ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Tomo LII
Año Académico 2013

ISSN 0325-5425

Córdoba
República Argentina

EDITORES
INFORMACIÓN JURÍDICA

Las opiniones vertidas en los distintos artículos
son de exclusiva responsabilidad de sus autores

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2011, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

IJ International Legal Group
Coordinación Editorial: Sebastián Carvajal
Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 PB, Cap. Fed.
CP: 1010
TE: 5276-8001

Impreso en Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Mesa Directiva (2013 - 2016)

Presidente: Juan Carlos Palmero
Vicepresidente: Julio I. Altamira Gigena
Secretario: Jorge de la Rúa
Tesorero: Armando S. Andruet
Revisor de cuentas: Efraín H. Richard
Director de Publicaciones: Luis Moisset de Espanés
Secretario Técnico: Christian G. Sommer

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba
Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

EXPOSICIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO

El referendo de marzo de 2013 sobre el estatus político de Malvinas*

Zlata Drnas de Clément**

* Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el día 25 de junio de 2013.

** Académica de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

El Consejo Ejecutivo de las Islas Malvinas llevó a cabo un referéndum los días 10 y 11 marzo de 2013, dirigido a "resolver la cuestión del estatus político" de las Islas. La fecha fue determinada por el Jefe Ejecutivo de las Islas, en consulta con los miembros de la Asamblea Legislativa.

Dado que las Islas Malvinas (Falkland Islands) constituyen un territorio no autónomo del Reino Unido, estatus jurídico político discutido por Argentina, quien reclama la soberanía sobre el archipiélago, el acto fue apoyado y promovido por la Metrópoli. La Comisión Electoral del Reino Unido asistió a las autoridades locales en la elaboración de las preguntas de la consulta popular, como también en la preparación de una guía para el proceso electoral. Los habitantes mayores de 18 años de las Islas Malvinas que residen legalmente en ese territorio debían responder por "sí" o "no" a la pregunta: "¿Desea que las Islas Malvinas conserven su estatus político actual como un Territorio de Ultramar del Reino Unido?". Si la mayoría respondía "no", las autoridades habían hecho saber que convocarían a una nueva consulta con opciones más amplias.

Debe tenerse en cuenta que la disputa por el territorio entre los dos países surgió en 1833. Desde 1946 las Islas fueron incorporadas por el Reino Unido en la lista de Territorios No Autónomos de las Naciones Unidas, estatus permanentemente impugnado por Argentina. El Comité de Descolonización supervisa la resolución pacífica de la controversia.

El Foreign Office de Gran Bretaña señaló que "los habitantes de las islas tienen el derecho de ser escuchados y determinar su futuro y el de las próximas generaciones", resolviendo con ello la cuestión del estatus político internacional del archipiélago.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) frecuentemente ha organizado o supervisado elecciones o plebiscitos en territorios no autónomos antes de su acceso a la independencia, o su asociación o integración a Estados soberanos (referendos de libre determinación). Tales fueron, entre muchos otros, los casos de Togo

británico en 1956, Togo francés en 1958, Camerún británico Norte y Sur en 1959 y 1961 respectivamente, Ruanda-Urundi en 1961, Samoa Occidental en 1962, Islas Cook en 1965, Guinea Ecuatorial en 1968, Niue en 1974, las Comoras francesas en 1974, etc. Se trataba de "pueblos" con derecho a la libre determinación.

Sin embargo, la ONU, particularmente a través de la Asamblea General (AGNU), nunca aceptó como válida la decisión unilateral de alguna de las partes interesadas en situaciones de disputa territorial. Tales son los casos de Malvinas [Res. AGNU 2065 (XX)], Gibraltar [Res. AGNU 2353 (XXII)], Mayotte [Res. AGNU 47/9)], entre otros. La Res. AGNU 2065 (XX) "Cuestión de las Islas Malvinas (Falkland)" adoptada por 94 votos a favor, 14 abstenciones, ningún voto en contra, toma nota de la "existencia de una disputa entre los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca de la soberanía sobre dichas Islas" e "invita a los Gobiernos (…) a proseguir sin demora las negociaciones recomendadas por el Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales a fin de encontrar una solución pacífica al problema, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones y objetivos de la Carta de Naciones Unidas y la Res. 1514 (XV) de la Asamblea General, así como también los intereses de la población de las Islas Malvinas (Falkland Islands)". Debe observarse en esta resolución el reconocimiento de una disputa de soberanía entre los dos países (aceptada por el Reino Unido al no votar en contra de la resolución); la cuidadosa referencia a "población" y no a "pueblo" (aspecto que se mantiene en sucesivas resoluciones); la referencia a "intereses" y no a "derechos" de la población; la aplicación a la negociación bipartita de la Carta de Naciones Unidas y de la Resolución 1514 (XV) de la AGNU. Este último instrumento define a los pueblos con derecho a la libre determinación y reafirma el principio de integridad territorial frente a las desmembraciones llevadas adelante por países colonialistas. Así, la referida resolución, llamada "Carta Magna de la Descolonización", adoptada por 89 votos a favor, ninguno en contra y sólo 9 abstenciones (estas

últimas pertenecientes a Estados colonialistas), expresa: "1. La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los Derechos Humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales". "6. Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas". La naturaleza de los pueblos con derecho a la libre determinación se caracteriza por su diferencia en relación a los pueblos colonialistas y por ser pueblos sometidos, sojuzgados. Esta situación no se da en el caso de las Islas Malvinas, en las que la población es de "nacionalidad británica" y, mayoritariamente, de "etnia británica". Debe tenerse en cuenta que los isleños de Malvinas recuperaron su nacionalidad británica tras las expulsión de los argentinos al fin del conflicto armado de 1982 (British Nationality [Falkland Islands] Act, 1983, c. 6 [U.K.]).

La AGNU, tras el fin del conflicto armado en el que Argentina resultó vencida, reiteró su posición en la Res. AGNU 37/9 de 4 de noviembre de 1982, pidió a los gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte que "reanuden las negociaciones a fin de encontrar a la mayor brevedad una solución pacífica a la disputa de soberanía referida a la cuestión de las Islas Malvinas (Falkland)". El haber ganado o perdido la "guerra" no ha generado un posicionamiento diferente de las partes contendientes frente al deber de solución pacífica concertada, requerida por las Naciones Unidas.

En resumen: en los casos de "pueblos sojuzgados" por un colonialista debe aplicarse el principio de libre determinación, tomando en cuenta la voluntad libremente expresada por esos pueblos, pero, en los casos de disputas de soberanía por territorios ocupados y con población implantada, el estatus territorial debe decidirse vía negociación entre las partes involucradas.

En tal convicción, la Corte Internacional de Justicia en la Opinión consultiva sobre el Sahara Occidental (1975, para. 59) ha expresado que "la validez del principio de la libre determinación,

entendida como la necesidad de respetar la voluntad libremente expresada de los pueblos, no se ve disminuida por el hecho de que en algunos casos la Asamblea General no haya considerado necesario consultar a los habitantes de un territorio determinado. Las excepciones pueden ser explicadas por la consideración de que una cierta población no constituye un "pueblo" con derecho a disponer de sí mismo, o que la consulta es totalmente innecesaria, debido a circunstancias especiales". Ambas situaciones se dan en el caso de Malvinas, ya que el mal denominado "pueblo malvinense" es "pueblo británico" y la consulta resulta totalmente innecesaria, ya que preguntar aquello a los isleños es lo mismo que preguntarle al Reino Unido si quiere quedarse con las Islas (V. Drnas de Clément, Z. "Malvinas, ¿El Derecho de la fuerza o la fuerza del derecho?", Lerner, Córdoba, 2000, obtenible en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artmalvinas). Debe tenerse en cuenta que el Reino Unido ha impedido al pueblo argentino poblar esa porción de su territorio nacional. Ningún valor jurídico tiene el resultado del referéndum del 10 y 11 de marzo de 2013 en el que la población británica asentada en las Islas en un 90,4 % de los 1672 empadronados (99,83% de los 1513 votantes) manifestó su voluntad de que las islas continúen siendo administradas por el gobierno británico.

En los casos de ocupación de territorios -como el de Malvinas, las Naciones Unidas no han reconocido la validez de consultas populares convocadas unilateralmente. Así, por ejemplo, en el caso de Gibraltar (Res. AGNU 2353 (XXII), ha resuelto: "Considerando que toda situación colonial que destruya parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y específicamente con el párrafo 6 de la res. 1514 (XV) de la Asamblea General, 1. Lamenta la interrupción de las negociaciones recomendadas (…); 2. Declara que la celebración por la Potencia administradora del referéndum de 10 de septiembre de 1967 contraviene las disposiciones de la Res. 2231 (XXI) de la Asamblea General y las de la resolución aprobada el 1 de septiembre de 1967 por el Comité especial (…); 3.Invita a los Gobiernos de España y del

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a reanudar sin demora las negociaciones previstas en las Resoluciones 2070 (XX) y 2231(XXI) de la Asamblea General, con miras a poner fin a la situación colonial en Gibraltar y a salvaguardar los intereses de la población al término de esa situación colonial".

El referéndum dispuesto por las autoridades británicas de las Islas, con el apoyo del Foreign Office del Reino Unido, sólo puede servir para determinar el estatus interno del archipiélago en sus relaciones con el gobierno central pero carece de efecto jurídico internacional. El gobierno argentino bien haría en solicitar a la Asamblea General la adopción de una resolución similar a la 2353 (XXII) en el caso de Gibraltar, que declare que, en el plano internacional, el referéndum contraviene resoluciones de la AGNU, e invite a las partes involucradas a reanudar sus negociaciones en la disputa de soberanía por ser la negociación la única forma de alcanzar una solución definitiva para al caso y determinar legítimamente el estatus internacional de las Islas. (V. en la obra citada arriba las posibles soluciones al diferendo).

En la historia del conflicto argentino-británico por Malvinas hubo varios acercamientos -como los de 1966-67- que hubiesen permitido pensar en una solución concertada y satisfactoria para ambos Estados. Incluso, Margaret Thatcher contempló la posibilidad de dejar las Islas bajo administración de las Naciones Unidas, tal vez, con intención de que más tarde se les otorgara la independencia. Ya bajo administración de Naciones Unidas, el futuro de las Islas dependería de las decisiones de los órganos de la ONU y no sólo de Gran Bretaña. Esa posibilidad fue mencionada por Thatcher en diálogo con el Secretario de Estado del Vaticano, cardenal Agostino Casaroli, durante la visita del papa Juan Pablo II a Londres el 28 de mayo de 1982.

Debe tenerse en cuenta que, tanto Chile como Uruguay y otros Estados de América Latina, el Caribe y la península ibérica, han firmado documentos apoyando las reclamaciones argentinas. Tal es la situación de los documentos de la Reunión Ministerial del Grupo de los 77 y China (Nueva York, 23 de septiembre de 2011), la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) (Caracas, 3 de diciembre de 2011), la Asamblea General de la Orga-

nización de los Estados Americanos (San Salvador, 7 de junio de 2011), el MERCOSUR (Asunción, 29 de junio de 2011 y Montevideo, 20 de diciembre de 2011), la UNASUR (Asunción, 29 de octubre de 2011), la Cumbre Iberoamericana (Asunción, 28 y 29 de octubre de 2011), y la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (Caracas, 4 y 5 de febrero de 2012), que trataron la cuestión de las Islas Malvinas (Falkland Islands) y, entre otras cosas, reafirmaron la necesidad de que la Argentina y el Reino Unido reanudaran las negociaciones para encontrar una solución concertada al conflicto. Este entorno, más el propio de Naciones Unidas, permite pensar que una resolución como la que se propone sería viable.

El trabajo decente y la responsabilidad social empresaria *

Raúl Enrique Altamira Gigena**

*Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el día 6 de agosto de 2013.

**Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Trabajo Decente

"Trabajo" significa todo tipo de acción realizada por el hombre y la mujer, con total independencia de sus características o circunstancias.

La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT - 1919), en su Preámbulo, considera "…que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social. Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas.

Si cualquier Nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países."

El 18 febrero de 2011, el Director General de la OIT, Juan Somavia, en el mensaje ante la Asamblea Permanente, promovió el pensamiento referido a la temática que nos ocupa.

El mensaje indica que la globalización debe humanizarse, logrando un nivel de justicia social que sólo es posible a través de una nueva visión de la sociedad y de la economía, equilibrando los papeles que deben desempeñar el mercado, el Estado y la sociedad. Las acciones concretas que se apliquen deben apuntar más allá de la simple recuperación del crecimiento económico (porque esa sola recuperación no es sustentable en sí misma).

En el mensaje, plantea cinco acciones concretas que deben realizarse mundialmente, para generar trabajo decente (y por ende, construir una paz social duradera y generalizada):

1- Establecer que el trabajo no es un recurso ni una mercadería. Los valores humanos de solidaridad, dignidad y libertad deben ser las bases de todas las políticas. El trabajo es una fuente de dignidad y no puede ser considerado como un simple costo de producción (trabajo digno, en nuestra edificación del concepto de trabajo decente).

2- La creación de empleos debe ser una política central y constante de los gobiernos, junto con la baja inflación y el orden en las cuentas fiscales (lo cual genera libertad de elección, también parte integrante de nuestra construcción de trabajo decente).

3- Ofrecer una protección social mínima y generalizada, que sea sostenible fiscalmente, que asegure una base de prestaciones de seguridad social (en cierta manera, implicaría la Seguridad en nuestro concepto).

4- Reconocer que los derechos fundamentales en el trabajo y el diálogo social son instrumentos para incrementar la productividad y garantizar un desarrollo sostenible y equilibrado (de nuestros preceptos, la productividad y la participación).

5- Ayudar y estimular a las pequeñas y medianas empresas. Entendemos que Somavia fija su atención en esas empresas porque son las generadoras del mayor porcentaje del trabajo dependiente del mundo.

La necesidad de un trabajo decente trasciende el ámbito de las relaciones laborales y se proyecta a todo el sistema de la actividad. Se impone la obligación de promover el concepto de trabajo decente en las políticas públicas, nacionales, provinciales y municipales. Los propósitos no son suficientes sino que van acompañados de acciones concretas y duraderas.

Para la CSJ, el trabajo es un medio para el logro de las aspiraciones de la persona, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano. Para ello es básico una "vida digna", un "trabajo digno", donde se respeten los derechos fundamentales de la persona humana ("Vizotti", "Aquino", "ATE", etc.)

El trabajo decente implica acceder al empleo en condiciones de libertad y de reconocimiento de los derechos básicos del trabajo, para que no haya discriminación ni hostigamiento, que se reciba un ingreso que permita satisfacer necesidades y responsabilidades básicas en lo económico, en lo social y en lo familiar, y se logre el nivel de protección social para el trabajador, la trabajadora y su familia.

Estos derechos también incluyen los de expresión, de participación laboral a través de organizaciones elegidas por los trabajadores y trabajadoras.

Es necesario dirigir la mirada a los protagonistas más directos, inmediatos, corporalmente en contacto con los trabajadores, los que gerencian las relaciones laborales, los que administran los recursos humanos, los sindicalistas, los que se sienten representantes de los trabajadores, los que tienen mando, los que organizan y cuidan de la disciplina.

El trabajo decente también incluye cumplir las normas legales, como lo son, entre otras: registrar el personal, efectuar las retenciones y depositar las cotizaciones para la seguridad social y la organización sindical.

En numerosos pronunciamientos, el Máximo Tribunal Nacional resolvió:

1º. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes (art. 14 bis CN).

2º. Se deben lograr las condiciones de vida que posibiliten a la persona desarrollarse conforme con su excelsa dignidad.

3º. Aplicar el principio de progresividad para el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

4º. Derecho a perseguir su b1º. El trabajo es sujeto de "preferente tutela constitucional".

5º. Adoptar medidas positivas, concretas y 1º. El trabajador es sujeto de "preferente tutela constitucional".

6º. El compromiso de respetar los citados derechos, absteniéndose de interferir directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo.

7º. El principio "pro homine" o "pro persona", adoptando pautas para alcanzar los derechos, libertades y garantías y medir limitaciones sólo en la medida necesaria a tales derechos, libertades y garantías.

8º. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente-, su persona es inviolable y constituye valor fundamental. Los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

Algunas propuestas para iniciar un camino que nos lleve al trabajo decente, pueden ser:

1. Perfeccionar, modernizar y direccionar el control estatal (poder de policía).

2. Sancionar un régimen laboral y de seguridad social para las pymes, manteniendo las garantías laborales. Por ejemplo, el sistema para el personal doméstico.

3. Trasladar cargas a la seguridad social que hoy están a cargo del empleador, especialmente la cobertura de la contingencia salud.

4. Legislar con sentido federal, acorde a la realidad de las provincias, especialmente con la situación de las provincias postergadas (Chaco, Formosa, Chubut, Tierra del Fuego, etc.).

La Responsabilidad Social Empresaria (RSE)

Para Jorge Rodríguez Mancini, la "Responsabilidad Social Empresaria" (RSE) es una responsabilidad que implica "obligación", y por lo tanto significa o impone una regla o norma a la que debe sujetarse y cumplir; por ello, se descarta toda responsabilidad que provenga de una norma jurídica, sea laboral, ambiental, internacional, de Derechos Humanos, etc., que surja de una ley, incluyendo obviamente la Constitución, un tratado, un contrato, porque se trataría de una redundancia innecesaria.

¿De qué se trata entonces? Responsabilidad es un vocablo cuya raíz latina es "respondere", que significa, también, dar una "respuesta acorde con el bien propio del interlocutor y del respondiente"[1].

Varias definiciones nos pueden ayudar:

1. Para la Organización Internacional del Trabajo: "la R.S.E. es el reflejo de la manera que las empresas toman en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad, y en la que afirman los principios y los valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos como en su relación con los demás actores. La RSE es una iniciativa de carácter voluntario y que sólo depende de la empresa y se refiere a actividades que se considera rebasan el mero incumplimiento de la legislación[2].

2. Para las normas ISO 26000: "es la responsabilidad de cada organización para con la sociedad y el ambiente, por el impacto que sus decisiones y actividades (incluyendo productos, servicios o procesos), ocasionan en la sociedad y medio ambiente, ejercida con una conducta ética y transparente que contribuya al desarrollo sostenible (la salud y el bienestar de la sociedad), teniendo en

[1] UNIAPAC Latinoamericana, "Protocolo de Responsabilidad Social Empresaria", agosto 2009.

[2] OIT, "Iniciativa in focus sobre la responsabilidad social de la empresa" Subcomisión de empresas multinacionales, 295ª reunión del Consejo de Administración, marzo 2006, documento GB.295/MNE/2/1.

cuenta las expectativas de las partes interesadas, cumple con la ley y es consistente con las normas internacionales de conducta y se integra a través de toda la organización y es practicada en sus relaciones"[3].

3. Según el "Libro Verde de la Comisión de Comunidades Europeas": "la RSE es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de la preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores"[4].

4. El MTESS5 entiende que "son elementos constitutivos de la responsabilidad social empresaria (RSE) en nuestro país, el cumplimiento de las normas legales y laborales, la capacitación y formación de los trabajadores por parte de las empresas, y la eliminación de la discriminación en el empleo y la erradicación del trabajo infantil".

5. En términos similares, la Secretaría de Políticas Sociales y Desarrollo Humano del Ministerio de Acción Social: "la R.S.E. es un concepto amplio y asociado a intereses de toda la sociedad, procurando incorporarlos a objetivos colectivos que sean compatibles con una visión que priorice un desarrollo económico sustentable, la distribución equitativa de los ingresos y una democracia participativa"[6].

---

[3] Definición tomada del documento titulado "Guía de Responsabilidad Social", conocido como ISO (Organización Internacional de Normalización) 26000, versión marzo 2009, que aspira a promover un entendimiento común en la conducta de empresas y empresarios, que la aceptan por consenso internacional.

[4] Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde "Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas", Bruselas, 2001.

[5] Carlos Tomada cit. en Flavio Fuertes, María Lara Goyburu y Bernardo Kosacoff, "La responsabilidad social empresaria, ¿sólo un discurso?", en Revista de Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Revista Trabajo, p. 162.

[6] Loc. cit. nota anterior.

6. La UNIAPAC considera que "la R.S.E. es una forma de gestión surgida del compromiso personal, moral, consciente y congruente del empresario y los miembros que integran la empresa y basa en la ética social cristiana, a fin de cumplir íntegramente con los objetivos internos y externos, considerando las expectativas de todos los sectores y grupos de interés involucrados en lo económico, social, humano y ambiental, coadyuvando así a la construcción del bien común con justicia social".

En estas definiciones aparecen elementos que son destacables y otros que son redundantes. En consecuencia, eliminando el cumplimiento a normas legales e internacionales -no añaden ningún valor a la conducta esperable de las empresas ni contribuye a otorgarles una calificación especial por su buen comportamiento- queda como signo distintivo la preocupación que toma en cuenta las repercusiones de la acción productiva de las empresas sobre la sociedad y el medio ambiente, que las lleva voluntariamente a la adopción de conductas éticas, que rebasan el mero cumplimiento de las normas legales y contribuyen al desarrollo sostenible de la salud y el bienestar social.

De una manera gráfica podría expresarse la idea de que la RSE "es hacia afuera de la empresa", porque hacia adentro tiene la responsabilidad jurídica del cumplimiento de la ley y de los contratos.

