pasado mucho tiempo desde ese acontecimiento, siendo aún muy limitado el conocimiento de la realidad americana, y por ende de sus habitantes, cuando se planteó en el ámbito ideológico una serie de interrogantes. Entre ellos, si bien no aislado, se encuentra el de la condición legal del aborígen ante el derecho civil y el derecho canónico, pues no sólo se plantea la cuestión de su grado de libertad, sino también su aptitud para la Fe, y por consiguiente para recibir los sacramentos. No sólo se controvertió su capacidad como entes jurídicos, sino también su situación frente a la acción redentora de la Iglesia.

Nuestro estudio en el ámbito material se limita a las ideas teológico-jurídicas sobre esos interrogantes, en el temporal al lapso que transcurre entre el descubrimiento y la promulgación de la bula *Sublimis Deus* y en el espacial a las manifestaciones relativas a ellos que se dan en Europa y en América. No nos ocuparemos de los justos títulos de Castilla al dominio de las Indias o de la legitimidad de la conquista, sino a otros temas, que resueltos aquéllos quedan pendientes. Ellos son determinar si los indígenas americanos son verdaderos hombres y tienen capacidad para regirse por sí mismos; si pueden ser sometidos a la servidumbre por su naturaleza o por el *ius belli*, o si por el contrario deben ser tratados como vasallos libres de la Corona igual que los españoles; y, por último, si son capaces de recibir la Fe y, en consecuencia, los sacramentos. Limitamos a ello nuestra atención pues son las cuestiones que resuelve la bula *Sublimis Deus*.

Para ello vamos a realizar una síntesis de la situación existente en Europa al comienzo de la Edad Moderna sobre la servidumbre de las principales manifestaciones a favor de la libertad y la capacidad de los indígenas americanos y las que las contradicen durante los primeros nueve lustros posteriores a la empresa de Colón, para destacar los problemas que determinan la promulgación de la bula, su importancia y, por último, la pervivencia del documento pontificio. Dijimos que nos limitaremos a una síntesis de ello, pues un examen exhaustivo exigiría una extensión que excedería la que corresponde dar a estas páginas.

La respuesta a los interrogantes señalados hoy nos parece obvia, pero entender que así debía serlo a comienzos de la Edad Moderna, significa desconocer los factores históricos e ideológicos que influían sobre el pensamiento de los europeos.

Esas cuestiones, junto con el trato real dado a los naturales —que no siempre se adecuó a las instrucciones y normas—, junto con otras atinentes a las relaciones de los europeos con aquéllos, darán lugar a una intensa disputa ideológica en su derredor. Que a ello se le asignó importancia, lo demuestra la cantidad de documentos que emanan de la Corona, la reunión de juntas, los dictámenes de numerosos teólogos y juristas, relacionados con esos temas, que de no ser así no se justifican, como tampoco que el Romano Pontífice promulgara la bula *Sublimis Deus*.

Los reyes actuaron en base a informes, muchas veces contradictorios, pues su contenido está influido por la visión que de la realidad americana tenían sus autores, sobre quienes obraban circunstancias y propósitos de distinta naturaleza, pues a la empresa indiana concurren un conjunto de designios humanos y religiosos que no siempre pesan de igual manera, pues junto con la evangelización y el servicio de la Corona se manifiesta el afán de riqueza y de gloria.

Al comienzo, muchas veces se analizó la cuestión relativa a los habitantes del Nuevo Continente, echando mano a teorías anteriores y así aparecerán soluciones jurídicas influidas por la tradición medieval. Siendo las americanas tierras de paganos se seguirán los mismos criterios no sólo políticos, sino también jurídicos que rigieron las relaciones entre cristianos e infieles durante la Edad Media, en especial en los reinos hispánicos cuyo principal afán durante ocho siglos fue la Reconquista de los territorios de la Península ocupados por los musulmanes y su posterior colonización. En esas guerras, "el entusiasmo religioso se unió al espíritu guerrero, y así fue desarrollándose la idea de una guerra de misión. Desde entonces se grabaron en el carácter español sus severos rasgos: valor, orgullo, fortaleza de ánimo, religiosidad. También la reconquista medieval conoció ya aquella singular conjunción de religiosidad y ambición que más tarde habría de ser tan característica de la conquista ultramarina"¹.

Ese espíritu iba a pesar en las primeras décadas de la colonización, pues "la superación ideológica del pensamiento medieval no sería labor fácil. La identificación de infiel con musulmán, adversario bíblico y religioso permanente, iba a gravitar profundamente sobre los nuevos infieles descubiertos, en cuyas relaciones no se descartaría tampoco la aplicación de la idea de cruzada medieval. Y aunque en la empresa de América se imprime desde un primer momento un espíritu humano y cristiano, los excesos y la dureza de las costumbres derivadas del *ius belli* de la época harían acto de presencia en el continente americano"².

¹ G. STADTMULLER, *Historia del Derecho internacional público*, Parte I, hasta el Congreso de Viena (1815), Madrid, 1961, p. 121.

² P. CEREZO DE DIEGO, *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México, 1985. Ver GUILLERMO FRAILE O. P., *Historia de la filosofía*, Madrid, 1966, t. III, p. 314 y siguientes.

Entre esas teorías anteriores a las cuales se recurre, destacamos aquéllas que desde tiempos antiguos justificaban la servidumbre de ciertos hombres. Todavía no había perdido vigencia el concepto aristotélico de la esclavitud. Para el Estagirita ella podía ser natural o legal³. La primera la fundó en la evidencia de "que unos hombres son libres por naturaleza y otros esclavos, y que para éstos la esclavitud es una cosa justa", según nos dice en la "Política" y "desde su nacimiento, unos están destinados a mandar y otros están hechos para ser mandados". Teniendo los bárbaros naturaleza de esclavos, deben ser gobernados por los hombres libres.

La segunda, la esclavitud legal, tenía su origen en el derecho de gentes, de acuerdo con el cual el hombre tomado prisionero en guerra pertenece a los vencedores, y fue reconocida y practicada por los pueblos antiguos y se prolongó a través de los tiempos. La admitía el pueblo judío y en Roma tuvo gran importancia. Con el cristianismo no desaparece, aunque, siguiendo los principios de su doctrina, se suaviza la condición de esclavos. El análisis de estos temas excede nuestro estudio, lo mismo que su consideración en la doctrina de la patrística y de la escolástica.

Conforme con la herencia recibida del Derecho romano, la esclavitud fue permitida oficialmente y utilizada en la práctica europea durante toda la Edad Media. Ello tuvo lugar en la Península Ibérica, y en la España cristiana de la baja Edad Media, la servidumbre, forma equivalente a la esclavitud de la última época del Derecho romano, es decir, del Justineano, fue utilizada y reconocida legalmente⁴. Las Partidas la consideran como una institución que viene de la antigüedad, aunque también señalan que es contraria a la naturaleza⁵. No debe sorprender, por ende, que algunos pretendieron aplicarlas a los habitantes de los territorios americanos, dada la vigencia de esos principios durante el largo milenio de los tiempos medios. Así no debe extrañarnos la posición del destacado profesor nominalista de la Academia de París, el escocés Juan Mayor o John Maior, quien "parece haber sido el primer autor que por escrito se refirió al problema de la justificación de la conquista de América", cuando en sus *Comentarios a los cuatro libros de las Sentencias*, publicado en París en 1510, luego de preguntarse sobre la legitimidad de la conquista, sostiene categóricamente la justicia de ella, pues tratándose de hombres salvajes, son siervos por naturaleza y ello justifica el dominio del primero que los haya ocupado. Así, también, en la Junta de Burgos, convocada por el rey Fernando en 1512, el célebre jurista Juan López de Palacios Rubios y el dominico fray Matías de Paz, siguiendo concepciones medievales, sostendrán las teorías tradicionales de la esclavitud legal derivada de la guerra y de la esclavitud natural por la incapacidad y barbarie de los habitantes del Continente recientemente

³ ARISTÓTELES, *Política*, Libro I, Caps. 1 y 2, en ARISTÓTELES, *Obras*, Madrid, 1964, p. 1415 y siguientes.

⁴ Cfr. P. CEREZO DE DIEGO, *op. cit.*, p. 172 y ss. Ver A. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1971, 4ª ed., t. I, párrafos 1185-1190, ps. 663-666.

⁵ Partida II, 29, 1; Partida IV, 5, preámbulo; *idem*, 21, preámbulo, 1 y 8; *idem*, 22, preámbulo.

descubierto⁶. Esta distinción fue objeto de especial análisis posterior en la Escuela de Salamanca, que precisa las consecuencias de cada una. Para sus integrantes, mientras la primera se funda en una exigencia natural, en virtud de la cual los que poseen poco ingenio y están escasamente dotados deben someterse a una servidumbre civil y política, que los coloca bajo una dirección civil y política, quedando sujetos al gobierno de los más inteligentes y mejor preparados, dependencia que no afecta para nada su condición de hombres libres y propietarios de sus bienes, la segunda afecta al propio estado legal del siervo que le impide ser dueño de sí mismo y de sus cosas, y le coloca bajo la total dependencia de su dueño⁷. En los argumentos esgrimidos en la Junta de Burgos por quienes sostienen la servidumbre se percibe esta concepción, pues cuando aluden a la natural no hacen referencia a la esclavitud.

De acuerdo con las ideas imperantes en la época, la actitud más simple frente a los indios americanos hubiera sido reducirlos a la esclavitud que, por otra parte, fue la adoptada por los portugueses respecto de los africanos.

Pero ésa no será la actitud de la Corona, aunque la cuestión recién quedará definida con Las Nuevas Leyes de Indias, de 1542, que prohíben total y definitivamente la esclavitud e insisten en que los indios sean instruidos y enseñados en las cosas de la santa Fe católica, las cuales son posteriores a la bula de Paulo III⁸. En efecto, en el período que consideramos, ante las opiniones encontradas que se sustentan en la Corte y en las reuniones de teólogos y juristas, la Corona no sigue una línea definida en cuanto a los métodos a emplear para que esos nuevos súbditos sean instruidos en la Fe y en las formas de vida de la Metrópoli. Pero debe destacarse que la Corona nunca dudó de la capacidad de los indios para su conversión a la Fe y que las limitaciones que determinó a su libertad tienen por objeto una mejor cristianización, fin primero que se propuso.

Precisamente, ello se tendrá presente, entre otras cosas, al establecerse la encomienda, institución que continuará más allá de las Leyes Nuevas, pese a las voces que contra ella se levantan, pero no debe omitirse señalar la gran cantidad de provisiones reales que tratan de evitar los abusos. Tampoco se debe

⁶ P. CEREZO DE DIEGO, *op. cit.*, p. 178. La doctrina de estos dos destacados protagonistas de la Junta de Burgos de 1512 son analizadas por E. BULLÓN Y FERNÁNDEZ, *Un colaborador de los Reyes Católicos: el Dr. Palacios Rubios y sus obras*, Madrid, 1927, y por P. V. BELTRÁN DE HEREDIA, O. P., en el artículo "El P. Matías de Paz O. P. y su tratado 'De dominio regum Hispaniae super indos'", en *Miscelánea Beltrán de Heredia: Colección de artículos sobre historia de la teología española*, Salamanca, 1972, t. I, ps. 607-685. Ver. V. D. CARRO O. P., *La teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América*, Salamanca, 1951, Cap. IV, donde analiza las ideas vigentes entre los teólogos hispanos y extranjeros sobre la servidumbre natural y legal, y considera las posiciones sostenidas en la Junta de Burgos por juristas, entre los que sobresale Palacios Rubios, y por teólogos, entre los cuales, por su formación, se destaca el P. Matías de Paz O. P. El autor sostiene que en los primeros tiempos existe confusión sobre la cuestión, que recién se aclarará con la intervención del P. Francisco de Vitoria O. P. años más tarde.

⁷ Cfr. P. CEREZO DE DIEGO, *op. cit.*, p. 183.

⁸ A. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1971, 4ª ed. t. II, doc. 957, p. 776 y ss.

dejar de destacar que no todas las voces autorizadas se levantan contra la institución en sí, sino contra los abusos que al margen de las disposiciones y los fines tenidos en cuenta al implantarla en América, se producían⁹ y que ante informes solicitados por el Consejo de Indias durante los años 1532 y 1533, "una catarata de opiniones, fuertemente contrastantes, comenzó a inundar a los consejos reales", reveladora de la diversidad de pareceres¹⁰. No nos ocuparemos específicamente de la encomienda, pues hacerlo excede la delimitación que nos hemos impuesto. Destacamos únicamente que esa institución era un contrato entre el Rey y el encomendero por el cual nacían obligaciones para ambas partes, pues aquél cede la percepción de los tributos de los indios al segundo y éste debe instruir a los naturales que le son encomendados en la religión y la civilización¹¹. De acuerdo con las ideas que llevaron a su implantación en América, debió producir una fecunda labor colonizadora, pero como es sabido dio origen a una serie de abusos. También no se debe dejar de tener presente que para una mentalidad europea de entonces, no podía considerársela perniciosa o mala, pues aun siendo los indios libres, mediante ella se los educa para el trabajo disciplinado y colectivo y, además, son necesarios a los españoles los servicios de los naturales para vivir y explotar las riquezas del Nuevo Mundo. Entendemos que esta institución no fue la causa de los interrogantes que llevaron a la intervención de Paulo III, pues sin ella igual hubieran surgido.

II. LIBERTAD Y CAPACIDAD DE LOS INDIOS

Poco había transcurrido desde el descubrimiento, cuando comenzaron a dividirse las opiniones tanto en América como en la Península, acerca de la naturaleza de los indios, pues frente a quienes sostuvieron su capacidad, con matices en cuanto a su grado, se plantaron aquellos que creían que los indios eran casi, pero no totalmente hombres y su capacidad para convertirse en cristianos era mínima o, tal vez, ni siquiera existía¹². Frente a la posición extrema de éstos, surgió la de aquellos que como Fray Bernardino Miraya O.P. y otros religiosos los consideraron capaces y sostuvieron que las diferencias evidentes con los españoles se superarían mediante una labor civilizadora¹³. En esta controversia sobre su derecho a la libertad y a la propiedad, su capacidad para recibir la Fe y los sacramentos, como el modo de administrarlos, participaron misioneros, teólogos e importantes autoridades eclesiásticas, consejeros del rey, juristas y gobernadores.

⁹ A. DE LA HERA, "El derecho de los indios a la libertad y a la fe", en *Anuario de Historia del Derecho español*, t. XXVI, Madrid, p. 113.

¹⁰ L. HANKE, *Uno es todo el género humano*, Chiapas, 1974, p. 27 y siguientes.

¹¹ Ver A. DE LEÓN PINEDO, *Tratado de las confirmaciones reales*, Buenos Aires, 1922, p. 13 y siguientes.

¹² L. HANKE, *op. cit.*, p. 15.

¹³ A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, t. I, 1277 y 1278, p. 720 y ss, Francisco de Vitoria O. P., años más tarde, sostendrá que las diferencias entre españoles e indios provienen de la distinta educación ("Relección sobre los indios", en *Relaciones teológicas*", Buenos Aires, 1946, p. 62).

Ante quienes trataron de fundar la esclavitud de los indígenas americanos en su estadio cultural primitivo, sus vicios y costumbres, es decir, en el grado de desarrollo de su civilización, que evidentemente era incompatible con el estilo de vida europeo, se levantaron las voces de quienes afirmaron su condición de hombres libres y su capacidad para ser admitidos en la Fe, capacidad que de acuerdo al derecho canónico la tenían los salvajes y bárbaros, previa la adquisición de la pertinente instrucción. Las distintas posiciones darán origen a un intenso y prolongado debate, que es uno de los episodios más curiosos de la historia del mundo occidental, que hizo decir a Lewis Hanke que "por primera vez y, probablemente, por última vez, una nación colonialista montó una auténtica investigación para determinar la justicia de los métodos empleados para expandir su imperio. Asimismo, por primera vez en el mundo moderno, nos es dable observar un intento de estigmatizar como inferior a toda una raza, calificándola de haber nacido esclava de acuerdo con la teoría de Aristóteles, elaborada varios siglos antes"¹⁴. A ello agrega el destacado hispanista norteamericano que "de hecho no existe ningún otro tema, en toda la historia española, que haya sido tan encarnizada y constantemente discutido por los españoles como su conquista del Nuevo Mundo, en especial, el tratamiento que dieron a los indios y sus interpretaciones acerca de las culturas indígenas"¹⁵.

El primer informe que se tiene de esos seres, hasta entonces desconocidos, es a través de Colón. Este de acuerdo con el diario de su primer viaje los considera hombres libres aunque sometidos a los Reyes de Castilla, buenos servidores y de buen ingenio, que "ligeramente" se harán cristianos, pues le pareció que ninguna secta tenían y que se trabajará en convertirlos a la Fe¹⁶. Las únicas noticias que se tenían de las tierras americanas y de sus habitantes provenían del Descubridor, cuya opinión optimista reflejó en ese Diario, cuando se promulga la primera bula *Intercetera*, en la cual, dirigiéndose a los reyes Fernando e Isabel, el Papa Alejandro VI proclamó y dispuso:

"...Entre otras obras agradables a la Divina Majestad y deseables a nuestro corazón, ésta ocupa ciertamente el primer lugar: que la Fe católica y religión cristiana sea exaltada sobre todo en nuestros tiempos, así como se amplíe y dilate por todas partes y se procure le salvación de las almas, y que se humillen las naciones bárbaras y se reduzcan a esta Fe. ...Sabemos ciertamente, que vosotros, desde hace tiempo, en vuestra intención os habíais propuesto buscar y descubrir algunas tierras e islas lejanas y desconocidas y no descubiertas hasta ahora por otros, para reducir a los residentes y habitantes de ellas al culto de nuestro Redentor y a la profesión de la Fe católica... deseando cumplir vuestro deseo, destinasteis al dilecto hijo Cristóbal Colón, con naves y hombres igualmente instruidos... los cuales, con el auxilio divino y con extrema diligencia, por las partes occidentales, como se dice, hacia los indios, navegando en el Océano, encontraron ciertas islas remotísimas y también tierras firmes que hasta ahora no habían sido descubiertas por otros, en las cuales habitan varios pueblos que viven pacíficamente y, según se asegura,

¹⁴ L. HANKE, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵ *Idem*, p. 12.

¹⁶ Ver A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, t. II. Documento 852, ps. 635-636.

andan desnudos y no comen carne; y, según pueden opinar vuestros citados enviados, estas gentes que habitan en las mencionadas islas y tierras creen en un Dios creador que está en el cielo, y las consideran bastante aptas para abrazar la Fe católica e imbuirles buenas costumbres; y se tiene la esperanza de que, si se les enseña, fácilmente se introducirá el nombre del Salvador, nuestro Señor Jesucristo, en las tierras e islas mencionadas. . . . Nos, por consiguiente, encomendando mucho en el Señor este vuestro santo y laudable propósito y deseando que el mismo sea llevado a su debido fin, para que este nombre de nuestro Salvador sea introducido en aquellas partes, os exhortamos mucho en el Señor, y por el sagrado bautismo que recibisteis y por el que estais obligados a los mandamientos apostólicos, y por las entrañas misericordiosas de nuestro Señor Jesucristo afectuosamente os requerimos, para que semejante expedición sea proseguida en todo y tratéis de aceptarla con buen ánimo y celo por la Fe ortodoxa, y a los pueblos que en tales islas habitan querais y debais inducirlos a que reciban la profesión cristiana sin que os disuadan los peligros ni los trabajos en cualquier tiempo, en la idea y en la firme esperanza y confianza de que Dios omnipotente hará proseguir felizmente vuestros intentos. . . .”¹⁷

Cuando los Reyes determinan quién ejercerá la dirección de los primeros misioneros en territorio americano, Alejandro VI, en 1493, envía al elegido, Fray Bernardo Boil, primer vicario apostólico en el Nuevo Mundo, la bula *Piis fidelium* en la que se le dice que es enviado a las Indias para que allí junto con otros sacerdotes seculares y religiosos, la palabra de Dios sea predicada y sembrada para convertir a nuestra religión a los naturales de aquellas tierras, e instruirles en la práctica de los Mandamientos. Aunque el derecho misional americano comienza con la primera bula *Inter cetera*, la *Piis fidelium* es la primera sobre el funcionamiento de las misiones americanas.

A la Corona se le presentó una situación distinta a la planteada por los infieles que amenazaron a la Europa cristiana, así lo entendió y le dio una solución también distinta. De acuerdo con lo expresado por el Descubridor, se le recomendó la evangelización y el buen trato de los indios, debiendo a quien los agravie castigarlos en virtud de sus poderes de virrey y gobernador de sus Altezas¹⁸.

Las apreciaciones optimistas se desvirtuaron con las experiencias posteriores. Colón, en su segundo viaje, envió indios a España para ser vendidos como esclavos, lo que si bien se dispuso el 12 de abril de 1495, según una orden de los Reyes, ésta se revocó inmediatamente, como surge de la carta que los Monarcas dirigen a don Juan de Fonseca, obispo de Badajoz y encargado de los asuntos de Indias, datada al día siguiente, en la cual le señalan que no dispusiera del dinero hasta que se dictaminara si ello es o no lícito, pues deseaban informarse con letrados, teólogos y canonistas “si con buena conciencia” se los podía vender, consulta que recién podrían hacer cuando recibieran cartas de Colón explicando las causas por las cuales los había enviado por

¹⁷ Ver *idem*, doc. 853, ps. 638-646, donde se publica el texto completo de la primera y segunda *Inter cetera*, datadas el 3 y 4 de mayo de 1493.

¹⁸ *Idem*, doc. 909, ps. 727-728.

cautivos. Finalmente, el 28 de junio de 1500, por una Real Cédula, los Reyes reconocen la libertad de los indios y ordenan sean vueltos a América¹⁹.