Con la RSE ocurre lo que análogamente se ha desarrollado con el concepto incorporado por la OIT del trabajo decente, donde también se confunde lo obligatorio para el empleador respecto de los trabajadores con otras cuestiones que complementan, en todo caso, ese cuadro de obligatoriedad jurídica.

¿Quién es el obligado por esa responsabilidad?

Primero, el empresario, que es quien organiza y dirige la empresa (ref. Art. 5º LCT). Pero también hay otros involucrados: el trabajador, la asociación sindical, el estado, la sociedad civil.

No existe criterio común, porque "más allá del discurso a favor del diálogo abierto, sincero y transparente, los actores aún tienen

importantes diferencias de criterio acerca de lo que se entiende por prácticas socialmente responsables, de la voluntariedad u obligatoriedad de ellas, de su monitorio o no. La falta de un criterio común, amplio y compartido entre los principales actores de la RSE se debe exclusivamente a la ausencia en nuestro país de verdaderos espacios de diálogo multisectorial que aseguren la participación de todos los interesados en la RSE. En consecuencia, estas visiones contrapuestas sobe el rol de cada uno de los actores en el proceso de desarrollo social puede ser la causa de la dificultad de establecer no ya un diálogo sino acciones conjuntas entre los diferentes actores"[7].

Hay que entenderlo cabalmente, porque si no existe obligación jurídica, se detecta y jerarquiza una extensión de la obligación a contenidos más amplios y trascendentes, vinculados con el bien común, a cuya obtención estamos llamados todos, con prescindencia del rol que nos toque desempeñar. Ese bien común se integra con bienes materiales, pero también con bienes inmateriales, morales, espirituales, que contribuyen a la justicia en la sociedad.

Documentos internacionales

La RSE cobró estado universal a partir del PACTO GLOBAL propuesto por el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en 1999, y fue lanzado en nuestro país en 2004, con el informe titulado "Trabajo Decente y la Responsabilidad Social Empresaria", publicado por el MTESS junto con el PNUD y la OIT y la CEPAL. 40 empresas participaron de la Red de RSE del MTESS, 36 del Plan Mundial en Argentina y 17 lo hacen en ambas redes.

En el campo internacional hay que destacar la presencia de las llamadas normas ISO 26.000, que asume un rol de norma de consulta, no de norma de certificación (documento IRAM). Esta norma de carácter voluntario abarca una gama de temas, siete en total:

[7] Ob. cit. nota 4, p. 163.

1. Derechos Humanos

2. Prácticas laborales

3. Medio ambiente

4. Prácticas de operaciones justas (contra la corrupción)

5. Consumidores

6. Comunidad y desarrollo

7. Gobierno organizacional interno

Antes de esto, otra organización, fundada en EE.UU. en 1997, creó la Social Accontability 8000. Esta tenía también la misión de aplicar voluntariamente standard de trabajo en las empresas, combinadas con verificaciones independientes y públicas. Esta certificación asegura condiciones de trabajo justas y decentes en las empresas y sus proveedores.

El costo

Un aspecto preocupante para los empresarios es el costo: "muchas de las acciones de RSE implican erogaciones que se deben absorber en el mercado. En algunos casos se amortiguan en la relación entre integradores y proveedores y en otros se traslada al consumidor. La sociedad global debe escoger, sin mucha alternativa, entre asumir los costos de la transformación de las empresas hacia la responsabilidad social, o pagar el costo social y ambiental de un comportamiento empresarial fuera de la ética"[8].

Argentina tiene el honor de haber tenido un empresario, sobre todo frente a las dificultades del acontecer económico -todavía no se

[8] Informe citado nota 13, p. 37.

conocía o difundía el concepto de RSE-: Enrique Shaw, quien hoy se encuentra en proceso de beatificación por la Iglesia Católica.

En una ocasión emitió una circular en su carácter de responsable máximo de una gran empresa, "Rigolleau SA."[9], en la que muestra cómo cualquier puesto dentro del conjunto social puede ser apropiado para expresar y aplicar los principios éticos, en los cuales no existe ninguna especie o área de actividad incompatible con ellos, por el contrario, representan ámbitos apropiados y más jerarquizados para su proyección en pos del bien común.

La "Circular del Director Ejecutivo Enrique Shaw", al personal de "RIGOLLEAU S. A.", contenía "Reflexiones sobre la situación actual en la que, por falta de pedidos, hay disminución de trabajo."

El trabajo del hombre es una realidad querida por Dios y santificada por Cristo. La desocupación es un mal moral antes que un mal económico. Sus consecuencias han de ser cuidadosamente ponderadas antes de efectuar despidos y suspensiones.

Es un mal moral y no un simple hecho económico, como lo pretenden ciertas teorías, que no dudarían en proponerla en algunas ocasiones como una solución útil y aún bienhechora para facilitar una recuperación económica. No debemos aceptar jamás este materialismo que sacrifica la persona humana al dinero y al lucro.

1) La desocupación es antes que nada un mal moral porque afecta, con su conjunto de sufrimientos, a seres humanos en su carne y en su corazón. La pérdida del empleo y la privación total o parcial del salario introducen en los hogares afectados la angustia y la restricción, aun en lo que atañe a las necesidades esenciales de la vida. Arrastra consigo la inseguridad, el temor por el mañana y con frecuencia la miseria. Ningún cristiano, ningún hombre de bien puede permanecer indiferente ante la posibilidad de un sufrimiento tal.

[9] D.T. 2005, p. 593.

2) La desocupación es un mal moral porque atenta contra la dignidad de los hombres afectados por ella. El trabajador es un ser humano que ha comprometido en su trabajo su personalidad de hombre, no sólo con sus energías físicas y musculares, sino también con su inteligencia, su competencia, su sensibilidad, su conciencia y derechos de hombre de bien.

Es con frecuencia un esposo, un padre de familia o un hijo, que lleva a su trabajo sus preocupaciones, sus responsabilidades, sus cargas, su intención y el derecho de obtener con su labor los recursos necesarios para la vida feliz y el bienestar de los que ama, su mujer, sus hijos o sus padres. Tiene derecho a que se respete esta dignidad y misión suyas.

Esta dignidad es común a empleados y empleadores, razón por la cual han de valorar unos y otros, en esfuerzo mancomunado para que no se den, en lo que de ellos dependa, circunstancias que hagan la desocupación inevitable. Unos y otros deben mantener, por lo tanto, en las discusiones y divergencias la calma y el dominio de sí, absteniéndose de la violencia y mala voluntad que son siempre malas consejeras y rinden, por lo tanto, malos frutos.

3) Finalmente, la desocupación es un mal moral porque viola los designios de Dios, que quiere que el hombre trabaje y obtenga de su trabajo los medios para vivir (él y los suyos) una vida humana útil a la comunidad. En una sociedad justa y bien organizada no debe haber lugar para la desocupación.

Conducta a seguir

1) Por lo tanto, en períodos de dificultades económicas, no debe ser el despido la primera solución a encarar, sino la que se tome cuando ya no quede ninguna posibilidad de evitado y así lo exija el bien común. Ha de hacerse entonces de acuerdo con las exigencias de la justicia, la equidad y la caridad, y después de haber aplicado todas las medidas legales prescriptas para el caso.

2) Los Jefes y Capataces deberán hacer ahora un esfuerzo especial tendiente a ocupar en forma realmente útil al personal excedente.

3) La única verdadera defensa de los intereses de todos es producir a costos que nos permitan competir y vender nuestros productos, con lo cual se mantendrá nuestra fuente de trabajo.

4) Lo anterior se aplica a quien de veras quiera trabajar. No hacer nada para evitar tener gente que roba o pone trabas a todo es disminuir la posibilidad de mantener trabajando a quienes lo necesitan y buscan progresar.

5) En resumen, nuestra actitud debe ser clara y serena, y no demagógica: no hacer promesas, ni amenazas, sino un esfuerzo consciente y sostenido para que la mayor cantidad posible de personas que de nosotros dependen, si lo quieren de veras, puedan tener un trabajo estable, aun en el caso que no nos lo agradezcan.

BUENOS AIRES, 11 de Septiembre de 1959. Enrique E. Shaw. Administrador Delegado.

Las Organizaciones de Recursos Humanos y/o gerencia de personal

Similar a las organizaciones obreras, las entidades patronales también han constituido organizaciones intermedias, ONG dedicadas al estudio y superación de la legislación laboral y el mantenimiento del diálogo social, en logro con una paz integral.

Durante las dos primeras presidencias de Juan Domingo Perón, donde se desarrolló un fuerte "sindicalismo de Estado", también nacieron y se fortalecieron las entidades que agrupaban a los Directores o Gerentes de Recursos Humanos o Conducción del personal, período denominado de las "Relaciones Gremiales", y tuvo a GUSTAVO AQUINO (1945-1958) como presidente, cumpliendo una tarea digna de reconocimiento.

En esta época, por el desarrollo de la legislación laboral, el crecimiento del sindicalismo, la evolución de los conflictos y la ne-

gociación colectiva introdujeron con fuerza los aspectos vinculados a las Relaciones Laborales en el área de "Personal" de las empresas (HRM). Los abogados se sumaban a los asistentes sociales, los técnicos en métodos y tiempos y los expertos y profesores en la materia.

Simultáneamente, las empresas necesitaban, cada vez más, conocer qué pasaba en su contexto externo, dando nacimiento a diversas asociaciones que agrupando a los responsables de la gestión de los recursos humanos, posibilitaban el intercambio de información.

El 5 de diciembre de 1947 se constituye la primera asociación argentina que agrupa a estos especialistas: el "Instituto Argentino de Dirigentes de Personal" (IADP), posteriormente se transformará en el "Instituto Argentino de Relaciones Industriales" (IARI; 1955), en 1958 se constituyó la "Asociación de Relaciones Industriales del Litoral" (ADRIL), y finalmente en el "Instituto Argentino de Dirección de Empresas (IADE- 1960) -todos ellos desaparecidos- siendo reemplazados por la Asociación de Dirigentes de Personal de Argentina (ADPA; 30 de octubre de 1967).

En la Argentina, ADRHA y ADRIL no son las únicas, hay otras de carácter regional, de importante trayectoria, aunque limitadas al ámbito local. Existen también otras dos instituciones: "IDEA", llamada originalmente "Instituto para el Desarrollo de Ejecutivos de la Argentina" (IDEA), fundada el 16 de febrero de 1960. Posteriormente, se llamó "Instituto para el Desarrollo de Empresarios en la Argentina" (en noviembre de 1977), para finalmente, y a partir de noviembre de 1993, adoptar la denominación de "Instituto para el Desarrollo Empresarial de la Argentina". A partir de febrero de 1961 organizan los primeros grupos de trabajo, uno de ellos denominado de Relaciones Humanas, que luego daría lugar a la División de Personal. En el ámbito de esta organización se creó en 1991 el primer Postgrado de Conducción Estratégica de Recursos Humanos.

Es importante tener en consideración que en forma simultánea y coordinadamente funciona "ADPA", que organizó el Tercer Congreso Mundial de Recursos Humanos.

La división de personal de IDEA estaba en 1990 a cargo de Carlos Aldao Zapiola, mientras que la presidencia de ADPA la ejercía Carlos Lelio. Ambos trabajaron conjuntamente para lograr los objetivos comunes, en particular capacitando a los dirigentes de personal y relaciones humanas.

La segunda institución, entre varias, por su importancia, es la Cámara de Comercio de los Estados Unidos en la Argentina ("AMCHAM"), fundada en 1918 y que asocia a las compañías multinacionales de origen estadounidense. Dentro de la misma, a mediados de los años '70, se creó el Comité de Relaciones Industriales (IIRRC), presidido por Aldao Zapiola entre 1988 y 1995, siendo reemplazado por Horacio Quirós. Ambos después revistieron otros cargos en instituciones de mayor jerarquía[10].

También existen asociaciones de empresarios y empleadores por sectores de actividad, por ejemplo, la "Confederación de Asociaciones Internacionales de Euro Empresarios de la Construcción", con confederaciones en Europa, Asia, el Pacífico y América; la Federación Internacional de Armadores; la Cámara de Comercio Internacional, especializada en cuestiones sociales; y la Organización Internacional de Empleadores (OIE). Finalmente, merece destacar la tarea que realizó y realiza la Asociación Cristiana de Empresarios (ACDE), que durante décadas, con cursos, seminarios, congresos, y con la publicación de la Revisa "Empresa", trabaja permanentemente en la formación y difusión de la doctrina social católica con relación a la empresa, los empresarios y las relaciones con el personal, bregando por la imposición de un trabajo digno, mediante una Responsabilidad Social Empresaria.

[10] Aldao Zapiola Carlos, en "Dos siglos de recursos humanos en la Argentina". Editorial La Juane, 2012.

La autoría en los delitos de lesa humanidad cometidos por el terrorismo de Estado en Argentina: dominio de la organización o delito de asociación*

Carlos Julio Lascano**

* Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el día 20 de agosto de 2013.

** Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. Introducción

Nuestra exposición versará sobre la ardua problemática de la autoría en los delitos de lesa humanidad cometidos por el terrorismo de Estado en Argentina, en especial a partir del 24 de marzo de 1976, fecha en que se produjo la usurpación del poder y la instauración de la última dictadura militar.

El juzgamiento de tales crímenes puso en evidencia la dificultad de diferenciar entre autores y partícipes en sentido restringido (cómplices e instigadores), porque aquellos hechos fueron ejecutados materialmente por personas ubicadas en los peldaños inferiores de una organización estatal en cuyo seno otros miembros del grupo –ubicados en la cúspide- habían diseñado un plan sistemático o generalizado de comportamientos delictivos en contra de la población civil, con el declamado propósito de aniquilar el accionar subversivo.

En tales supuestos no se plantea la necesidad de castigar a todos los miembros de la agrupación por su sola pertenencia a la misma, cuando ya de por sí constituye una asociación criminal, sino resolver el interrogante de cómo responsabilizar penalmente a los integrantes de esa maquinaria estatal de poder que no han intervenido directamente en la ejecución material de los concretos delitos, pero los han planificado y han ejercido la dirección o el control de su puesta en práctica a través de sus subordinados.

No serán objeto de nuestro análisis otras formas de criminalidad organizada, como las vinculadas a mafias o a empresas privadas estructuradas para cometer delitos.

II. Delitos de lesa humanidad

La definición del delito de lesa humanidad comenzó a esbozarse luego de la Segunda Guerra Mundial, en el art. 6, inc. c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (Londres, 8 de agosto de 1945). El 6 de noviembre de 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Im-

prescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la cual fue incorporada a nuestro ordenamiento normativo por la Ley 24.584 del 29 de noviembre de 1995 y, posteriormente, le fue otorgado rango constitucional por Ley 25.778, con fecha 3 de septiembre de 2003.

A través de la Ley 25.390 del 30 de noviembre de 2000, nuestro país aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en cuyo artículo 7º se establece: "[a] los efectos del presente Estatuto, se entenderá como crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes…". Con ello deja claro que sólo pueden ser esa clase de crímenes aquellas conductas que se encuentren enumeradas en los incs. a) a k) del mencionado art. 7°, es decir, asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, etc.

Pero no cualquiera de esas conductas es, per se, un crimen contra la humanidad, pues debe cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Sin embargo, debe quedar claro que ese ataque -como explica PABLO F. PARENTI[1]- "no es la acción típica del crimen contra la humanidad sino el contexto en el que éste se comete; el crimen se realiza a través de la comisión de algunos de los actos enumerados en los incisos mencionados".

ANDRÉS D'ALESSIO enseña que, para considerar un delito como de lesa humanidad, se deben dar los siguientes requisitos: 1) carácter generalizado o sistemático; 2) conocimiento del autor de las circunstancias de su acto; 3) que esté dirigido a la población civil o que haya una víctima colectiva y, por último, 4) que esté integrado a una política de Estado[2].

---

[1] PARENTI, PABLO F; FILIPPINI, LEONARDO y FOLGUEIRO, HERNAN. Crímenes contra la humanidad. Origen y evolución de la figura, y análisis de sus elementos centrales en el Estatuto de Roma, en "Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 37.

[2] D'ALESSIO, ANDRÉS J., Los delitos de lesa humanidad, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 20-26.

En el precedente "Derecho, René Jesús"[3], la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el carácter "generalizado" del ataque contra la población civil importa un acontecimiento a gran escala, dirigido contra una multiplicidad de víctimas; este requisito excluye el hecho aislado cometido por un autor aislado, por iniciativa propia y contra una víctima aislada.

La exigencia de "sistematicidad" alude a la existencia de un plan premeditado para destruir, perseguir o debilitar a una comunidad; igualmente, se refiere a la acción repetida y continua de actos inhumanos conexos; y, también, a la preparación y uso de recursos públicos o privados significativos, sean o no militares[4].

Tales actos atroces se deben dar en el contexto histórico y político de un Estado constituido en "delincuente sistemático" que, abusando de la estructura de poder, establece verdaderas "políticas de terror", instrumentando un plan de persecución, represión y asesinato de civiles.

Debo recordar que, en la causa "Arancibia Clavel"[5], nuestro Máximo Tribunal sostuvo que formar parte de una agrupación destinada a perseguir opositores políticos, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos, con la aquiescencia de funcionarios estatales, constituye un delito de lesa humanidad y un atentado al derecho de gentes tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución Nacional.

III. El terrorismo de Estado en Argentina

El terrorismo de Estado comenzó en nuestro país con anterioridad al golpe militar contra el gobierno constitucional de María Isabel Martínez de Perón, pues -con fundamento en la necesidad de enfrentar la actividad de elementos "subversivos" que con su accionar alteraban la paz y la tranquilidad del país- el 6 de octubre de 1975

[3] CSJN, 11/7/2007, Fallos 330:3074.

[4] D'ALESSIO, ANDRES .J., ob. cit., p. 20.

[5] Fallos 327: 3312.

se dictó el Decreto N° 2770 y se constituyó el Consejo de Seguridad interna, conducido por el Presidente de la Nación e integrado por todos los Ministros del Poder Ejecutivo Nacional y los comandantes generales de las Fuerzas Armadas, a quienes competía la dirección de los esfuerzos nacionales para la lucha contra la subversión, quedando la Policía Federal y el Servicio Penitenciario Nacional subordinados al Consejo de Defensa.

En la misma fecha se dictaron los Decretos N° 2771 y 2772, que complementan los instrumentos para "ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país".

Con el advenimiento del gobierno militar se centralizó y perfeccionó la denominada "guerra antisubversiva", con lo cual aumentaron significativamente y de modo generalizado las desapariciones de personas y asesinatos que anteriormente venía ejecutando el terrorismo estatal representado por la Triple A.

Ello fue el resultado de las directivas secretas impartidas por los ex comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas para que el personal subordinado detuviera ilegalmente a quienes creyesen sospechosos de estar relacionados con organizaciones terroristas o considerasen enemigos del régimen por distintas razones (políticas, religiosas, gremiales, profesionales, estudiantiles, etc.), los cuales luego eran trasladados a centros de detención clandestinos, ocultando a los familiares de las víctimas cualquier información sobre éstas, y cuando se interponían los habeas corpus negaban a los jueces haber realizado esas detenciones. A todo ello se suma la aplicación de torturas a las personas detenidas para obtener la información que creyesen necesaria. Finalmente, podían disponer la libertad, la legalización de la detención, o, en el peor de los casos, la muerte de la víctima.

Desde la conducción de la estructura estatal se impartían las órdenes hacia los estratos intermedios y de éstos hacia los encargados de cumplirlas. De este modo y de acuerdo a este plan de exterminio masivo, se fueron realizando en el país, en el marco de la más absoluta ilegalidad, una serie de acciones delictivas consis-

tentes en privaciones ilegítimas de libertad, tormentos, homicidios, apropiaciones de menores, etc.

Estos grupos actuaban en la más absoluta clandestinidad y estaban conformados por integrantes de las fuerzas armadas, policiales o de seguridad, adoptándose en cada circunstancia todos los recaudos posibles para evitar ser identificados y asegurar así su impunidad.

IV. Principales soluciones propuestas

Para dar respuesta al fenómeno de la macrocriminalidad organizada estatal que torna complicado el juzgamiento y castigo de los responsables de los crímenes de lesa humanidad, la ciencia jurídico-penal ha buscado criterios razonables para la imputación de quienes trazan los planes delictivos y se encuentran en los máximos niveles jerárquicos de decisión y control dentro de las estructuras de poder del Estado, más allá de la actuación de quienes ejecutan de propia mano tales hechos aberrantes y contrarios a la dignidad humana.

Algunos doctrinarios sostuvieron que debían responder como instigadores, pero esta solución no respondía satisfactoriamente a la constatación de que -en la gran mayoría de esos delitos contra la humanidad- los ejecutores materiales no eran penalmente inimputables ni obraban sin dolo (por error de tipo) ni coaccionados, razón por la cual también eran penalmente responsables.

Otros catalogaron de coautores tanto a los directivos del aparato estatal que elaboraban el plan delictivo e impartían las órdenes para su realización como a los que sólo se limitaban a ejecutarlo materialmente, sin explicar cómo era posible la ejecución conjunta del hecho por parte de los primeros, que no participaban en la ejecución y sólo actuaban en la fase preparatoria del mismo.

En 1963 surgió otra opinión: partiendo de la teoría del dominio del hecho que había sido formulada por WEZZEL y se había convertido en la posición dominante para explicar la autoría, CLAUS ROXIN distinguió tres formas de dominio del hecho: do-

minio de la [propia] acción, dominio de la voluntad [de otro] y dominio funcional del hecho [ejecutado con otro]. De esta manera se explicaban la autoría individual o de propia mano, la autoría mediata y la coautoría, respectivamente[6]. El aporte novedoso de ROXIN consistió en agregar a los tradicionales casos de autoría mediata otro supuesto, el del sujeto de atrás que se vale de un aparato organizado de poder para ejecutar el plan delictivo, surgiendo su responsabilidad en virtud de su "dominio de la organización".

Abordaremos en primer lugar la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización, que tiene importantes seguidores tanto en el Derecho comparado cuanto en nuestro país, y que ha sido seguida primero por los Tribunales argentinos a partir de 1985, luego en los procesos a los "tiradores del muro" de Berlín durante la ex República Democrática alemana y en la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori.

En la actualidad, en sus primeras decisiones sobre la materia, la Corte Penal Internacional -bajo la denominación "indirect co-perpetration"- ha recepcionado aquella teoría de Roxin, lo cual no resulta sorprendente, pues ella sirve para una adecuada aprehensión jurídico penal de los crímenes sistemáticos cometidos a gran escala que constituyen el objeto del Derecho Penal Internacional.

Como fundamento, el Tribunal creado por el Estatuto de Roma ha aludido al hecho de que en la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder la persona de atrás domina la voluntad de la persona que lo ejecuta directamente, lo cual resulta consistente con la exigencia de un control sobre la comisión del hecho que es un presupuesto de la autoría[7].

En la decisión del 30 de septiembre de 2008, en el caso "Katanga y Ngudjolo Chui", la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI ha afirmado que, junto a las tres formas de autoría mencio-

---

[6] BACIGALUPO, ENRIQUE, Dominio del hecho, autoría mediata y Derecho Penal Internacional, en "Reflexiones sobre la cuestión criminal, Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos J. Lascano (h)", Lerner Editora, Córdoba, 2011, p. 53.

[7] CPI, decisión del 30/8/2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), párr. 501.

nadas expresamente en el art. 25.3 a) de Estatuto de la CPI, también sería imaginable una cuarta forma, que denomina "indirect co-perpetration", cuya característica distintiva sería la combinación de elementos de la autoría mediata y de la co-autoría[8]. Dicha Sala confirmó tal criterio en la decisión a través de la cual emitió una orden de arresto en contra del presidente en ejercicio de Sudán, Omar Al Bashir.

GERHARD WERLE y BORIS BURGHARDT[9] afirman que los casos que ahora son catalogados como de autoría mediata, "en el pasado fueron tratados más bien como planificación, orden, inducción o -después de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia- como intervención en una empresa criminal (participation in a joint criminal enterprise)".

Por ello, también analizaremos si la propuesta de GABRIEL PÉREZ BARBERÁ de una "autoría por asociación" puede constituir una alternativa a la tesis de Roxin para encuadrar la cuestión de la autoría en los delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del terrorismo de Estado.

A. Dominio de la organización

Este supuesto de autoría mediata se encuentra vinculado al juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos en la se-

[8] "El elemento de co-autoría consistiría en que dos o más personas acuerden conjuntamente la comisión de un crimen de derecho internacional. Pero el suceso también presentaría, al mismo tiempo, rasgos propios de la autoría mediata, en la medida que al menos uno de los co-autores dispone que la ejecución de su contribución al logro del plan se produzca a través de uno o más instrumentos. Estas contribuciones al hecho realizadas de forma mediata serían imputables a los demás co-autores en razón de su plan común, en la medida que los demás presupuestos de la co-autoría también estén presentes" (CPI, decisión del 30/8/2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 492 y ss.).

[9] GERHARD WERLE y BORIS BURGHARDT. Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, Revista Penal, n° 28, Buenos Aires, Junio de 2011, p. 200.

gunda guerra mundial, más precisamente al proceso realizado en Jerusalén contra Adolf Eichmann -alto funcionario nazi encargado de localizar a los judíos y conducirlos a los campos de concentración donde eran ejecutados dentro de las cámaras de gas- que despertó en 1963 el interés de CLAUS ROXIN, quien desarrolló una teoría según la cual es posible concebir otra manifestación de autoría mediata: el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder.

ROXIN comprende en esa categoría a toda clase de organización que utiliza para la comisión de delitos un aparato de poder estructurado jerárquicamente, con una relación vertical entre sus miembros. Los órganos de mando se encuentran en la cúspide, desde donde se toman las decisiones y se imparten las órdenes. Los encargados de cumplirlas, o sea los ejecutores, no toman parte en la decisión original de realizar el hecho ni en la planificación del mismo, incluso en muchas ocasiones ni siquiera conocen el plan en su globalidad, siendo conscientes únicamente de la parte que les toca ejecutar. En estos supuestos, el sujeto de atrás, sin intervenir directamente en la ejecución de los ilícitos, domina su realización sirviéndose de una "maquinaria" personal -generalmente organizada por el Estado desde los más altos rangos donde se emiten las directivas criminales, hasta los meros ejecutores materiales de éstas, pasando por las personas intermedias que organizan y controlan el cumplimiento de tales órdenes-[10].

Los delitos cometidos con esta modalidad se apartan de los casos tradicionales de autoría mediata, en los que el dominio de la voluntad del sujeto de atrás encuentra sustento en situaciones de error de tipo o de coacción en el ejecutor material, quien actúa sin dolo o sin culpabilidad, respectivamente, y por ello no debe responder penalmente.

En la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, el dominio de la voluntad tiene fundamento en la fungibilidad del ejecutor. Es que este tipo de organizaciones funciona au-

[10] ROXIN, CLAUS, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 269/279.

tomáticamente sin que importe la identidad del ejecutor. El sujeto de atrás, que ocupa los mandos de la estructura organizativa, puede confiar en que la orden será cumplida sin necesidad de tener que conocer al ejecutor. Tampoco resulta necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos no cumple la orden, automáticamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global. Por supuesto que el ejecutor último de la orden, es decir, quien en definitiva comete el crimen de propia mano, responde plenamente como autor inmediato o directo, pero ello en modo alguno afecta el dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás, pues desde la cúspide el ejecutor no se presenta como una persona libre y responsable (aunque efectivamente lo sea), sino como una figura anónima y sustituible[11].

Pero además de un aparato de poder organizado y del carácter fungible del ejecutor, ROXIN limita el dominio de la organización sólo a los aparatos que actúan al margen del ordenamiento jurídico, pues en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás.

Es posible distinguir dos manifestaciones típicas de estructuras de poder organizado: aquellos que se presentan en el seno mismo del poder estatal, como el régimen nacionalsocialista; y aquellos grupos creados con fines criminales, como movimientos clandestinos, organizaciones secretas y otras asociaciones delictivas[12].

Esta teoría ha tenido recepción en la sentencia de fecha 9 de diciembre de 1985, por la cual la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires condenó como autores mediatos a los integrantes de las tres primeras Juntas Militares que gobernaron nuestro país entre los años 1976 y 1982, adop-

[11] ROXIN,ob.cit. pp. 272/273.

[12] ROXIN, ob. cit., pp. 276/277

tando el criterio del dominio de la voluntad a través de aparatos de poder organizados, siendo éste el primer antecedente registrado en el mundo sobre la aplicación judicial de aquella teoría, como lo reconoce el propio ROXIN[13].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación por el voto de la mayoría (Fayt, Petracchi y Bacqué) confirmó la condena dictada por la Cámara porteña, calificando la conducta de los ex comandantes como autoría mediata, en base a la teoría de los aparatos organizados de poder.

Desde que fueron reactivadas las causas sobre violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante la última dictadura militar, a partir del precedente "Simón" de la CSJN[14], la gran mayoría de las instancias federales de instrucción, de apelación y de juzgamiento viene adoptando el criterio de la autoría mediata por dominio de la organización.

B. Delitos de asociación

En el año 2010, en un encuentro científico en Bogotá sobre el tema del autor detrás del autor, GABRIEL PÉREZ BARBERÁ[15] propuso, para los delitos de lesa humanidad cometidos mediante aparatos estatales -y organizados- de poder, un tipo específico de autoría que denominó "autoría por asociación".

Como punto de partida, PÉREZ BARBERÁ[16] destaca la importancia de los delitos de infracción de deber, descubiertos por ROXIN en su clásica monografía sobre autoría y dominio del hecho; ello se explica, a su juicio, "no sólo en las razones dadas por JAKOBS, que en su último desarrollo, apuntan a mostrar que

[13] Ob. cit., p. 724.

[14] Fallos 328:251

[15] Delitos de asociación y dogmática general de la autoría. Un aporte para la consideración de la autoría en los delitos de lesa humanidad cometidos por aparatos de poder organizados, trabajo inédito, cuya lectura me ha facilitado generosamente su autor.

[16] Ob. y lug. cits.

todo lo relacionado con la autoría y la participación tiene mucho más que ver con la infracción de un deber que con el dominio del hecho, salvo campos muy residuales que quedarían reservados para esta última categoría. Ello es así, también, por el hecho de que, si se mira bien de cerca, en la constelación que Roxin consideró bajo la rúbrica de 'autoría mediata por dominio de la organización' sucede exactamente lo mismo que en la constelación de los delitos de infracción de deber, al menos en lo que se refiere a las consecuencias dogmáticas respecto a cómo debe considerarse a cada participante en esa organización".

A continuación PÉREZ BARBERÁ[17] expresa que para ROXIN lo que caracteriza a los delitos de infracción de deber es que -cualquiera que esté obligado por el deber específico extrapenal- será considerado autor, sin que importe de qué manera, empíricamente, quien contribuyó a la comisión del hecho.

PÉREZ BARBERÁ sostiene que lo mismo ocurre en los delitos de asociación, como por ejemplo en la asociación ilícita, respecto del hecho de formar parte de aquella, en sí mismo punible. Pero eso mismo ocurre también con relación a los delitos particulares (homicidios, torturas, robos, etc.) que se realizan en el marco de esa asociación criminal en la que todos los integrantes –desde sus jefes hasta sus más rasos ejecutores– responden como autores no sólo del hecho de pertenecer a la asociación, sino también de los distintos hechos punibles que cometen bajo su amparo, siempre, por cierto, que se dé una doble exigencia objetivo-subjetiva: que el sujeto forme parte de la organización y que sea consciente de ello, es decir, que conozca los objetivos de la asociación18.

Explica que ello es así, precisamente, porque en los delitos de asociación -entre los cuales cabe considerar a los cometidos mediante aparatos estatales y organizados de poder- al igual que en los delitos de infracción de deber, todo contribuyente ha de ser considerado, necesariamente, autor. Y ello aproxima a los delitos de asociación -y por tanto a los de dominio de la organización-

[17] Ob. y lug. cits.

[18] Ob. y lug. cits.

mucho más a la dogmática de los delitos de infracción de deber que a la de los delitos de dominio.

Pese a su anterior afirmación, el destacado profesor de la Universidad de Córdoba rechaza la identificación entre los delitos de asociación y los delitos de infracción de deber, pues en éstos "lo que fundamenta la autoría es el hecho de portar el rol de obligado a ese deber. Pero se trata, siempre, de un deber jurídico, impuesto por el orden estatal y, por lo tanto, formalmente legítimo, lícito; y el rol resultante es, en consecuencia, también lícito. Y en los delitos de asociación la autoría también se funda en el hecho de portar un rol: el rol de ser parte de una asociación delictiva. Pero precisamente por el carácter de la asociación es que el rol resultante no es lícito. No es posible, en consecuencia, sostener que ese rol se funda en la violación de un deber jurídico y específico para un determinado ámbito social, como sucede siempre con los delitos de infracción de deber. Se trata, en todo caso, de un rol que surge más bien de la violación del deber general de no dañar a terceros. Dicho esto en terminología de JAKOBS: se trata del deber general que caracteriza al ámbito de atribución de responsabilidad por organización (según ROXIN: delitos de dominio) y no de alguno de los deberes específicos que caracterizan al ámbito de atribución de responsabilidad por institución (según ROXIN: delitos de infracción de deber). Sin embargo, dado que en los delitos de asociación todo integrante de ella responde como autor, tiene lugar la interesante ¿paradoja? de que en ellos se da la consecuencia propia de la responsabilidad por institución (o por delitos de infracción de deber), y no la consecuencia propia de la responsabilidad por organización (o por delitos de dominio)"[19].

Explica PÉREZ BARBERÁ[20] que toda la doctrina, incluso la más tradicional, admite que en los delitos de asociación rige un "concepto unitario de autor, en el sentido que toda contribución a la ejecución del hecho es autoría (para comprobarlo, basta repasar no sólo los resultados a los que arriba ROXIN con su concep-

[19] Ob. y lug. cits.

20 Ob. y lug. cits.

ción sobre el dominio de la organización, sino también la dogmática de un delito cuya estructura lo transforma en pariente cercano del llamado dominio de la organización, como lo es la del delito de asociación ilícita: art. 210 del CP en Argentina; § 129 I StGB). Y si hasta ahora nadie ha dudado acerca de esta forma de atribuir responsabilidad en esta clase de delitos, es seguramente porque éstos contienen una particularidad especial. Y ella reside, a mi modo de ver, en que en los delitos de asociación, pese a ser delitos de dominio, la responsabilidad se atribuye como en los delitos de infracción de deber".

PÉREZ BARBERÁ[21] asevera que en los delitos de infracción de deber se responde sólo a título de autoría no porque en ellos tenga lugar la infracción de un deber (…), sino porque la existencia de ese deber genera una característica especial de la autoría, esto es, transforma a esa configuración en un delito especial. Y en los delitos de asociación sucede lo mismo: se responde sólo por autoría porque la configuración fáctica previa genera un delito especial, que es, también, lo que sucede con la injerencia. Se conforma un delito especial (propio) por una configuración previa del mundo por parte del sujeto, aunque no medie un deber jurídico extrapenal. Es claro, pues, que los delitos de infracción de deber son, junto con los delitos de asociación, los de omisión, los imprudentes y los de propia mano, especies o clases de delitos especiales propios. En este sentido, no es correcto haber considerado la cuestión a la inversa, esto es, haber sostenido que los delitos especiales propios -y los de omisión, y los de propia mano y los imprudentes- son una especie de los delitos de infracción de deber, tal como lo plantea ROXIN. Lo que realmente tienen en común todos ellos, incluidos los delitos de asociación, es que generan responsabilidad sólo por autoría, y no que nacen de un deber específico extrapenal (esto último, como se vio, no es cierto ni en los delitos de asociación, ni en los de omisión impropia por injerencia ni en los de propia mano: ninguno de ellos nace de un deber tal). Ser miembro de una asociación -lícita o ilícita- es, en definitiva,

[21] Ob. y lug. cits.

tanto una característica especial de la autoría, como ser funcionario público, o ser administrador de un patrimonio ajeno, o ser el obligado tributariamente con el fisco, o ser el que provoca una fuente de peligro, etc. La distinción más general, entonces, a los efectos de la dogmática de la autoría, no debe ser realizada entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, sino entre delitos especiales-propios o impropios- y delitos comunes o generales.

La conclusión de PÉREZ BARBERÁ[22] es que "por pertenecer a una organización se es responsable tanto del hecho colectivo de ser miembro de esa organización (…) como, en su caso, del hecho o de los hechos individuales que se cometan en el marco de esa organización con el propósito de llevar a cabo su cometido. Para decirlo con un ejemplo: todos los integrantes de la organización (jefes y subordinados) responden siempre como autores por el delito de asociación que corresponda más por los homicidios, torturas, desapariciones forzadas, etc. que se cometan en ese marco. Ello no ofrece ninguna dificultad en lo que atañe a los ejecutores directos. En cuanto a los jefes (ónticamente "autores mediatos"), para atribuirles también a ellos, y como autores, los homicidios, torturas, etc., debe acreditarse que, con su conducta activa u omisiva, han generado un riesgo no permitido a ellos atribuibles (imputación objetiva) y han obrado por lo menos con dolo eventual".

El flamante catedrático de Córdoba[23] finaliza: "también respecto de los delitos cometidos por la organización todo integrante de la asociación responde como autor. Y la razón político-criminal que torna plausible esta solución ha sido dada por el mismo ROXIN: lo que él construye como requisitos de la autoría mediata en casos de dominio de la organización (a saber: poder de mando, ilicitud, fungibilidad y elevada disposición a delinquir por parte de los ejecutores directos) son -mutatis mutandis y junto con el nexo de imputación objetiva y el dolo- las razones que explican por qué un delito común o general cometido en el marco de una organización de estas características debe ser imputado siempre a

[22] Ob. y lug. cits.

[23] Ob. y lug. cits.

título de autoría, que es la máxima responsabilidad atribuible: el marco en sí es tan eficiente como factor criminógeno que no admite distinciones cuantitativas ulteriores. Por eso esto no sucede, a mi juicio, con marcos en los que aquellos delitos comunes o generales -en el sentido de no ser especiales propios: los homicidios, por ejemplo- no corresponde que sean considerados delitos de lesa humanidad, pues en tales casos el marco no será lo suficientemente grave. Estar dentro del marco (es decir: portar el rol de ser parte de la asociación) es, pues, factor suficiente de atribución de responsabilidad para ese ámbito (aquel en el que se cometen delitos de lesa humanidad), no para otros. La idea de dominio no debería jugar ningún papel en las organizaciones que cometen esa clase de criminalidad".

A pesar de la claridad y los razonables argumentos de PÉREZ BARBERÁ, su tesis no termina de convencernos, pues su rendimiento para los delitos de lesa humanidad cometidos a través de maquinarias estatales de poder -como las del terrorismo de estado en Argentina- no es superior a la autoría por dominio de la organización postulada por ROXIN.

En primer lugar y dejando fuera de toda duda la sólida y demostrada convicción republicana y garantista de PÉREZ BARBERÁ, no debemos obviar las atinadas reflexiones de ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR[24], en cuanto algunas anticipaciones punitivas se convierten en tipicidades independientes, como la asociación ilícita (art. 210) que son "de constitucionalidad harto dudosa, pues revelan una ampliación del ámbito de la prohibición que no puede sostenerse sino en violación al principio de lesividad y sin que quepan legitimaciones basadas en el peligro para todos los derechos y libertades que la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad". Agregamos por nuestra parte que un Derecho Penal liberal no debe abandonar sus principios en la lucha contra el terrorismo estatal, porque esto mismo podría significar su triunfo.

En esa misma línea se ubica PATRICIA S. ZIFFER[25], quien alerta sobre las dificultades para la legitimación constitucional del

[24] Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2002, p.811, n° 6.

[25] El delito de asociación ilícita, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 56.

delito de asociación ilícita, relacionadas con las objeciones vinculadas tanto al principio de reserva como a la libertad de reunión, que surgen frente al adelantamiento de la punición al ámbito de la preparación de delitos.

En el plano dogmático-jurídico, el poder de mando de los superiores jerárquicos -en el marco de la organización de terrorismo estatal- en relación a sus subordinados fungibles ejercía presión en el sentido del cumplimiento de las órdenes ilegales por parte de sus ejecutores materiales, como lo eran los integrantes de los grupos de tareas que secuestraban, torturaban y mataban a las víctimas seleccionadas por el plan sistemático trazado desde las cúpulas de las tres fuerzas armadas. Aquella presión, sin embargo, no implicaba por sí sola una coacción que pudiera excluir la responsabilidad penal de los subordinados, a título de autores directos por dominio de la acción.

Aunque se han comprobado algunos casos de ejecutores materiales que actuaban con convicción, no es menos cierto que -por tratarse de soldados y agentes policiales o de personal militar y de seguridad ubicados en los niveles jerárquicos más bajos- su pertenencia y permanencia en la estructura estatal de poder no obedecía a su libre determinación y a su elección voluntaria. Ello es incompatible con la conducta requerida por el tipo objetivo de la asociación ilícita que exige tomar parte de la organización, como miembro de la misma, lo que ha sido interpretado por la doctrina como un acuerdo previo entre sus integrantes para constituirla o, si ya estuviere formada, la voluntad de sumarse a ella para prestarse mutuamente colaboración en la empresa delictiva.

En su aporte a la obra colectiva "Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales"[26], en homenaje al profesor ROXIN, OSCAR TOMÁS VERA BARROS tuvo el acierto de llamar la atención hace más de diez años sobre la necesidad de analizar el delito de asociación ilícita por parte de grupos formados total o parcial-

[26] Asociación ilícita (art. 210 C.P.). Algunas consideraciones, en "Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales", Director editorial Carlos Julio Lascano, La Lectura – Lerner, Córdoba, 2011, pp. 593/618.

mente por personas que ejercen la función pública, "existiendo referencia doctrinaria a grupos organizados de poder, o como los denomina ROXIN: maquinarias de poder organizadas".

En dicho trabajo[27], VERA BARROS concluye que la mayor diferencia de las típicas asociaciones delictivas con las organizaciones vinculadas al poder reside en que en aquellas se encuentra diluida la jefatura, o cuando más hay un jefe que tiene íntimo contacto con los demás miembros, con los cuales comparte las decisiones más trascendentes. En un aparato de poder en cambio, se encuentran suficientemente alejados los ejecutores de la cúpula del poder. Más aún, en medio suele encontrarse una serie de transmisores de órdenes, habiendo tal fungibilidad en esos elementos y en los que ejecutan directamente los hechos delictivos, que es difícil aplicar las reglas de la instigación.