Poco después, en las Instrucciones del 16 de setiembre de 1501²⁰, que se completan con las del 20 de marzo de 1503²¹, dadas al comendador Frey Nicolás de Ovando, quien sustituye a Bobadilla en el gobierno de las islas descubiertas, en las cuales la Corona define una política indígena, religiosa y descubridora, se estableció que los indios sean bien tratados, como súbditos y vasallos, que nadie les haga daño y si ello ocurre o les es tomado por la fuerza algo de lo suyo, se castigue al autor de tal manera que en adelante nadie se atreva a hacerlo. Poco después la Reina Isabel en la Real Provisión dada en Medina del Campo, el 20 de diciembre del mismo año, dispuso que los indios sean doctrinados en las cosas de la Santa Fe católica, señaló su deseo de que se conviertan a ella, y declaró que son personas libres y no siervos, e insistió en que sean bien tratados y no se los agravie²².

Mediante éstos y otros documentos²³, que sucesivamente se producen, la Corona pretendió encauzar su labor civilizadora y evangelizadora, dando cumplimiento al mandato recibido del Romano Pontífice en 1493. Entre ellos, se destaca el famoso codicilo del testamento de la Reina Isabel, en el cual dirigiéndose al Rey Fernando, a su hija la princesa Juana y al marido de ésta, les suplica que continúen la labor civilizadora y evangelizadora emprendida, señalando que en la empresa que llevó al descubrimiento, la principal intención fue procurar convertir a los pueblos de los nuevos territorios a la Santa Fe católica, y recomienda que éste sea su primer fin, pongan en ello mucha diligencia, y no consientan ni permitan que los indios vecinos y moradores en las tierras ganadas y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas y bienes, mandando que sean bien y justamente tratados²⁴.

¹⁹ *Idem*, doc. 953, p. 773; L. HANKE, *op. cit.* 22; R. LEVENE, "La reina Isabel y el sentido histórico de la legislación de Indias", en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, XXIV-XXV, Buenos Aires, 1950-51, 356; N. MEZA VILLALOBOS, *Historia de la política indígena del Estado español en América*, Santiago de Chile, 1976, p. 42, donde destaca la influencia que tuvo el Cardenal Cisneros en la resolución de la Corona. Eran 21 indios, uno había enfermado, una india opta por quedarse en España y regresan a Indias 19, de los cuales 16 son varones.

²⁰ A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, doc. 960, p. 779.

²¹ *Idem*, doc. 961, ps. 779-780.

²² *Idem*, doc. 962, ps. 780-781.

²³ Entre ellos destacamos las Instrucciones dadas a Colón para el segundo viaje (Barcelona, 29 de mayo de 1493); la Real Provisión de la Reina Isabel (Medina del Campo, 20 de diciembre de 1503); el codicilo del testamento de la reina Isabel (Medina del Campo, 23 de noviembre de 1504); la Real Provisión del Rey Fernando a Diego Colón (Valladolid, 14 de agosto de 1503); las Ordenanzas dadas para el buen regimiento y tratamiento de los indios, vulgarmente llamadas "Leyes de Burgos" (concedidas el 27 de enero de 1512 para la Isla Española; el 23 de enero de 1513 para la de Puerto Rico con algunas variantes y el 10 de setiembre de 1513 para Jamaica); la Real Provisión de la reina Juana y de su hijo Carlos V al Lic. Rodrigo de Figueroa, juez de residencia de la isla Española (Zaragoza, 9 de diciembre de 1518) y la Consulta del Consejo de Indias (reunido con el de Castilla y el de Hacienda) al Rey (10 de diciembre de 1529). Los textos pueden consultarse en A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, II, documentos 909 (ps. 727-728), 962 (ps. 780-781), 910 (p. 728), 963 (ps. 781-782), 965 (ps. 782-787), 968 (ps. 788-789) y 970 (791-792).

²⁴ A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, II, doc. 910, p. 728.

Del contenido de los documentos que la Corona fue dando relativos a los indios, de las bulas señaladas y de otras que se promulgan posteriormente relativas al misionar en Indias, como la *Alias felicis*, del 25 de abril de 1521, la *Exponi Nobis*, del 9 de mayo de 1522, conocida comúnmente como la bula *Omnimoda* por la amplitud de jurisdicción eclesiástica que en ella se concede y el breve *lias felicis*, del 15 de febrero de 1535, se muestra que no se dudaba de la capacidad de los naturales para ser súbditos de Castilla y ser instruidos en la religión cristiana y consecuentemente, luego de esto, recibir los sacramentos.

III. SITUACIONES CONTRADICTORIAS

Pero no todas las posiciones adoptadas fueron favorables al derecho de los aborígenes a la libertad y a la Fe, o bien, no son claras al respecto, como veremos. Por ello la bula de Paulo III viene a confirmar las actitudes que lo afirmaron, dándoles el apoyo de la autoridad de Roma cuando habían transcurrido casi nueve lustros del descubrimiento, para tratar de cerrar la discusión que se desarrollaba en el campo doctrinario y jurídico.

Para considerar el tema que nos ocupa, debe tenerse presente que el contacto entre los nativos de América y los españoles determinó el choque entre dos sociedades incompatibles, no sólo por la barrera que constituye la diferencia de lengua, sino, principalmente, por producirse entre civilizaciones con muy diferente grado de desarrollo, lo que hizo dificultoso el mutuo entendimiento que en algunos casos no se logró. Tampoco debe olvidarse que la falta de conocimientos etnográficos impidió comprender en toda su extensión esas diferencias, facilitando esto, que la incapacidad o dificultad de los nativos para asimilar la cultura europea, se la estimó por muchos como debida a una incapacidad natural propia de los indígenas, y no a las diferencias culturales, de carácter histórico y contingente. Para superar esto se requería una estructura y un método adecuado, que permitiera que a esos seres muy numerosos y dispersos en regiones tan alejadas, muy distantes de la cultura que a través de siglos se había desarrollado en el occidente europeo, llegara la civilización y el evangelio.

Tampoco debe olvidarse, como señala Hanke, que: "las instrucciones y las proclamas eran una cosa; el cumplimiento de la ley otra. Por tanto, si se acepta la interpretación de que los españoles legos no estaban preparados por su experiencia medieval para realizar una vigorosa persuasión de los no cristianos, el sermón de Montesinos, en 1511, leído en la iglesia de techo de paja en la Española, debe ser considerado no solamente como una búsqueda de la justicia en la América española, sino también como un punto de referencia en la historia de la cristiandad. Desde ese momento se proclama un cambio: la gente, y no solamente los eclesiásticos, debería participar activa y responsablemente en la conversión de los idólatras"²³. Esa obligación recaía sobre aquellos españoles que disfrutaban de los servicios de los naturales y de los tributos me-

²³ L. HANKE, *op. cit.*, p. 22 y siguientes.

dante las encomiendas. Cómo lo cumplieron y en qué grado participaron de la tarea evangelizadora no puede establecerse en forma definitiva en base a estudios parciales, pues todavía muchos datos históricos esperan a los investigadores en los archivos.

El sermón de Fray Antonio de Montesinos O.P. no es una actitud personal, sino que de ella participaron el Superior de los Dominicos en esa Isla, Fray Pedro de Córdoba, y compañeros de la orden, quienes adoptaron una firme posición, a partir de ese momento, en defensa de las condiciones de vida de los indios, salvo actitudes aisladas de algunos de ellos²⁶. En esto no debe verse un ataque a la Corona, pues a lo que se oponen los misioneros es a la concreción práctica de las instrucciones que aquélla da, que pronto algunos españoles no observarán buscando para fundar el trato que dan a los indígenas distintos argumentos, como ser, la negación de su naturaleza humana, su incapacidad para la Fe, sus pecados contra natura, su rudeza o bien sus costumbres. Entre los que rechazan estas ideas, algunos los consideran siervos *a natura*, siguiendo la doctrina aristotélica y entre los que afirman su libertad, no faltan quienes sostienen que carecen de capacidad para vivir por sí, por lo cual deben ser regidos con firmeza e impedirles el uso y el disfrute de los bienes materiales, lo cual no significa que justifiquen los malos tratos.

La disputa que comenzó con ese sermón fue llevada a la Corte, lo que determinó se dictaran las Ordenanzas de Burgos, de 1512, a las que se adicionan cuatro leyes en 1513. Previo a su dictado se reunió una Junta de la que participaron teólogos y juristas, destacándose entre los primeros el P. Matías de Paz O.P. y entre los segundos Juan López de Palacios Rubios, como señalamos en la Introducción. Ellos sostendrán las teorías tradicionales de la servidumbre siguiendo la línea Aristotélica, teoría que fue también alegada por otros integrantes, aunque las argumentaciones difieren y la naturaleza de este estudio no permite analizarlas una por una. Pero señalamos que participaron de esta posición, además de los nombrados, el licenciado Gregorio, predicador del Rey y el P. Bernardino de Mesa O.P. Lo que nos interesa destacar es que de las deliberaciones de la Junta resultaron siete proposiciones fundamentales: primera, que debe tratarse a los indios como seres libres; segunda, que sean instruidos en la Fe; tercera, que se les puede mandar trabajar, pero que el trabajo no impida la instrucción de la Fe y sea provechoso a ellos y a la República; cuarta, que ese trabajo sea tal que puedan soportarlo, dándoles tiempo para recrearse cada día como en todo el año; quinta, que tengan casa y hacienda propia y que se les dé tiempo para que puedan labrar y tener y conservarla a su manera; sexta, que tengan comunicación con los cristianos para su más pronta instrucción; séptima, que por su trabajo se les dé salario conveniente²⁷.

Los principios que surgen de esas proposiciones, se reflejan en las ordenanzas que se dictan. En éstas se señalan los abusos que con ella se trata de

²⁶ Ver. R. LEVENE, *Historia del derecho argentino*, t. I, Buenos Aires, 1945, p. 132 y ss.; N. MEZA VILLALOBOS, *op. cit.*, p. 24 y ss. Del sermón de Montesinos nos interesa destacar que, además de desatar el debate sobre los tratos dados a los indios, en él se afirmó que son hombres y capaces de recibir la Fe.

²⁷ Ver R. LEVENE, *op. cit.*, t. I, p. 140; V. D. CARRO, *op. cit.*, ps. 44 y ss.; A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, t. II, doc. 859, p. 655; N. MEZA VILLALOBOS, p. 28 y siguientes.

poner fin como los inconvenientes que se pretenden superar teniendo siempre en vista la evangelización y la adopción por los indios de las formas de vida de los españoles. Sin embargo, la ley 27 supone la existencia de indios esclavos que, sin duda, son los tomados en guerra, según el *ius belli*. Pero lo positivo de estas Ordenanzas es que prevalece en ellas la idea de que los indios son hombres libres y racionales, capaces de recibir la Fe y los sacramentos, pues además de su instrucción religiosa, se hace referencia en especial al bautismo y al matrimonio²⁸. Con las Ordenanzas de Burgos, se llega a una transacción, pues si bien no triunfa la posición más favorable a los nativos del Nuevo Continente, en ella se salvan sus derechos fundamentales.

Que la realidad no tuvo mucho en cuenta el codicilo del testamento de la Reina Isabel y no se ajustó a la política de la Corona, se desprende de varios pasajes de las Ordenanzas en los que se hace referencia a informes recibidos, y en especial, en la ley número 24 que describe el panorama, que aunque no podamos afirmar fuera general, es el que se tuvo presente cuando se sancionaron, pues ordena que nadie pegue o azote, ni llame perro o por otro nombre a ningún indio, sino por el suyo o el sobrenombre que tuviere y si merece un indio ser castigado por algo que hizo, la persona que lo tiene a su cargo debe llevarlo a los visitadores para que actúen, y estableció la sanción de cinco pesos de oro y de un peso de oro, para los que violen la prohibición de los castigos y de llamarlos de esa manera, respectivamente²⁹. El tratamiento despreciativo hacia los indios por parte de algunos españoles —que de ese texto se desprende—, demuestra que existieron quienes tenían un bajo concepto de ellos. Esto ha hecho decir a Hanke que “A medida que progresaba la conquista, los españoles fueron encontrando algunos indios cuya cultura, color, ideas religiosas y valores morales eran tan diferentes a los suyos propios, que comenzaron a dudar de que pudieran ser cristianizados. Esto dio lugar a que en los primeros cincuenta años de la conquista española de América se desarrollara una polarización entre dos extremos: la que podría llamarse la escuela del ‘perro sucio’, y la del ‘noble salvaje’, aun cuando aparecieron muchas y sutiles graduaciones de opinión entre ambos extremos”³⁰.

Es que, sin poder determinarse su origen, comenzó a correr el rumor “de que los indios no eran hombres racionales, capaces de recibir la gracia por los Sacramentos ni de merecer la salvación eterna”³¹. Así lo señala Remesal, quien sostuvo que esa negativa de “un principio tan claro y evidente”, constituía una justificación para “robarles sus personas, hijos y haciendas, como quien no tenía más dominio sobre lo uno y lo otro que las fieras del campo. Esta opinión diabólica tuvo principio en la isla Española...”³²

²⁸ Ver V. D. CARRO, *op. cit.*, 46 y ss.; A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, t. II, doc. 965, ps. 782-787.

²⁹ A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, t. II, doc. 965, p. 786.

³⁰ L. HANKE, *op. cit.*, p. 23.

³¹ A. DE LA HERA, “El derecho de los indios a la libertad y la fe”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, t. XXVI, Madrid, 1956, p. 98.

³² FRAY A. DE REMESAL O. P., *Historia de la Provincia de San Vicente de Chiapa y Guatemala en la esclarecida Orden de nuestro glorioso Padre Santo Domingo de Guzmán*, Madrid, 1619, p. 140, citado y transcrito por A. de la Hera, *op. cit.*, p. 98.

Con Remesal coincide Dávila Padilla quien dice: "Hubo gente, y no sin letras, que puso en duda si los indios eran verdaderamente hombres, de la misma naturaleza que nosotros; y no faltó quien afirmase que no lo eran, sino incapaces de recibir los Santos Sacramentos de la Iglesia... Decían que en sus guerras habían sido bestias bravas, y que la paz tenía mansa su fiera... Daba motivo este dicho a la fiera de algunos españoles para que sin recelo de ser homicidas les quitasen la vida"³³. De acuerdo con este testimonio, esas opiniones no provenían sólo de soldados y encomenderos, sino también de otras personas y en efecto, un análisis exhaustivo del tema permite ver que de ellas participan, en diferente medida, algunos letrados, misioneros y cronistas.

Es que el encuentro entre los hombres de la vieja cultura y los prehistóricos americanos, creó una situación que posibilitó que esas opiniones pudieran ganar excelentes adeptos, como destaca Alberto de la Hera³⁴, quien siguiendo a Giménez Fernández³⁵, la describe en términos precisos cuando afirma que "todo lo hecho posteriormente a 1493 en América es el resultado del choque y conjunción entre los pueblos precolombinos y el pueblo español cristiano; se trata de una experiencia jamás acaecida hasta entonces en la historia, en que por primera vez se plantea el problema del encuentro entre civilizaciones premedievales y católica. La enorme diferencia de nivel, que entre unas y otras existe, es lo que pudo llevar a los españoles a pensar que aquellos seres, incapaces de adoptar enseguida las formas de vida más civilizadas que de repente conocían, eran más bien brutos que racionales. Pensemos, con Armas Medina³⁶ —continúa afirmando de la Hera—, que ello es frecuentemente un simple pretexto, por otra parte, justificado —digámoslo así— en el caso de muchos encomenderos, por la avaricia, y en el de las personas señaladas, por el deseo de justificar la dominación española y afianzarla". Por tanto, podemos señalar que unos sostuvieron la posición contraria a la libertad y capacidad de los indios por convicción, en base a doctrinas e ideas surgidas muchos siglos antes, que mantenían vigencia, y otros lo hicieron sólo en beneficio de sus intereses personales.

Dentro de la síntesis que nos hemos propuesto, no debemos dejar de señalar la larga carta del 27 de agosto de 1529 que el franciscano Fray Juan de Zumárraga, obispo electo de México y Protector de indios, dirige a Carlos V, por la cual se conocen detalladamente lo que todas las autoridades que hasta entonces gobernaron México, hicieron en materia de encomendar indios y "apenas alguna sale bien parada". La orden a que pertenecía era la que hasta entonces más trabajaba en la Nueva España y allí eran sus miembros los mayores defensores de los naturales. En ella relata cómo se favoreció a los amigos, cómo algunos durante el tiempo que gobernaron "fueron bien

³³ FRAY A. DE DÁVILA PADILLA, O. P., *Historia de la fundación y discurso de la provincia de Santiago de México, de la Orden de los Predicadores, y casos notables de Nueva España*, Madrid, 1596, p. 109, citado y transcrito por A. de la Hera, *op. cit.*, p. 93.

³⁴ A. DE LA HERA, *op. cit.* p. 99.

³⁵ M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al estudio de las Instituciones canónicas en el Derecho indiano*, separata del Anuario de Estudios Americanos, Sevilla, 1946, p. 15.

³⁶ F. DE ARMAS MEDINA, *Cristianización del Perú*, Sevilla, 1953, p. 69.

aprovechados y se pararon bien gordos de dinero y de mucha cantidad de indios que tomaron para sí"; que la primera Audiencia, que llegó junto con el primer obispo electo, no pone remedio al mal derivado de los repartimientos, sino que los agrava; destaca cómo eran violadas las instrucciones recibidas de la Corona por las autoridades encargadas de respetarlas y hacerlas cumplir; describe los malos tratos dados por los encomenderos a los indios y señala que "va tan rota la cosa, que si con brevedad V. M. no la remedia, presto no será menester remedio, porque a más andar la tierra se acaba y se destruye" y dice que acompaña una información de testigos hecha secretamente en su cámara ante un notario con la cual corrobora lo que ocurre. A pesar de los hechos que expone, no se manifiesta contrario al repartimiento de indios, sino que propone soluciones para evitar los abusos ³⁷.

La costumbre de marcar como esclavos a los indios por quien los capturara por cualquier causa, parece que se hizo común, como se infiere de la Real Cédula del 20 de noviembre de 1528, anterior a la carta de Zumárraga que dispone que sólo las autoridades podían hacerlo y el 24 de agosto de 1529 se dispone que el sello o hierro utilizado para ello se guarde bajo dos llaves, una en mano de la autoridad civil y la otra del obispo Zumárraga. Esto no sólo se disponía con relación a México, sino también a Tlaxcala. La inutilidad de la medida la señaló el obispo al Virrey Antonio de Mendoza, cuando éste toma posesión del cargo, pues se siguieron tomando esclavos indios sin la doble intervención de la autoridad civil y religiosa, lo cual dio origen a las disposiciones de la Corona que señalamos a continuación ³⁸.

Al establecerse la segunda Audiencia de México, por Real Cédula del 2 de agosto de 1530, se prohibió la esclavitud de los indios en guerra justa, pero cuatro años después, por Real Cédula del 20 de febrero de 1534, se deroga esta prohibición, autorizándose nuevamente el cautiverio de los indios, aunque reglamentándolo para evitar ciertos abusos. En efecto, se determinó que debía intervenir el Consejo de Indias y las Audiencias para dictaminar sobre su legitimidad y se excluyó a las mujeres y los niños de todo cautiverio ³⁹. La situación tiende a cambiar con el relevo de la primera Audiencia y la instalación de la segunda presidida por el obispo Sebastián Ramírez de Fuenleal, cuyos integrantes escriben al Emperador el 30 de marzo de 1531, con relación a las encomiendas y se refieren a los indios en términos que no se parecen a los señalados ⁴⁰, aunque en 1532 informó que los aborígenes eran belicosos, que se hacía muy necesario sintieran la fuerza del brazo real, no sólo para la seguridad de los españoles radicados en su jurisdicción, sino también para que los indios pudieran ser adoctrinados en la Fe ⁴¹.

³⁷ A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 104 y ss. En L. Hanke, *op. cit.*, puede verse la disputa que el obispo mantiene con españoles seculares de México.

³⁸ A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 107 y siguientes.

³⁹ S. A. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, 1935, ps. 240 y 248 y ss. Ver Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias, libro IV, Tit. II, ley I.

⁴⁰ *Idem*, p. 108 y siguientes.

⁴¹ A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 100, que lo toma de J. M. GALLEGOS ROCAFULL, *El pensamiento mexicano en los siglos XVI y XVII*, México, 1951, p. 64.

En los últimos meses de 1532, o a principios de 1533, fray Domingo de Betanzos O.P., declaró ante el Consejo de Indias negando que los indios fueran capaces de abrazar la Fe y si bien esa opinión por escrito no fue localizada, cartas que de España llegaron a México dieron cuenta de ella. Hanke señala la existencia en el Archivo de Indias, además de las opiniones oficiales, de "una impresionante colección de reacciones de españoles en este mismo sentido" y en un memorial de esa época se dice refiriéndose a los naturales de la Española, que "son de calidad que no saben sino dormir y comer. Y otros vicios que no son buenos para el ánimo ni para el cuerpo hallo". También transcribe parte de una carta del obispo Ramírez de Fuenleal, siendo presidente de la Real Audiencia de México, en la que el prelado hace referencia a esta opinión de Betanzos y la ataca. Lo mismo hizo el franciscano Juan de Zumárraga. Ambos presidieron la Junta Eclesiástica en 1532, en la cual todos dijeron que: "no había duda acerca de que los nativos poseían suficiente capacidad; que amaban apasionadamente las doctrinas de la Fe..." También el Juez Salmerón, oidor de la Audiencia, el 4 de mayo de 1533, escribió a Carlos v y le manifestó que la relación de Betanzos sobre la conversión y capacidad de los indios en la Nueva España le había causado mucha confusión, y atribuyó lo expuesto por el fraile a que el demonio se había escondido debajo del manto de un eclesiástico para dar a través de él sus opiniones⁴². Minaya relató que este dominico "afirmó y dijo ante el Consejo de Indias que los indios eran incapaces de la Fe, y que en cinco años se habían de acabar, y que aunque el Emperador y el Papa con todos sus poderes, ni la Virgen, ni toda la corte celestial entendiesen en su remedio, no eran bastantes", porque Dios mismo los había sentenciado⁴³. La intervención en este asunto de Betanzos es difícil de determinar, pues sobre él se cuenta con los testimonios más contradictorios, ya que no falta quien afirme que fue quien envió a Miraya a Roma⁴⁴. Pero lo cierto es que Fray Domingo Betanzos O.P. reconoce en su lecho de muerte la existencia del memorial y se retracta de él, prueba de que no lo había hecho antes, al menos solemnemente⁴⁵.

Todos estos episodios señalan las dificultades con que tropezó la Corona para imponer su política con relación a las Indias. Son muchos más los que pueden relatarse, pero sólo agregaremos uno por la significación que tiene dada la importancia de su protagonista. Ante la cantidad de malos informes que llegan a la Metrópoli, Carlos v, el 20 de junio de 1523, en una provisión dirigida a Hernán Cortés examina detenidamente lo hecho hasta ese entonces, la disminución del número de indios como consecuencia del mal trato y el exceso de trabajo, lo que también afectaba su conversión a la Religión Católica. Como consecuencia de ello dispone el Rey suprimir los repartimientos hechos y dejar libres a todos los encomendados. La orden no fue cumplida por Cortés, pues pareció a él y a los oficiales de Indias que la abolición de todas las encomiendas sería un inconveniente —el sistema económico de las Indias se basaba sobre ellas—, no dio publicidad a las instrucciones recibidas y escri-

⁴² Cfr. L. HANKE, *op. cit.*, p. 28 y siguientes.

⁴³ A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 146.

⁴⁴ *Idem*, p. 148.

⁴⁵ *Idem*, p. 108.

bió a España pidiendo que se dispusiere otra cosa más acertada. Como consecuencia de esa actitud la supresión de la institución quedó suspendida⁴⁶.

Poco después en las Ordenanzas de buen gobierno dadas por Hernán Cortés para la Nueva España el 20 de marzo de 1524, surge el mantenimiento de los repartimientos, pues varias de sus disposiciones tienen relación con ellos⁴⁷. Por su parte, en la Consulta del Consejo de Indias (reunido con el de Castilla y el de Hacienda), dirigida al Rey el 10 de diciembre de 1529, refiriéndose a los indios de Nueva España se señaló "...que, pues Dios los crió libres, que se les debe desde luego dar entera libertad, como parece que V. M. otra vez lo había mandado hacer, y que para ello desde luego se quiten todas las encomiendas que están hechas dellos a los españoles que las han conquistado y poblado, porque en la verdad esto parece que ha sido y es dañoso para la conciencia de V. Majestad, y estorbo para la instrucción y conversión de los indios a nuestra santa Fe católica, que es la principal intención de V. M., y ansimismo para su conservación y aumento", pero más adelante agregó que si se hace de golpe, ello traería inconvenientes para la colonización y para la propagación de la Fe, "porque los indios, no teniendo quien los atayese a ello, se volverían a sus ritos y bestialidades que solían tener, y con gran dificultad se podrían tornar a sojuzgar para ello, ni para que prestasen a V. M. el servicio que como vasallos le son obligados"⁴⁸. Como señala García Gallo, luego de la experiencia de las Antillas, se presentan en Nueva España nuevos problemas, uno militar que consiste en consolidar el dominio del país, pues los indios son belicosos y están organizados (lo que no había ocurrido en aquellas islas), y otro político que surge de la necesidad de recompensar a los españoles que a su costa y con su esfuerzo, sin ayuda oficial, han conquistado el país⁴⁹.

Es que la reacción contra doctrinas medievales, entre las que se encuentra la de la servidumbre natural, como también la legal, va a afirmarse recién hacia la década que se inicia en 1530, en virtud de la gran influencia que desempeñará la Escuela Española del Siglo de Oro, integrada por una pléyade de brillantes teólogos-juristas. A partir de Francisco de Vitoria O. P. y luego con Domingo de Soto O. P., el principio de la soberanía e igualdad sin excepción de los pueblos, cristianos o gentiles, será defendido por todos los autores de la neoescolástica española del siglo XVI. Hasta entonces, no puede señalarse en el campo doctrinal una línea definida y firme, aunque predominaron los que sostuvieron la capacidad de los indios y si bien quienes la cuestionaron fueron menos, lo aprovecharon bien aquellos a quienes, alejados de la disputa teológico-jurídica, esta última posición favorecía sus intereses personales. Recién a principios de 1539, Vitoria trata en profundidad la cuestión de los indios

⁴⁶ *Idem*, p. 102. La provisión puede verse en el Cedralario de Encinas, libro segundo, folios 185-186. Reproducción facsimilar de la única edición de 1596 con estudio de A. García Gallo, Madrid, 1945.

⁴⁷ A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, t. II, doc. 969, ps. 789-791.

⁴⁸ *Idem*, doc. 970, ps. 791-792.

⁴⁹ *Idem*, t. I, p. 725.

americanos en su reelección *De Indis*⁵⁰ y ello es posterior a la intervención de Paulo III y sobre el tema continuará discutiéndose en años posteriores, de lo que es un ejemplo la disputa entre Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda en Valladolid, en 1550, donde todavía se analiza la aplicación de las doctrinas de Aristóteles en el caso de los indios americanos⁵¹. Este humanista si bien por un lado reconocía la soberanía de los pueblos infieles, por otro, en base a la doctrina Aristotélica de la servidumbre natural, condenaba a los pueblos de civilización inferior a la posibilidad de ser sometidos por los de superior cultura cuando éstos lo juzgaran conveniente⁵².

Pero debe destacarse que la doctrina de aquellos teólogos o juristas que sostuvieron que los indios eran siervos, nunca negó que fueran hombres, pues los siervos lo son y además tienen capacidad para la Fe. Por ello extraña que se llegara a cuestionar esto con relación a los indios, aunque ello tuvo lugar principalmente fuera del campo doctrinario pues se produjo fundamentalmente en el campo práctico. Pero, como dijimos, la Corona nunca negó la capacidad de los indios para abrazar la Fe. En la época del viaje de Minaya a Europa, la Reina dirige al Virrey Antonio de Mendoza, el 14 de julio de 1536, una carta en la cual le recomienda buscar los mejores y más convenientes medios para que los naturales tengan conocimiento de la religión Católica y poco después la Real Cédula, del 20 de noviembre de 1536, manda al Virrey de Nueva España que "en los pueblos de indios haya clérigos a costa de los encomenderos, para adoctrinarlos y administrarles los sacramentos"⁵³.

IV. LA BULA "SUBLIMIS DEUS"

Como señala de la Hera "Todo está preparado en los años posteriores a 1530 para que tenga lugar la tan necesaria actuación del Sumo Pontífice. Una larga serie de acontecimientos anteriores la han hecho menester, o al menos sumamente deseable. Muchas personas ponen en la misma su esperanza, convencidos que la causa de los indios, que con tanto entusiasmo defendían, precisa de un supremo protector, igual en poder al que, unas décadas atrás, sometió a los Reyes de Castilla las tierras donde esos indios habitaban"⁵⁴.

Los tres religiosos de la Orden de los jerónimos que enviara el Cardenal Cisneros a la Española, en 1516, abrieron una encuesta acerca de la capacidad de los indios para servir a los españoles y dejarse evangelizar en un régimen

⁵⁰ En esta reelección reitera ideas expuestas anteriormente en las reelecciones *De potestate civile* (1528) y *De potestate Ecclesiae prior* (1532) sobre la autoridad temporal y civil de los príncipes y señores paganos (ver G. FRAILE O. P., *op. cit.*, t. III, p. 332). Según P. Cerezo de Diego, cabe a Vitoria el honor de superar las concepciones medievalistas de los universalismos del pontificado y del imperio y reconocer no sólo la soberanía de los pueblos americanos, sino incluso de los propios sarracenos, enemigos del cristianismo (ver *op. cit.*, p. 203).

⁵¹ Ver GARCÍA GALLO, *op. cit.*, t. II, doc. 871, ps. 672-675.

⁵² J. G. DE SEPÚLVEDA, *Demócrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*, ed. crítica bilingüe, Madrid, 1951, p. 82.

⁵³ A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁴ A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 142.

de libertad. En el informe de los dominicos ya se señaló la necesidad de la intervención del Papa en cuanto a las relaciones entre los castellanos y los aborígenes, para que bien informado de todas las cosas que pasaron en las nuevas tierras desde que fueron descubiertas, remediase la situación de unos y de otros⁵⁵.

La necesidad se mantenía por el año 1530, pues existían adversarios de los indios, como hemos visto, aunque éstos eran más prácticos que teóricos, como acertadamente señala el padre Carro⁵⁶. También, como destaca de la Hera, en la doctrina es mucho más amplia la nómina de quienes se destacan en favor de los indios, aunque con distinta intensidad o matices, que aquella que integran los que participan de una posición extrema con respecto a su capacidad⁵⁷.

En el año 1530, quien fue a Roma es fray Bernardino Miraya, de la Orden de los Predicadores, quien conocía las cosas de las Indias para donde embarcó en 1527, fue misionero en México, pasó luego a América Central y de allí al Perú y vuelto a México designado Superior de la Orden y partió en 1533 de regreso a España. Según algunos autores conoció a Las Casas y éste influyó en su decisión de viajar a la Península. Minaya señaló que en México supo que el Presidente del Consejo de Indias, Loaysa, que fue cardenal de Sevilla, permitía la venta de esclavos indios, influido por fray Domingo de Betanzos. Qué lo impulsó a la gestión no es del todo claro. Luego de un serio estudio sobre esta cuestión, Alberto de la Hera afirmó: "preferimos creer que Minaya inició *motu proprio* con alguna o con algunas opiniones detrás de él, y aun con consejos e ideas ajenas, de Las Casas, Garcés y otros, el viaje que dio como resultado la bula", mientras no se disponga de más datos que los reunidos hasta el momento, o sea, el año 1956⁵⁸.

En España, Minaya fracasa en su misión, pues choca con el Presidente del Consejo de Indias Cardenal Loaysa, quien participaba de las teorías contrarias a las que él defendía y constató que la posición de aquellos que pedían que los naturales tuvieran el mismo trato que los súbditos castellanos no lograba imponerse, aunque la Corona participaba de ella. Por encima del Presidente no encuentra a quien recurrir en la Península, ante lo cual resuelve ir a Roma. Para ello cuenta con la colaboración del doctor Bernal Luco, miembro del Consejo, quien le obtiene tres cartas de la Emperatriz presentando el caso y recomendándolo ante el Papa, el embajador en Roma y el Maestro General de Santo Domingo⁵⁹.

En Roma no era Minaya un desconocido, tal vez por la importante y extensa carta que el primer obispo de Tlaxcala, Fray Julián Garcés, O. P., envió a Paulo III, hablando en favor de los indios, en algunos de cuyos párrafos dice:

⁵⁵ Sobre la respuesta general de los dominicos a los tres jerónimos puede verse: A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 142 y ss.; N. MEZA VILLALOBOS, *op. cit.*, p. 59 y siguientes.

⁵⁶ Ver V. D. CARRO, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁷ A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 99, nota 16.

⁵⁸ *Idem*, ps. 144 y 148 y siguientes.

⁵⁹ *Idem*, p. 149 y siguientes.

"Ya es tiempo de hablar contra los que han sentido mal de aquestos pobrecitos, y es bien confundir la vanísima opinión de los que fingen incapaces, y afirman que su incapacidad es ocasión bastante para excluirlos del gremio de la Iglesia. Predicad el Evangelio a toda criatura (dijo el Señor en el Evangelio) el que creyere y fuere bautizado, será salvo. ... A nadie, pues, por amor de Dios aparte desta obra la falsa doctrina de los que instigados por sugestiones del demonio afirman, que estos indios son incapaces de nuestra religión. Esta voz realmente que es de satanás, aflijido de que su culto y honra se destruye; y es voz que sale de las avarientas gargantas de los cristianos, cuya codicia es tanta, que por poder hartar su sed, quieren porfiar que las criaturas racionales, hechas a imagen de Dios, son bestias y jumentos"⁶⁰.

De la Hera señala que en esa erudita como extensa carta "en la que se refieren una y otra vez hechos y acontecimientos, mezclados con citas de la Sagrada Escritura y con razones y pruebas, para demostrar la capacidad y el aprovechamiento en la Fe de los indígenas, solamente una vez se habla de un misionero, citándolo por su nombre y apellido, y se le tributan muchas alabanzas; ese misionero es Fray Bernardino de Minaya" y ello debió ayudarlo mucho en Roma ⁶¹.

Además de circunstancias de las que tenían conocimiento por su actuación en América, entendemos que hay dos hechos que impulsaron la decidida intervención ante el Papa del obispo Garcés y del P. Miraya, que fueron lo expuesto por el P. Betanzos ante el Consejo y la Real Cédula que, en 1534, restableció la esclavitud *ture belli*.

Aunque muchas veces se hace referencia a esta bula, citándosela en libros de derecho y de investigación histórica, no se transcribe su texto íntegro, por lo cual a pesar de su gran importancia es poco conocido y por ello creemos importante transcribirlo. Ella expresa:

"Paulo, obispo, siervo de los siervos de Dios. A todos los fieles de Cristo que las presentes Letras vieren, la salud y la bendición Apostólica. Dios sublime de tal modo amó al género humano, que el hombre hizo tal, que no sólo fuera partícipe del bien como las demás criaturas, sino que pudiera llegar al Sumo Bien, inaccesible e invisible, y verle cara a cara. Y como el hombre ha sido creado para alcanzar la vida y la felicidad eterna, según el testimonio de la Sagrada Escritura, y esta vida y felicidad eterna nadie la puede alcanzar sino por la Fe de Nuestro Señor Jesucristo, es necesario reconocer que el hombre es de tal condición y naturaleza que puede recibir la Fe de Cristo, y que quienquiera que tenga naturaleza humana es hábil para recibir la misma Fe. Pues no ha de creerse a nadie tan necio que crea poder obtener su fin y no alcanzar en modo alguno el medio totalmente necesario.

Por ello, la Verdad misma, que ni puede engañarse ni engañar, cuando destinó predicadores de la Fe al oficio de la predicación, es sabido que dijo:

⁶⁰ L. HANKE, *op. cit.*, p. 37, en la cual transcribe parte de la carta. Ver V. D. CARRO, *op. cit.*, p. 62 y siguientes.

⁶¹ A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 151 y siguientes.

'Id y enseñad a todas las gentes'. A todas, dijo, sin ninguna excepción, como quiera que todas sean capaces, de la disciplina de la Fe. Lo cual viendo y envidiando el rival del género humano, que siempre se encamina a que todos los buenos perezcan, imaginó un modo, hasta ahora nunca oído, que impidiera que la palabra de Dios se predicara a las gentes para que se salvaran, y movió a algunos de sus satélites que, deseando colmar su codicia, se atrevan a afirmar que los indios occidentales y meridionales y a otras gentes que en estos tiempos han llegado a nuestra noticia, bajo pretexto de que son incapaces de la Fe católica, como animales brutos, ha de reducirse a nuestro servicio, y les reducen a servidumbre, abrumándoles con tantas aflicciones cuantas apenas usan con los animales brutos de que se sirven. Por tanto, Nos, que del mismo Nuestro Señor, aunque inmerecidamente, hacemos las veces en la tierra, y a las ovejas de su rebaño, encomendadas a Nos, que se hallan fuera de su redil procuramos con todas nuestras fuerzas llevarlas al redil, teniendo en cuenta que estos indios, como verdaderos hombres, no sólo son capaces de la Fe cristiana sino que, como nos es conocido, se encaminan muy dispuestos a esta Fe, y queriendo sobre ello proveer con convenientes remedios:

Que dichos indios y todas las otras gentes que a noticia de los cristianos lleguen en adelante, aunque estén fuera de la Fe de Cristo, sin embargo no han de ser privados o se les ha de privar de su libertad y del dominio de sus cosas, antes bien pueden libre y lícitamente usar, poseer y gozar de tal libertad y dominio, y no se les debe reducir a servidumbre; y que lo de cualquier modo haya podido acontecer, sea írrito y nulo y sin ninguna fuerza o momento, y que a estos indios y otras gentes haya de inducirse a la Fe de Cristo con la predicación de la palabra de Dios y el ejemplo de una buena vida; y que a los traslados de las presentes Letras firmados por mano de algún notario público y provistos del sello de alguna persona constituida en dignidad eclesiástica ha de darse la misma fe que se daría a los originales; con autoridad apostólica, por las presentes lo determinamos y declaramos, no obstando cualquier otras cosas anteriores y contrarias.

Dada en Roma en San Pedro el año de la Encarnación del señor en 1537, el 4 de las nonas de junio, en el año tercero de nuestro pontificado" ⁶².

Este documento se complementa con otros que junto con él se publicaron en la Curia Romana. La bula *Altitudo divini consilii*, que se relaciona con problemas de derecho canónico, resolviendo dos cuestiones, que habían ocasionado diferencias entre los misioneros de distintas órdenes, relativas a la administración del bautismo y a los matrimonios de los indios contraídos en la infidelidad. Esta bula sirvió a la jerarquía eclesiástica en Indias como "un arma de poderosa fuerza para cumplir en adelante su misión a espaldas de los letrados peninsulares, que durarán cuanto quieran en la Metrópoli, pero pier-

⁶² A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, II, doc. 956, ps. 774-776, donde se consigna el texto en latín y la traducción transcripta, realizada en base a aquél que fue publicado por A. de la Hera en la *op. cit.*, ps. 161-163. Este último señala que la búsqueda que efectuó en el Archivo Secreto Vaticano resultó infructuosa, por lo cual se remite al ejemplar auténtico que obra en el Archivo de Indias. La fecha de bula es el día cuarto de las nonas de junio de 1537, es decir, el 2 de ese mes.

den interés en el Nuevo Mundo, a medida que los misioneros se vayan aplicando a poner en práctica un documento que puede subsanar los errores de ellos mismos; y estos errores, más que ningunos otros, podrían poner en peligro la cristianización”⁶³. Esta bula trata de superar las diferencias entre los religiosos encargados de misionar en Indias, en cuanto a la forma de evangelizar y de administrar los sacramentos a los indios, que de la Hera considera detenidamente al analizar la práctica misional⁶⁴ y que la Reina señaló en su carta al Virrey Antonio de Mendoza, del 14 de julio de 1536, en la cual, haciéndose eco de la situación, le dice que “porque las discordias entre los religiosos no causen escándalos entre los yndios y menosprecio de nuestra religión cristiana, trabajaréis que tengan toda conformidad, pues el fin de todos es y debe ser uno que es convertirlos a Dios y demás que cesen contenciones y discordias públicas procuréis que en la manera de administrar los sacramentos y doctrinarlos no haya notable diversidad, porque habría el mismo inconveniente”⁶⁵. La necesidad de terminar con las diferencias entre los religiosos se refleja también en las Instrucciones que, el ya obispo de México, Fray Juan de Zumárraga, escribe a sus delegados en el Concilio ecuménico que va a celebrarse, solicitando la designación de un legado del Sumo Pontífice en México, que tenga toda su autoridad plenaria y si ello no se concede, se arbitren los medios para que no falte la autoridad de Su Santidad en esas tierras⁶⁶.

No nos hemos propuesto analizar en nuestro estudio la *Altitudo divini consilii*, que llevaría por sí solo a largos desarrollos. En cuanto al bautismo, sólo señalamos, que determinó que en lo futuro se guardase la disciplina común de la Iglesia con relación a su administración a los indios, lo que a su vez concedía validez a cuanto fuera de ella se había hecho hasta entonces. En lo referente al matrimonio nos limitamos a destacar que fue el sacramento que más problemas ocasionó, pues había que concordar las costumbres indígenas con los mandamientos cristianos y algunas de aquéllas debían ser abandonadas, especialmente la poligamia. La *Altitudo* determinó que cuando los indios no recordaran cual fue la primera esposa, puedan elegir a la que prefieran para contraer con ella matrimonio *in facie Ecclesiae*, por lo cual era preciso saber cuáles eran sus esposas de acuerdo con el derecho indígena, pues las concubinas quedaban fuera de lo establecido por la bula⁶⁷.

Otro documento que complementa la *Sublimis Deus*, es el breve *Pastorale Officium*, dirigido al Cardenal Tavera, Arzobispo de Toledo, a quien el Papa encomienda haga cumplir y respetar por todos lo señalado en aquélla, castigando a los que la desconozcan con excomunión *latae sententiae* en la que incurrían *ipso facto*. Este breve trajo problemas con la Corona española,

⁶³ A. DE LA HERA, *op. cit.*, 153 y siguientes.

⁶⁴ Ver *idem*, ps. 126-141.

⁶⁵ *Idem*, p. 141.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Para ampliar estos temas ver el estudio de A. de la Hera, en el cual los considera y especialmente hace un amplio análisis de los problemas que había traído la administración del bautismo. De los sacramentos por esta época, con relación a los indios, no se había presentado el relativo al orden sagrado pues se consideraba sin contradicción que carecían del grado cultural necesario para recibirlo.

pues afectaba el Derecho de Patronato y las facultades del Presidente del Consejo de Indias, que por entonces era el Cardenal Loaysa ⁶⁸.

La bula *Sublimis Deus*, de acuerdo con su contenido, constituyó la proclamación del Romano Pontífice del derecho de los indios a la libertad y a la fe. En ella se establecen, en síntesis, tres grandes principios: los indios son verdaderos hombres, tienen capacidad para recibir la Fe, no debe reducirse a la esclavitud, por ser libres por naturaleza y tampoco debe privárseles de sus bienes pues son propietarios naturales. En efecto, en ella el Pontífice declara que los indios son verdaderos hombres, *Attendentes Indos ipsos, utpote veros homines*, que aun permaneciendo fuera de la Fe mantenían su derecho a la libertad y a la propiedad, no pudiendo ser reducidos a la esclavitud, *licet extra fidem Christi existant, sua tamen libertate ac rerum suarum dominio privatos seu privandos non esse, immo libertate et dominio huiusmodi uti, potiri, et gaudere libere et licite posse, nec in servitutem redigi debere* y debía invitárseles a abrazar la Fe mediante la predicación y el ejemplo, no utilizando otros medios, *ipsos Indos et alias gentes Verbi Dei praedicatione et exemplo bonae vite ad dictam fidem Christi invitandos fore* ⁶⁹.