El mismo autor, en una obra posterior[28], expresa que la solución de la imputación por la vía de la asociación ilícita no conforma, ya que si bien todos los integrantes responden por esta imputación, en los delitos efectivamente cometidos por alguno de sus miembros, sólo a ellos se les debe imputar, quedando impunes los que planifican y toman las decisiones finales.

Además -en términos de JAKOBS- el rol de los miembros de la asociación ilícita surge más bien de la violación del deber general de no dañar a terceros que caracteriza al ámbito de atribución de responsabilidad por organización; por el contrario, en el supuesto de las estructuras jerárquicas de las organizaciones estatales de terrorismo de Estado nos encontramos en la esfera de atribución de responsabilidad institucional de los funcionarios públicos.

V. Conclusiones

La autoría mediata por dominio de la organización tiene base legal en nuestro Derecho Positivo, pues halla favorable acogida dentro

[27] Ob. cit., pp. 616 y 617.

[28] Delitos contra el orden público, Marcos Lerner, Córdoba, 2002, p. 223.

del concepto de autor que el legislador argentino contempló en el art. 45 del Código Penal. Distintos doctrinarios ya se han encargado de repeler con sólidos fundamentos la crítica proveniente de representantes nacionales del positivismo jurídico que piensan que con esta forma de autoría mediata se violaría el principio de legalidad pues -al no estar prevista en el Código Penal Argentino- su aplicación a un caso concreto implicaría una interpretación extensiva del art. 45 del Código Penal en perjuicio del inculpado. Esta posición encontró sustento en el método semántico-gramatical de interpretación del texto legal.

En base a esta línea de pensamiento, SANCINETTI y FERRANTE[29] han dicho que las disposiciones sobre autoría del art. 45 del Código Penal son reglas amplias dominadas por conceptos demasiado vagos: "tomar parte en la ejecución del hecho". Por lo tanto, la interpretación basada en la teoría del dominio del hecho no presenta inconvenientes, pues ello significa que es razonablemente factible atribuir a "los hombres de atrás" la circunstancia de que con sus órdenes están "tomando parte en la ejecución del hecho" (art. 45 Código Penal), tanto en sentido literal como jurídico-penal.

Si bien esa posición tiene suficiente peso argumental como para desvirtuar la crítica causalista, consideramos no obstante que la autoría mediata está expresamente prevista en el Código Penal dentro de la categoría de los "determinadores", en el último párrafo del art. 45. De este modo, si con la posición antes reseñada de SANCINETTI y FERRANTE no se vulnera el principio de legalidad constitucional, menos aún se verifica esta lesión con la interpretación que propugnamos.

En efecto, la fórmula "el que hubiese determinado directamente a otro a cometerlo" permite sostener que, entre las variantes que caben considerar del concepto de determinador, se encuentra aquel que ejerce el dominio del hecho a través de otro cuya voluntad se encuentra "determinada directamente", es decir, sometida

[29] SANCINETTI, MARCELO A. – FERRANTE, MARCELO, El Derecho Penal en la protección de los Derechos Humanos, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 206.

al plan delictivo de aquel, pero conservando el ejecutor el dominio de la acción, pues el art. 45 C.P. de ningún modo exige que ese ”otro” sea un sujeto no responsable penalmente.

Somos conscientes de no haber solucionado el problema con las reflexiones que hemos aportado, pero nos conformamos con haber señalado las cuestiones importantes de un debate que aún sigue abierto. Muchas gracias por su presencia y atención.

Trayectoria y proyección del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (1935-2012)*

Ramón Pedro Yanzi Ferreira **

* Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el día 8 de octubre de 2013.

** Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. Introducción

Desde hace algunos años nos encontramos investigando la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, a través de la historia misma de sus cátedras de enseñanza del Derecho. Como siempre hemos dicho, desde el inicio de la primera Cátedra de Instituta, que en las horas vespertinas del 22 de agosto de 1791 significó el nacimiento de los estudios jurídicos en la Universitas Cordubensis Tucumanae, las Cátedras constituyeron los núcleos fundacionales, el ámbito preciso, la geografía natural donde creció y se fortificó la ciencia del derecho.

Desde las Cátedras, profesores y alumnos transitaron juntos caminos de reflexión y estudio sobre los problemas del derecho, dieron forma a nuevos interrogantes y problematizaron otros que intentaban resolver, a partir de la luminosa y enriquecedora confrontación de vertientes distintas.

Se dio vida a una nutrida, variada, multifacética producción intelectual y allí mismo nacieron institutos y centros de investigación que organizaron y concretaron simposios, seminarios, congresos, jornadas, mesas redondas, paneles, etcétera, donde se expusieron nuevas líneas de investigación y análisis.

Por ello, la historia de nuestra Facultad de Derecho se alimenta a través de la historia de sus Cátedras, una compleja armonía, que la invalorable libertad de expresión permitió crecer, para fundar la estructura intelectual de la Facultad.

Ello demuestra que la creación misma del derecho no se reduce al ámbito legislativo o jurisprudencial, sino que se alimenta por diversas vías de operadores jurídicos, entre los cuales las cátedras universitarias aquilatan una decisiva importancia al constituir los laboratorios naturales y propios donde el derecho es examinado con meticulosidad y con pasión para fundar nuevas doctrinas que recorren en ocasiones, no sin tensión, desde el más claro acatamiento al texto de la ley hasta los enfoques más turbadores de la misma, entrecruzando aspectos filosóficos, económicos, políticos, sociológicos e históricos cuyo objetivo, a veces

enmascarado, consiste en preservar al derecho del rigor de la dogmatica evitando que se desaparte de la sociedad. Toda una estrategia científica que se resume en una singular base operativa: las cátedras universitarias de enseñanza del derecho. Pero la Facultad también conformó su trabajo intelectual, académico y científico con la presencia y el trabajo silencioso, fecundo y continuo de Institutos de Investigación, espacios claramente definidos que albergaron a Profesores e Investigadores. Entre ellos sobresale la labor cumplida por el Instituto de Derecho Civil, hoy Departamento de Derecho Civil "Henoch D. Aguiar", creado en 1935 bajo la dirección del Profesor doctor Henoch Aguiar.

La investigación se ha llevado a cabo compulsando los fondos documentales del Archivo Histórico de la Universidad Nacional de Córdoba y del Archivo Histórico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Victorino Rodríguez", las actas de las sesiones ordinarias del Instituto de Derecho Civil (1943-1959), los cuadernos de los Institutos, como asimismo sobre los fondos heurísticos de archivos particulares, prensa y bibliografía de la época e intenta trazar la trayectoria del Instituto, sus luces y sombras amanecidas a través de más de un siglo de lucida existencia. Se agrega por último un Apéndice Documental sobre la materia en estudio.

II. Primera época. Se crea el Instituto de Derecho Civil, por Ordenanza del Honorable Consejo Superior de fecha 2 de Septiembre de 1935, bajo el Rectorado del Doctor Sofanor Novillo Corvalán (1935-1948), dependiendo de la Universidad Nacional de Córdoba[1]

El Instituto de Derecho Civil ocupó un lugar destacado desde el momento de su creación, emprendió una labor fecunda de traba-

[1] Con motivo del 40° aniversario de creación del Instituto de Derecho Civil (1935-1975) María Esterlina Montero Lambert, quien fuera Jefe de la Hemeroteca de la Biblioteca Mayor y Bibliotecaria del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, presentó en su oportunidad un resumen de las actividades cumplidas por el mismo. Me fue

jos de investigación, sesiones científicas, importantes publicaciones y motivó el trabajo y el espíritu vocacional de los jóvenes graduados. En 1935 nace, entonces, para dar cumplimiento al anhelo de las autoridades de la Universidad Nacional de Córdoba de rendir un merecido homenaje al ilustre egresado de la Facultad de

---

entregada una copia como Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, mediante nota de fecha 29 de noviembre del año 2000. Algunos datos de esa información fueron tomados para el presente trabajo.

El texto de la nota citada dice:

"Al señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Prof. Doctor Ramón P. Yanzi Ferreira.

De mi mayor consideración y respeto:

Me dirijo al señor Decano con el objeto de exponer; que motivos de salud no me han permitido, de conformidad a mis deseos, cumplir oportunamente con mis anhelos de reiterarle como así también a la Comisión de Homenajes de esa Facultad, mi sincero agradecimiento por haber recibido en 1999 el Diploma que se me otorgara por los servicios prestados en esa Unidad Académica, los que fueron, en total en la Universidad, 44 años, 6 meses y 13 días de acuerdo a los certificados emitidos por la Dirección General de Administración de la Casa.

He considerado siempre, desde el primer día, que mi deber era, y lo fue, cumplir con las obligaciones y deberes en los cargos que se me confiaron, en los cuales he dedicado todo mi entusiasmo e interés en todo momento, algunos traducidos en sencillos escritos y trabajos, los que ruego al señor Decano reciba, pero sí considerando que sus múltiples responsabilidades tan importantes no le permitirán un poco de tiempo para mis humildes contribuciones bibliotecológicas, otras históricas y algunos de mis antecedentes de mis desempeños en mi querida Universidad o de nuestra Córdoba.

El detalle que me permito adjuntar a la presente (escritos, periódicos o irradiados) fue tratado de acuerdo a la época de mi actuación, y algunos también posteriormente a mi retiro para cumplir pedidos formulados.

Agradezco al señor Decano la atención que pueda prestar a éstas líneas, a la vez que le saludo con mi mayor estima y respeto."

Derecho y Ciencias Sociales, el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, conmemorando el 60º aniversario de su fallecimiento, acaecido el 30 de marzo de 1875.

Por ello, se resolvió inaugurar en el espacio de la Biblioteca Mayor el recinto llamado "Templete"[2]. El Honorable Consejo Superior aprobó, entonces, un proyecto de creación del Instituto de Derecho Civil dependiente de la Universidad y la realización de una Jornada de Derecho Civil con participación de profesores e investigadores de Universidades Nacionales.

El Rector de la Universidad Nacional de Córdoba, Doctor Sofanor Novillo Corvalán[3], al presentar el proyecto de creación del Instituto, sostenía:

> "…Honorable Consejo: Lleno uno de los anhelos más vistos de mi gestión rectoral, al proponer a la consideración del H. Consejo el adjunto proyecto de ordenanza por el que se crea un Instituto de Derecho Civil, lo que será el coronamiento del homenaje intelectual que la Universidad va a rendir al ilustre codificador.
>
> En diversos actos públicos he expresado que Córdoba y su Universidad tienen una vigorosa tradición civilista que es necesario estimular, y pienso que ninguna iniciativa lo logrará de modo más efectivo que mediante la fundación de un instituto con fines de investigación científica.
>
> Hay un considerable material bibliográfico y jurisprudencial, anteproyecto de reformas al Código, leyes que lo modifican parcialmente sobre los cuales puede trabajar un selecto núcleo de profesores

[2] Aquí se guarda el manuscrito del Código Civil Argentino y su biblioteca, aquí está el testimonio más elocuente de la preocupación intelectual de Vélez Sarsfield, los libros que eligió, compró, leyó, anotó, trabajó y conservó a lo largo de toda su vida para reflejar luego su erudito contenido en la obra codificadora del siglo XIX.

[3] Tuvo una brillante carrera académica, que coronó cuando fue designado Rector de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue el Primer Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

de esta Universidad que ha demostrado viva vocación por esa disciplina e indudable competencia en diversos trabajos que ha dado a la publicidad.

El Instituto no deberá perder su carácter científico, pues es función universitaria también la investigación desinteresada, y por eso conviene que funcione también como organismo dependiente del Consejo Superior y no de la Facultad de Derecho, pues su subordinación a éste le haría perder, acaso, convirtiéndole en instrumento de fin puramente profesional o docente.

Las universidades deben superar su nivel profesional creando organismos como el proyectado, pero cuidando que la oración sea aclimatable, que un ambiente no artificial sino real, de arraigada cultura de la especialidad que se va a investigar lo haga fecundo y prestigioso. Crear institutos de investigación científica cuando faltan el material, el ambiente, los instrumentos y los hombres adecuados es hacer fundaciones destinadas al fracaso o a una vana ostentación que no añade valor alguno a la Universidad. Y en cambio un Instituto como el proyectado puede concentrar, organizar y estimular capacidades y esfuerzos individuales que entregados a su propia dirección y a una labor personal no darán los resultados completos del conjunto disciplinado y dirigido, pues ese es cabalmente el valor de un instituto que no mata la iniciativa personal, antes, al contrario, la estimula, pero la coordina, la fortalece y la vuelve más rica y fecunda.

Alimento la esperanza de que la Universidad de Córdoba, con el Instituto de Tisiología ya creado y en pleno fortalecimiento y el de Derecho Civil que se proyecta, hará crecer su prestigio y rendirá a dos ramas de la ciencia un tributo y una colaboración que es capaz de darle. Su labor ulterior no debe consistir tanto en nuevas creaciones, sino en fomento de las existentes, pues la multiplicación de los centros de investigación sólo estará justificada cuando la aconsejan necesidades y aspiraciones reales del medio.

Debo hacer presente al H. Consejo que el proyecto de ordenanza adjunto lo he sometido previamente a la consideración de todos los profesores de Derecho Civil de la casa que lo han acogido con unánime aceptación, de modo que aunque no pueden suscribirlo, lo prestigian con su auspicio. Dios guarde a V.H."[4]

El proyecto fue aprobado en sesión ordinaria del Honorable Consejo Superior el 2 de setiembre de 1935. Constaba de 11 artículos y disponía que las primeras autoridades del Instituto debían ser designadas por el Rector Novillo Corvalán. Así, cuatro días después, fueron nombrados: Director, el Doctor Henoch Domingo Aguiar; Secretario, el Doctor Ernesto Cordeiro Álvarez y miembros titulares los Doctores Sofanor Novillo Corvalán, Hipólito Montagné, Juan Carlos Loza, Pedro León, Enrique Martínez Paz, Víctor N. Romero del Prado, Horacio Valdéz, Alfredo Orgaz, José Manuel Saravia y Estanislao Berrotarán.

El proyecto rectoral tuvo amplia acogida en todo el ámbito académico, científico y universitario. La Casa de Trejo organizó un merecido homenaje a nuestro Codificador, llevándose a cabo actos conmemorativos, consistentes en dictado de clases, conferencias, simposios, jornadas que destacaban los rasgos relevantes de la personalidad intelectual del gran cordobés Dalmacio Vélez Sarsfield. El acto académico de mayor jerarquía desde el punto de vista institucional fue indudablemente el que inauguró las actividades académicas y científicas del Instituto de Derecho Civil, que se llevó a cabo en el Salón de Grados de la Universidad, el 9 de Setiembre de 1935. Se realizaron, además, un ciclo de conferencias entre los días 9 y 13 de ese mes, en el que participaron distinguidos profesores e investigadores de las Universidades Nacionales de la Plata, del Litoral, Buenos Aires y Córdoba.

Por su parte, el Reglamento interno de funcionamiento del Instituto de Derecho Civil fue aprobado por Resolución del Honorable Consejo Superior el 24 de octubre de 1935.

Así, un año después, en 1936, fueron inauguradas, en acto solemne, las sesiones públicas que dieron comienzo a las actividades del Instituto, con una especial jornada celebrada en el Salón de Grados de la Universidad. Hicieron uso de la palabra los Doctores

[4] Archivo General e Histórico de la Universidad Nacional de Córdoba, sesión especial del Honorable Consejo Superior del 2 de septiembre de 1935, presidida por el Rector doctor Sofanor Novillo Corvalán.

Henoch D. Aguiar y Ernesto Cordeiro Álvarez, Director y Secretario del Instituto, respectivamente.

Bajo tales auspiciosos augurios el Instituto continuó su actividad, cumpliendo fielmente con los objetivos establecidos en la Ordenanza de creación, la que fue modificada por resoluciones dictadas por el Honorable Consejo Superior el 15 de diciembre de 1938 y 26 de Julio de 1939, funcionando el Instituto desde 1935 a 1948 como una dependencia del Rectorado de la Universidad Nacional de Córdoba. En 1949, el Instituto pasó a depender directamente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

El personal administrativo y directivo del Instituto estaba integrado por el Director, un Jefe de Investigaciones y Publicaciones, dos Ayudantes de Investigación, un auxiliar y dos traductores. Los profesores titulares de las Cátedras de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado eran miembros naturales del Instituto y los abogados y estudiantes de sexto año de la Facultad de Derecho, designados como Auxiliares por concurso. Eran miembros adscriptos.

Desde su fundación, el Instituto ha realizado una muy valiosa labor colectiva y ha llevado a cabo periódicas sesiones privadas cediendo su tribuna a prestigiosos juristas y catedráticos de otras universidades del país y del extranjero. Estuvieron a cargo de la Dirección del Instituto los doctores Henoch D. Aguiar (1935-1938), Enrique Martínez Paz (1939-1941), Horacio Valdés (1941-1949), Celestino Piotti (interino 1950-1951), Horacio Valdés (1952-1955), Pedro León (1956-1957), Enrique J. Saravia (interino 1957-1958), Pedro León (1958-1965), y de la dirección del Departamento de Derecho Civil los doctores José Antonio Buteler Cáceres (1965-1985), Humberto Vázquez (1988-1993), Eduardo I. Fanzolato (1985-1988 y 1993-1994), Antonia del V. Beuck de Banchio (1994-2006), y desde setiembre de 2006 hasta la actualidad, Juan Carlos Palmero[5].

[5] Una completa reseña biográfica de los Directores del Instituto de Derecho Civil y Departamento de Derecho Civil "Henoch D. Aguiar". Véase por Ramón Pedro Yanzi Ferreira, en El Instituto de Derecho Civil de la

La obra desarrollada por el Instituto, en este primer período, sin olvidar las inquietudes preferentes sobre reformas al Código Civil, se traduce entre otras, y en la convocatoria a un Congreso Nacional de Derecho Civil, que se reunió en mayo de 1927, en la organización del II Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado entre el 1 y el 7 de setiembre, 1937; el III Congreso Nacional de Derecho Civil realizado entre los días 9 al 14 de setiembre, 1961; y el IV Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado durante los días 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de setiembre de 1969.

Asimismo, el Instituto participó activamente, facilitando la concurrencia de varios profesores a las 1ras. Jornadas de Derecho Civil realizadas en Santa Fe, en noviembre de 1963; a las 2das. Jornadas de Derecho Civil llevadas a cabo en Corrientes entre los días 3 y 6 de noviembre de 1965; a las 3ras. Jornadas de Derecho Civil llevadas a cabo en Tucumán entre el 26 y el 30 de octubre de 1967; a las 4tas. Jornadas de Derecho Civil denominadas "4º Congreso Nacional de Derecho Civil" en homenaje del 100º aniversario de la sanción del Código Civil Argentino, realizadas en Córdoba entre los días 22 al 27 de setiembre de 1969; y a las 5tas. Jornadas de Derecho Civil realizadas en Rosario entre el 22 al 25 de setiembre de 1971[6].

Entre los más destacados actos académicos, conferencias, jornadas, simposios, homenajes y otros eventos realizados, sobresale el que se llevó a cabo el 23 de agosto de 1940, para celebrar el sesquicentenario de la creación de la Cátedra de Instituta, en la que se rindió homenaje al Doctor Lisandro Segovia. En esa oportuni-

---

Universidad Nacional de Córdoba. Historia y Proyección Institucional y Académica (1935-2012), Cuadernos de Historia Número 22. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, Ed. Advocatus, 2013, págs. 30-44.

[6] La mención sobre las jornadas y congresos son meramente ejemplificativas, que contaron con el aporte de profesores cordobeses de nuestra Facultad de Derecho.

dad, hicieron uso de la palabra los Doctores Abel Chanetón,[7] Santiago F. Díaz[8] y Ernesto Cordeiro Álvarez[9].

III. Segunda época. El Instituto del Derecho Civil pasa a depender directamente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, bajo el rectorado a cargo del doctor José M. Urrutia (1949- 1985)

En 1951, en sesión especial, el Instituto recibió la visita del Prof. Felipe Vasalli, titular catedrático de Derecho Civil y Decano, por entonces, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma. En dicho acto académico se lo incorporó como Miembro Correspondiente del Instituto.
Cinco años más tarde, más precisamente el 22 de noviembre, se celebró el acto académico en homenaje al doctor Héctor Lafaille[10].

El 27 de abril de 1959, el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales aprobó el dictamen de la Comisión de Reglamento y Vigilancia, que aconsejó hacer lugar a la solicitud del Director del Instituto Doctor Pedro León, imponiendo al mismo el nombre de Henoch D. Aguiar, en reconocimiento a la relevante trayectoria académica y científica de su primer Director.

Por iniciativa del Instituto, la Universidad Nacional de Córdoba realizó un acto académico, que tuvo lugar el 18 de setiembre de 1959, en homenaje al Código Civil Argentino, con motivo del

[7] Abel Cháneton (1888 - 1943) historiador y jurista argentino.

[8] Profesor de Derecho Comercial e Historia de la Instituciones Representativas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. El 1º de Octubre de 1918 fue nombrado Profesor de Derecho Marítimo y Legislación Aduanera, convirtiéndose en el primer Catedrático de esa asignatura.

[9] Primer Secretario del Instituto de Derecho Civil. Entre sus obras se destacan: "Tratado de los privilegios".

[10] Héctor Lafaille (1883-1956), jurisconsulto, profesor universitario y escritor uruguayo.

90º aniversario de su sanción. En dicha ocasión, hicieron uso de la palabra los Doctores Sofanor Novillo Corvalán y Pedro León.