La *Sublimis Deus* contiene, además, una condenación terminante a quienes se opongan a la causa de los indios, cuando dice *Quod videns et invidens ipse humanis generis emulus, qui bonis omnibus ut pereant semper adversatur, modum excogitavit hactenus auditum que impediret ne verbum Dei gentibus ut salvae fierent predicaretur ac quosdam suos satellites commovit qui suam cupiditate tem adimplere cupientes...*"

V. SUPERVIVENCIA DE LA "SUBLIMIS DEUS"

Se sostuvo que esta bula fue anulada por Paulo III mediante el breve *Non invidens videtur*, promulgado el 19 de junio de 1538, a instancia del Emperador Carlos V. Entre los que lo afirman se encuentra el padre Carro ⁷⁰. De la Hera analizó la cuestión detenidamente y llega a la conclusión contraria: Sus argumentos, entendemos, son convincentes.

Minaya presentó en el Consejo de Indias las bulas y el breve, para su ejecución. La actitud oficial fue retener los documentos en España y ello fracasó, por lo cual el Emperador ordena al Virrey Mendoza recoger los ejemplares o copias que hayan llegado a las Indias y los remita a la Península. En la carta que para ello envía, dice Carlos V que se suplicó a Su Santidad para que las revoque y vuelva la situación al estado anterior a su promulgación ⁷¹. Casi al mismo tiempo se promulga una real orden incorporada a la Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias (libro I, tít. IX, ley II) que establece el pase regio para las tierras americanas, al ordenar que las bulas y breves

⁶⁸ A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 152.

⁶⁹ *Idem*, p. 179.

⁷⁰ V. D. CARRO O. P., *op. cit.*, p. 62, nota 77.

⁷¹ A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 173

que se llevaran a las Indias, si no constare que han sido presentados en el Consejo de Indias y pasados por él, los Virreyes, Presidentes y Oidores de las Reales Audiencias, "los recojan todos originalmente de poder de cualesquier personas que los tuvieren, y habiendo suplicado de ellos para ante Su Santidad, que esta calidad ha de preceder, nos los envíen en la primera ocasión al dicho nuestro Consejo; y si vistos en él, fueren tales, que se deban executar, sean executados; y teniendo inconveniente, que obligue a suspender su ejecución, se suplique de ellos para ante nuestro muy Santo Padre, que siendo mejor informado, los mande revocar, y entre tanto provea el Consejo que no se executen, ni se use de ellos" ⁷².

Analizando el texto del breve *Non indecens videtur* destaca de la Hera que se refiere a documentos en forma de breve y de estos había uno solo y, por ende, no comprende a la *Sublimis Deus*. Dice este destacado investigador: "Las palabras *in forma brevis litteras* del breve de anulación son jurídicamente concluyentes. En efecto, es norma canónica vigente desde casi los comienzos de este Derecho que en las leyes favorables la interpretación debe ser amplia, y en las odiosas, estricta, y la norma anterior no se considera revocada sino cuando la revocación se prueba con argumentos ciertos. Las palabras *in forma brevis litteras* en una revocación han de interpretarse estrictamente, pues, y ningún documento que no tenga forma de breve ha de considerarse por ellas anulado. Etimológicamente, la palabra *littera* latina tiene un doble significado: en singular letra del alfabeto, y en plural, carta. El empleo de la voz *litteras*, acusativo plural, indica que se habla de 'carta', 'documento' —como es corriente en las letras papales llamar *litterae* a una sola de ellas—, y la singularidad del significado se avala además por el añadido *brevis* y no *brevium*. Luego la expresión que comentamos se refiere a un único documento, el breve *Pastorale officium* que es el que impone severas penas eclesiásticas, como Haenke reconoció la primera vez que al tema se refirió" ⁷³.

Apoyando la conclusión a que llega mediante el análisis del texto, agrega que al Emperador le molestó el breve por las severas penas eclesiásticas que impone a sus súbditos, que consideró una intromisión del Pontífice en los derechos que surgían del Patronato Real y también desagradó al Presidente del Consejo de Indias, el Cardenal Loaysa, por el nombramiento del Cardenal Tavera para ejecutarlo, por lo cual éste puso de su parte todo lo que pudo para que el breve se anulare ⁷⁴.

También afirma que la *Sublimis Deus* no podía molestar a Carlos V, pues coincidía con las ideas que guiaron el plan de la Corona con relación al problema de los indios y le daba el respaldo de la autoridad del Papa ante quienes se le oponían, no enfrentando, por ende, esa política ni la regulación jurídica dictada por la Corona en cuanto al derecho de los indios a la libertad y a la Fe. Por ello "no había de tener nada contra la declaración papal en favor de la libertad y del derecho a la Fe de los indios —aparte de que no deseara

⁷² Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, reproducción fotográfica de la cuarta impresión efectuada en Madrid en 1791, Madrid, 1943, p. 76.

⁷³ A. DE LA HERA, *op. cit.*, p. 176 y siguientes.

⁷⁴ *Idem*, p. 177.

la pena de excomunión para los contraventores—, como lo prueba el hecho de la dñodada lucha real —conocida en los capítulos anteriores— para imponer la misma idea. Y más aún lo prueban las Leyes Nuevas que en 1542 promulgó el Emperador, y trató de llevar a la práctica contra viento y marea, mostrando así su completa identificación con lo que, en el siempre teórico terreno doctrinal, establece Paulo III en la bula *Sublimis Deus*. La bula que, de una vez para siempre, establece para el caso de las Indias y para todos los casos el derecho de los hombres a la Fe, a la libertad y a los medios de vida, aunque por siglos y siglos nos empeñemos en continuar ignorándolo”⁷⁵. Para de la Hera las leyes de 1542 “representa el triunfo de los que obtuvieron la gran bula paulina”⁷⁶.

También este autor destaca el texto de la carta por la cual el Emperador se dirige al Papa, en la cual hace referencia a las dificultades que de sus *in forma brevis litteras* se darían para el gobierno de las Indias y Paulo III accediendo a la súplica de Carlos V, revoca esas letras pero diciendo no sólo que hace ello, sino que el Emperador le ha pedido que anule las letras en forma de breve, por lo cual concluye: “Luego Carlos V no pidió nada contra la *Sublimis*, salvo que admitamos que el Papa mentía y el César se conformó con ello, sin reclamar que se cambiase la equívoca redacción, la que sería entonces equívoca”⁷⁷.

A ello, para apoyar su afirmación de que no fue revocada la bula que nos ocupa, agrega que Papas posteriores, Urbano VII (1639), Benedicto XIV (1741) y Gregorio XVI (1839) ratificaron la *Sublimis Deus* sin hacer referencia a su anulación⁷⁸.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ARISTÓTELES, *Política en Obras*, Madrid, 1964.
- ARMAS MEDINA, FERNANDO DE, *Cristianización del Perú*, Sevilla, 1953.
- BELTRÁN DE HEREDIA, VICENTE, O.P., El padre Matías de Paz y su tratado de “*Domínio regum Hispanoae super indos*”, en *Miscelánea Beltrán de Heredia: Colección de artículos sobre historia de la teología española*, Salamanca, t. I, 1972.
- BRUNO, CAYETANO, O.D.B., *La evangelización del aborigen americano*, Buenos Aires 1968.
- BUTLÓN Y FERNÁNDEZ, E., *El Dr. Palacios Rubios y sus obras*, Madrid, 1927.
- CARRO, VENANCIO D., O. P., “El indio y sus derechos y deberes, según Francisco de Vitoria” en *Revista de Indias*, 24, 1946.
- *La teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América*, 2ª ed., Salamanca, 1951.
- CASTAÑEDA, PAULINO, *La condición miserable del indio y sus privilegios*, Anuario de estudios americanos, XXVIII, 1971.

⁷⁵ *Idem*, p. 178.

⁷⁶ *Idem*, p. 101.

⁷⁷ *Idem*, p. 175.

⁷⁸ *Idem*, p. 176.

- CERREJO DE DIEGO, PROMETEO, O.S.A., Alonso de Veracruz y el derecho de gentes, México, 1985.
- DE LA HERA, ALBERTO, *El derecho de los indios a la libertad y a la fe* en Anuario de historia del derecho español, XXVI, Madrid, 1956.
- ESCUDERO, JUAN A., *Curso de Historia del derecho*, Madrid, 1987.
- FRAILE, GUILLERMO, O.P., *Historia de la filosofía*, III, Madrid, 1966.
- GARCÍA GALLO, ALFONSO, *Manual de Historia del derecho español*, I y III, 4ª ed., Madrid, 1971.
- *La condición jurídica del indio* en Estudios de historia del derecho privado, Sevilla, 1982.
 - *La posición de Francisco de Vitoria ante el problema indiano: una nueva interpretación* en Estudios de historia del derecho indiano, Madrid, 1972.
 - *El encomendero indiano* en Estudios de historia del derecho indiano, Madrid, 1972.
- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, MANUEL, *Introducción al estudio de las instituciones canónicas en el Derecho indiano*, separata del Anuario de Estudios Americanos, Sevilla, 1946.
- HANKE, LEWIS, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Buenos Aires, 1949.
- *Estudios sobre Bartolomé de las Casas y sobre la lucha por la justicia en la conquista española en América*, Caracas, 1968.
 - *Uno es todo el género humano*, Chiapas, 1974.
- HARING, CLARENCE H., *El imperio hispánico en América*, 2ª ed., Buenos Aires, 1972.
- Las siete Partidas*, en los Códigos españoles, 2ª ed., Madrid, 1872.
- LEVAGGI, ABELARDO, *La condición jurídica del esclavo en la época hispánica* en Revista de Historia del derecho, I, Buenos Aires, 1973, p. 83.
- LEVENE, RICARDO, *La reina Isabel y el sentido histórico de la legislación de Indias* en Boletín de la Academia Nacional de la Historia, XXIV-XXV, Buenos Aires, 1950-51.
- *Historia del Derecho Argentino*, I, Buenos Aires, 1945.
- LEÓN PINELO, ANTONIO DE, *Tratado de confirmaciones reales*, Buenos Aires, 1922.
- MEZA VILLALOBOS, NÉSTOR, *Historia de la política del Estado español en América*, Santiago de Chile, 1975.
- OJER, PABLO, S.J., *Experiencias cristianas con el indio antillano* en Anuario de Estudios Americanos, Sevilla, XXVI, 1969, ps. 65-114.
- OLIVEROS, MARTHA N., *La construcción jurídica del régimen tutelar del indio* en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 18, Buenos Aires, 1987.
- Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, reproducción fotográfica de la 4a impresión efectuada en Madrid en 1791*, Madrid, 1943.
- STADTMULLER, G., *Historia del Derecho internacional público*, Parte I, hasta el Congreso de Viena (1815), Madrid, 1961.
- SEPÚLVEDA, JUAN GINÉS DE, *Demócrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*, edición bilingüe, Madrid, 1951.
- SIERRA, VICENTE D., *Historia de la Argentina*, I, Buenos Aires, 1956.
- VALDEAVELLANOS, LUIS G. DE, *Curso de historia de las instituciones españolas de los orígenes al final de la Edad Media*, 4ª ed., Madrid, 1961.
- VITORIA, FRANCISCO DE, O.P., *Relecciones teológicas*, Buenos Aires, 1946.
- ZAVALA, SILVIO A., *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, 1935.
- *Ensayos sobre la colonización española en América*, Buenos Aires, 1944.
 - *Serchidumbre natural y libertad cristiana según tratadistas españoles de los siglos XVI y XVII*, Buenos Aires, 1944.
 - *La encomienda indiana*, 2ª ed., México, 1973.
 - *La filosofía política en la Conquista de América*, 3ª ed., México, 1977.
- ZORRAQUÍN, BECÚ, RICARDO, *Historia del Derecho argentino*, I, Buenos Aires, 1966.
- *Las bases fundamentales del Derecho indiano*, en Estudios de Historia del Derecho, t. II, Buenos Aires, 1930, p. 9.

LOS TITULOS ENUNCIADOS POR VITORIA Y LA LEGISLACION DE INDIAS

CARLOS GUILLERMO FRONTERA

En una conferencia pronunciada en el Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, el distinguido catedrático español don Alfonso García Gallo analizó a través de claros y abundantes testimonios documentales, los motivos que determinaron a Francisco de Vitoria desde su Cátedra de Teología de la Universidad de Salamanca a elaborar, mediante sus célebres "Relecciones Indígenas", los nuevos justos títulos que justificaban la ocupación y conquista de los Reinos de Indias¹.

El profesor García Gallo sostuvo entonces, que la obra del Maestro Salamantino se inspiró en la decisión del Emperador Carlos v de abandonar los Reinos del Perú, decisión esta originada en la prédica combativa proveniente de manera principal del Padre Bartolomé de las Casas, como así de la acreditada violencia empleada en la conquista de esos Reinos que culminó con el sacrificio de Atahualpa.

El objetivo final de Vitoria —concretado a través de los sólidos argumentos expuestos en su obra—, fue demostrar al Emperador que el abandono de esas tierras implicaría una pérdida para la cristiandad, logrando al cabo de Carlos v la promesa de dejar los Reinos del Perú "cuando éstos fuesen capaces de conservarse en la fe católica"².

Las "Relecciones" cumplieron dos objetivos: en primer término, rebatir los endebles y relativos títulos esgrimidos hasta entonces, basados fundamentalmente en el poder temporal del Sumo Pontífice para conceder tierras y, en segundo término, respondiendo a su principal propósito, enunciar nuevos títulos que el eminente teólogo juzgaba válidos para asegurar la ocupación y conquista de los territorios descubiertos en favor de la Corona de Castilla.

De cada uno de los títulos que fue enunciando, Vitoria extrajo conclusiones y proposiciones que explicaban su sentido y alcance.

¹ "La posición de Francisco de Vitoria ante el Problema Indiano" (*Revista del Instituto de Historia del Derecho*, nº 2, p. 47).

² Colección de documentos inéditos para la historia de España, XIII, 433.

La fuerza espiritual y el contenido racional y filosófico de la tesis expuesta por Vitoria se constituyó en una guía constante y hasta insoslayable para las autoridades encargadas de elaborar la legislación que habría de regir en los Reinos de Indias.

Resulta propio destacar, en breve síntesis y a título de ejemplos, algunas de sus conclusiones y proposiciones, las que, como veremos, aparecen recogidas en disposiciones luego incorporadas a la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

En la primera de las conclusiones de las "Relecciones", Vitoria destaca como derecho natural dado a todos los hombres, el de viajar y permanecer en Indias. Seguidamente, condiciona esa afirmación a que tales derechos se sustenten en la persuasión y en el no agravio a los indios, dado su carácter de dueños naturales de las tierras y hombres libres por naturaleza³.

La ley 23, del título 7, del libro IV; las leyes 7 y 9 del título 12 del mismo libro y la ley 1 del título 2 del libro VI de la mencionada Recopilación⁴, recogen preceptos establecidos por Felipe II del 6 de abril de 1588 y del 11 de junio de 1594; de Carlos V, del 5 de noviembre de 1540; del 11 de mayo de 1542 y del 4 de octubre de 1548, referidos especialmente a la libertad de los indios y la prohibición de someterlos, así como que en el repartimiento de tierras no se agravie a los indios, dejando establecido que las tierras de éstos que se hubieren repartido les fueran devueltas. Tales normas concuerdan en su letra y en su espíritu con las condiciones expresadas por el Maestro Salamantino.

Derivado de esa primera conclusión, al enunciar la segunda proposición, Vitoria juzga lícito el comerciar con los naturales por cuanto considera que ello es una libertad propia tanto de indios como de españoles.

Idéntico concepto aparece reproducido en la ley 29, del título 1, del libro VI y en la ley 25 del mismo título y libro y que recogen preceptos dictados por Carlos V, el 12 de mayo de 1551; Felipe III, el 26 de mayo de 1609; Felipe II, el 30 de enero de 1567, por las que se establece la prohibición de aprovecharse del trabajo y la hacienda de los indios y el derecho de éstos de comerciar libremente sus frutos, prescribiendo sanciones contra todos aquellos que incurrieran en la violación de tales preceptos.

También en su tercera Proposición, el eminente teólogo entiende como propia de la condición de españoles e indígenas la de participar de las cosas comunes, destacando como tales: las aguas; los pastos y los montes. Las leyes 5, 6, 7, 8, 9 y 11 del título 17 del libro VI de la "Recopilación" reproducen disposiciones de Carlos V, del 8 de octubre de 1550, por las que se prescribe que los pastos, montes y aguas sean comunes en las Indias para todos sus vecinos en la inteligencia de que tales bienes participen de ese carácter comunitario por derecho natural.

³ *Relecciones sobre los Indios y el Derecho de Guerra*, Colección Austral, Segunda edición, 1947.

⁴ Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias, Madrid, Edición 1973.

El segundo Título enunciado por Vitoria se funda en la obligación de todo cristiano de misionar llevando el mensaje salvífico de Nuestro Señor Jesucristo.

Del referido título el maestro extrae cuatro conclusiones: la primera consiste en reconocer que para los españoles es un derecho y una obligación de conciencia anunciar el Evangelio a sus prójimos bárbaros, habida cuenta del derecho natural de éstos de conocer la verdad.

Las leyes de Indias recogieron en normas el objetivo misionero de la conquista. Así las Ordenanzas de Población de Felipe II puntualizan el modo persuasivo con que se debería proceder para atraer a los infieles mediante la predicación del Evangelio. En el mismo sentido otras disposiciones incorporadas a la "Recopilación" tales como la ley 2 del título 1 del libro I; las leyes 4, 5 y 6 del título 2, libro I y la ley 5 del título 12 del mismo libro, contenían preceptos sobre la enseñanza de la doctrina y la necesidad de que ese magisterio fuese desempeñado por sacerdotes.

Precisamente, respecto de los sacerdotes también la legislación se preocupó en puntualizar de manera especial, la necesidad de elegir para el adoctrinamiento a clérigos virtuosos que cumplieran con la predicación con suavidad y ejemplos, transmitiendo, juntamente con sus enseñanzas, normas de educación y buen trato. Estos preceptos fueron incorporados también a la "Recopilación", en la ley 30, título 12 del libro I; ley 2 del título 4 y la ley 13 del título 7, ambas del libro II.

En la tercera y cuarta conclusión, Vitoria aconsejaba la conducta a seguir ante la actitud que pudieran asumir los naturales y sus señores frente a la predicación de la fe. Las reflexiones que contienen las mencionadas conclusiones aparecen consagradas en disposiciones emanadas de Felipe III, del 5 de octubre de 1607 y 15 de agosto de 1614 y de Felipe II, del 18 de octubre de 1569, incorporadas luego a la recopilación en las leyes 8 y 9 del título 1 del libro I y a la ley 1, del título 14 del libro VI.

En otro orden de cosas resulta propio recordar que era conocida en época de las "Relecciones" la conducta tiránica de caciques y demás jefes para con sus súbditos indígenas, así como también eran sabidas las prácticas inhumanas que imperaban en algunas tribus, de manera particular y con mayor intensidad en la llamada gran civilización azteca.

Tan lamentables prácticas determinaron a Vitoria a considerar la cuestión al enunciar y desarrollar el V Justo Título. En su exposición afirma el derecho de los españoles de defender a los desprotegidos ante los excesos mencionados, por considerar que tal derecho derivaba del imperativo evangélico de amar al prójimo.

Análogos conceptos aparecen reproducidos en la legislación de Indias incorporados a la "Recopilación" en la ley 1, título 7 del libro VI; la ley 15 del título 8 del mismo libro y en la ley 3 del título 2, también del libro VI, que mandaban moderar los excesos de los caciques e incluían la prohibición de que éstos pudieran someter a los indios al estado de esclavitud.

Por último en el VI Título de las "Relecciones", también inspirado en principios de derecho natural, Vitoria afirma la facultad de la comunidad indígena para designar autoridad mediante la voluntaria y libre elección.

En las Instrucciones sobre Nuevos Descubrimientos, dictadas en 1566 por el Rey Felipe II, el Monarca disponía que no habría de notificarse a los naturales la incorporación al dominio de la Corona, sino que quienes tuvieran a su cargo la empresa colonizadora deberían: "persuadir a los indios de que su voluntad vengan a la sujeción a la corona por pactos libres"⁵.

Mucho se ha dicho y escrito, especialmente durante el siglo XIX sobre la conquista de América adjudicando a la empresa fines subalternos, propósitos mezquinos y un excluyente afán de lucro, disimulados u ocultos tras una simulada cruzada de contenido espiritual. Tales afirmaciones, producto algunas veces de la ignorancia de conocimientos, o con deliberados fines políticos e ideológicos las más de ellas, han reaparecido en los últimos tiempos tan próximos a la celebración del V Centenario del descubrimiento y evangelización de América. Así, ideólogos, literatos y hasta juglares de protesta, tanto en América como en Europa, han surgido como paladines defensores de derechos que habrían sido conculcados a los indígenas representantes de civilizaciones criminalmente destruidas por la conquista.

Frente a la falta de contenido científico de gran parte de esas afirmaciones, y a despecho de ellas, existe una seria e insospechable historiografía que ha investigado y ubicado con precisión la forma como se llevó a cabo, los fines perseguidos y por sobre todo el sentido misional que tuvo la ocupación y colonización de los territorios americanos.

Los referidos estudios muestran —sin dejar de admitir y señalar que existieron excesos protagonizados por encomenderos y soldadesca—, que el verdadero y principal sentido de la empresa iniciada por la Corona de Castilla y luego por la España toda, estuvo signado por un eminente contenido espiritual producto de la prédica y el pensamiento de juristas y teólogos como el Maestro Salamantino, unido a las profundas convicciones que en tal sentido adornaba tanto a los monarcas como a las autoridades encargadas de legislar para las nuevas tierras.

Resulta propio destacar —a guisa de ejemplo— que el 20 de junio de 1500, pocos años después de producido el descubrimiento, una Real Cédula de los Reyes Fernando e Isabel afirmó la condición de hombres libres de los indios, por cuanto su carácter de vasallos de la Corona garantizaba tal libertad y la absoluta imposibilidad de someterlos a esclavitud.

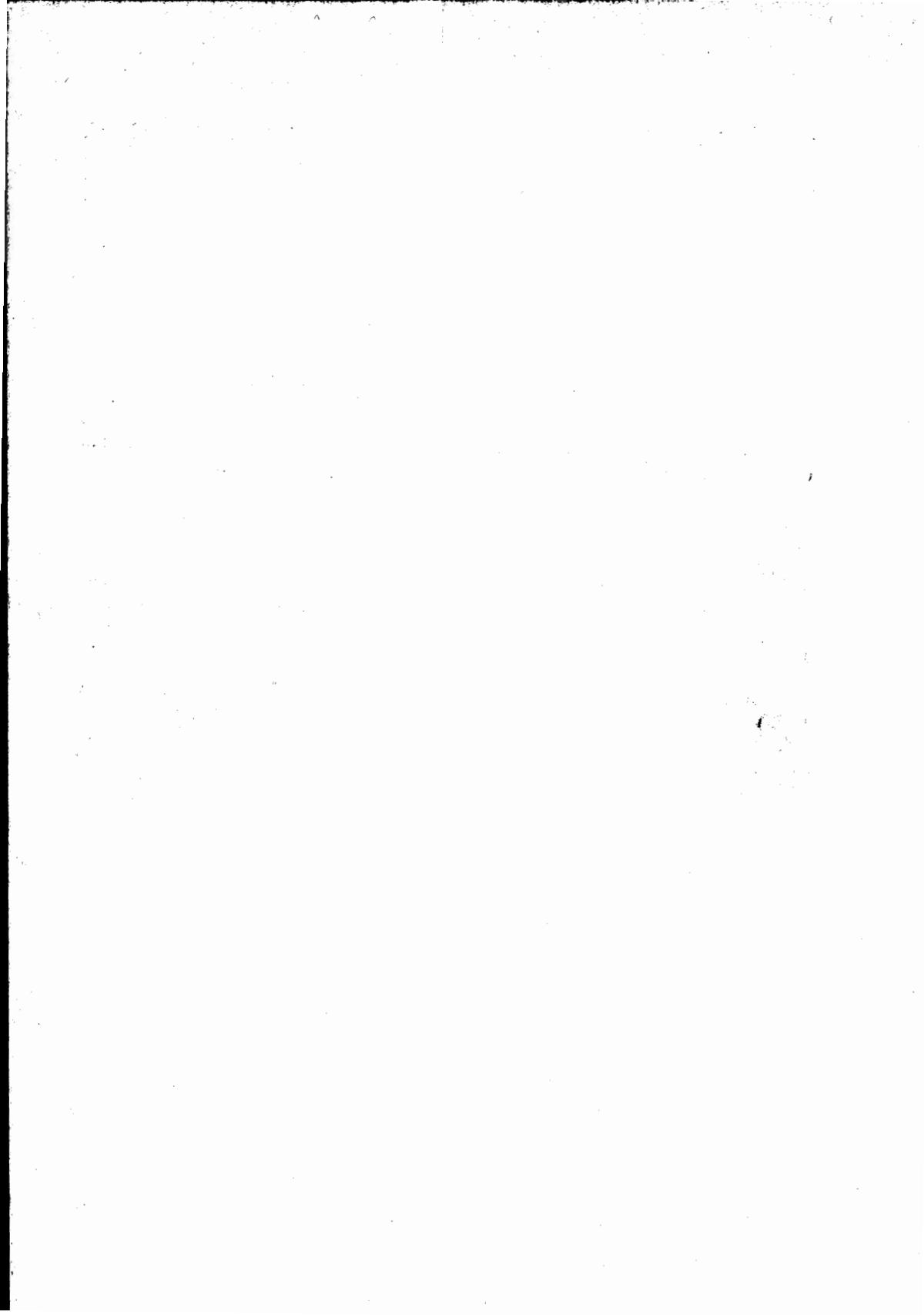
Comentando ésta y otras disposiciones dice Vicente Sierra, "España trajo al Nuevo Mundo todo lo que poseía, y de todo ello, su mejor riqueza: su fe, su cultura, su estilo. No regateó nada. No trajo propósitos mercantiles porque no los tenía, ni los tuvo, ni los tiene. El tema que más le preocupó fue conciliar la predestinación divina con los méritos del hombre, y porque no podía

⁵ *Cedulario Indiano*, Tomo VI, Madrid, 1946.

creer que los hombres fueran malos porque la Providencia los destinara al mal, trajo a América la esperanza de la salvación, infundiendo por la acción de sus teólogos en la ciencia de los legisladores, el espíritu que se hizo carne en las Leyes de Indias...”, para concluir afirmando: “...Y porque fue esa fe en la posibilidad de salvación para los nativos del Nuevo Mundo lo esencial que trajo España con su conquista, trajo consigo, en lo ético, la convicción de que debían mejorar la vida, y en lo político, la de que debían progresar; y fue a ambos propósitos a lo que sirvió con ejemplar heroísmo, aunque no siempre con la misma eficacia”⁶.

Francisco de Vitoria fue, sin duda alguna, el teólogo que con más firmeza y libertad de criterio influyó en el pensamiento y en el espíritu de los legisladores indios. El problema de los “Justos Títulos” otorgó a Vitoria la ocasión para que desde su ilustre Cátedra de Salamanca aclarase el sentido exacto de la empresa castellana, orientase su legislación, asegurase la libertad de los indios y consolidase la igualdad de éstos y españoles.

⁶ *El sentido misional de la Conquista de América*, Ediciones Dictio, ps. 42-43.



EL EDICTO CARBONIANO

EDMUNDO J. CARBONE

I. INTRODUCCIÓN

Puede ser considerado como un lugar común sostener que el Derecho Romano fue un derecho de juristas: ello ha sido así y no es del caso cuestionarlo. Pero ello no debe llevar a desconocer la fuerza poderosamente revolucionaria del derecho honorario, que mucho tiempo antes que la jurisprudencia se organizara científicamente, había introducido en el ordenamiento jurídico importantísimas innovaciones¹, con la finalidad señalada por Papiniano: "adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia" (D. 1, 1, 7, 1). Posteriormente, las revolucionarias propuestas del derecho pretoriano fueron asumidas por la jurisprudencia, que las desarrolló y sistematizó, llevándolas a un alto grado de perfección; pero la innovación provenía de los magistrados iusdicentes.

Ha sido la pretura la que enmendó las iniquidades del derecho civil (Gayo, 3, 25) y cuando esta revolución jurídica comenzó, allá por los siglos III y IV a. C., lo hizo fuera de la tutela de los jurisprudentes. Porque cuando ello ocurrió, la jurisprudencia no pontifical estaba en sus albores y la pontifical se limitaba a la interpretación del "ius sacrum"². Los testimonios referentes a la intervención de los jurisconsultos en la actividad de los pretores recogidos en D. 4, 2, 9, 3; 4, 4, 3, 1; 24, 4 y 40, 2, 8, entre otros, corresponden al período clásico o tardo-clásico de la jurisprudencia romana, cuando la renovación procedente del derecho honorario ya se había agotado con la compilación de Salvio Juliano y con el incremento de la "cognitio extra ordinem".

II. ORIGEN DEL EDICTO CARBONIANO

Tal vez sea la "bonorum possessio" la más importante y trascendente de las innovaciones introducidas por el derecho honorario. Su origen en el tiempo es difícil de rastrear, bien puede ser de mediados o fines del siglo III a. C. Por otra parte, no se duda que en sus comienzos debió ser un instituto exclusivo para el heredero civil, ignorándose con precisión cuándo comenzó a ser concedida para quien no era "heres". De todos modos, la cláusula edicial

¹ Vid. CARBONE, "De la naturaleza del edicto del pretor", en *Prudentia Iuris*, XXI-XXII, ps. 101-119.

² TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano sotto la direzione de Mario Talamanca*, Milano, 1979, n° 32, p. 180.

objeto de este trabajo demuestra que cuando apareció (último tercio del siglo II a. C.), la "bonorum possessio" era ya una institución firmemente establecida.

Por ello no resulta del todo exacta la afirmación de las Instituciones justinianas: "ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia" (3, 9, pr.). Más bien nació como un instituto procesal para facilitar la adquisición de los bienes hereditarios por parte del heredero. Por lo que las mismas institutas, poco después, precisan: "Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris iuris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem" (3, 9, § 1). Pero finalmente, al concederse la posesión de los bienes a quienes no eran herederos civiles, se llegó por este medio a edificar un orden sucesorio paralelo al civil.

Además de la posesión de los bienes edicial, existieron otras conocidas como "decretalis" ya que eran dispuestas por el magistrado "causa cognita" y con carácter provisional. Se trató de aquellos casos en los que el pretendiente a la posesión de los bienes esgrime un título objetable: para salvar estas deficiencias, los magistrados concedieron la posesión provisional de los bienes del causante. Tales los casos de la "bonorum possessio ventris nomine", concedida a la madre embarazada en favor del "nasciturus"; la "bonorum possessio furiosi nomine", otorgada al curador del insano; cuando la institución de heredero era condicional, concedida previa caución; finalmente, la "bonorum possessio ex Carboniano edicto".

Esta última surge de una cláusula edicial atribuida —y su nombre autoriza a admitirlo así— a Cayo Papirio Carbón, pretor por el año 123 a.C.³ De este personaje atestigua Cicerón en el único discurso que no pudo pronunciar que años antes, siendo tribuno de la plebe, fue quien interrogó a P. Africano acerca del asesinato de Tiberio Graco, recibiendo como respuesta que se trató de una muerte justa. Luego, junto con Fulvio Flaco y Cayo Graco, fue encargado de la aplicación de la ley agraria que había hecho sancionar el cuestionado tribuno.

El edicto Carboniano, nacido en la época del alumbramiento del derecho preclásico, tuvo a través del tiempo un amplio desarrollo, nutriéndose primero con los aportes de la jurisprudencia y luego con los del derecho imperial. Se desarrolló hasta tal punto que abarca todo el título décimo del libro trigésimo séptimo de los Digestos de Justiniano.

III. "BONORUM POSSESSIO EX CARBONIANO EDICTO"

En el llamamiento "unde liberi" podía ocurrir que uno de los pretendientes a la herencia cuestionara la calidad de descendiente invocada por otro: lo que correspondía, en estos casos, era que se ventilara previamente la cuestión de estado, ya que ello resultaba previo para que el magistrado pudiera otorgar la posesión de los bienes. Pero si tal condición le era desconocida a un

³ D'Ors, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983, parág. 257, p. 324.

impúber, el denominado edicto Carboniano dispuso que se le concediera a éste la posesión provisional de los bienes, previa demostración sumaria de la verosimilitud de la pretensión —“causa cognita”— postergándose el juicio sobre su estado hasta la época en que alcanzara la pubertad.

Si bien no se ha conservado la redacción original de esta cláusula, es muy posible que no difiriera mayormente del texto que presenta Ulpiano en el libro 41 de sus Comentarios al Edicto:

“Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur” (D. 37, 10, 1, pr.). (Si a alguien se le hiciera controversia acerca de si es uno de los descendientes y fuera impúber, previo conocimiento de causa se le da la posesión como si no hubiera ninguna controversia; y se difiere el juicio con conocimiento de causa hasta el tiempo de la pubertad).

El mismo jurisconsulto precisa más adelante que poco importa que el “impúbero” que soporta la controversia sobre su estado sea poseedor o demandante, ya que sea que posea o que demande, se posterga la cuestión sobre su estado hasta el tiempo de su pubertad (D. 37, 10, 3, § 9).

Mediante esta innovación, seguramente introducida por C. Papirio Carbón, el impúber cuestionado podía gozar de la posesión de los bienes, sin verse envuelto a tan corta edad en un complicado pleito. Precisamente, la cláusula edictal presume que por su inexperiencia el “impúbero” pretendiente a la herencia paterna no está en condiciones de defenderse adecuadamente; por eso se difiere la decisión final sobre su estado de familia hasta la época en que alcance la pubertad, momento en el que se supone estará más capacitado para proveer a su defensa. Entre tanto, con carácter provisional y a modo de medida precautoria, se le concedía por el edicto Carboniano la “bonorum possessio”.

Para que se efectivizara la posesión carboniana era menester que el impúber que la pretendía prestara caución, de lo contrario, quien suscitaba la controversia entraba junto con él en la posesión de los bienes (Ulpiano, D. 37, 10, 1, § 1). No hay razones que autoricen a dudar de la genuinidad de este texto, ya que la “satisfatio” resultaba usual en casos similares. Idéntico criterio aparece mucho después en un rescripto de Diocleciano del año 294 (C. 6, 17, 1) en el que se da por supuesto que el beneficio carboniano se obtenía después de prestada la caución.

Además del presupuesto básico de que se tratara del cuestionamiento del carácter de “liber” de un “impúbero”, se añade también que se trate de uno a quien le competa la posesión de los bienes “contra tabulas” (D. 37, 10, 1, § 3), ya que si no la controversia carecería de sentido. No obstante, el mismo Ulpiano precisa que excepcionalmente podía ser “secundum tabulas” cuando se instituyera heredero a un póstumo y se le negara que lo fuera (D. 37, 10, 3, pr.).

Finalmente, y aunque parezca obvio, se señaló que para la procedencia de la posesión carboniana era necesaria tanto la controversia sobre el estado de

“liber” como sobre la herencia, ya que si la cuestión se limitara a la calidad de descendiente solamente—excluyendo los bienes— el juicio sobre el cuestionado estado no se posterga (D. 37, 19, 6, § 3).

6

IV. EXTENSIÓN DEL BENEFICIO

La “bonorum possessio ex Carboniano edicto” se extendió, por obra de la interpretación jurisprudencial, a muchos otros supuestos. Comenta Ulpiano que también le compete a las mujeres en la sucesión del ascendiente varón (D. 37, 10, 1, § 2), así como también si la cuestión es promovida por el mismo padre del impúber (*id.*, 1, § 4).

Se le atribuye al Salvio Juliano y a un rescripto de Antonino Pío que también procedía la posesión carboniana cuando se cuestionara la libertad, ya que una falsa acusación de esclavitud era aún más perjudicial para el “impúbero” (*id.*, 1, § 5) e idéntica solución cabía cuando se sostuviera que el causante era esclavo (*ibid.*, § 6). Aclara el mismo Ulpiano que “sed et si fiscus facit impuberi controversiam, Carbonianum Edictum potest locum habere” (*ibid.*, § 7). (Si también el Fisco promueve controversia contra el impúber, puede tener lugar el edicto Carboniano).

Se le atribuye a Pomponio la doctrina que sostenía la procedencia de la posesión Carboniana a aquel que fue desheredado en razón de afirmar el sostener que su madre lo había concebido en adulterio (D. 37, 10, 1, § 9). El mismo Ulpiano presenta un caso curioso: “ille, qui ex illia natus est, heres esto” (sea heredero aquél que nació de aquella mujer) pero no como hijo del testador; y sus coherederos sostienen que si bien el testamento es válido, el instituido no es hijo de la nombrada: en este caso, también corresponde el edicto (*id.*, § 10).

También Ulpiano defiende la posesión Carboniana cuando la madre del “impúbero” fuera acusada de parto supuesto (*id.*, § 11) incluso, agrega Marciano, si han fallecido la madre y los presuntos cómplices del parto (D. 37, 10, 2).

Un rescripto, también de Antonino Pío, extendió los beneficios del edicto a los casos de legados y fideicomisos (D. 37, 10, 3, § 1). En cambio, explica también Ulpiano que si se trata de un heredero instituido no se difiere la cuestión sobre su estado por aplicación del edicto Carboniano, sino por las constituciones imperiales (*id.*, § 2). Salvio Juliano sostiene que si la controversia se planteó con respecto a dos impúberes y uno de ellos alcanza la pubertad, la cuestión se mantiene en suspenso hasta que el otro alcance también dicha edad (*id.*, § 8). Igualmente procede el edicto cuando la contienda es entre dos impúberes (*id.*, § 10) y Salvio Juliano lo propugna cuando quien ha sido declarado libre y heredero en un testamento le controvierte su estado a un impúber (*id.*, § 11); Ulpiano extiende la solución para el caso de ser los deudores del causante, quienes cuestionaran el estado del “impúbero” (*id.*, § 12).

Esta también es doctrina de Salvio Juliano: “Si impubes negetur iure adoptatus, et ideo paternae hereditatis ei controversia fiat, non erit iniquum, simile

Carboniano *decretum interponi*" (D. 37, 10, 7 pr.). (Si se negara que el impúber fue adoptado según derecho, por lo que se le promoviera contienda sobre la herencia paterna, no será injusto que se dicte decreto semejante al Carboniano). Y el mismo jurisconsulto concede la posesión Carboniana cuando se hace valer la adopción del impúber para que no acceda a los bienes del padre de sangre (*id.*, § 10).

Sostiene Africano que el edicto Carboniano procede igualmente cuando se discute si el impúber era "sui iuris" o estaba en potestad, cuestión planteada por quien se consideraba su "paterfamilias" (D. 37, 10, 8, pr.) y también este jurisprudente lo concede cuando el "impúbero" es hijo de un emancipado que falleció y se pretende que aquel nació antes de la emancipación (*id.*, § 1).

Paulo atribuye a Salvio Juliano la opinión acerca de la preferencia del edicto cuando hubiere controversia simultánea sobre los bienes paternos y maternos o también sobre los de los hermanos (D. 37, 10, 6, § 1) y él mismo precisa que existiendo un impúber con su estado controvertido y herederos instituidos, todos tendrán la posesión: aquel por el edicto Carboniano y éstos por el testamento (D. 37, 10, 7, § 8). Por su parte, Marcelo determina que cuando se difiere por el heredero al juramento de la mujer la existencia de un embarazo y ésta jura afirmativamente, le compete la posesión Carboniana para el "nasciturus" (D. 37, 10, 10).

En las *Responsa*, de Paulo, se lee que cuando se cuestiona la legitimidad de una póstuma, la cuestión del adulterio de la madre debe ser diferida para el tiempo de su pubertad (D. 37, 10, 13). Finalmente, en opinión de Salvio Juliano, el hijo desheredado obtendrá la posesión Carboniana no contra el testamento sino "ab intestato" por el llamamiento "unde liberi" (D. 37, 10, 7, § 6).

V. CASOS DE IMPROCEDENCIA

También de los comentarios de Ulpiano al Edicto (lib. XLI), recoge el Digesto este principio básico: "Et generaliter dicimus, his demum Carbonianum competere, quibus contra tabulas bonorum possessio competit, his vero non competere, qui repelluntur a contra tabulas bonorum possessione" (37, 10, 1, § 3). (También decimos generalmente que el edicto Carboniano compete a aquellos que les corresponde la posesión de los bienes contra el testamento, pero no les compete a quienes son repelidos de la posesión de los bienes contra el testamento). Y Pomponio aclara terminantemente que no procede cuando un hijo fue instituido heredero o desheredado, aunque se diga que no es hijo: en el primer caso, porque tiene la posesión como heredero; en el segundo, por cuanto al ser desheredado no le corresponde la posesión (*ibid.*, § 8). En igual sentido Salvio Juliano (D. 37, 10, 7, § 2).

Si la madre de un impúber resulta demandada por parto supuesto no es viable el edicto en favor del hijo, ya que como lo afirma Ulpiano ella defendería muy bien su causa (D. 37, 10, 1, § 11). Del mismo modo Salvio Juliano, cuando lo que se ventila es la libertad de la madre (D. 37, 10, 7, § 3). Tampoco se posterga el conocimiento de la causa si fallece la acusada del parto

supuesto, cuando ha tenido cómplices en el presunto delito, según la opinión de Marciano (D. 37, 10, 2).

Resulta preciso Ulpiano cuando señala que el edicto Carboniano no ampara al púber, aunque sea menor de veinticinco años; mas si éste se presenta como "impúbero" y obtiene la posesión Carboniana, se tratará de un acto inválido, desde que el beneficio cesa con la pubertad (D. 37, 10, 3, § 3). Este mismo autor le atribuye a Salvio Juliano la opinión de que si la madre concediera que el impúber era hijo del "de cuius" no corresponde postergar el juicio, desde que en este caso la contienda se limita a los bienes del hermano (*ibid.*, § 7).

Africano presenta este caso: fallece un "filiusfamilias" que dejó un hijo impúber, quien sostiene que su padre era "sui iuris" y que a él le corresponde la herencia: no hay decreto, ya que la controversia no gira sobre el estado del impúber (D. 37, 10, 8, ps.). Papiniano ratifica que ni el instituido ni el heredero necesitan del edicto (D. 37, 10, 11).

Ulpiano le atribuye también a Salvio Juliano la opinión de que la posesión Carboniana excluye la petición de herencia: si se acude a este medio, cesa la presunción del edicto (D. 37, 10, 3, § 13). Y en lo atinente a la herencia materna, dijo Paulo: "De bonis matris an decretum interponendum sit, quaeritur; et decretum quidem non est interponendum, dilatio autem longissima danda est, quae in tempus pubertatis extrahet negotium" (D. 37, 10, 6, pr.). (Se interroga si respecto de los bienes de la madre se habrá de interponer decreto; y no corresponde que se interponga decreto, sino que se ha de dar una larguísima dilación, que postergue el negocio hasta el tiempo de la pubertad). O sea que en la práctica los efectos serían los mismos.

VI. EFECTOS

Al respecto enseña Ulpiano: "Hanc autem possessio intra annum datur, sicut ordinariae quoque, quae liberis dantur, intra annum dantur" (D. 37, 10, 3, § 14). (Esta posesión se da dentro del año, como también dentro del año se dan las ordinarias a los hijos). Y alude a la conveniencia de que quien se dice hijo acepte también la "bonorum possessio" ordinaria (*id.*, § 15), precisando que los plazos corren separados: la ordinaria, desde que se tuvo noticia del fallecimiento del padre; la Carboniana, desde que supo que se le controvertía la filiación (*id.*, § 16).