Diez años más tarde, entre el 22 y el 27 de setiembre, se llevó a cabo en la ciudad Córdoba, el 4º Congreso Nacional de Derecho Civil, en conmemoración al centenario de la sanción del proyecto del gran jurista cordobés mediante Ley N° 340[11], sancionada el 25 de setiembre de 1869.

Posteriormente, el Doctor Hans Weywers, profesor de la Universidad de Francfort pronunció un ciclo de conferencias durante su visita a la Argentina, en 1974.

El 29 de agosto de 1975 tuvo lugar el acto académico de homenaje in memoriam al Prof. Doctor Pedro León, descubriendo un retrato en la Dirección del Instituto, al cumplirse seis meses de su lamentado fallecimiento, en reconocimiento al ilustre académico y maestro del Derecho, quien fuera Director del Instituto de Derecho Civil.

Tres meses después, al cumplirse el primer aniversario del fallecimiento del Prof. Doctor Benito Orchansky, el Instituto dejó descubierta una placa recordatoria en la tumba que guarda sus restos.

Otros homenajes destacados han sido los numerosos escritos y trabajos destinados a recordar en su Boletín a los civilistas, entre otros, los Doctores Raymundo Salvat, Abel Chanetón, Clovis Bevilaqua, Héctor Lafaille, Enrique V. Galli, Henoch D. Aguiar, Enrique J. Saravia y Carlos Roth.

Boletín - Cuadernos

Durante la época que estamos analizando, el Instituto de Derecho Civil publicó regularmente su Boletín - Cuadernos donde han visto la luz importantes trabajos monográficos sobre Derecho Civil, escritos por profesores y especialistas de ésta y otras univer-

[11] La Ley N° 340, dispuso en su art. 1°: "El Código Civil redactado por el Doctor Dalmacio Vélez Sarsfield se observará como ley en la República Argentina desde el 1 de enero de 1871".

sidades argentinas y extranjeras. La importancia del Boletin - Cuadernos se manifiesta en el carácter de las materias tratadas y en la jerarquía de los numerosos colaboradores.

La publicación oficial del Instituto, la primera y por tanto la más antigua de los Institutos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, aparecía trimestralmente con el año 1, n° 1, en 1936 hasta el año XVIII, n° 1/4 (enero-diciembre) de 1953. No apareció durante los años 1954-1956 y continuó su publicación en 1957, con una nueva denominación de Cuadernos de los Institutos, con cuatro números al año, continuando así durante varios años.

Canje

Fueron importantes para el Instituto, en esta época que estamos analizando, las permanentes relaciones de intercambio que mantuvo merced al envío de su "Boletín" con 66 instituciones de todo el mundo.

Además de efectuar el canje de publicaciones, el Instituto distribuyó también la suya en carácter de donación a entidades que no contaban con un órgano de publicación, a profesores, etc., en un número no mayor a 75 entregas.

Traducciones

Desde el comienzo de sus actividades, el Instituto de Derecho Civil demostró su empeño en una importante y especial tarea: la traducción completa del Código de Prusia de 1794 y su publicación con las notas comparativas al Código argentino, continuando luego con una recopilación de traducciones de fuentes legislativas y doctrinarias del derecho civil en otros idiomas, entre los que se cuenta todo el material que se refiere, entre otros códigos extranjeros, al Código Civil alemán, Código Civil de Checoslovaquia, etc.

Igualmente ha tomado del inglés estudios y jurisprudencia para conocimiento del Common Law y traducido del latín numerosas leyes y textos de jurisconsultos romanos, pasajes da glosadores y comentaristas del Corpus Iuris Civilis y Corpus Iuris Canonici, etc.

Posee el Instituto abundante material bibliográfico referido al Derecho Civil francés del que se han traducido al castellano capítulos, partes de obras y artículos de revistas, requeridos por los investigadores y estudiosos para sus trabajos científicos especializados o necesidades de la enseñanza.

Biblioteca

Su acervo comprende obras y revistas especializadas en Derecho Civil, Internacional Privado y algunas muy valiosas y antiguas de Derecho Romano.

En 1946 se adquirió la biblioteca perteneciente al entonces Profesor Doctor Hipólito Montagné[12] y valiosas obras en latín, lo que significó un importante caudal de obras, folletos y publicaciones periódicas.

La biblioteca, en aquella época, era de limitado acceso, por lo que prestaba sus servicios únicamente a profesores e investigadores y el material bibliográfico se encontraba reunido sin ordenación metódica, lo que traía aparejado la necesidad minuciosa de selección, razón por la cual en 1958 las autoridades del Instituto ordenaron su reorganización con miras a que la misma fuera verdaderamente especializada en Derecho Civil, organizada técnicamente, a los efectos de destinarla al servicio útil, no sólo de los estudiosos civilistas, sino también de los estudiantes de las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de las Universidades Nacional y Católica de Córdoba.

Actualmente la biblioteca se encuentra organizada con criterio de unificación con otras bibliotecas universitarias en cuanto a sus sistemas de catalogación y clasificación del acervo bibliográfico. Así, para la descripción se emplea el sistema o normas de la Biblioteca Apostólica Vaticana (BAV) y para definir los temas con-

[12] Hipólito Montagné (1885-1944) Profesor de las Cátedras de Derecho Civil e Historia del Derecho Argentino. Miembro del Honorable Consejo Directivo y Vice-Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

tenidos en libros, folletos y artículos de revistas, se siguen las normas de la Clasificación Decimal Universal (CDU). La biblioteca cuenta así con los siguientes catálogos : de autor, índice de materias, sistemático, o de materias, topográfico, kárdex (o registro de la hemeroteca) y al trabajar en la tarea de preparar material para estos catálogos, también se agregan las fichas necesarias para enviar al Catálogo Centralizado de la Universidad instalado en la Biblioteca Mayor.

El material bibliográfico se encuentra ubicado del siguiente modo: los libros en orden de materias en las estanterías, los folletos clasificados por materias están colocados en cajas especiales para tal fin; las colecciones de publicaciones periódicas en estanterías, ubicadas por países y las de jurisprudencia en un sector especial.

Su acervo contaba hasta el 30 de noviembre de 1975 con 2293 obras, 442 folletos, 85 títulos de revistas (de jurisprudencia, de derecho en general y derecho civil) y 9 títulos de publicaciones en serie.

En su carácter de biblioteca semipública, facilita libros y publicaciones a domicilio a los señores miembros del Instituto y a los estudiosos, previa autorización especial, para sus trabajos de investigación. Para el control de los préstamos el material bibliográfico está preparado, como así también sus registros, según las normas del Newark System.

Y todo el movimiento, tanto para sus servicios públicos como para la tarea interna bibliotecaria, se rige según lo establecen las normas de su Reglamento, pues es ésta la única biblioteca de Institutos que cuenta con las normas más precisas establecidas para su funcionamiento, en provecho de sus usuarios.

IV. Tercera Época: se inicia un nuevo período de gestión con la creación del Departamento de Derecho Civil, hoy Henoch D. Aguiar, bajo el Decanato a cargo de la Doctora Berta Kaller de Orchansky (1985-2012)

Estrechamente unido a las actividades de las cátedras de Derecho Civil, Derecho Romano y Derecho Internacional Privado, el Instituto se constituyó en el ámbito propio donde se desarrollaron

trabajos de investigación, se publicaron numerosos cuadernos de los institutos, se dictaron conferencias, cursos de actualización y profundización, seminarios, jornadas, simposios, congresos, etc. y se profundizaron las tareas docentes y de investigación, atinentes al cultivo de las disciplinas.

Sus días concluyeron el 13 de marzo de 1985 por imperio de la Ordenanza N° 2/85 dictada por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Se dispuso la disolución de los Institutos y Centros de Investigaciones y la creación del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales y los Departamentos de Coordinación Docente. Cada Departamento está integrado por las disciplinas y asignaturas, a saber: 1) Derecho Civil; 2) Derecho Comercial; 3) Derecho Público; 4) Derecho Penal y Criminología; 5) Derecho Social; 6) Derecho Procesal y Práctica Profesional y 7) Estudios Básicos.

Entre los actos académicos, jornadas, congresos, simposios, homenajes y otros eventos de relevancia, que organizó el Departamento de Derecho Civil, se destacan los siguientes:

En los primeros meses de 1995, más concretamente el 27 de febrero, cuando el Departamento de Derecho Civil a cargo de la Directora y Coordinadora, Doctoras Antonia del Valle Beuck de Banchio y Ketty Beascoechea de Gáname, respectivamente, organizó un acto académico de homenaje in memoriam al Doctor Pedro León[13], quien fuera Director del Instituto de Derecho Civil con motivo de cumplirse el vigésimo aniversario de su fallecimiento. En dicha ocasión hicieron uso de la palabra los Doctores Juan Carlos Palmero y Luis Moisset de Espanés. Asimismo se dispuso la colocación de una placa recordatoria en la sede del Departamento.

En 1998, el Departamento de Derecho Civil organizó, además, un homenaje in memoriam al Profesor Emérito Doctor José An-

[13] Por Resolución Decanal N° 63/95, la entonces Decana, Doctora María E. Cafure de Battisteli adhirió al homenaje del Doctor Pedro León, disponiendo que en representación de ese Decanato hiciera uso de la palabra el señor Vicedecano, Doctor Enrique C. Banchio.

tonio Buteler en conmemoración de un nuevo aniversario de su natalicio el día 14 de junio. Por tal motivo, se realizó un seminario durante los días 9, 10, 11 y 12 de junio de ese año. En el acto académico de inauguración hizo uso de la palabra el Profesor Emérito Doctor Humberto Vázquez.

El 23 de julio de 2007 elevó la propuesta al Decanato de la Facultad de Derecho de realizar un ciclo de conferencias y una publicación del mismo, en homenaje y recordatorio de la Escuela Jurídica de Córdoba, cuyo prestigio y significación nacional e internacional se encuentran fuera de toda discusión. El inicio de dicho ciclo se llevó a cabo el 22 de agosto de ese año, en el marco de los actos celebrados en conmemoración de los 216 años de la creación de la Cátedra de Instituta, en el Salón de Actos Dalmacio Vélez Sarsfield de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, organizado por el Decanato de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y el Departamento de Derecho Civil. En dicha oportunidad hicieron uso de la palabra el entonces Decano Doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira y la Doctora Marcela Aspell.[14]

Entre los días 23 y 25 de septiembre de 2009 se llevaron a cabo las XXII Jornadas Nacionales y el V Congreso Nacional de Derecho Civil en la ciudad de Córdoba, lo que motivó a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba a invitar a juristas nacionales y extranjeros a participar en una obra colectiva en homenaje a los cuatro Congresos Nacionales anteriores realizados en la ciudad de Córdoba en los años 1927, 1937, 1961 y 1969. Se consideró necesario incluir en el homenaje a los juristas que presidieron cada uno de los Congresos: Enrique Martínez Paz[15] (Primer Congreso, 1927), Henoch D. Aguiar (Segundo Congreso, 1937), Pedro León (Tercer Congreso, 1961) y José A. Buteler (Cuarto Congreso, 1969). El V Congreso lo presidió el Doctor

[14] Actual Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba desde el 1º de agosto de 2012.

[15] Brillante profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, civilista, filósofo, sociólogo e historiador.

Juan Carlos Palmero. La tarea de coordinación de autores y temas, comunicaciones, recolección de trabajos y edición se llevó a cabo por un grupo de trabajo presidido por el entonces Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Doctor Luis Moisset de Espanés y los abogados Alejandro Federico Ossola, Christian Sommer y el Doctor José Fernando Márquez.

Por Resolución N° 2 serie "H" del 31 de mayo de 2012, el señor Director del Departamento de Derecho Civil Doctor Juan Carlos Palmero resolvió organizar en forma conjunta con los Institutos de Derecho Civil de la Universidades Blas Pascal, Católica de Córdoba y Siglo 21 y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el Curso de Análisis profundizado del Anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el que tuvo inicio a partir del 14 de junio de 2012 en forma alternativa en las sedes del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. En el artículo 2 de dicha resolución departamental se dispuso designar como directores del Ciclo a los Doctores Juan Carlos Palmero, Juan Manuel Aparicio, Manuel Cornet, Eduardo Fanzolato y Ramón Daniel Pizarro.

El 7 de junio de 2012 se llevó a cabo el Acto Académico de Homenaje al señor Profesor Emérito Doctor Humberto Vázquez, organizado por el Departamento de Derecho Civil[16]. En dicha oportunidad hicieron uso de la palabra el Director del Departamento Profesor Emérito Doctor Juan Carlos Palmero en representación del mismo y el doctor Juan Carlos Ghirardi, en representación de las cátedras de Derecho Romano. También se dispuso la colocación de una foto y placa recordatoria en la sede del Departamento.

Por otra parte, podemos mencionar, entre las múltiples iniciativas del Departamento de Derecho Civil, la creación del sitio web "El Portal", conjuntamente con la Biblioteca Mayor de la Universidad Nacional de Córdoba. El mismo se encuentra funcionando

[16] Conforme Resolución N° 1 Serie "H" del 10 de mayo de 2012, dictada por el Director del Departamento de Derecho Civil, Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Palmero.

y a disposición de los profesores y adscriptos, y en él se pueden consultar además las páginas de las más importantes bibliotecas del mundo.

El Departamento de Derecho Civil ha recibido donación de soportes electrónicos, entre otras, la ofrecida por el entonces Decano de la Universidad de Génova, Doctor Paolo Comanducci, por iniciativa del Director del Departamento de Derecho Civil, Doctor Palmero, el profesor Hugo Aguirre y el Doctor Comanducci, del que constan publicaciones y revistas en diversas especialidades del Derecho Italiano e Internacional.

Como es habitual, el Departamento de Derecho Civil ha ampliado el acervo bibliográfico con la incorporación de importantes donaciones que se sumaron aparte de la Biblioteca que pertenecía al Instituto de Derecho Civil. Podemos mencionar, entre otras: la donación de las libros de Derecho Civil Español, Derecho Civil Italiano, Derecho Civil Alemán, Derecho Civil Argentino, Códigos extranjeros y Revistas Nacionales y extranjeras, efectuadas por el Doctor Hugo Ferrera; la efectuada por la señora madre de María Matilde Volpe, fallecida el 24 de setiembre de 2006, quien fuera profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; y la donación realizada como consecuencia del Primer Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho Privado.

Asimismo, se ha incrementado el número de obras que habitualmente ingresan al Departamento de Derecho Civil por donación de sus autores, por canje, por compra, etc.

V. Conclusiones

Antes de concluir esta exposición, y para no extenderme demasiado, debemos poner en evidencia la destacada y valiosa tarea cumplida por el Instituto de Derecho Civil y más tarde, por el Departamento de Derecho Civil durante más de 78 años de lúcida existencia. No podemos dejar de resaltar el empeño y el interés demostrado en el quehacer del mismo por las cátedras universi-

tarias, sus prestigiosos profesores, miembros titulares, adscriptos y colaboradores de los mismos.

Recordamos también a los maestros, juristas de fuste y a los catedráticos que tuvieron a su cargo la enseñanza del Derecho Privado, lista que incluye a las siguientes personalidades: los Doctores Hipólito Montagne, Ernesto Cordeiro Álvarez, Alfredo Orgaz, José Ignacio Cafferata, Edgard A. Ferreyra, Miguel A. Ferrer Deheza, Iván Díaz Molina, Mario Piantoni, Néstor Pizarro, Pedro León Feit, Luis Moisset de Espanés, Rolando Moroni Petit, Alberto B. Epptein, Hugo Vaca Narvaja, Carlos Roth, Benito Orchansky, Horacio Cáceres, Emilio Díaz Reina, Enrique C. Banchio, Juan Carlos Palmero, Juan Manuel Aparicio, María Virginia Bertoldi de Fourcade, María Emilia Lloveras, Norma Juanes, Mario Carrer, Gustavo Orgaz, Ramón Daniel Pizarro, Gustavo Vallespinos, Manuel Cornet, Domingo Viale, Gabriel Ventura, Eduardo R. Mundet, María del Carmen Cerutti y los profesores de Derecho Internacional Privado: Doctores Víctor N. Romero del Prado, Berta Kaller de Orchansky, Celestino Piotti, Amalia Uriondo de Martinoli y Adriana Dreyzin de Klor; y en el Derecho Romano podemos mencionar exponentes de la talla, entre otros, Agustín Díaz Bialet, Jorge Núñez, Humberto Vázquez, Silvino A. Pautasso, Margarita Santillán Núñez, Marcelo Espinosa, Luis M. Freijeiro Juan Carlos Ghirardi, María Luisa Rolfo de Costamagna y Luis Felipe Aliaga.

Que el luminoso recuerdo de estos grandes maestros del Derecho guíen siempre con su saber los caminos de la organización institucional y jurídica, contribuyendo de manera decisiva a forjar sus bases y el desarrollo del Derecho de nuestra querida patria.

Conforme a lo prescripto por el Art. 11° inc. 1 de la Ordenanza 2/85 del Honorable Consejo Directivo, del 13 de marzo de 1985, el Director del Departamento de Derecho Civil debe elevar una memoria anual al señor Decano y por su intermedio al Honorable Consejo Directivo, conteniendo los siguientes epígrafes: I. Autoridades, personal y horarios del Departamento. II. Reuniones mensuales de cátedras. III. Reuniones generales del Departamento. IV. Cursos de Profundización sobre temas de Derecho Civil. V. Conferencias dictadas por docentes que integran el Departamento. VI. Colaboración

con Instituciones del país y extranjeras. VII. Participación en Jornadas y Congresos. VIII. Publicaciones. IX. Distinciones Académicas. X. Horarios de consulta de alumnos, etc.

El Departamento de Derecho Civil "Henoch D. Aguiar" agrupa actualmente las cátedras de Derecho Privado I ("A" "B" "C" y "D"), Derecho Privado II ("A" "B" y "C"), Derecho Privado III ("A" "B" "C"), Derecho Privado V ("A" y "B"), Derecho Privado VI ("A" y "B"), Derecho Privado VII ("A"), Derecho Internacional Privado ("A" y "B") y Derecho Romano Unificado ("A" "B" y "C").

La enorme labor llevada a cabo, de la que damos cuenta en los capítulos respectivos, por el Instituto y Departamento de Derecho Civil, traducida, como hemos visto, en la redacción de importantes obras de doctrina y en la participación de importantes congresos con relevantes trabajos de investigación científica, sin olvidar la atención preferente dedicada a la Reforma del Código Civil y la obra desarrollada en la organización y realización de los importantes Congresos Nacionales celebrados en la ciudad de Córdoba:

El I Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado entre los días 21 y 26 de mayo de 1927.

El II Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado entre los días 1 y 7 de setiembre de 1937.

El III Congreso Nacional de Derecho Civil realizado entre el 9 y el 14 de setiembre de 1961.

El IV Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado entre los días 22 y 27 de setiembre de 1969.

Y las XXII Jornadas Nacionales y el V Congreso Nacional de Derecho Civil, entre el 23 y el 25 de setiembre de 2009.

Los juristas que presidieron cada uno de esos importantes y relevantes eventos fueron los Doctores Enrique Martínez Paz, Henoch Domingo Aguiar, Pedro León, José Antonio Buteler y Juan Carlos Palmero, respectivamente.

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO

Palabras de recepción del académico de número*

Dr. Guillermo E. Barrera Buteler

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número

Dr. Ricardo Haro

* Acto realizado en sesión extraordinaria del día 27 de agosto de 2013

Señores Académicos
Señora Vicerrectora de la Universidad Nacional de Córdoba
Señora Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC
Señores Profesores y Magistrados
Docentes y estudiantes
Amigos todos

1. Con plena sinceridad deseo expresar primeramente el profundo honor y gozo que experimento al pronunciar estas palabras. Profundo honor porque lo realizo por decisión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, alto bastión de la cultura y de la ciencia jurídica en el país y en el ámbito internacional. Pero, asimismo, experimento un profundo gozo porque mis palabras están referidas a un destacado constitucionalista argentino y un entrañable amigo, el Profesor Dr. Guillermo Barrera Buteler.

Lo conocí desde su juventud universitaria, pues junto a su esposa, la entrañable Marité, fueron mis alumnos en la cátedra de Derecho Constitucional. Lo recuerdo como siempre lo ha sido, inteligente, vivaz, con un sentido positivo y gozoso de la vida, con una simpatía espontánea y no fingida, con un señorío que daba prestancia a su reconocida humildad.

En la imposibilidad de exponer su extenso currículum vitae de notorio conocimiento, nos limitaremos a destacar sus tópicos más relevantes que nos muestran la vertebración y los logros de su personalidad científico-jurídica.

2. Se graduó como abogado en nuestra Universidad Nacional en 1980 con un sobresaliente promedio general de 9,75 puntos, para posteriormente, en 1995, obtener el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, con una magnífica tesis intitulada "La Provin-

cia en la Nación", que no sólo fue calificada por el Tribunal como sobresaliente y recomendada su publicación, sino que además el Instituto de Federalismo de esta Academia le otorgó el premio "Provincias Unidas del Río de la Plata", galardón máximo que se concede a aquellos que en la labor académica o institucional han brindado notables aportes al complejo y polémico tema del federalismo argentino.

Quizás muchos, tanto resignados provincianos como autosuficientes, centralistas, dudan sobre la insistencia en un federalismo que se ha vuelto utópico, normativo, más adentrado en motivaciones folclóricas que en las cotidianas realidades institucionales.