Siempre es Ulpiano quien le atribuye a Salvio Juliano la opinión de que si el impúber comparte la "bonorum possessio" con otro pretendiente a la herencia, se nombre un curador para que ejercite las acciones que le puedan competir (D. 37, 10, 5, § 1). El mismo Ulpiano precisa que debe intervenir un curador a los bienes cuando el "impúbero" y su contrincante comparten la posesión, ya que el tutor del pupilo sólo podrá administrar los bienes si da fianza en nombre del impúber (*id.*, § 5). En lo atinente a la caución, si el que le hace cuestión al impúber es uno de los hijos del causante, se otorga la posesión conjuntamente y sin necesidad de la previa caución (D. 17, 10, 5, pr.). También

debe prestar caución quien contiene con un impúber; debe prestar caución para que se le conceda la administración de los bienes de lo contrario, se nombra un curador (*id.*, § 2). Y Hermogeniano puntualiza que en esta especie de "honorum possessio" si se hubiera prestado caución, no sólo se logra la posesión sino que también se está facultado para ejercer las acciones personales y reales del causante así como para reclamar la colación (D. 37, 10, 15).

Igualmente es doctrina de Ulpiano que el impúber que previa caución aprovecha la posesión del edicto, puede consumir parte de los bienes como alimentos; y aunque no la haya prestado, si no hay otro medio de alimentarse, también puede aprovechar de los bienes (D. 37, 10, 5, § 3). Paulo es aún más preciso: "Non solum alimenta pupillo praestari debent, sed et in studia, et in ceteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum" (D. 37, 10, 6, § 5). (No solamente se le deben al pupilo prestar alimentos, sino también los gastos de estudios y los demás gastos necesarios en la medida de las facultades). En cambio, al contendiente que está en posesión junto con el impúber no se le reconoce derecho a alimentarse de los bienes hereditarios (*id.*, § 4).

Al adversario del menor impúber —dice Ulpiano— a quien se puso en posesión de los bienes, no se le debe entregar la documentación, dado que ello puede perjudicar al pupilo (D. 37, 10, 5, § 4). Y desde el punto de vista procesal, según Paulo, quien fue puesto en la posesión por el edicto Carboniano al alcanzar la pubertad asume el papel de demandado, como poseedor de los bienes hereditarios (D. 37, 10, 6, § 6). Por su parte, Papiniano recalca que la posesión Carboniana excluye la posesión con arreglo al testamento (D. 37, 10, 12).

Con respecto al conocimiento de causa necesario para la procedencia del beneficio, enseña Ulpiano que si resulta manifiesta la falsedad de quienes piden la posesión Carboniana para el infante, no se la otorgue; si la prueba de que no es hijo resulta clara, que no se dé la posesión; pero si la demostración resulta ambigua, se dará la posesión Carboniana de los bienes (D. 37, 10, 3, § 4). Distingue dos conocimientos de causa: uno, para conceder la posesión decretal; el otro, para decidir si conviene o no postergar el juicio sobre el estado del impúber. Tal sería el caso de peligro que se pierdan algunas pruebas (v.gr., la muerte de testigos). O sea que el diferimiento de la controversia es en favor de los pupilos, pero si hay personas idóneas que los defiendan, el juicio no debe postergarse (*id.*, § 5).

El mismo autor señala que aun cuando la madre del impúber acusada de parto supuesto hubiera ganado la cuestión, lo relativo al estado puede subsistir si se dijese que no fue concebido por el causante o que si es hijo suyo, no nació de matrimonio (*id.*, § 6). Otros efectos son: "Quoties Carbonianum decretum interponitur, eodem loco rem haberi oportet, quo esset, si nulla controversia fieret ei, qui honorum possessionem acceperit" (D. 37, 10, 7, § 4). (Cuando es interpuesto el decreto Carboniano, la cuestión debe ser considerada en igual situación en que estaría, si no se le hubiere hecho controversia al que accedió a la posesión de los bienes). Del mismo jurisprudente (Salvio Juliano) surge que si son dos los hermanos que adquieren la posesión Carboniana y uno no defiende la herencia paterna, el otro está compelido a defenderla toda o cederla íntegra a los acreedores (*id.*, § 5).

VII. CONCLUSIÓN

Esta recorrida por el edicto Carboniano, según se lo presenta en D. 37, 10, pone de manifiesto un caso de desarrollo de un instituto que puede ser considerado como paradigma. La "bonorum possessio ex Carboniano edicto" nació como fruto del derecho honorario, en el período preclásico del Derecho Romano, tal vez como una escueta y sencilla cláusula ediccial, con la justa finalidad de evitar al impúber tener que defenderse en una espinosa cuestión de estado, para lo que no estaba capacitado. Posteriormente, la jurisprudencia clásica y tardo-clásica y en menor medida el derecho imperial, a través de una sutil casuística, desarrolla la institución hasta límites insospechados.

La importancia de este estudio radica en que el edicto Carboniano constituye un arquetipo del desenvolvimiento secular del Derecho Romano: nace como una solución revolucionaria promovida en el edicto del pretor, a la que acoge la jurisprudencia y la eleva a un alto grado de perfección. Viene a resultar así una clara muestra de la evolución plurisecular del derecho en Roma, que comienza por romper, vía pretoriana, los rígidos cánones del "ius civile" y estas revolucionarias innovaciones resultan luego asumidas y llevadas a su máximo desarrollo por la ciencia jurisprudencial.

Finalmente, para que el edicto Carboniano haya sido posible, era menester que el instituto de la "bonorum possessio" estuviera firmemente afianzado en el panorama jurídico de la época. Y como data del 123 a. C., se pone así de manifiesto la antigüedad de la posesión de los bienes.

IUS, LOGOS Y THEOS

UNA INTRODUCCION AL DERECHO NATURAL

PBRO. JAVIER BOCCI

En una de sus memorables interpretaciones, el maravilloso y recientemente desaparecido Lawrence Olivier encarna a un abogado ya maduro, que habiendo sido abandonado por la novia de su juventud a quien jamás pudo ni quiso olvidar, el destino trágico quiere que deba asumir al cabo de 40 años su defensa, nada menos que por faltar a la palabra de casamiento que un joven mucho menor que ella supo hábilmente arrancarle con la intención de adueñarse de su fortuna. Para ahondar el drama, ella lo desconoce totalmente, completando así el gravoso clima de aflicción en medio del cual, y al cabo de una admirable trama entretejida por dolorosos diálogos entre ambos personajes principales con un obvio doble sentido emergente de las dos situaciones paralelas, el abogado deberá presentar su alegato final en el culmen emotivo del drama.

Todo está en favor de la demanda: el hecho, las pruebas, las leyes. En medio de su tragedia el defensor clama que es el amor mismo lo que se ha constituido en objeto del juicio, "la integridad y el honor del amor en sí", y que al juzgarlo "para sí mismo, para todos los presentes, y para los que vendrán después", no puede ni debe el jurado convalidar esa vil falsificación del amor, constituida por hipocresía, astucia y codicia, otorgándole el premio debido sólo al verdadero amor. Y concluye: "Es en la plena confianza en vuestra justicia y vuestro sentido común, en lo que la defensa basa su caso".

Si se les pide de improviso a los estudiantes de abogacía que definan qué es el Derecho sin acudir a fórmulas hechas, es común que tras el estupor inicial, arriesguen algunas frases que tienen como común denominador el término "justicia". Pero si se los interroga entonces acerca de lo suyo de cada uno, como la describen, con visible embarazo pero certera memoria se aferran al término "naturaleza".

Y precisamente: Esto es lo que define el "sentido común" que pide el abogado de nuestro ejemplo: la búsqueda de la naturaleza¹ de las cosas que constituyen *propriamente* al Derecho Natural.

No es ese tal "sentido justo" el sentimiento espontáneo, del que todos nos avergonzamos al recordar haber cedido para mal en más ocasiones de lo que

¹ No pretendemos entrar en el lenguaje categorial: aprovechamos el término con todo su bagaje conceptual, pero nos referimos a su sentido primogenio: Natural, de 'natus' es decir, "Lo nativo", aquello que les viene a todos desde su nacimiento, desde su emerger a la realidad: Aquellos que se es desde que comienza a ser y por serlo.

quisiéramos. Ni el sentimiento afectivo romántico de la sensibilidad, falaz y engañoso para quien se lo proponga como guía.

Según como se defina al hombre pues, su "naturaleza", será como se define "lo suyo" exigitivo, lo suyo atributivo o sus atributos, lo que debe atribuírsele, ... el Derecho.

ROUSSEAU VS. ARISTÓTELES

En la base de todas las ideologías modernas, se encuentra precisamente el supuesto hombre de la espontaneidad vital; el "santo de la naturaleza" en el decir de Maritain². El engendro rousseauiano que informa toda la antropología moderna, y por lo tanto la filosofía, la política y el Derecho.

Es el "Buen Salvaje"; EL HOMBRE NATURAL o de la naturaleza; la 'excelsa' 'espontaneidad' 'física' que constituye el *dogma laico* hasta cierto punto lógico, pero de ninguna manera 'sensato' origen, o cuasi primer principio de toda la "mitología" rousseauiana, que lo es de todo el mundo moderno, del cual el propio Rousseau es precisamente bardo: del mito del Contrato Social y la voluntad popular; de la concepción moderna de Estado y Constitución por tanto; y hasta de la filosofía moderna acerca de la punición o pena, y del matrimonio (y por tanto del divorcio) exclusivamente consensual.

No es éste un concepto sencillo, ni debe interpretarse en su sentido vulgar. Son términos de alto contenido técnico, deliberadamente expresados de manera mítica para ampliar su alcance, y que exigen una clara definición.

No basta para alcanzar ésta una precisa traducción idiomática imprescindible en todo estudio crítico, sino sobre todo una traducción cultural, clave única de la correcta interpretación. Esta es de hecho la tarea máxima a la que se abocan los trabajos críticos modernos, y los especialistas estudiosos de las diversas culturas.

No se trata aquí de atribuir sentimientos cordiales a los aborígenes de África, Polinesia o América. Ni siquiera son ellos los protagonistas del "mito" —aunque se sigan del mismo consecuencias importantes en el tratamiento ideológico, y político, de aquéllos³.

"Bueno" no es en el dogma rousseauiano sinónimo de 'bondadoso'. No se trata de una bondad *moral*, que se define *a posteriori* del dogma, sino *metafísica*, "Bueno" significa pues 'realizado', 'perfecto'⁴, 'ACABADO'.

"Salvaje" por su parte, míticamente considerado en la expresión e intención de Rousseau, está lejos de significar al aborígen o indio. Es el humano en

² JACQUES MARITAIN, *Trois Reformateurs*, III.

³ Raíz del juicio peyorativo del mundo moderno acerca de la Conquista y Colonización.

⁴ Del latín "per", intensivo; y "factum", hecho. Es decir, lo que está "muy hecho", completamente hecho, tan hecho que está *acabado*.

su estado "silvestre"; en su aprehensión primera e individual, en su estado NATURAL.

"Buen Salvaje" por tanto, expresa la afirmación axiomática y dogmática del culmen del hombre en su estado silvestre, primero o "nativo", y por tanto de la corrección *a priori* de su espontaneidad vital; la fe en su obrar, de la expresión de su ser, en su actuar *correcto*.

En suma, es la afirmación de una NATURALEZA BUENA, una naturaleza acabada en el aparecer del hombre a la existencia. La perfección del estado nativo.

El Buen Salvaje es por tanto la herejía opuesta al dogma del Pecado Original, referido precisamente al déficit de existencia del hombre en el estado nativo. A la im-per-fección de la naturaleza, que es exactamente el sentido teológico de la interpretación del concepto que niega la "bondad" natural del hombre, en sentido totalmente homogéneo a aquel en que la afirma Rousseau. Es decir, el concepto de "naturaleza enferma"⁵.

El suplemento exigitivo de ese déficit de existencia para tornar tal naturaleza en estado acabado (*firmus*), por cierto que es infinito, es el que la separa de la existencia misma, del "ipsum esse", de imposible consecución para la naturaleza humana misma, en lo que estriba la pecaminosidad de su estado: ausencia de *Gratia*, de *Gratia Christi*.

Por cierto que la concepción natural sobre la cual se construye la doctrina cristiana NO ES la antropología rousseauiana, sino aquella que vulnera y niega su dogma: el zoon politikon aristotélico interpretado por la antropología tomista.

LA CONCEPCIÓN NATURAL CLÁSICA

La llamamos clásica porque es no sólo antigua sino medieval, siendo revolucionaria a su respecto la moderna, sintetizada por Rousseau.

Pero no perdamos de vista nuestro objetivo, que es delinear el ámbito intelectual de la justicia, que lo es del Derecho. Es decir, determinar la naturaleza que define "lo suyo" atributivo de "cada cual". Según cómo se definan los atributos humanos, lo que debe atribuírsele, "lo suyo de cada uno", se definirá lo justo, la administración de tal justicia, y en definitiva el Derecho; y hasta el ámbito en el cual se moverán tales seres así reglamentados: la Política.

Zoon Politikon, Ser Político o Social, es otro concepto altamente técnico en su contexto cultural, que no debe interpretarse en forma simplista. "Político" no es aquí aquel que siente placer por acercarse a departir al comité de su partido, ni en pasearse por los pasillos del parlamento, ni interiorizarse de las

⁵ Del latín 'in', negativo; y 'firmus', firme. Carente de firmeza, estabilidad; en tránsito hacia su acabamiento o firmeza.

novedades consignadas en las columnas y editoriales políticos y económicos de los periódicos. No es aún quien siente vocación por la participación en tales actividades, y ni siquiera —en cuanto tal— el que participa de los debates del agora o del Areópago.

“Político” es aquel ser humano que ha tenido la gracia de formar parte de la Polis. Aquel nacido en el seno de una sociedad organizada humanamente, accedido a la existencia humana paradigmática según los modelos divinos representados en la existencia olímpica. Por eso para los griegos, la Polis era el regalo de los dioses; propiamente. Es el compartir la existencia con los semejantes, COMPLETANDO en ellos la propia; alcanzando la felicidad, la realización.

Es en suma, “el hombre de la Ciudad”. El griego polis es en latín civitas; el hombre político pues, culturalmente traducido, es para nosotros más bien el hombre ‘civilizado’⁶.

Tal la antropología antigua en apretada síntesis, expresada en su lenguaje cultural a partir de la observación de la propia experiencia admirativa de lo mejor. Mismo fenómeno que se da —en sus propios lenguajes culturales— en las mitologías antiguas “civilizadas”, y en la misma Escritura.

Así en el Poema de Gilgamesh, que en su recensión súmera más antigua en nuestro poder se remonta al siglo XX a. C., el hombre en estado salvaje —representando al estado original, tal cual “salido de manos de los dioses”⁷— es Enkidú; apto para vivir entre las bestias de la selva, no entre los hombres —el Lullu del Enumma Elish⁸—, adversario primero y luego AMIGO de Gilgamesh, es civilizado por el contacto con una “cortesana hija del gozo”, al cabo de cuya iniciación las bestias huyen de él, el entendimiento despierta en su mente, y ansía un amigo⁹ (El carácter no peyorativo en la concepción del autor, de tal iniciación, no lo explicaremos pero sí puntualizamos aquí).

Mucho más sublime en la Escritura, Yavé Dios mismo declara que “no es bueno que el hombre esté solo”. Este no encuentra “ayuda adecuada” para su vida superior (Edén) en los animales. Y cuando Yavé finalmente crea a la mujer éste exulta. “Esta sí es hueso de mi hueso y carne de mi carne”, es decir: su semejante (concepto nuevamente prioritario sobre el de mujer)¹⁰.

El estado natural del hombre cuando despierta a la existencia humana, pues, NO ES el estado salvaje, silvestre, sino doméstico. Oppositum per diame-trum de Rousseau.

Doméstico es el ser de la ‘domus’. La casa no es el sentido edilicio sino como ámbito del desarrollo social de una persona. No la vivienda del hombre, sino el hogar de la mujer. Pertener al cual depara las alegrías propiamente

⁶ Cfr. W. JAEGER, *Paideia*, L. I, C. VI (p. 116 de la trad. del F.C.E.).

⁷ Poema de Gilgamesh. tablilla I, Col. II, vv. 34 y siguientes.

⁸ Enumma Elish. Tablilla VI, vv. 5-10.

⁹ Poema de Gilgamesh, I, III, 20 y siguientes.

¹⁰ Gén. 2 *passim*.

humanas, pero implica (como a Enkidú), el sacrificio de lo inferior, de lo salvaje, del Lullu. El sufrimiento de la superación, mágicamente cantado por el Principito en el episodio del zorro¹¹.

Lo doméstico es el ámbito propio de la mujer en toda la literatura¹². Construir el mundo es misión del hombre; la misión de la mujer es construir al hombre. Doméstico es lo propio de la mujer, no del hombre; el hombre *ESTA DOMESTICADO* (Enkidú). El *vuelve* de la contingencia del mundo, de lo salvaje o silvestre¹³, hacia lo sólido, lo permanente; a la domus, ámbito de la mujer.

Como tal la mujer se constituye en imagen divina¹⁴, de la incommutabilidad y permanencia de Dios. Al respecto Dios es citado en el Antiguo Testamento con rasgos femeninos: Roca, Baluarte, Fortaleza, Peña. Y en el Nuevo Testamento, la Iglesia es MADRE; y Cristo la funda, en modo coherente, sobre la Roca: Pedro: Piedra.

LA REVOLUCIÓN DEL NATURALISMO MODERNO

La radical indigencia proclamada por esta concepción, determina el rechazo a lo doméstico de la nueva antropología, su oposición al Zoon Politikon: "El hombre nace bueno, LA SOCIEDAD (lo doméstico) lo corrompe"¹⁵. Y de la mano de ella se destruye también la misión de la mujer y su identidad: otro elemento trastocado en el orden natural a partir de la nueva antropología, en pos de una pretendida —en un todo coherente con ella— liberación; liberación de una tarea atávica en todo caso inútil, en pro de un hombre que no la necesita para ser, a lo sumo para nacer.

Curiosamente comprobamos así que el Buen Salvaje, no es el 'indígena', como adelantáramos, sino todo lo contrario, pues *NO* es precisamente el indigente, el carente, aquél que tiene un déficit de existencia para ser considerado plenamente humano.

Y esto nos recuerda que nos falta analizar el segundo término del concepto aristotélico que reputáramos altamente técnico.

¹¹ "Domesticame" ("apprivoise-moi"), pide el zorro al Principito. Pasaje anotado en cualquier edición crítica de Saint Exupéry.

¹² No sólo antigua, sino también en la actualidad en toda aquella que seriamente investigó la psicología femenina. Así Borges: "Siempre habrá un hombre tal que aunque su casa esté en llamas seguirá pensando en el Universo, y siempre habrá una mujer tal, que aunque el universo se hunda seguirá pensando en su casa".

¹³ El atemorizado descubridor de Enkidú es un cazador, precisamente. El vuelve a la sociedad con la noticia, y es también quien torna al bosque donde desarrolla su actividad, con la cortesana. Tab. I, col. III.

¹⁴ Es también el aspecto presente etnológicamente en la religiosidad femenina, en los caracteres de las diosas, y en el culto telúrico.

¹⁵ "Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes", P. II; cfr. *Dialogues*, L. EMILE, L. II, etcétera.

LA CATEGORÍA DE POTENCIA

Zoon no es precisamente ser, ni ente. Propiamente significa animal. Tampoco en sentido vulgar. Porque análogamente a como 'animal' designa en romance al ser viviente, poseedor de "ánima", zoon designa en griego —sobre todo en el griego del Aristóteles hilemórfico, pero ya en la concepción premetafísica de la cual surge éste—, aquel grado de organización cósmica que hace apto para la vida y llamamos cuerpo.

Zoon hace referencia pues a aptitud, capacidad, posibilidad, POTENCIA. *El hombre es la concreción de la aptitud viviente social.*

Y esto es importante por dos motivos: en primer lugar, porque NO SE TRATA de algo accidental como frecuentemente se concibe. Esto ES LO que es el hombre, en todo consecuente, idéntico, con la descripción aristotélica esencial del hombre. *Es la esencia misma del hombre: es la concreción de su "animalidad racional"; el desarrollo de su espíritu; la actualización de su potencia espiritual, humana.*

En segundo lugar porque esa concreción, desarrollo, actualización, implica una potencialidad, una capacidad que *puede* efectivizarse, y debe hacerlo para acceder a la hominización —al ACTUS HUMANUS tomista— pero que NO ES DADO en su estado nativo —zoon—, no lo es por naturaleza: por naturaleza es potencia de ello —lo que por lo demás es exactamente lo que se expresa al afirmar que el operar, el actualizar sus potencias es acto SEGUNDO.

El hombre es en el sentido visto, capacidad, aptitud, *potencia espiritual* (acto primero): potencia intelectual y volitiva. Su concreción humana, que es su ser-humano, su ser hombre, no se encuentra en el estado de potencia (ser no consiste en poder ser), sino en su efectiva actualización. Esto es metafísica elemental¹⁶.

Ser hombre propiamente pues, consiste en el acto de sus potencias espirituales: en el acto de su inteligencia, que es el entender; y en el consecuente acto de su voluntad, QUE ES AMAR.

Y en esto consiste la vida de la Polis; la convivencia social; "la ayuda adecuada". Por eso el hombre ES zoon politikon. E increíblemente descubrimos que el objeto de la "politeia", la política (concepto tan denigrado hoy), es nada menos que el AMOR. Constituir al hombre como tal¹⁷.

¹⁶ Por supuesto que ser en potencia no significa el relevamiento de toda responsabilidad de trato humano a quien pueda llegar a ser hombre plenamente. Ese es un absurdo sofisma materialista que conduce a la eliminación del enemigo, al aborto, etc. Porque quien se diera cuenta de esa deficiencia sería hombre al menos en esa medida, y ello le generaría la inmediata responsabilidad NO de eliminar al sujeto SINO DE CONVERTIRLO, hacerlo verdadero hombre. Cfr. Doctrina Paulina, en Rom. 10,14; I Co 9, 16; etcétera.

¹⁷ "Edificar al hombre", propósito y decisión del Cadí de la Ciudadela del mismo Saint-Exupery. V.gr. en cap. III, VIII etcétera.

Y en ello, en ser plenamente, en ser satis-fecho, consiste finalmente la felicidad. Por eso con toda propiedad se dice que la felicidad es el objeto de la política. De hecho, el individuo egoísta, el hombre moderno tallado según el modelo de Rousseau, está tan lejos de su semejante que le es imposible ya concebir la felicidad de la polis, "regalo de los dioses"; la felicidad de la auto-negación del zoon para acceder al gozo de ser politikos. Porque el hombre moderno ya *no sabe* lo que es la felicidad; y se ha resignado a ser un desdichado que trata de olvidar que lo es.

Por cierto que, como adelantamos, la plenitud de esta actualización-realización-satisfacción-felicidad humana, que NO ES —contra Rousseau—, el acto nativo, indígena del hombre, implica la complementación de un déficit infinito de existencia, en tanto es infinito el objeto de comprensión y de amor; y como tal escapa a las posibilidades de la naturaleza humana: está por encima de la naturaleza, es SOBRE-NATURAL: configurando su connatural estado de pecado tal como lo enseña la Iglesia Católica. El hombre tiene un ansia de ser, de existencia, de felicidad; un amor que va más allá de lo que le compete, lo suyo, lo que se le atribuye, su atribución o atributos: su naturaleza. Está más allá, por encima, SOBRE su naturaleza.

De aquí que el fenómeno religioso¹⁸ no puede atribuirse de ningún modo a artificio alguno, sino que provenga de la misma naturaleza humana, de su propia esencia. De modo que podríamos continuar la sucesión lógica de la definición esencial del hombre: animal racional-animal político-animal RELIGIOSO.

Todo lo cual constituye la realidad que invalida las conocidas tesis maritaineanas de su Humanismo Integral, y cualquier otro intento arbitrario pues de dividir de modo absoluto el plano de la religión y el de la política —y el del derecho, que desde este punto de vista abstracto no reconoce distinción adecuada con la política.

EL SUJETO OBJETO DEL DERECHO MODERNO

Así, pues el hombre aristotélico-tomista no es un ser social como simple característica o curiosidad hábilmente descubierta por la sagacidad de tales pensadores, cual si hubieran nominado al hombre como animal capaz de reír. En tal sentido el mismo Rousseau estaría de acuerdo. El problema no estriba en su sociabilidad, sino en la trascendencia que guarda en su existir.

Ambos, BS y ZP, entran en sociedad; *pero* uno desde el estado salvaje, original y perfecto, y el otro hacia ello. Uno es *perfección* que renuncia a algo de ella para entrar en sociedad, el otro es *imperfección* que se perfecciona entrando en ella, en la polis. Se hace hombre, se hominiza, se ACTUALIZA COMO TAL que NO era —contrariamente al BS—. Actualiza su espíritu en el amor.

¹⁸ 'Religión', en última instancia 'relación' entre el hombre, la naturaleza y la divinidad (cfr. S. Th., II-IIae, 81 1). Rousseau lo incluye entre las prácticas antinaturales en el *Emile*.

Pues bien, no es este último —hombre del realismo elemental, del sentido común y de la aprehensión desapasionada, el hombre del Pecado Original: de la ardua y sólo relativa hominización—, el sujeto de la antropología contemporánea. Y por tanto no es el sujeto que constituye el objeto de la regulación del derecho moderno, ni, por supuesto, el ideal que la política se propone ‘edificar’.

La justicia no consiste ya en “dar lo suyo” al ZP aristotélico tomista; —y por cierto que no pretendemos llegar al “animal religioso”, pero la antropología moderna no llega siquiera al hombre del amor de la politeia, de la convivencia social—. Y por cierto que ello influencia e inspira todo el derecho moderno, porque en definitiva el sujeto que constituye el objeto del derecho desde que fue sintetizado *in vitro* por Rousseau, es el *Buen Salvaje*.

Humanoide artificial, arbitrario y dogmático, pero seductor para el ego de un hombre que sabe que su indigencia implica relación, renuncia y religión. Para un hombre que con tal de librar su voluntad de tales cargas, abraza una cadena de dogmas y mitos arbitrarios, que sólo una fe ciega y muda basada en el solo deseo de creer puede abonar, y abandona los poquísimos, armónicos y coherentísimos dogmas con los que en un milenio el Cristianismo construyó el orden más humano que los siglos han visto.

Coherentísimos sí, porque como diría el Chesterton amante de las paradojas en la más notable de las mismas: no hay dogma más evidente que el Pecado Original¹⁹; completamente cierto al menos en su faz natural aristotélica.

Y porque qué más armónico y coherente con el hombre aristotélico que un Existente Absoluto que sea Comunidad Trinitaria de Amor; aunque la razón no lo pudiera ni sospechar. Qué más que el Sentido Pleno, Segunda Persona del Absoluto Trinitario, que constituya con su Divina Encarnación, el sentido de la Creación y la historia; aunque la razón no lo pudiera ni imaginar. Qué más maravillosamente coherente con tal Dios, que su emocionante Encarnación constituyera la Esperanza, la resolución hecha posible de la tragedia del hombre aristotélico-schopenhaueriano-chestertoniano²⁰, insatisfecho por naturaleza.

EL HOMBRE LÓGICO, SUJETO DEL DERECHO NATURAL

No es pues la expresión espontánea del debate entre “buenos salvajes”, el sentido común del jurado que impartirá justicia recta como confía el abogado de nuestro film.

No es tampoco el sentimiento romántico, vanidoso y veleidoso, fácil presa de los dogmas halagüeños de las ideologías, capaz de creer que el blanco es negro, la esclavitud libertad²¹, o que el hombre es perfecto si ello gratifica su amor propio.

¹⁹ *Ortodoxia*, c. II.

²⁰ Respectivamente desde el ángulo filosófico, psicológico y apologetico.

²¹ Cfr. G. ORWELL, 1984. A la libertad” de la espontaneidad rousseauiana. San Pablo la llama esclavitud: Rom. 6, 19; Ga. 4, 7; etcétera.

Y no serán pues ellos los encargados de develar la identidad del sujeto, la naturaleza del hombre, lo suyo de cada uno que constituya el objeto del Derecho.

El sentido común capaz de develar la realidad y determinar por tanto lo justo en el hombre de bien *no* es algo espontáneo ni superficial. Proviene del *sentido profundo* develado esforzadamente por nuestros mayores, y transmitido por la tradición; preparado ya por la compatibilidad, “consanguinidad”, connaturalidad genética impresa por las generaciones del buen obrar; vivido en el ejercicio normal de la familia y la sociedad, por la educación; aprehendido finalmente por el esforzado estudio, pensamiento y práctica de la virtud (por lo cual ocurre en el seno de la Polis).

La JUSTICIA, como aflorar de un momento en la exhortación al sentido común del abogado de nuestro ejemplo, es el fruto añejo de todo aquello.

‘Common sense’, en inglés, no es lo mismo que el más vulgar “sentido común” castellano. Es el common sense de Chesterton: algo mucho más acorde a la significación primitiva del equivalente latino. Es decir, el normal común sentir de las personas normales, que equivale a decir correctamente formadas (= hominizadas); y en el caso: el común sentir de los hombres de bien.

Sentido común que no es por tanto espontáneo ni afectivo, sino sentido profundo. Que no es objeto de los sentidos ni del corazón, sino de la INTELIGENCIA. Potencia propia del hombre, que recibe nombre precisamente de ese acto²²: lectura, visión, aprehensión de lo interno, de lo que está debajo o detrás, de lo profundo.

Es el sentido profundo que persiguió siempre el saber y el “amigo del saber” desde la antigüedad: el LOGOS.

Ese Logos o sentido profundo, se refería y refiere siempre en la inquisición de la inteligencia a la existencia inmediata, a la realidad circundante, al cosmos. Es decir a la NATURALEZA, en griego a la physis; objeto de las disquisiciones y devaneos de los “Físicos” o presocráticos, pero también de sus antecesores y seguidores en pos del logos.

Es (paradigmáticamente entre los físicos), la búsqueda de lo uno ejemplar en medio de lo múltiple; de lo ‘perfecto’ arquetípico entre los varios parcializados; del modelo verdadero y acabado entre las indefinidas copias mutables, limitadas, e ‘imperfectas’ consecuentemente. El hombre verdadero, de entre tantos hombres.

El Logos es pues el “modelo teórico” del ente cósmico concreto; y podemos figurarlo como el trazo maestro sobre el cual debe superponerse o transparentarse el ente concreto para conocer su adecuación real a la norma —o más modernamente a “la normal”— y su déficit concreto de ser.

²² Del latín ‘*intelligentia*’, de ‘*intelligo*’ y éste de ‘*inter*’ y ‘*lego*’. Es leer, interpretar, captar ‘*inter*’, i.e.: ‘*in*’ con desinencia adverbial; acusativo de dirección o término, por lo demás. En definitiva, ver, captar o descifrar lo que está dentro, entre, en medio, en la acosa misma.

Es el objeto de la Física aristotélica, la Cosmología que se resuelve en Antropología; porque para él como ya para Homero²³, para la medida apolínea²⁴, para Sófocles²⁵ o el "Microcosmos vital" de los Padres Griegos²⁶, es patente la enseñanza plasmada para siempre en la Escritura: el hombre es rey de la Creación. Es el centro, resumen y motivo, explicación o verdadero logos immanente del cosmos²⁷.

La explicación, en tanto acorde con la realidad —concordancia aprehendida, descubierta con asombro siempre joven por la inteligencia—, es siempre la misma. Pero la expresión de este descubrimiento 'inte-ligente' varía con la cultura, vehículo o medio expresivo de que cada sabio dispuso.

No es la misma la expresión homérica o de Hesíodo acerca de la realidad, del Logos, sentido o explicación del cosmos a través del mito, bagaje expresivo de su cultura²⁸. El logos olímpico, el logos mítico o mythos-logos. Una explicación proyectada a una existencia ideal y paradigmática o prototípica: el mundo olímpico de los dioses²⁹. Pero sí es fundamentalmente la misma realidad aprehendida.

Véase si no la explicación o el logos platónico³⁰ ya ensayando sistematizarse racionalmente, pero que en su incipiente no logra resolver el férreo enigma parmediano³¹ y que por tanto en su "sentido común", prefiere alejarse de la razón y tornar al mito³² para no traicionar a su inteligencia; prioridad ejemplar que nos deja, del logos sobre la ratio.

Sus ideas paradigmáticas o universales, y su ámbito o mundo, son una expresión culturalmente diferente sí —y por cierto notablemente más perfecta—, pero no adecuadamente diversa de la constelación olímpica y los modelos divinos: expresan la misma realidad³³.

²³ W. JAEGER, *Paideia*, L. I, cap. III (p. 48 y ss. F.C.E.)

²⁴ *Id.*, L. I, c. IX (p. 165 F.C.E.)

²⁵ Antígona, coro: "Muchas cosas grandiosas viven, pero nada aventaja al hombre en majestad".

²⁶ V.gr. SAN GREGORIO DE NISA, *In Psalmos*, I c. 3; NEMESSO DE EMESA, *Periphiseos Anthoropcu*, c. I, panegirico final.

²⁷ Si bien no es explicación última de la existencia lo es al menos del cosmos.

²⁸ W. JAEGER, *loc. cit.*, p. 158. M. ELIADE, *Mito y Realidad*, R. MICHAUD, *Los Patriarcas*.

²⁹ Resumido sincrética y programáticamente por Hesíodo en la *Teogonía*.

³⁰ Y eso salteando las explicaciones de un estadio propiamente intermedio entre el mito y la filosofía —sin comprender el cual es imposible entender su obra— de los presocráticos, entre los cuales el término logos, y su intención de develarlo es la temática entera de su obra. V.gr. Thales, en quien no es posible afirmar que su principio originario (logos) acuático difiera adecuadamente del Océano Primordial mitológico. Cfr. JAEGER, I, IX (151).

³¹ Aunque no podemos, ni corresponde desarrollarlo aquí, el punto de vista parmediano es la racionalización absoluta del mito: El logos —que es para él el ser lógico absoluto immanente— y su prospopeya.

³² Mundo de las ideas, mito de la caverna, etcétera.

³³ Notemos ya pues, que los dioses paganos no eran —fuera de la sencilla e indocta piedad popular al menos— seres pretendidamente existentes (o subsistentes, mejor dicho), ni mucho menos trascendentes en su origen: NO es eso el mito. Constituyen

Dioses, elementos, ser, ideas. Constituyen otras tantas expresiones culturales del logos físico, proyectado más allá de esa propia entidad física.

Tendrá que esperar al genio aristotélico para expresarse en términos no sólo válidos (inteligentes), sino científicos; es decir, estrictamente racionales. Y lo hará entonces bajo las categorías de conceptos universales —esencias o seres posibles— y causas. En esa posibilidad y esa causalidad residirá finalmente el logos de la física expresado con rigor científico por la razón.

Y Aristóteles será quien pruebe que el logos científicamente valedero es el logos racional. Y lo hará de tal manera acabadamente en la Lógica³⁴, que desde entonces y hasta nosotros 'lógico' pasará a ser sinónimo de 'razonable' —lo que NO fue siempre así, como vimos³⁵.

La Lógica explicará acabadamente el método; y en la Física la razón explicará la naturaleza, el cosmos resuelto en anthropos.

Pero la razón no agota su Logos en la Física. Ella también descubre la exigencia de una explicación que trascienda de su objeto. Y Aristóteles sigue el derrotero de su método, de la razón, por el camino que ésta le marca más allá de la Física.

Lógica es el nombre que recibe la descripción del método para desentrañar el logos. Física la explicación consecuente de la physis. Pero a la prolongación trascendente de la Física, dicen los estudiosos que el nombre le viene de la ubicación relativa de los escritos: aquello que sigue a la Física, lo que está después o más allá de la Física: la METAPHISICA³⁶.

Apelación muy feliz por cierto, por cuanto expresa precisamente su contenido: lo que está más allá de la naturaleza como su logos profundo; lo transnatural o metafísico; lo que supera la naturaleza, lo sobre-natural o teo-lógico³⁷.

Esta exigencia transnatural es el logos último del hombre, la explicación definitiva y el sentido profundo de la naturaleza, imperada por el culmen humano. Tal lo que afirmó y afirma todo el pensamiento serio y honesto a lo

la explicación immanente del cosmos, su "endiosamiento"; por eso los Padres (y los conquistadores) consideraron demonios a tales "dioses" con mucha mayor propiedad científicas que sus impugnadores modernos.

³⁴ La Lógica no es un "curso práctico" de pensamiento, como frecuentemente se concibe; semejante a los difundidos cursos de metodología intelectual. Es por el contrario un tratado teórico, en el cual detallada y minuciosamente se prueba el punto en su totalidad: el logos humano es patrimonio de la razón (provista por la inteligencia), y ésta cumple en la totalidad de los casos.

³⁵ De este modo debe entenderse el pensamiento de los filósofos presocráticos, que a caballo entre la mitología y la metafísica identifican el logos en diversos elementos. Cfr. W. JAEGER, *La Teología de los primeros Filósofos Griegos*, v.gr., c. I, ps. 10, 22; c. III, p. 58; c. VII, *passim*; etc. (de la edición F.C.E.).

³⁶ Simplicio en el siglo V es el primero en utilizar el nombre con tal acepción.

³⁷ La Metafísica aristotélica, que recibe nombre del contexto relativo como vimos es propiamente para Aristóteles la Teología. Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, E. I., 1026 a 1b.

largo de toda la historia desde el Poema de Gilgamesh³⁸ hasta Nietzsche³⁹; desde occidente hasta oriente (Sidharta Gautama)⁴⁰; en el paganismo, yahvismo⁴¹, cristianismo, hasta el ateísmo (Schopenhauer)⁴², sea su respuesta optimista o pesimista.

De entre tantos testigos podemos citar brevemente por su trascendencia en la política y el derecho, a Solón, máximo entre los Siete Sabios de Grecia⁴³.

El afirma con profunda penetración psicológica: "Nosotros, mortales, buenos y malos, pensamos alcanzar lo que esperamos; pero viene la desdicha y nos lamentamos. El enfermo espera llega a sano, el pobre a rico. Cada cual se esfuerza en alcanzar dinero y bienes, cada cual a su manera: el comerciante y el marino, el campesino, el artesano, el cantante o el vidente. Por muchas que sean sus previsiones no puede el mortal apartar la desventura.

La esencia de los bienes, que constituyen el objeto de todas las aspiraciones humanas, es que no tienen medida ni fin. Precisamente los más ricos entre nosotros demuestran esta afirmación, puesto que aspiran constantemente a doblar sus riquezas. ¿QUIEN PODRÍA SATISFACER LOS DESEOS DE TODOS? SOLO HAY UNA SOLUCION, Y ESTA SE HALLA MAS ALLA DE NUESTRO ALCANCE"⁴⁴.

Este es, pues, el logos profundo del cosmos y el anthropos; el verdadero hombre; el "hombre lógico", tal como el griego intuyó desde el Homero Olímpico, y que recibirá su acabamiento en la Teología de Santo Tomás.

SENTIDO DEL THEOS LOGOS

No debe hacerse por lo tanto, una imagen errónea de lo sobrenatural en el paganismo⁴⁵; ello no deviene trascendencia real ni aun en Aristóteles⁴⁶.

Lo divino para la antigüedad pagana es lo apolíneo, *la perfección natural o física paradigmática*. Eso es lo meta-físico o teológico; el theos logos, o logos divino.

³⁸ Gilgamesh es propiamente el hombre en búsqueda ansiosa e infructuosa de la inmortalidad. Cfr. también el mito académico de Adapa, ANET, 101-103.

³⁹ Cfr. su famoso y aterrador "Monólogo del Insensato": *La Gaya Ciencia*, L. I, 125; cfr. *Así habló Zaratustra*, p. I, 3.

⁴⁰ El nirvana es una ilusión de satisfacción lograda no llenando el recipiente, sino rompiendo la vasija. Ver, por ejemplo, F. KLINKE, *Historia de la Filosofía*, L. 10^o, c. II art. 3.

⁴¹ Con su expresión más desgarradora en el libro de Job (paralelo bíblico de Gilgamesh y Edipo) y algunos de los salmos (v.gr., 6 5-6; 17; 22; 38; 55, 69, etc.).

⁴² A. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y Representación*, L. II c. 29 y 46.

⁴³ Verdaderamente padre de Grecia y de Occidente en tanto su sabia y prudente gestión salvó a Atenas de la desintegración en el caos social, en momentos en que aún no habían existido Pericles, ni Sófoeles, ni Sócrates, ni ocurrido Termópilas ni Salamina.

⁴⁴ Elegía a las Musas. Fragm. Diehls I 34...

⁴⁵ Cfr. v.gr., M. SCHMAUS, *Teol.*, I, p. 520, Rialp.

⁴⁶ Cfr. KLEINNECHT, en *Kittel, Dicc. de Teología*, N.T., II, p 68 y siguientes.

Es el logos último que explica la verdad y el sentido de lo siempre —a la inteligencia— enigmático, limitado y falible de la multiplicidad y mutabilidad. Es la norma perfecta de lo parcialmente realizado, proyectado más allá del mundo de su concreción, pero IDEALMENTE. Es el logos exigitivo trascendental.

Como tal, el mundo de los dioses, el universo olímpico, ideal o metafísico, es mucho más cercano a nuestro moderno concepto de ABSTRACTO que de divino.

Por eso el poderoso intelecto de Santo Tomás, antes de abocarse a la concreción de la idea de Dios como ente, se ocupa tácticamente de despejar el camino de las vías imperfectas ontológicas⁴⁷, aun del ontologismo anselmiano, con el respeto que el temprano escolástico le inspiraba, y la siempre latente cuestión del ámbito cultural elegido para su exposición por el Abad, y Obispo de Canterbury⁴⁸, tal que la Iglesia cuidadosamente evitó siempre involucrarlo en sus condenas del ontologismo⁴⁹. Porque independientemente de esta cuestión académicamente tangencial, *científicamente*, es decir, racionalmente o de acuerdo al logos *racional*, que es el *humanamente* científico, NO ES VALIDO.

Si válidamente se va a afirmar la existencia en sí de “lo metafísico”, el camino deberá ser a partir *de la physis*. Tales las cinco vías⁵⁰.

La concreción de este universo “abstracto” pues, es algo que se produce por dos caminos: o por la ignorancia, o por la sabiduría extremada: la de Santo Tomás.

Por cierto que la ignorancia a la que nos referimos NO ES una ignorancia peyorativamente considerada, sino tan sólo en lo concerniente a lo cultural o científico del método. Porque es también la sencilla credulidad del hombre de condición humilde, que puede estar preñada de una intuición certera.

Y esa intuición certera es la de atribuir una coherencia individual —por ejemplo, una personalidad—, una ratio individual, a lo que es coherentemente causal. Verbigracia: si hay una coherencia, una racionalidad en el movimiento de los astros, luego hay una razón *personal* que los mueve; luego son seres personales.

En este último paso se encuentra el trágico error del paganismo vulgar, que encierra lo divino en la inmanencia. Pero eso no invalida la intuición, sino su derrotero⁵¹.

⁴⁷ S. Th., I, 2, 1.

⁴⁸ Cfr. S. ANSELMO, *Proslogium*, caps. II-IV.

⁴⁹ Dz. Sch. 2841-7 (1659-65).

⁵⁰ S. Th., I, 2, 3.

⁵¹ Así el mismo Santo Tomás, con mucha más sabiduría para informar aquella intuición, en su análisis abstracto previo a la física newtoniana descubridora de la razón universal de la gravitación como causa segunda, atribuye la coherencia del movimiento de los astros a las inteligencias separadas, a la inteligencia angélica. Lo cual no sólo es genial, sino que lejos de ser una respuesta infantil es la *única* solución *científica abstracta* en el grado de progreso positivo concreto de la física de su tiempo. S. Th., I, 110, 1; C. G., III, 78-83, Cfr. S. Ac., III, *De Trin.*, C. 4.

Como sea, si el análisis concluyera aquí, Comte tendría razón en su juicio menoscabante de ese "estadio"⁵².

En resumen: desde la cima de la cultura de sus respectivas épocas —que constituían—, ni Homero pretendió hacer mitología, ni Platón mito filosofía, ni Aristóteles filosofía como la entendemos hoy, ni el mismo Santo Tomás hacer propiamente teología.