Frente al desánimo de unos y la indiferencia petulante de otros, el desarrollo de la tesis constituye un mentís vigoroso que viene a replantear un original y remozado federalismo, que trascendiendo la pura y dogmática normatividad cale hondo en los aspectos institucionales y económicos financieros, para tratar de descubrir un "nuevo modelo instrumental" que sirva para encauzar un federalismo realista y equilibrado, que logre afianzar el desarrollo de las autonomías provinciales.

3. Su marcada vocación docente lo llevó a incorporarse a la enseñanza universitaria, transitando sus distintos niveles hasta lograr plenitud como Profesor Titular por concurso, tanto en la Cátedra "B" de Derecho Público Provincial y Municipal en el año 2006, como en la Cátedra "C" de Derecho Constitucional en el año 2007. Asimismo, se desempeñó entre los años 1997 y 2005 como Profesor en Educación a Distancia en la sede Villa María de la Universidad Católica de Salta.

Es y ha sido Profesor de Posgrado en las Carreras de Especialización en Derecho Público, en Derecho Procesal y en Derecho Municipal de la Universidad Nacional, y en la de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Blas Pascal, como asimismo dictó Cursos anuales sobre Derecho Constitucional Ambiental.

Su innata docencia lo impulsó a la trascendente dirección de tesis de doctorado, de maestrías y numerosas tesinas en los cursos de posgrado, integrando en diversas oportunidades los respectivos Tribunales evaluadores.

4. Complementando su tarea en la cátedra, volcó su fervor a la investigación, cuyos frutos supo plasmar en diversas obras. Entre las personales, podemos mencionar las tituladas: 1) "Constitución de la Provincia de Córdoba-Concordancias, legislación, jurisprudencia"; 2) "Provincias y Nación" y 3) "Cuadernos de Estudio de Derecho Constitucional" en la Cátedra "C" a su cargo.

Fue coautor de las obras "Derecho Público Provincial", "Introducción al Derecho Municipal" y "Propuesta para una Reforma Constitucional".

Colaboró en capítulos de varias obras colectivas, entre otras: "La Nueva Constitución de Córdoba" con motivo de la Reforma de 1987, "La Constitución de Córdoba" en su versión actualizada; "Las Cartas Orgánicas Municipales"; "Manual de Derecho Constitucional" en 2 ts.; "Ciencia, Derecho y Sociedad"; etc

Pero además supo plasmar sus indagaciones y reflexiones en más de 40 trabajos sobre temas constitucionales publicados en revistas jurídicas especializadas. Lo previamente mencionado es prueba categórica de su permanente producción como publicista.

5. Ha dictado numerosas conferencias sobre temas vinculados al constitucionalismo, y ha participado como expositor o coordinador en innumerables congresos, jornadas y seminarios realizados en diversos lugares del país.

Su entrañable compromiso con la vida universitaria lo llevó a integrar el Consejo Directivo de la Facultad durante los años 1997-2001 y 2012. Entre los años 2002 y 2008 fue Consiliario en el Consejo Superior de la Universidad Nacional en representación de los docentes de la Facultad de Derecho. Actualmente, por elección del Consejo Directivo, asumió en 2012 las altas funciones como Vicedecano de la Facultad.

Por su reconocida formación constitucional, fue convocado a colaborar nada menos que como Asesor en varias Convenciones Constituyentes Provinciales: Córdoba, en 1987 y en 2001; Tierra del Fuego, en 1990; además de colaborar con el Dr. Pedro J. Frías en las Convenciones de Neuquén en 1988, y en Chaco en 1992.
Fue también asesor de distintos organismos provinciales, muni-

cipales e institucionales, habiendo alcanzado cargos de primordial trascendencia, siendo Fiscal de Estado Adjunto de la Provincia (2002-2004), año en el que se incorporó al Poder Judicial de la Provincia como Vocal de la Cámara de Apelaciones 3ª Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad, función que ejerce con lucidez e independencia, en la ardua tarea de afianzar la justicia preambular.

6. Además del premio "Premio Provincias Unidas", que en reconocimiento a su brillante tesis doctoral esta Academia le otorgó en 1997, ha recibido distinciones académicas otorgadas por las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales y de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de nuestra Universidad Nacional.

Varias instituciones han requerido su ilustrada colaboración, por lo que ha sido Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Academia del Plata, del Instituto de Federalismo de esta Academia y del Foro de Córdoba.

7. Barrera Buteler fue, sin temor a equivocarme, discípulo de grandes maestros. Entre ellos me permito destacar a dos que le brindaron un notable caudal a su cauce intelectual y humano: ellos fueron los recordados y admirados juristas, Pedro J. Frías y Fernando Martínez Paz, eminentes miembros de esta Academia y Profesores Eméritos de la Universidad Nacional, quienes en su inagotable señorío y sabiduría le transmitieron y forjaron importantes facetas de la personalidad del nuevo académico. El primero lo hizo desde la Cátedra y desde el Instituto de Federalismo, y el segundo desde el Seminario para el "Perfeccionamiento de la Enseñanza del Derecho", que dirigiera durante tantos años en nuestra Facultad.

Nuestro nuevo académico es un hombre de profundas convicciones en lo político, en lo jurídico y en lo moral, cuya firmeza no descarta el diálogo atento, abierto y ponderado a las bondades de posiciones diversas. Tiene un compromiso riguroso con la excelencia y con la ética, pues bien sabe que ambas deben estar indisolublemente unidas para la plenitud de la dignidad humana, la

cual como dijera Arnold Toynbee en sus diálogos con Daisaku Ikeda, no puede alcanzarse en el campo de la técnica, en el que los Hombres son tan expertos. Sólo puede alcanzarse en el terreno de la ética, y los logros éticos se miden por el grado en que nuestros actos estén gobernados por la compasión y el amor, no por la codicia y la agresividad ("Escoge tu Vida", Diálogos entre Arnold J. Toynbee y Daisaku Ikeda, Emecé Editores, Buenos Aires 1980).

8. Posee además la grandeza de una auténtica humildad, propia de su sabiduría de vida y tan ajena a la soberbia de quienes teniendo un alto concepto de sí mismos se sienten acreedores imprescriptibles de honores y distinciones.

Pero, además, no podemos dejar de destacar su permanente cordialidad y afecto en el trato con todos los que se le acercan, buscando una fracción de su rico pensar y de su exquisito sentir, de su cultura del "ser", tan ajena a la frivolidad del mero "tener". Nadie sale defraudado. Todos enriquecen su vida.

Sus aportes siempre innovadores a la doctrina constitucional han sido de reconocido valor, especialmente en temas de eminente trascendencia y de lamentables frustraciones en la realidad del régimen político argentino, como lo son tanto el federalismo como el municipalismo, en sus luchas permanentes contra el pretendido centralismo, ya sea nacional o provincial.

Barrera Buteler se entregó con alegría a la docencia. No se cansa de enseñar, en amable coloquio con sus alumnos o interlocutores. Es un verdadero maestro, porque no sólo transmite conocimientos científicos, sino que lo hace desde una vigorosa visión axiológica. Él es consciente de que -como bien se ha dicho- el profesor que sólo se dirige a la inteligencia del alumno y olvida el corazón, el que desarrolla su tarea en el sólo plano de la intelectualidad y no en el de la afectividad y de los valores, ha castrado gran parte de su tarea educativa, al parcializarla en un hombre que es integral.

Bien le corresponde las magníficas reflexiones que Séneca le comunica a su discípulo Lucilio:

Yo quiero derramar en tu alma todo lo que yo sé, y me alegro de aprender una cosa, para tener el placer de enseñártela.

No me gusta la Ciencia si he de guardarla sólo para mí. Yo no la querría.

9. Distinguido Dr. Guillermo Barrera Buteler: le doy la más cordial bienvenida a esta Academia. Al recibir de manos del Señor Presidente la imposición de la medalla y la entrega del diploma, usted se habrá incorporado a nuestra casa, que a partir de ahora, será su casa y su nueva posada cultural. En esta posada, no lo dude, encontrará la cordialidad de sus amigos académicos, el diálogo fecundo que alimentará su espíritu y, finalmente, el encuentro reparador y un poco de agua fresca para emprender nuevos caminos en la ardua pero maravillosa tarea de aprender y enseñar.

Estado constitucional, federalismo y universalización de los derechos fundamentales*

Guillermo E. Barrera Buteler

* Exposición con motivo de incorporación como académico de número. Acto realizado en sesión extraordinaria del día 27 de agosto de 2013.

I. Los derechos fundamentales en la historia del pensamiento político

Sabemos y hoy ya casi no hay quien lo discuta, que más allá de lo que establezcan las normas -escritas o no- de cualquier ordenamiento jurídico positivo, toda persona humana, por su condición de tal, es portadora de una dignidad especial que la diferencia y jerarquiza por sobre cualquier otro ser de la naturaleza y sirve de fuente a sus derechos fundamentales.

La dignidad de la persona es esa cualidad en virtud de la cual todo hombre, por el solo hecho de ser tal, es merecedor de algo y ese algo no es otra cosa que los medios y condiciones que ésta necesita para el cumplimento de sus fines existenciales.

Pero quien merece algo, en este caso esos medios y condiciones, tiene la facultad de reclamar que le sean proporcionados. En otras palabras, la dignidad de todo ser humano hace que éste tenga derecho a reclamar como "suyo", como algo que "le es debido", ciertas y determinadas conductas de los demás, de manera que negárselas es injusto (ej.: que respeten su vida e integridad física, que nadie lo despoje de sus bienes, que se le brinden las condiciones para poder obtener lo necesario para el alimento y abrigo propio y de su familia, etc.).

Eso que el hombre puede por su sola condición de persona humana y que le es debido en justicia, que no es otra cosa que "dar a cada uno lo suyo" es, precisamente, lo que llamamos derechos fundamentales. Y para conocerlos, antes que leer constituciones, leyes y tratados internacionales, debemos indagar en la esencia misma de la persona humana.

a) Los derechos fundamentales en el mundo antiguo: de la Ciudad-Estado a la Comunidad Universal

El mundo jurídico occidental concibe desde la antigüedad esta noción. Desde que -a partir de Alejandro Magno- se produce el ocaso de la ciudad-Estado griega y el hombre deja de ser una fracción de la polis, toma noción de ser un individuo que debía aprender a convivir en una nueva forma de unión social mucho más

amplia e impersonal: la humanidad o comunidad universal. Y así surgen nuevas ideas sobre la fraternidad humana[1] que fueron desarrolladas principalmente a partir del pensamiento de los estoicos[2] y luego desarrollada por los romanos[3], como Ius Naturalis y Ius Gentium.

Durante la Edad Media, tras la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476, se rompió la unidad política y jurídica de Europa, lo que dio lugar al surgimiento de los derechos locales, con particularismo y diversidad característicos de sus estatutos y fueros. Pero ellos, que conformaban el denominado Ius Proprium, coexistieron con lo que dio en denominarse el Ius Commune[4]. Por un lado, por el retorno de la idea de una Europa unida en el Sacro Imperio Romano Germánico, en virtud de la cual se sostenía: "unum imperium, unum ius" (si uno es el Imperio, uno debe ser el derecho) y, por otro, gracias al estudio en las universidades -en especial la de Bolonia- de textos del Corpus Iuris Civilis de Justiniano encontrados en monasterios, que se aplicaron. Esta idea provocará conflictos pero este concepto sufre transformaciones

---

[1] Sabine, George H., "Historia de la teoría política", Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pág. 129.

[2] La Escuela Estoica fue fundada poco antes del año 300 A.C. por Zenón de Ción -Citium-, contando entre sus figuras prominentes a Crisipo, que llevó el estoicismo a Roma con las nociones de la "ciudad universal", de igualdad de todos los hombres y de la "recta razón" como ley de la naturaleza y patrón universal de lo justo y de lo bueno que era obligatoria tanto para gobernantes como para gobernados. Véase Sabine, George, ob. cit., pág. 132.

[3] Sobre la recepción del estoicismo en Roma, principalmente en el denominado "círculo de Escipión" véase Sabine, G. ob. cit., pág. 139 y sgtes.

[4] De Castro-Camero, Rosario; "Ius Commune: Fundamento Del Derecho Común Europeo e Iberoamericano. Breve Aproximación"; Biblioteca Jurídica Virtual, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Artículo recibido el 17 de junio de 2009 y aceptado para su publicación el 5 de febrero de 2010. http://www.juridicas.unam.mx.

en el s. XIII y, finalmente, se aplica tanto derecho canónico como justinianeo (civil).

Lo cierto es que se trataba de un conjunto de normas cuya legitimidad derivaba, no del poder de la autoridad que las dictaba, sino de la verdad y justicia intrínseca de sus disposiciones y de su correspondencia con el Derecho Natural.

Además, en esta época, el cristianismo aporta la noción de "dignidad de la persona humana", basada en la filiación divina de todos los hombres y su carácter de "imagen y semejanza de Dios". Luego, a partir del siglo XVI, comenzará a despojarse de su dimensión teológica para buscar su fundamento en la razón humana, capaz de descubrir las leyes de su naturaleza, de la misma manera que descubre las leyes que rigen la naturaleza de los restantes seres (Althusius y Grocio, entre otros).

b) El Estado-Nación Soberano

Al ingresar en la Edad Moderna después de la caída del Imperio Romano de Oriente (Constantinopla) -año 1453- se inicia en Europa un proceso de centralización del poder cuando aparecen los monarcas que unifican -bajo su soberanía- territorios que habían pertenecido a distintos señores feudales. Surge entonces el absolutismo monárquico.

En esta nueva forma de organización política, las personas se encuentran sometidas a un determinado poder por la pertenencia a un ámbito territorial cierto, por lo que, si se muda a otro ámbito, cambiará el estatuto de poder al que está sometido. Esta forma específica de organización política de base territorial soberana, que se da en Occidente a partir del Renacimiento, es la que recibe el nombre de Estado[5], a partir de Maquiavelo que la emplea por primera vez en el primer capítulo de su obra "El Príncipe" (1513).

[5] Según Enrique Martínez Paz el término comienza a ser utilizado en un sentido específico, para hacer referencia a la organización política, con características propias, que se da en Occidente, desde el renacimiento hasta nuestros días. Pero también se lo emplea, en un sentido genérico,

Como es bien sabido, entre los rasgos característicos de esta nueva organización política, además de la concentración en una sola unidad de decisión y acción política, el establecimiento de un ejército permanente, una burocracia estable y un sistema unificado de tributos, el Estado monopoliza la potestad de crear el Derecho y fija un sistema legal unificado, escrito y preciso con vigencia excluyente en todo el territorio. Es el sistema normativo que conforma el Derecho Positivo de cada Estado y a diferencia de lo que acontecía con el Ius Commune, su fuerza obligatoria deriva del poder de la autoridad que lo establece, antes que de la verdad y justicia de sus disposiciones.

Tradicionalmente se dice que hay tres supuestos o elementos que integran el Estado (población, territorio y poder), aunque hay nuevos enfoques que proponen incorporar como cuarto elemento a la cultura.

Es que la población que hemos mencionado como primer elemento del Estado está conformada por un conjunto de hombres, pero no cualquier yuxtaposición de personas configura la población de un Estado, sino que es necesario que exista entre ellas algún factor de unión, que no es otra cosa que un cierto grado de homogeneidad. Como señala Germán Bidart Campos: "los hombres que conviven no pueden estar de acuerdo en todo, pero tampoco pueden estar en desacuerdo en todo[6]. Tiene que existir un mínimo de acuerdo sobre la base del cual se construya la vida en común.

Ese acuerdo puede fundarse en una unidad religiosa, racial o lingüística, pero ninguna de ellas es imprescindible, basta la conciencia de unidad de destino y la lealtad a determinados principios

---

para hacer referencia a cualquier organización o sociedad política que se haya dado el hombre a través del tiempo" "Instituciones Estatales" del Manual de Derecho Político de Enrique MARTÍNEZ PAZ, pág. 188, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,. vol. IV, Cba., 1988.

[6] BIDART CAMPOS, Germán y HERRENDORF, F. Daniel, "La Constitución como proceso asociativo", La Ley, año LIII, Nº 118, 21/6/89.

que hacen posible la convivencia de un conjunto de hombres en un mismo territorio, colaborando juntos en la acción para obtener objetivos comunes. En definitiva, una cultura compartida.

Según Peter Häberle[7], la teoría de los elementos del Estado tiene que ser "conjugada" a través del concepto de cultura, de manera que la población, el territorio y el poder sean "llenados" por ésta. La población, porque la homogeneidad que le da unidad surge de una cultura compartida. El territorio, porque "es un terreno culturalmente perfilado, un espacio cultural no un factum brutum" y el poder, porque está culturalmente determinado en cuanto a sus contenidos y límites, especialmente en el Estado Constitucional donde encuentra fundamentos y límites fijados por las normas.

El Estado se caracteriza también por su fin, que no es otro que el bien común"[8], pero éste no es el bien del Estado como algo distinto y superior al bien personal de los hombres que lo integran y tampoco se identifica con el bien de un sector de la comunidad - aunque fuere la mayoría- con prescindencia del resto. Es común porque pertenece a todos los miembros de la comunidad (personas individuales y grupos) y porque se busca en común.

Podríamos definirlo como "el conjunto de aquellas condiciones de la vida social que permiten a los grupos y a cada uno de sus miembros conseguir más plena y fácilmente su propia perfección"[9].

Finalmente, no es posible caracterizar al Estado sin hacer referencia al atributo o cualidad que define con contornos nítidos a su poder: la soberanía[10], que significa que no reconoce ningún otro poder sobre sí.

---

[7] HÄBERLE, Peter, "El Estado constitucional europeo", en Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004, p. 129.

[8] BIDART Campos, Germán, Lecciones elementales de política, Ediar, Bs. As., 1997, p. 188.

[9] Gaudium et Spes 26, 1; confr. GS 74,1

Esta noción, que difunde Jean Bodin en su obra "Los seis libros de la República" (1576), nace para justificar a los reyes soberanos que estaban en guerra contra el papado, contra el Imperio y contra los señores feudales. La soberanía, a la que se le asignan los caracteres de absoluta, perpetua, indivisible, imprescriptible e inalienable[11], ha sido definida por Heller como "la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de cooperación social territorial, en caso necesario incluso contra el derecho positivo".

El surgimiento del Estado-Nación Soberano en el siglo XVI importó, en un primer momento, un retroceso para los derechos fundamentales del hombre como consecuencia del fortalecimiento del poder real. El titular de la soberanía -ese poder que no reconocía por sobre sí a ningún otro- era el rey, a quien se lo llamaba "el soberano" y por ende le estaban sometidos en forma total todos sus súbditos.

Pero las grandes revoluciones de fines del siglo XVIII (Revolución Francesa y Revolución Norteamericana) van a producir un cambio fundamental en este aspecto porque, si bien se sigue entendiendo que el poder del Estado es soberano, el titular de esa soberanía deja de ser una persona física (el monarca) y pasa a serlo el pueblo en su conjunto.

---

[10] La noción de soberanía resulta asimismo extraña a las organizaciones políticas anteriores al surgimiento del Estado moderno. Con relación a la diferencia que existe entre "imperium" y "soberanía", Enrique Martínez Paz señala que si bien la primera noción hace referencia a la dominación sobre todos los territorios sometidos a la autoridad de Roma, a diferencia de la soberanía moderna, carece de un carácter bélico o polémico, ya que no había otras organizaciones similares que pudieran enfrentar a Roma. En cambio, la soberanía es polémica, en tanto coexiste con otras soberanías. Si es única, es simplemente imperium (ob. cit. en nota 1, p. 229).

[11] MARTÍNEZ PAZ, Enrique, ob. cit., ps. 232 y ss.

c) Positivización de los derechos fundamentales: las constituciones escritas

Como hemos visto, durante muchos siglos los derechos fundamentales del hombre carecieron de recepción en normas positivas y más bien estuvieron asociados a la noción de Derecho Natural. La idea de que éste, en tanto derivación directa e inmediata de la naturaleza humana y su dignidad esencial, actuaba como límite a las facultades del legislador, era pacíficamente aceptada por los juristas, por eso no se discutía que aquella ley positiva que contrariaba al Derecho Natural no era legítima, ni válida.

Pero las revoluciones liberales que se suceden a partir del siglo XVIII, con el objetivo de ponerle límites al poder, postularon la necesidad de que cada Nación se dicte una Constitución escrita que contenga una enumeración o declaración de derechos fundamentales. Así lo hicieron la Constitución de Francia de 1791 y también la Constitución Norteamericana de 1787 -una vez introducidas las primeras enmiendas-. Y más adelante la Constitución Argentina de 1853, que incluyó una Primera Parte denominada "Declaraciones, derechos y garantías".

De esta manera se da un paso gigantesco en la historia de la tutela de los derechos fundamentales del hombre, porque su enumeración explícita en un texto normativo del ordenamiento jurídico positivo reduce al máximo los criterios discrecionales en su apreciación, les brinda certeza y facilita su divulgación.

Las nóminas de derechos fundamentales operan como límite al poder estatal y se introducen en el máximo nivel jerárquico del ordenamiento jurídico positivo, que es la Constitución, considerada norma suprema porque proviene de una decisión del mismísimo Poder Constituyente y, por tanto, obliga por igual a gobernantes y gobernados.