TODOS se propusieron desentrañar el logos, explicar sabiamente la realidad, y lo hicieron exigiendo al máximo y haciendo darles todo de sí, a las posibilidades culturales que como vehículo expresivo utilizan para elaborar el logos en su mente, ante sí mismos, y para explicarlo. Así, si Aristóteles hubiera vivido en el siglo XIII, no hubiera sido "filósofo" sino "teólogo". La validez de sus respuestas es lo que les dio perdurabilidad en la cultura⁵³.

La teología en definitiva ("in commune"; con minúscula), el theos logos, es en principio una abstracción que no sospecha *a priori* de la subsistencia de su objeto.

Más aún: sólo el método críticamente científico de lo abstracto: la razón lógica; sólo el intelecto más poderoso capaz de desarrollarlo: Santo Tomás; y sólo enseñado y guiado por la revelación de la verdad *natural* —como el mismo afirmará menester⁵⁴—, será capaz de arribar a la magnífica y rigurosísima conclusión. El logos cósmico subsiste en sí⁵⁵ = DIOS EXISTE.

Afirmación esta NADA BANAL, y absolutamente insólita —científicamente considerada—, por muy connatural que sea a la religiosidad de la Fe. Y obtenida siguiendo un camino arduosísimo (las vías tomistas), concebidas con demasiada frecuencia por desgracia con ligereza.

⁵² En su conocida "Ley de los tres estadios", las causas metafísicas, que constituyen un avance sobre el orden "teológico", mantienen un elemento extrínseco o de alienación de la Naturaleza, que debe ser superado por la ciencia moderna y el grado definitivo de saber positivo. A. COMTE, *Cours de Philosophie Positive*, Advertissement de L'Auteur.

⁵³ Los intentos de imitación de sus "estilos literarios", puramente formales —y a veces superiores en algún sentido de esa formalidad—, pero carentes de su contenido "lógico" (esto ocurre incluso respecto a la Sagrada Escritura con los Apócrifos), da una importancia reconocida mucho menor hasta a las mismas cumbres idiomáticas: tal lo que ocurre por caso con la "mitología programática", de Virgilio, muy interesante como tal por lo demás *La Eneida*).

⁵⁴ *S. Th.*, I, 1, 1. Pero no confundir: La Escritura revela la existencia de Dios y sus atributos. Santo Tomás prueba la existencia del sentido, la causa del cosmos; el Logos subsistente en Dios (Causa Incausada, Ser a se, etc.). "A quien todos llaman Dios" (*S. Th.*, I, 2, 3). E. d. que se identifica con la razón de divinidad.

⁵⁵ Más allá de la inagotable cuestión de la filiación cultural del Logos Joánico, la grandiosidad de esta visión impide considerar absolutamente ajeno, aunque sea mínimamente a la mente del evangelista, esta dimensión cósmica del Logos que "en el principio era", que "estaba junto a Dios" y que "ERA DIOS" y "PER QUEM OMNIA FACTA SUNT" (Jn I, cfr. Símbolo Niceno-Constantinopolitano —Dz Sch 150—. Acerca del Logos Joánico los comentarios al cuarto Evangelio de C. H. Dodd; R. E. Brown; R. Schnackenburg, con abundante bibliografía específica).

THEOLOGIA Y PIETAS

De tal manera, concluimos que el objetivo de la búsqueda ardua y apasionada del Theos Logos en todos los sabios de la historia —la “Teología” de los míticos; de los físicos; de Platón; de Aristóteles; y del mismo Santo Tomás—, dista mucho de ser metodológicamente *a priori* la “piedad”. Muy por el contrario, la piedad redunda *a posteriori* del Logos theos definido, y es acorde a su concepción⁵⁶.

Porque ‘pietas’ designa para los antiguos, la virtud que regula las relaciones entre los irreductiblemente desiguales. Y por eso se refiere a tres sujetos principales en la relación del hombre a su respecto: los Padres; la Patria; y Dios. Esta última, respecto del Theos, del Logos de la física, depende de la concepción que del mismo se tenga; pero a su vez es inmediato —inmediatamente *posterior*— a su definición.

Así pues, el logos irremediamente inmanente prerracional, define —fuera del ámbito escriturario, de la Revelación— la clásica pietas del paganismo, denunciada como idolatría por la Escritura⁵⁷. Y con mucha razón, pues no es sino la antropolatría, el culto “piadoso” del hombre mismo, de lo apolíneo (en el mejor de los casos).

Y es así, paradójicamente, que de tal modo *no* es la pietas, *a priori*, el objetivo del pensamiento lógico racional “transnatural”; que su apertura a la trascendencia, por incipiente que sea, le acarrea la más dura persecución: su verdadero iniciador “mayéutico”, Sócrates, es condenado *precisamente por impío*⁵⁸. Porque la coherencia entrópica del cosmos: el “Príncipe de este mundo”, percibe con infinita alarma en el preciso instante de su inicio, el peligro mortal que constituye para sí.

En esto, el marxismo no hace sino reeditar la persecución del paganismo contra el cristianismo primitivo, que ejecutaba a los mártires bajo el cargo de impíos, nuevamente, por negarse a sacrificar a sus dioses: negarles la categoría de dioses, de Logos Theos⁵⁹. El marxismo persigue y mata al creyente por idéntico motivo: por trascender del logos inmanente proclamado por su ideología: la Materia; el Hombre genérico concebido como expresión suprema de la Materia; “Los derechos del Hombre”⁶⁰.

CONCLUSION

PHYSIS Y LOGOS: EL DERECHO NATURAL

Resumiendo pues, lo suyo atributivo y atribuible del hombre, es lo perteneciente a su naturaleza o physis; su logos.

⁵⁶ Cfr. La etimología considerada para el término “religio” en S. Th., II-IIae, 81 I.

⁵⁷ Ver “Idolos” en LEÓN DUFOUR, *Vocabulario de teología Bíblica* (trad. Herder). Cfr. Ps 81, 10; Am 5, 26; Os 8, 4-8, Jr. 10, 3 ss., etcétera.

⁵⁸ ¿“Qué decían mis acusadores?: Sócrates es un impío”, Platón, Apología de Sócrates.

⁵⁹ Ver, por ejemplo, Actas del Martirio de San Policarpo, X: “Dicere: tolle impios”.

⁶⁰ NO de los hombres, ni mucho menos de la persona.

El autor Yahvista⁶¹ en su sabiduría humana⁶², Homero, los Presocráticos, Platón, Aristóteles y Santo Tomás, sabiamente descubren, describen y abundan ese logos, valiéndose cada uno de su medio expresivo cultural para pensarlo⁶³ y plasmarlo. Lenguaje mitopoiético⁶⁴; mitología olímpica; ideas universales y mito de la caverna; la filosofía con las causas; la Teología por el mismo análisis causal y la consideración crítica racional del dato revelado. Todos contestes en la honestidad intelectual y el respeto a la verdad concebida.

Y todos contestes aun, en la localización del sentido pleno en *un logos que trasciende de la physis*. Aristóteles con el análisis filosófico, será precisamente quien abrirá el camino científico, el camino certero hacia tal afirmación.

Al acuñar los universales, como fruto cultural del concepto, será conducido infaliblemente a *las causas como logos*: como "lógica" explicación *meta-phísica*. Y desde ese momento —aunque no sea él capaz de la tarea titánica— queda abierta la puerta para el paso inmenso a la trascendencia *ontológica*, tarea cultural capaz de cortar el aliento: será mérito imperecedero del granítico, poderoso intelecto de Santo Tomás.

Pero ya Aristóteles, decimos, descripta la physis por la lógica racional, ve que debe perseguir su logos "más allá": metafísicamente. Y en consecuencia el logos —más allá de su trascendencia ontológica— al igual que lo fuera míticamente, es también racionalmente 'teo-lógico'.

Y, por tanto, la explicación última de la physis, del antropos de la naturaleza, y por tanto del Derecho Natural, de "lo suyo" atributivo de cada cual y por tanto de la justicia, es teológica; es su theos-logos.

Por cierto que como ya vimos, esto no implica una confesionalidad *a priori*; una pietas. El Olimpo, los dioses, como las ideas platónicas y la metafísica aristotélica, son *términos abs-tractos*, "lógicos". La plasmación lógica como término concreto, la subsistencia ontológica del logos ("sentido profundo", que finalmente será la *preexistencia* del Logos), es algo ajeno a su pensamiento; pero que el intelecto lógico (racional) exigirá científicamente: LAS CAUSAS.

Sin embargo, esto es a nuestros efectos una exquisitez técnica (por supuesto que NO para nuestra religión, NI para nuestra ciencia); porque lo que afirmamos aquí no es en principio la relación del Derecho con Dios, sino con el logos. Que todo el pensamiento, todo el sentido profundo, todo el abordaje inteligente de la realidad, de la naturaleza, del logos, SIEMPRE, desde Gilga-

⁶¹ Autor inspirado de la genial e insuperable relación 'lógica' de la condición humana.

⁶² Cfr. *Dei Verbum*, n^o 11.

⁶³ El "vehículo expresivo" no lo es solamente para la comunicación, sino prioritariamente para la concepción: para la formación del logos mental. Esto, que conforma la cultura como expresión voraz, ética y estética de la realidad, es el patrimonio "impagable", que la polis, la patria, brinda a sus hijos, que no podrían siquiera pensar sin ella.

Y éste es también el milagro de la Revelación en el hiato que constituye el autor Yahvista demitologizando el mito.

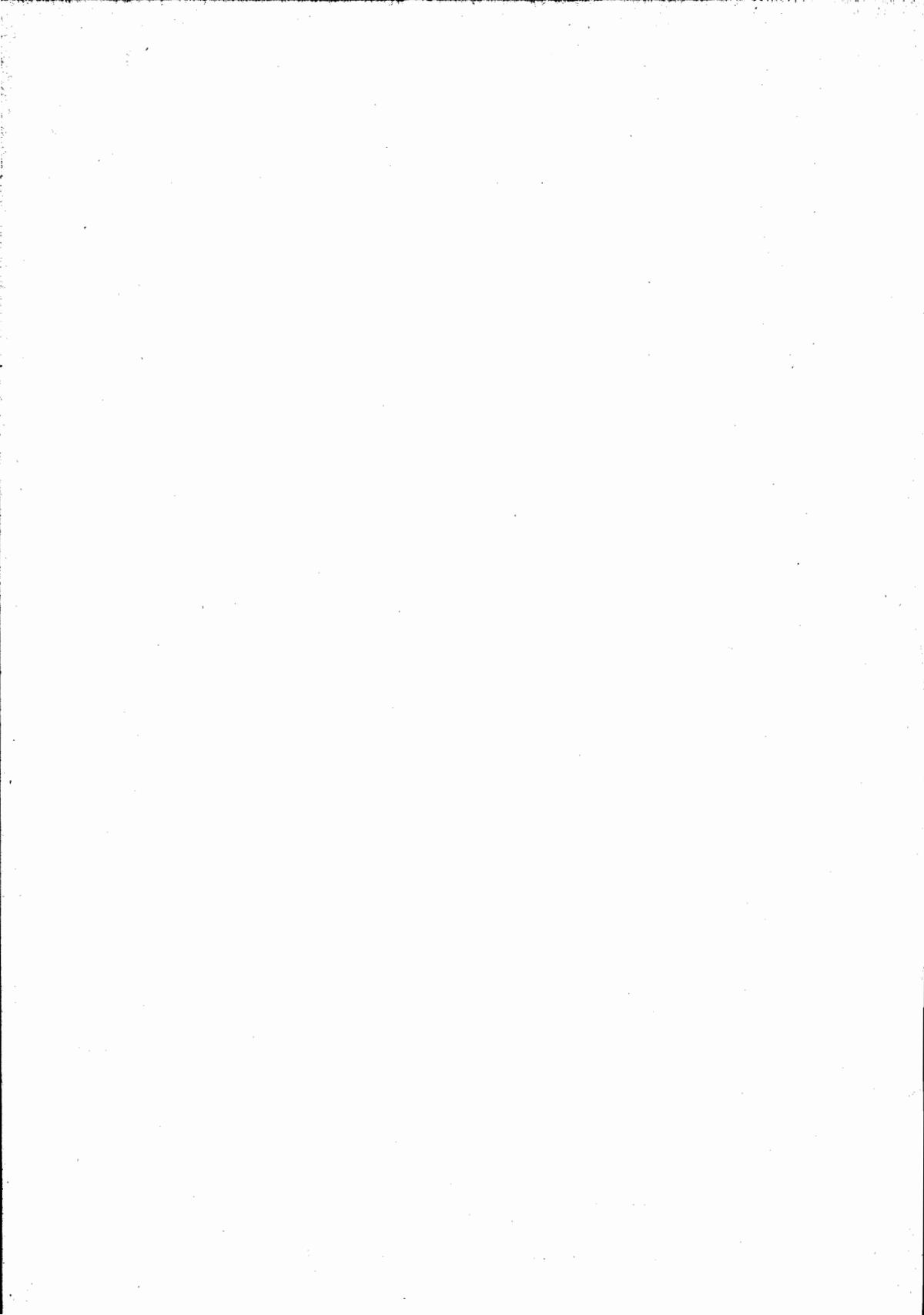
⁶⁴ R. MICHAUD, *Los Patriarcas*, p. 30 ss.; Verbo Divino.

mesh a Santo Tomás, desde el Yahvista a Aristóteles, desde la gnosis a Hegel, desde Buda a Schopenhauer; y por tanto desde el error a la verdad, desde oriente a occidente, desde el paganismo al Cristianismo, y a lo largo de toda la historia; SIEMPRE se exigió un sentido profundo más allá de la física, trans-natural, metapolítico, metaphísico, TEOLÓGICO ⁶⁵.

Y que, en conclusión, el sentido profundo del Derecho, más allá de la práctica forense, en la medida que se adentre en la hondura de sus fundamentos, estribará en la realización de la *investigación científica* de su objeto. Y tal investigación deberá realizarla con el método propio de ese objeto: ESTE.

⁶⁵ POR SUPUESTO QUE NO TODO VEHICULO EXPRESIVO ES EQUIVALENTE, ni constituye por lo tanto abordaje *propriadamente cultural* (e.d., no toda expresión 'del hombre' es cultura, es inteligente, es 'humana'). Ni todos ellos guardan apertura virtual a la trascendencia ontológica, auténtica *objetividad*.

Por serlo privilegiadamente la filosofía aristotélica —y no por otra razón— libran tan dura batalla San Alberto Magno y Santo Tomás en favor del Estagirita. Ya vimos que sólo por el milagro de la Revelación, rompe el mito, el férreo esquema aherrojante de la inmanencia mitológica. Y en fin, es también por ello que la Iglesia sólo llama "intrínsecamente perverso" a un sistema: el marxista; porque es el único e irreductiblemente, *intrínsecamente ateo* (Pío XI, *Divini Redemptoris*); esencia de su sistema dialéctico que permanece intacto ante los cambios actuales, espectaculares pero meramente accidentales (precisamente, simple mutación dialéctica):



Notas Bibliográficas

ISOCRATES, "Discursos", Madrid, Gredos, vols. I y II (359 y 319 ps.).

La Biblioteca Clásica Gredos —de la que hemos reseñado varias importantes traducciones de autores griegos y latinos— nos presenta ahora los discursos de Isócrates, en dos destacados volúmenes.

El autor —Isócrates— fue uno de los importantes oradores y filósofos de la Hélade, cuya trascendencia pasó inadvertida por el brillo de Platón y Aristóteles, con quienes —como era obvio— tuvo varios enfrentamientos. La importancia de Isócrates surge, aunque más no fuera, por el casi un centenar de años que vivió (436-338 a. C.), siendo testigo —y a veces ideólogo— de uno de los períodos más ricos y complejos de la historia de la Grecia antigua.

Sus discursos y especialmente la calidad de los mismos, le convirtieron en "maestro obligado" de muchas generaciones de estudiantes de griego, impresionados por el "rico aticismo" de su lenguaje, a la vez que interesados en los aspectos morales de su obra.

Las últimas décadas, más preocupadas por los períodos de crisis, han rescatado el aspecto político de Isócrates, notablemente analizado por G. Mathieu ("Les Idées politiques d'Isocrate", París, 1925) y que motivara protestas de Werner Jaeger, quien —en su "Paideia"— rescata al Isócrates pedagogo; aspectos que no necesariamente deben oponerse en la consideración de nuestro autor.

Sus primeros pasos como logógrafo fueron negados por él mismo a partir del momento que logró abrir su propia escuela de retórica en el 390 a. C., en Atenas, convirtiéndose en la competencia de la Akademia platónica y el Liceo aristotélico; que —conviene recordar— tendían a la formación de una élite política que favoreciera la salida de la crisis de la polis que había sacudido su polis a partir de la guerra del Peloponeso. Isócrates vio el camino de salida en la necesidad imperiosa de la "concordia" entre todos los helenos. Una de sus obras más importantes —el "Panegrico"— trata de lograr dicho objetivo en torno a Atenas, su patria.

Su discurso parece haber influido en la conformación de la Segunda Liga marítima ateniense, pero no dio los resultados previstos por el autor, quien, munido de una fuerte dosis de realismo, desespera de los propios helenos y comienza a vislumbrar la necesidad de un poder unificador exterior para lograr el fin de las luchas que consumen las poleis helénicas. Tal es la causa de su carta a Dionisio de Siracusa (ps. 276-79), que también despertara el interés de Platón. A partir del 367 Isócrates parece concebir la idea de un enemigo común como unificador de todos los griegos. Esta posición —que tuvo tan

amargos frutos posteriores en el devenir histórico— va adquiriendo cada vez mayor importancia en el pensamiento de Isócrates y redondea su tesis de la guerra de “revancha” contra los persas, que se encontraba en el ambiente de la Hélade desde el fin de las mal llamadas “guerras médicas”, pues Herodoto pareció desconocer que la élite “meda” había sido sustituida por el clan persa.

La búsqueda de un monarca que encarnara sus planes: unir a los griegos y lanzarlos contra el enemigo persa, se convierte en una especie de “leit motiv” de nuestro pensador y a él se deben cartas a diferentes monarcas y/o tiranos griegos capacitados para llevar adelante —en su opinión— este proyecto. Recién casi al final de sus días, Isócrates tomó conciencia del crecimiento político de Filipo —por la influencia en cuya corte compitió con Aristóteles— y le dirigió su célebre “A Filipo”, como consecuencia de la paz de Filócrates (346); ocasión en que le insta a tomar su proyecto y llevarlo a la práctica. Son los años en que Atenas debate la expansión de Filipo y la acerba crítica de Demóstenes en las no menos conocidas “Filípicas”.

Ya en el 353, Isócrates había hecho conocer su “Sobre el cambio de fortunas” (Antidosis), el más extenso y más autobiográfico de sus escritos, que nos permite seguir más cuidadosamente su desarrollo intelectual y su accionar ideológico (cfr., ps. 75-157).

Por otro lado un ordenado estudio de ese pensamiento nos permitiría apreciar su mentalidad promonárquica ya en el “A Nicocles” (372), en que defiende a la monarquía como la mejor forma de gobierno, en plena época democrática. Este escrito se convirtió en un “espejo de príncipes” y tuvo gran resonancia en la Edad Media y el Renacimiento.

En el “A Filipo”, a su vez, reencontramos —aunque en otro contexto— viejas ideas pan-helénicas que aparecían en el “Panegírico” (cfr., ps. 199-250) y que rondaban alrededor de la “homonoia”, que también encontraremos en la corte macedónica y especialmente en Alejandro III el Grande.

Pesc a su larga vida —que le permitió ser testigo de tantos acontecimientos— no pudo ver plasmada su idea en la realidad, aunque murió a fines de octubre del 338 a. C., días antes o después —los historiadores dudan en ponerse de acuerdo— de la batalla de Queronea que concretaba el dominio de Filipo II sobre la Hélade, como paso previo a su designación como Hegemón de la Liga Helénica y responsable de la expedición contra los persas.

La cuidadosa lectura de los escritos de Isócrates —que cubren alrededor de medio centenar de páginas— no permite aún contestar adecuada y acabadamente el interrogante de si era un oportunista político o un realista. Quizás podemos coincidir con el traductor —en principio— que era un hombre que tenía la habilidad o plasticidad suficiente para adecuarse a los constantes cambios políticos de la tan compleja época que le tocó vivir, modificando su “ideología” pragmáticamente a las necesidades e intereses indispensables para su realización. Su pesimismo antropológico, su agnosticismo religioso y el sentido de la oportunidad permitirían avalar esta tesis, pero siempre nos queda un pequeño espacio de duda, que hace tan apasionante la lectura de sus discursos, en la medida que sepamos interpretarlos en el contexto histórico pertinente.

En otro aspecto cabe agregar que esta traducción —probablemente la primera en castellano que abarque todos sus escritos— reúne veintiún discursos (entre ellos los más conocidos: Panegírico, A Nicocles, a Evágoras, Sobre la paz, Areopagítico, Antidosis, Filipo y Panatenaico), nueve cartas (entre las que se distinguen las controvertidas dos a Filipo y una a Alejandro) y dos vidas de Isócrates debidas al Pseudo-Plutarco y a un Anónimo.

El traductor y autor de una interesante introducción (ps. 7-43) —Juan Manuel Guzmán Hermida—, tras señalar como la traducción española más completa la debida a Antonio Ranz Romanillos (3 vols. - 1789) afirma, ante la penuria, que “es evidente que nuestra versión era necesaria y viene a cubrir un vacío en la bibliografía española actual” (p. 43).

Finalmente, la edición ha sido preparada con la seriedad académica propia de esta Biblioteca Clásica, agregando estudios introductorios a cada uno de los discursos y una importante bibliografía, que hacen aconsejable el uso de la traducción y nos permiten invitar a todos los interesados en conocer una época de crisis —como la nuestra— por medio de uno de sus protagonistas principales, a no vacilar en leerla.

FLORENCIO HUBEÑÁK

Impreso en los Talleres Gráficos de
UNIVERSITAS S. R. L.
Ancaste 3227 - Buenos Aires