Este concepto de supremacía de la Constitución se vincula con la noción de soberanía del Estado, porque no es otra cosa que la ley fundamental que se da a sí mismo el pueblo soberano, en el ejercicio del "poder constituyente"[12] para organizar sus instituciones y delimitar la porción de su poder soberano que delega en el

gobierno ("poder constituido"). Por eso la Constitución es suprema y fuente de validez de toda ley o disposición que dicten los órganos creados para su gobierno.

De alguna manera, en esta nueva concepción, las constituciones van a venir a desempeñar el rol que antes cumplía el Derecho Natural, como fuente de legitimidad de las normas del ordenamiento jurídico.

II. La constitución como fenómeno jurídico multidimensional

Pero si hablamos de Constitución, es imprescindible precisar a qué nos referimos con ello, porque el sentido de esta expresión no ha sido uniforme a lo largo de la historia[13] y ella es utilizada, tanto en el lenguaje corriente y vulgar como en el lenguaje científico, para aludir a realidades diversas[14]. Incluso es frecuente que una misma persona la emplee pasando insensiblemente de uno a otro sentido, aun en un mismo discurso.

Haciendo un esquema extremadamente simplificado, pero que puede ser útil a los fines de la exposición, podemos hablar de Constitución, por un lado, para hacer referencia a la particular "manera de ser" de un pueblo, a las formas de vida e instituciones legitimadas por su tradición histórica y que definen su propia identidad, estén o no receptadas en un documento escrito[15], pero

---

[12] Sieyés, Emmanuel, ¿Qué es el Tercer Estado?, Introducción, traducción y notas de Francisco Ayala, Aguilar 1973, Cap. V.

[13] ROSSETTI, Alfredo, Introducción al estudio de la realidad estatal, Biffignandi, Cba., 1983, p. 256.

[14] Nino advierte: "La expresión Constitución tiene la misma ambigüedad y vaguedad que la expresión Derecho y la caracterización de su significado está sometida a las mismas controversias", véase NINO, Carlos, "Fundamentos de Derecho Constitucional", p. 15, Astrea, Bs. As., 2003.

[15] Esta es la acepción primigenia que tiene la expresión "politeia" (Constitución) en ARISTÓTELES, La Política, Istmo, Madrid, 2005. Véase también BIDART CAMPOS, Germán, Derecho Constitucional, Ediar, t. I, p. 114.

también -y quizás con mayor frecuencia- se usa esa voz para hacer referencia a cuerpos normativos escritos que ponen límites al poder estatal, como normas supremas codificadas, a los que ya hemos hecho referencia (Constitución de los Estados Unidos de América de 1787/1789, Constitución Francesa de 1791, Constitución Argentina de 1853, etc.) y finalmente, hay quienes identifican a la Constitución como la concreta y efectiva estructura de poder vigente en una sociedad en un momento de su historia, o sea, "la suma de los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada"[16] o, en una posición más extrema, con el orden real y vigente establecido por la voluntad de quien -en los hechos- tiene el poder de decidir en su favor el conflicto político[17].

Cualquiera de los enfoques mencionados para responder a la pregunta "qué es una Constitución", en la medida en que se pretenda llevar al extremo, constituye un reduccionismo que deja fuera parte de la realidad que queremos estudiar, por eso se muestra sumamente adecuado para encarar estas cuestiones el modelo jurídico multidimensional propuesto por Fernando Martínez Paz[18].

Desde este punto de vista es forzoso admitir que la Constitución es norma, es decir, es un mandato que pretende regular conductas hacia el futuro; pero no es únicamente eso sino un fenómeno con múltiples dimensiones, que va a actuar como fundamento del ordenamiento jurídico de una nación y, por tanto, la legitimidad, la validez y la vigencia de todas las leyes, actos de gobierno, instituciones sociales y conductas de las personas dependerán de su conformidad con ella.

Para comprender en su integridad a la Constitución como "fenómeno jurídico multidimensional", que forma parte del "mundo

[16] LASSALLE, Ferdinand, "¿Qué es una Constitución?" (conferencia pronunciada en Berlín en abril de 1862), disponible en Biblioteca virtual Antorcha. www.antorcha.net

[17] SCHMITT, Karl, Teoría de la Constitución, Alianza, Madrid, 2003.

[18] Estas nociones han sido desarrolladas por Fernando MARTÍNEZ PAZ en su obra El mundo jurídico multidimensional, Advocatus, Cba., 1998.

jurídico multidimensional", debemos partir de la dimensión antropológica, porque toda Constitución se apoya y se caracteriza, antes que nada, por una determinada concepción de la persona humana que le da sentido al conjunto de principios e instituciones que la conforman. Es decir que toda Constitución se basa en una determinada antropología jurídica y por eso Peter Häberle dice que la dignidad del hombre es la "premisa cultural antropológica" del Estado Constitucional y que la democracia es la "consecuencia organizativa"[19] de aquella.

Pero forzosamente debemos incorporar a la dimensión social, porque la sociedad "es el ámbito natural de la humanización" y constituye un "campo móvil en el cual se han creado distintas formas sociales a lo largo de la historia"[20]. La sociedad que caracteriza al Estado Constitucional es, entre otras cosas, democrática, es abierta, tiene movilidad social., es pluralista, es participativa y también conflictiva.

Tampoco podemos eludir la dimensión cultural, porque la cultura es lo que le da su propia identidad a cada comunidad, la hace ser ella misma y diferente de otras.

Es cierto que, aunque toda Constitución es cultura, no toda la cultura es Constitución. Cada cultura trae en sí un conjunto de principios, de creencias y de valores, que vienen de la tradición y son compartidos y aceptados, en mayor o menor medida, por la generalidad de los miembros de la comunidad. Ahora bien, dentro de ese conjunto es posible distinguir un núcleo formado por aquellos contenidos de la cultura que la comunidad en su conjunto considera irrenunciables o "no negociables"[21].

Ese "núcleo no negociable" de principios, creencias y valores de la cultura de la comunidad, del que se derivan reglas básicas de convivencia y formas de organización social y política es la dimensión cultural de la Constitución.

---

[19] HÄBERLE, Peter, "El Estado constitucional europeo", en ob. cit., p. 159.

[20] MARTÍNEZ PAZ, Fernando; ob. Cit., p. 20

[21] MARTÍNEZ PAZ, Fernando, Política educacional, fundamentos y dimensiones, Academia Nacional de Educación, Bs. As. 1998, p. 25.

Por eso dice Peter Häberle que "La Constitución es cultura" y agrega luego que ésta "no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas"[22].

Finalmente el Derecho es también una dimensión de la Constitución. Allí la apreciamos claramente como regulación de conductas humanas. Pero no se agota en el texto del documento escrito aprobado con fuerza de ley suprema por una autoridad competente del Estado que denominamos "Constitución formal", sino que incluye también a los principios ético-jurídicos que informan a ese documento y que surgen de la interrelación de las otras dimensiones ya analizadas (hombre, sociedad y cultura), porque la naturaleza del hombre es percibida e interpretada por cada cultura, desde la perspectiva de la concreta situación de la sociedad en un momento determinado. De allí deriva un conjunto de principios, valores y criterios con base en los cuales se considera posible organizar con justicia a la sociedad y legitimar el poder.

En el caso de la Constitución Argentina podemos mencionar, entre éstos, al principio según el cual los derechos fundamentales derivan de la dignidad de la persona humana y son previos a la Constitución, los de libertad e igualdad, los que caracterizan a la forma republicana de gobierno y al federalismo, la democracia, la participación, el pluralismo, etc.

III. Del Estado de Derecho legal al Estado Constitucional

Una de las consecuencias de las revoluciones liberales del Siglo XVIII fue el surgimiento del Estado de Derecho que no es otra cosa que una organización estatal en que todas las personas, instituciones, autoridades y aun el propio Estado se encuentran sujetos al orden jurídico en su plenitud.

[22] HÄBERLE, Peter, "El Estado constitucional europeo", en ob. cit., p. 157.

Sin embargo, como el surgimiento del Estado de Derecho coincidió temporalmente con la consolidación por parte del Estado de su monopolio para la creación del Derecho, es decir con el surgimiento de los derechos nacionales, entre cuyas fuentes se destaca la ley, aquel concepto fue identificándose casi exclusivamente como sujeción a la ley y no a la integralidad del orden jurídico. Lo que interesaba prioritariamente era que los poderes públicos fuesen ejercidos en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos, por eso dice Ferrajoli que "el Estado de Derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de Derecho (…) Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa"[23].

En Europa, el rol de la Constitución en el ordenamiento jurídico era visto casi exclusivamente como el de establecer y organizar los órganos que dictan las leyes y demás normas, asignarles las competencias y regular el procedimiento para dictarlas. En este contexto, que prevalece en el siglo XIX, se va a dar el formidable desarrollo de los derechos nacionales, con su máxima expresión: la codificación.

Esta modalidad del Estado de Derecho legal entra en crisis en la segunda mitad del siglo XX, entre otras cosas porque se debilita la confianza ciega en la ley como instrumento para ordenar la vida del hombre en comunidad. Es que la notable "inflación legislativa" ha generado un verdadero laberinto de normas que está muy lejos de proporcionar las certezas que satisfagan mínimamente esa necesidad humana de "saber a qué atenerse".

Hoy más bien se tiende a buscar esas certezas, por encima de la legislación múltiple y cambiante, en principios más generales, simples y claros que se hallan en la Constitución, que ha dejado de ser considerada prioritariamente un documento político y cada vez más se afianza la postura de quienes destacan su "fuerza normativa".

---

[23] Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho" en "Neoconstitucionalismo (s)" Edición de Miguel Carbonell, Ed. Trotta, Madrid 2003, pág. 16.

Es verdad que estas posturas, que para los europeos importan un giro copernicano porque a su tradición jurídica era ajena la judicial review norteamericana, no aportan enfoques demasiado novedosos para el Derecho Constitucional Argentino, porque el carácter de verdadera norma jurídica de la Constitución, la necesidad de que las leyes del Congreso no sólo ajusten requisitos de procedimiento fijados en la Constitución, sino también que guarden coherencia con sus contenidos[24] y la aplicación directa de las normas constitucionales[25], son nociones que ya estaban presentes en el pensamiento Alberdiano y tuvieron recepción en el art. 31 C.N., que dio base a la temprana adopción por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del sistema de control de constitucionalidad difuso diseñado por la Corte Norteamericana a partir del caso "Marbury vs. Madison". Esas nociones son repetidas como axiomas básicos de nuestra teoría constitucional por los autores más clásicos de nuestra disciplina desde hace más de un siglo.

Pese a ello, no podemos negar que, aunque la transformación resulte en nuestro caso menos brusca, también podemos advertir en nuestro país un fortalecimiento del Estado Constitucional, que se caracteriza por lo que algunos autores llaman "constitución invasora"[26], aludiendo a que ésta no se limita a ser la norma de máxima jerarquía del ordenamiento jurídico, sino que lo ocupa e impregna en su integridad, sin dejar ningún espacio libre. Néstor Sagüés lo explica claramente cuando destaca la necesidad de "repensar todo el derecho positivo en clave constitucional y a decidir los casos primero (y no después o nunca) desde la perspectiva constitucional" [27].

---

[24] Véase FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 20 y ss.

[25] Guastini, Ricardo; "La constitucionalización del orden jurídico" en "Neoconstitucionalismo(s)", cit., pág. 55.

[26] COMANDUCCI, Paolo, "Formas de neoconstitucionalismo: Un análisis metateórico" en Neoconstitucionalismo(s), edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003, p. 83.

[27] SAGÜÉS, Néstor P., "Del juez legal al juez constitucional" en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, t. 4, p. 343.

El mayor peso que tienen los aspectos sustantivos de la Constitución en el Estado Constitucional contemporáneo se advierte claramente con sólo observar que el respeto por la dignidad del hombre constituye la piedra angular sobre la cual se construye el reconocimiento de sus derechos fundamentales con sus correspondientes garantías y las formas organizativas del Estado y de la sociedad, que necesariamente ha de ser democrática, abierta y pluralista. Sin esos contenidos esenciales mínimos impregnando la totalidad del orden jurídico y con cierto grado de efectividad en el contexto social y cultural, no estamos frente a un Estado Constitucional, aunque tenga una Constitución.

De ahí que la consolidación del Estado Constitucional, dejando atrás el "Estado de Derecho legal" ha significado un inmenso avance en la tutela de los derechos fundamentales del hombre.

a) Estado Constitucional y federalismo

Dije en otra ocasión que el federalismo se vincula con la naturaleza del hombre y de la sociedad, porque brinda soluciones adecuadas a requerimientos profundos de ambas[28] y en ese sentido, admitiendo que "el federalismo es antropocéntrico"[29], hallamos pleno sentido a las palabras de Pi y Margall cuando dice que "la federación descansa en la naturaleza del hombre y de la sociedad"[30].

Hemos dicho que la Constitución expresa la identidad cultural de cada pueblo y, por otra parte, es una verdad indiscutible que, en la mayoría de los casos, existe diversidad de identidades hacia el interior de cada Estado[31], entre las que se destacan las que tienen base territorial.

---

[28] BARRERA BUTELER, Guillermo; "Provincias y Nación", Ed. Ciudad Argentina, 1996, pág. 31.

[29] Marc, Alexandre; "El federalismo es un todo", en "Documentos, n°6, págs. 80 y sgtes.

[30] Pi y Margall, F.; "Las nacionalidades", Imprenta de Enrique Rubiños, 3ª ed. Madrid 1882, Libro 3°, pág. 201 y ss.

Aunque parezca paradójico, el fenómeno de la globalización ha traído aparejado un resurgimiento de los reclamos de mayor participación en la toma de decisiones y de autonomía por parte de las comunidades locales. Miguel Carbonell dice que "la globalización (…) ha supuesto un movimiento doble: de una parte hacia la internacionalización y la reducción del tiempo y el espacio (…); por otra, en un resurgimiento de los localismos y una revitalización de los 'discursos identitarios', ya sea de raíz religiosa, cultural, étnica o nacional. Es en este último punto es donde se instala en definitiva la problemática multiculturalista"[32].

Esa problemática, en el interior de un Estado Constitucional, sólo admite como respuesta la descentralización territorial del poder. Por eso dice Pedro J. Frías que "el actual proceso de mundialización debe ser compensado por la provincialización y la municipalización. Vivimos en un aldea global que tiende a despojarnos de nuestras raíces y a alterar nuestra identidad: la de nuestra ciudad y región"[33].

En consecuencia, tanto por la conveniencia de dar satisfacción adecuada a los referidos requerimientos de la naturaleza humana como por fidelidad al principio del pluralismo, respetando la diversidad de identidades que pueda haber en su seno, el Estado Constitucional hoy debe adoptar la modalidad de "Estado complejo"[34]. Los

---

[31] HÄBERLE, Peter; "Aspectos constitucionales de la identidad cultural" en "Derechos y Libertades, N°14, ISSN: 1133-0937, Epoca II, enero 2006 págs. 89-102.

[32] CARBONELL, Miguel, "Constitucionalismo y Multiculturalismo" en "Derecho Constitucional para el Siglo XXI", cit., pág. 4758.

[33] FRIAS, Pedro J., "La descentralización" en Conductas Públicas, Depalma, Cba, 1997.

[34] CALLEJA SALADO, Manuel; "El Estado complejo y el Estado simple en la encrucijada de los principios de identidad y diferencia. Una reflexión sobre la descentralización" en "Derecho Constitucional para el Siglo XXI" (Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, dic. 2003), ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra España, 2006, pág. 4595 y sgtes.

procesos de regionalización que han vivido países tradicionalmente unitarios, tanto en Europa (España, Italia, Bélgica y aun Francia) como en América del Sur (Colombia y Chile) lo ponen claramente de manifiesto: "El tiempo del Estado unitario centralizado ha terminado para el Estado constitucional. Basado sobre los Derechos Humanos y ciudadanos, el Estado Constitucional descubre la pluralidad cultural interna, reconoce el valor de las distintas formas de división del poder y comienza a valorar en serio la democracia local, diversificándose en un sentido federalista o regionalista"[35].

Por eso ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos "qu'il n y a pas de democratie sans pluralisme" (no hay democracia sin pluralismo)[36]. Es que, más allá de la inmensa cantidad de variantes que pueden adoptar las formas federativas o cuasi federativas, como el estado regional, siempre estarán presentes los principios de solidaridad, subsidiariedad y participación. Por lo tanto, mientras la solidaridad actúe como fuerza moral que une a las comunidades que se integran a la relación federal y le da cohesión a ésta, la subsidiariedad vendrá a condicionar y a acotar en sus efectos a aquella, de modo de preservar la identidad y autonomía de las comunidades menores dentro de la mayor y, finalmente, la participación actuará como garantía de equilibrio entre aquellos dos principios contrapuestos.

De tal manera, como todas y cada una de las comunidades federadas en el Estado Constitucional adhieren a sus principios básicos y, en especial, a la tutela de la dignidad humana y los derechos que le son inherentes, todas habrán de confluir en un único sistema de protección en el que cada parte tendrá asignado su rol conforme a la concreta aplicación que se haya hecho en la Constitución del principio de subsidiariedad.

En el caso de la República Argentina, la subsidiariedad en lo que hace a la protección de los derechos fundamentales está consagrada por un lado en el art. 5, que faculta a las provincias a dictar sus propias constituciones. Pero al ejercer esta atribución las pro-

[35] HÄBERLE, Peter; "El Estado Constitucional Europeo" cit., pág. 163.

[36] CEDH, caso "Parti communiste unité vs. Turquía", Sent. del 30/ene/1998.

vincias deben respetar no sólo los límites generales del poder constituyente (requerimientos de la naturaleza humana y de la realidad social y cultural de su comunidad), sino también los que surgen de normas del ya citado artículo y del art. 31 C.N. Es decir que, mientras en materia de organización de su gobierno les basta adecuarse a pautas generales y amplias (asegurar la forma representativa y republicana, la administración de justicia y el régimen municipal), en materia de principios, derechos y garantías es evidente que la Constitución Federal avanza mucho más, porque no se limita a fijar un marco general, sino que regula los contenidos.

El preámbulo, los artículos de la primera parte de la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional conforman un conjunto normativo supremo (art. 31 C.N.) con vigencia directa e inmediata en todo el territorio de la Nación, con total prescindencia de lo que dispongan al respecto las constituciones locales.

Pero ya los autores clásicos, aunque con otra terminología, se pronunciaban en defensa de la diversidad y el pluralismo cultural dentro del Estado Federal. Joaquín V. González, refiriéndose a las declaraciones, derechos y garantías de las constituciones provinciales, entiende que la Constitución Nacional "no exige, ni puede exigir que sean idénticas (…) Dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o provincia o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos" (González, Joaquín V.; "Manual de la Constitución Argentina" en "Obras Completas", Univ. Nac. de La Plata, Bs. As., 1935, Vol. III, pág. 574).

En sentido similar, Arturo M. Bas dice que "las conveniencias o particularidades de cada provincia pueden reclamar reconocimiento de derechos y garantías especiales, no incluidos en el Estatuto nacional" (Bas, Arturo M., "El Derecho Federal Argentino – Nación y Provincias", Valerio Abeledo Editor, Bs.As. 1927, pág. 70).

Como principio general podemos decir que las provincias no pueden desconocer los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, pero sí estría dentro de sus atribuciones ampliar el ámbito de protección, caso en el cual la cuestión se re-

suelve en principio mediante la aplicación del principio "pro homine", es decir que, dado el conflicto, tendría prioridad la norma que brinda una tutela más amplia a la persona humana.

Pero la cuestión es algo más compleja, porque el principio pro homine va a operar siempre y cuando la norma de la Constitución local haya sido dictada dentro del ámbito de sus poderes conservados o concurrentes. No así si la provincia ha invadido el ámbito de los poderes delegados al Gobierno Federal, porque no podemos prescindir del reparto de atribuciones que hace la Constitución Nacional en sus arts. 121, 122, 123 y 126

No puede perderse de vista que el constituyente también quiso unificar el sistema jurídico promoviendo la codificación del derecho de fondo, al que le asignó el carácter de "derecho común", con la particularidad de que dejó librada como regla su aplicación -y por ende su interpretación- a los Tribunales provinciales, salvo en los supuestos excepcionales en que la Constitución estableció la jurisdicción federal (art. 116 C.N.). Esta solución generaba, sin lugar a dudas, la posibilidad de interpretaciones diversas de una misma norma por parte de Tribunales de distintas provincias, pero el constituyente asumió esa circunstancia como una exteriorización de la diversidad cultural propia del federalismo y, por último, el legislador federal ratificó esa decisión de asumir la diversidad de interpretación de sus propias leyes cuando, en el art. 15 de la Ley N°27 excluyó el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los casos en los que la controversia verse sobre la interpretación o aplicación del derecho común que hagan los Tribunales provinciales.

El Estado Federal entonces, en el orden interno, en alguna medida vuelve a la diversidad normativa premoderna, ya que en él coexiste el Derecho de la Unión con los Derechos Locales y torna necesaria una interpretación de las normas que concilie el principio de unión con las diversidades normativas y culturales locales

b) Crisis del Estado

Paradójicamente, mientras se consolidaba el Estado Constitucional, a partir de las últimas décadas del siglo XX, entra en crisis el

Estado mismo, que durante muchos siglos fue concebido como la "sociedad perfecta", que se bastaba a sí misma y que no necesitaba de otras para cumplir con sus fines.

Por un lado, las atrocidades cometidas contra la dignidad de la persona humana por los totalitarismos del siglo XX, de los más diversos signos ideológicos, hicieron que la comunidad internacional tomara conciencia de que la plena vigencia de los derechos fundamentales del hombre es un contenido primordial del bien común universal, por lo que su reconocimiento y tutela no podía quedar librado exclusivamente al arbitrio de los Estados, sino que interesaba a la comunidad internacional en su conjunto.

Pero, además, hay que tener en cuenta que lo que caracterizó desde sus orígenes al Estado como organización política, fue la unificación del poder sobre un territorio determinado. Todas, o al menos la inmensa mayoría de las relaciones humanas, se desarrollaban en un determinado espacio físico que, por integrar el territorio estatal, caían bajo su jurisdicción y control. Pero los avances tecnológicos -especialmente en materia de comunicaciones- han relativizado la importancia del control sobre el territorio, porque éste ha disminuido notablemente su condición de continente de todos los actos y relaciones humanas. Hoy no sólo nos enteramos sino que podemos presenciar "en directo" actos públicos, acciones de guerra o catástrofes que ocurren en cualquier lugar del planeta. De igual manera podemos hacer negocios, participar de juegos y mantener relaciones comerciales, financieras, laborales, de amistad y hasta sentimentales, con personas que viven a decenas de miles de kilómetros y que quizás no hemos visto nunca personalmente.

Es claro que muchas relaciones humanas han logrado romper con las limitaciones que antes les imponía el espacio y, por ende, el territorio ha dejado de ser su continente necesario. Por tanto, como el poder se ejerce sobre las relaciones humanas, la dominación que el Estado ejerce sobre el territorio ha dejado de ser garantía de la exclusividad de su poder sobre esas relaciones.

El concepto clásico de soberanía y con él el de Estado, por supuesto, han entrado en crisis, entendida esta expresión en el sen-

tido originario que esta expresión tuvo en el antiguo griego, es decir como trance decisivo dentro de un proceso, que produce una mutación considerable, que no necesariamente ha de ser negativa ni -menos aún- fatal. El Estado ciertamente subsiste como organización política básica y es probable que vaya a mantener ese carácter por largo tiempo, pero es evidente que el atributo de la soberanía tal como lo concibieron Jean Bodin y los pensadores que lo siguieron, hoy no tiene cabida alguna, porque la creciente interdependencia ha hecho que el poder estatal ya no se ejerza aisladamente. Hoy hay condicionamientos externos e internos que limitan y recortan el poder del Estado, en grados que hace no muchos años hubiéramos considerado inadmisibles.

Como dice Fernando Martínez Paz "la característica es, entonces, la pérdida de peso relativo del Estado-Nación, cuyos nuevos papeles parecen definidos por la necesidad de afianzar y legitimar sus responsabilidades en los mecanismos supranacionales o subnacionales en los que interactúa"[37].

Esta creciente interdependencia e interrelación entre hombres y grupos más allá de las fronteras nacionales, estas "novedosas dimensiones de convivencia en la aldea global" nos llaman la atención sobre el concepto de la humanidad como agrupación de personas que poseen una misma dignidad natural que trae implícita la noción de bien común universal[38] que trasciende al bien común de cada Estado y tiene primacía sobre éste, pero lo incluye de la misma manera que en cada Estado el bien común público incluye al bien particular de cada persona y al bien común de cada grupo que lo integra.

Es esta noción de bien común universal la que justifica que se limite el concepto de soberanía, por ejemplo, por la existencia de sistemas supranacionales de protección de los Derechos Humanos o por los procesos de integración supranacional.

---

[37] MARTÍNEZ PAZ, Fernando, La construcción del mundo jurídico multidimensional", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, p. 23.

[38] Gaudium et Spes, 84, 2.

IV. La universalización de los derechos fundamentales

Las circunstancias que hemos analizado en el punto anterior hicieron que, a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, la Comunidad Internacional tomara conciencia de la necesidad de garantizar de alguna manera un mínimo de vigencia de los derechos fundamentales en todo el mundo, más allá de las fronteras estatales.

La clarividencia de Alberdi ya le había hecho visualizar este fenómeno con casi un siglo de anticipación. En efecto, en "El Crimen de la Guerra" ya decía que "Son miembros de la humanidad, como sociedad, no solamente los Estados, sino los individuos de que los Estados se componen (…) Quien dice invocar el derecho internacional, dice pedir la intervención de la sociedad internacional o del mundo que tiene por ley de existencia ese derecho, en defensa del derecho atropellado. Así, cuando muchos individuos de un Estado son atropellados en sus derechos internacionales, es decir de miembros de la sociedad de la humanidad, aunque sea por el gobierno de su país, ellos pueden, invocando el derecho internacional, pedir al mundo que lo haga respetar en sus personas, aunque sea contra el gobierno de su país"[39].

Se dio inicio así a una segunda positivización de los derechos fundamentales del hombre, ahora en el Derecho Internacional. Primero se emitieron declaraciones generales sin fuerza normativa, como la Declaración Universal de Derechos Humanos[40] (D.U.D.H.) de las Naciones Unidas y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[41] (D.A.D.D.H.), ambas de 1948. Luego, surgieron tratados y pactos internacionales sobre la materia, formulados como verdaderas normas jurídicas de Dere-

[39] ALBERDI, Juan B.; "El crimen de la Guerra" Ed. Luz del día, Bs.As. 1957, pág. 215/216.

[40] Fue aprobada por la Resolución N° 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

[41] Fue aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 30 de marzo de 1948 (Resolución XXX).

cho Internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos[42] (C.A.D.H.), conocida también como "Pacto de San José de Costa Rica", el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[43] (P.I.D.C.P.) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[44] (P.I.D.E.S.C.), por sólo mencionar los de mayor trascendencia.

---

[42] Firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y quedó abierta a la firma, ratificación y adhesión de todos los Estados miembros de la O.E.A. (art. 74.1). Entró en vigencia el 18 de julio de 1978 al obtener la ratificación o adhesión de 11 Estados según lo previsto por el art. 74.2. El Congreso Argentino la aprobó por Ley 23.054 promulgada el 19 de marzo de 1984, en virtud de la cual fue ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 14 de agosto de 1984 por lo que rige para la Argentina a partir de la fecha del depósito de este instrumento en poder del Secretario General de la Organización de Estados Americanos (art. 76).

[43] Fue aprobado por Resolución 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y quedó abierto a la firma, ratificación y adhesión de todos los Estados miembros de esa organización internacional (art. 48). Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, cuando transcurrieron tres meses desde la 35ª ratificación o adhesión (art. 49). El Congreso argentino lo aprobó por Ley 23.313 promulgada el 6 de mayo de 1986, en virtud de la cual el Poder Ejecutivo Nacional lo ratificó el 2 de junio del mismo año, por lo que rige para la Argentina una vez transcurridos tres meses desde la fecha en que ese instrumento fue depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas (art. 49.2).

[44] Fue aprobado por Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y quedó abierto a la firma, ratificación y adhesión de todos los Estados miembros de esa organización internacional (art. 27.1). Entró en vigencia el 3 de enero de 1976, cuando transcurrieron tres meses desde la 35ª ratificación o adhesión (art. 27.1). El Congreso argentino lo aprobó por Ley 23.313 promulgada el 6 de mayo de 1986, en virtud de la cual el Poder Ejecutivo Nacional lo ratificó el 2 de junio del mismo año, por lo que rige para la Argentina una vez transcurridos tres meses desde la fecha en que ese instrumento fue depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas (art. 27.2).

De esta manera, los derechos fundamentales de la persona humana dejan de ser una cuestión exclusiva del derecho interno de cada Estado para pasar a ser una cuestión internacional, en la que coexisten la regulación interna y la internacional y, como lo había propiciado Alberdi, la persona humana adquiere personalidad jurídica en el ámbito del Derecho Internacional.

El grado de avance que ha logrado el consenso internacional sobre la necesidad de garantizar un mínimo de protección de los derechos del hombre, hoy "permite pensar en un mínimo común denominador universal de los Derechos Humanos y democracia, dignidad humana y Estado Social de Derecho[45].

En nuestros días coexisten un sistema universal de tutela de los Derechos Humanos, con sistemas regionales que han logrado un grado de avance mayor, incluso creando Tribunales supranacionales con jurisdicción en la materia, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyos fallos tienen fuerza obligatoria para los Estados parte (art. 68 inc. 1° C.A.D.H.). Esta circunstancia de que la consolidación de un sistema mundial de protección de la persona iba a ser precedida por sistemas regionales también había sido prevista por Alberdi cuando dijo que "antes de que el mundo llegue a formar una sola y vasta asociación, lo natural será que se organice en otras tantas y grandes secciones unitarias, como continentes"[46].

Todo este proceso parece encaminado a la construcción de un nuevo Ius Commune de protección de los derechos fundamentales o una suerte de "Derecho Constitucional Común"[47] que coexiste con los Derechos Nacionales. El paralelismo con la situación del Derecho en la Europa pre-moderna es inocultable, como también parecen claros los rasgos comunes con lo que, en el orden interno de los Estados, conocemos como Federalismo. Este pro-

[45] HÁBERLE, Peter, "Normatividad y reformabilidad de la Constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura", en ob. cit., p.175.

[46] ALBERDI, Juan B., ob. cit. pág. 227.

[47] Häberle habla de un "Derecho Constitucional Común Europeo" en su obra "El Estado Constitucional", México 2003, pág. 67.

ceso goza del explícito respaldo de los poderes constituyentes de muchas naciones, entre ellas el art. 75 inc. 22 de la Constitución Argentina, que le ha asignado expresamente jerarquía constitucional a un conjunto de documentos y tratados internacionales de Derechos Humanos.

a) Efectos de los fallos de la Corte I.D.H. y de las decisiones de otros órganos de organismos internacionales en el Derecho argentino

El ya citado art. 75 inc. 22 C.N. dispuso reconocerles jerarquía constitucional a los tratados de Derechos Humanos "en las condiciones de su vigencia".

Esta expresión fue introducida sin duda alguna por los constituyentes con el objeto de circunscribir la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de que se trata a la forma en que rigen para el ordenamiento jurídico argentino, esto es con sus reservas y declaraciones interpretativas[48]. Pero antes de que hubiera transcurrido un año desde la reforma de 1994, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo una interpretación extensiva en el caso "Giroldi", asignándole además el sentido de que tales instrumentos rigen "tal como (…) efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los Tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"[49], por lo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debía "servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales".

Luego, en el caso "Bramajo", extendió esa doctrina al deber de los jueces de "tomar como guía" para la interpretación de la Convención, no sólo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana,

[48] Muy especialmente se tuvieron en cuenta, tal como se desprende del debate constituyente, las reservas y declaración interpretativa introducida por el art. 2 de la Ley 23.849 a la Convención sobre los Derechos del Niño al momento de darle aprobación legislativa.

[49] C.S.J.N. 7/4/1995, "Giroldi Horacio", Fallos 318:514.

sino también a los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[50] que, como es sabido, no es un órgano jurisdiccional.

Esta línea jurisprudencial, que por otra parte se muestra oscilante, ha dividido fuertemente a la doctrina, entre quienes adhieren fervorosamente a la total y absoluta subordinación del orden jurídico nacional al supranacional y quienes, sin poner en duda la necesidad de continuar en la construcción del sistema regional y aun universal de protección de los derechos fundamentales, no se resignan "en medio de la gran ola de la internacionalización y consecuente desnacionalización de los derechos" a "haber sucumbido demasiado rápido al encanto de lo internacional"[51].

Destacados autores sostienen que los Fallos de la Corte IDH, como así también los informes de la Comisión IDH, constituyen jurisprudencia vinculante para nuestros Tribunales[52].

Pero, como sostienen otros doctrinarios de igual jerarquía, lo cierto y objetivo es que el único compromiso de acatamiento obligatorio que ha hecho nuestro país en los sistemas de protección supranacional de Derechos Humanos se refiere a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en que ha sido parte (art. 68.1)[53]. Es verdad que, como ya se ha dicho, la

---

[50] C.S.J.N., "Bramajo", LL 1996-E-40; Fallos 319:1840.

[51] NÚÑEZ POBLETE, Manuel; "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en "El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales" Barbosa Delgado, Francisco (Director), pág. 40 www.juridicas.unam.mx.

[52] BIDART CAMPOS, Germán y ALBANESE, Susana "El valor de las recomendaciones de la Comisión IDH" JA,1999-II-357; en igual sentido HITTERS, Juan C, "Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte IDH"-LL2008-E; BADENI, Gregorio "CADH y la CSJN" LL 2009-E 1018.

[53] BIANCHI, Alberto, "Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad", LL 2010-E-1090.

Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene sentado el criterio reiterado en cuanto a que la jurisprudencia internacional "debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales" (casos "Giroldi" y "Bramajo"), incluso de "imprescindible pauta de interpretación"[54] como sostuvo el Alto Tribunal en el "caso Simón" o de "insoslayable pauta de interpretación" como dijo en "Videla y Massera"[55]. Pero, como ha dicho el Procurador General de la Nación, esa función de "guía" no implica necesariamente una "aplicación irreflexiva y automática" de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana u otros Tribunales supranacionales y añadió que la obligación de "tener en consideración" esa jurisprudencia "incluye un deber de examinar minuciosamente la aplicabilidad de la jurisprudencia al caso concreto, de exponerla y discutirla razonadamente y, en su caso, de explicar las razones jurídicas por las cuales no se la sigue en el caso particular" , como así también que "los Tribunales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo por cumplir la jurisprudencia de los órganos internacionales", pero aclara que ello debe hacerse "sin desconocer, por supuesto, en dicha tarea, los principios y reglas supremas del orden jurídico interno"[56].

Esta postura ha recibido la adhesión, entre otros, de Horacio Rosatti[57] y de Emilio Ibarlucía[58], mientras que Víctor Bazán[59] se ha pronunciado en contra. Néstor y Sofía Sagüés han señalado,

---

[54] C.S.J.N.; "Simón", LL 2005-F, 14.

[55] C.S.J.N., 31/08/10, JA, 2010 –IV-836.

[56] Dictamen del Procurador General de la Nación del 10/03/2010 en "Acosta, Jorge Eduardo y otro s/ Recurso de Casación"; S.C. A 93 XLV.

[57] ROSATTI, Horacio D. "El llamado control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en Argentina", La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 13/2/2012, pág. 4.

[58] IBARLUCÍA, Emilio, "La recepción del Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina y el Control de Convencionalidad", La Ley 2011-D, 1120.

[59] BAZÁN, Víctor; "Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas. La Ley, 4/4/2012.

con relación a dicho dictamen, que la Corte Suprema se pronunció en esa causa el 8 de mayo de 2012 y "no condenó expresamente la tesis del Procurador General, pero tampoco la aceptó" por lo que "la definición del problema, en alguna medida, entonces sigue inconclusa"[60].

La verdad es que no parece coherente que, en un sistema como el argentino, en el que no existe el stare decisis y aun los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación carecen de fuerza obligatoria absoluta, se le asigne carácter vinculante erga omnes a los fallos de un Tribunal internacional. En todo caso, sería razonable reconocerles la misma fuerza u obligatoriedad que tienen los fallos del máximo Tribunal nacional.

La Corte Interamericana se ha pronunciado recientemente sobre este tema[61] con motivo del control del cumplimiento de la sentencia recaída en "Gelman"[62], distinguiendo claramente los efectos y distinta vinculación que producen sus sentencias para los Estados que han sido partes intervinientes en la causa y para los demás. En el primer supuesto hay una vinculación absoluta con los efectos de la res iudicata, en el segundo hay una vinculación relativa que constituye res interpretata, lo que significa que se trata de una interpretación que los Estados que no han sido parte están obligados a "tener en cuenta"[63].

García Roca sostiene que la eficacia de la res interpretata "no es la misma que la intensa vinculación a las sentencias constitucionales y los Tribunales nacionales pueden dialogar, incluso canalizar su desacuerdo con la muy casuística jurisprudencia europea intentando su modulación y arriesgando nuevas líneas

[60] SAGÜÉS, Néstor y SAGÜÉS, María Sofía, "Los tratados internacionales de derechos humanos" en "Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales", Palacio de Caeiro, Silvia (directora), La Ley 2013, Tomo I, pág. 46.

[61] Corte IDH, "Gelman vs. Uruguay – Supervisión de cumplimiento de sentencia", 20/3/2013.

[62] Corte IDH, "Gelman vs, Uruguay", sentencia del 24/2/2011.

[63] Párrafos 66 in fine y 69 con sus respectivas notas (47 y 49) del voto colectivo.

interpretativas, sobre todo donde exista un margen de apreciación nacional"[64].

En cuanto a los efectos que puedan tener las decisiones de otros órganos de carácter no jurisdiccional dentro de los sistemas de protección de los Derechos Humanos, hay alguna doctrina que considera que todas las decisiones de cualquiera de los órganos que monitorean el cumplimiento de los tratados de Derechos Humanos, llámense comités o de otra forma, pasan a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico como fuentes del mismo, incluso integrando el bloque de constitucionalidad[65], pero en mi opinión resultan convincentes los argumentos que se esgrimen en contra de esa postura:

1) En el sistema interamericano la Corte es el único órgano de naturaleza jurisdiccional y, por ende, con facultades para dictar sentencias con efectos vinculantes (art. 68.1 C.A.D.H.).

2) Las intervenciones de los comités de estos organismos supranacionales concluyen con "recomendaciones" u "observaciones" carentes de fuerza obligacional para los Estados. Tanto es así que el significado literal de los términos "informes", "observaciones", "recomendaciones", no transmite decisión, ejecutoriedad o exigibilidad de acatamiento, sino parecer, opinión, evaluación, valoración[66].

---

[64] GARCÍA ROCA, Javier; "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo", en UNED. Teoría y realidad constitucional. N° 30, 2012, pág. 208.

[65] Véase ROSSETTI, Andrés. Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Fac. Der. Y Cs. Sociales U.N.Cba., págs.123-136.

[66] OCANTOS, Jorge; "Instrumentos elaborados por los órganos de contralor de los tratados de derechos humanos. Su inserción en el Derecho interno", L.L. 2012-A-674).

3) Hay jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia que se ha pronunciado explícitamente sobre el punto. En el caso "Acosta" ha dicho que "si bien por el principio de la buena fe el Estado Argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuestas favorables a las recomendaciones, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial"[67]. La misma línea seguirá luego en "Felicetti"[68].

b) El control de convencionalidad

En el año 2006 la Corte Interamericana, siguiendo el precedente sentado en la causa "La última tentación de Cristo"[69] y el voto razonado del Juez García Ramírez en el caso "Myrna Mac Chang"[70], creó pretorianamente lo que dio en llamar el control de convencionalidad, a imagen y semejanza del sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional difuso. En el caso "Almonacid Arellano"[71] dijo que "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea el Poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Poco

[67] C.S.J.N., en "Acosta", Fallos 321:3555.

[68] "Felicetti", Fallos 323:4130.

[69] CIDH, "Olmedo Bustos y otros vs Chile, Sent del 5/2/2001.

[70] CDIH, "Myrna Mac Chang vs Guatemala", Sent del 25/11/2003.

[71] "Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile", Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

tiempo después, en la causa "Trabajadores Cesados del Congreso"[72] la Corte Interamericana agregó que ese control de convencionalidad debe hacerse "de oficio".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido expresamente la doctrina del control de convencionalidad en el caso "Mazzeo"[73] remitiendo y reproduciendo párrafos del fallo de la Corte Interamericana en "Almonacid" y luego ha reiterado esa doctrina en "Videla y Massera"[74].

Pero pese a lo novedosa que se muestra esta decisión del Tribunal internacional, en realidad no le agrega nada en el caso argentino. En efecto, desde sus orígenes nuestro país ha utilizado el sistema de control de constitucionalidad judicial difuso y, a partir del caso "Banco Comercial de Finanzas"[75], la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió que todos los jueces están facultados para ejercer de oficio esa atribución deber porque, tratándose de una cuestión de derecho, el juzgador no se encuentra limitado por los planteos de las partes en virtud del principio iura novit curia. Finalmente, el hecho de que esa evolución sucintamente reseñada se refiera al control de constitucionalidad, y no al de convencionalidad, tampoco altera las cosas, porque al habérsele dado jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos, cualquier norma inferior que la contradiga sería inconstitucional. Más aún, cualquier ley o norma inferior que contradiga una disposición de cualquier tratado internacional sería inconstitucional por vulnerar la jerarquía normativa establecida en el inciso 22 del art. 75 C.N. e incluso una eventual sentencia desestimatoria del planteo de inconstitucionalidad sería impugnable por vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación porque configuraría un supuesto de "cuestión federal compleja".

---

[72] "Trabajadores cesados del Congreso vs Perú", Sentencia del 24-11-2006

[73] C.S.J.N., Fallos 330:3248.

[74] C.S.J.N., 31/08/10, JA, 2010 –IV-836.

[75] C.S.J.N. C.S.J.N. en "Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra", L.L. 30/08/2004, 5 - DJ 08/09/2004, 115.

En suma, en el orden interno no se puede hacer correctamente control de constitucionalidad, sin hacer a la vez control de convencionalidad, tareas éstas que para los jueces argentinos coinciden en una sola. Por otra parte, aunque hay doctrina muy autorizada que encuentra en el fallo que parcialmente se ha transcripto más arriba, una doctrina de la Corte Interamericana que le asignaría a sus decisiones efecto expansivo de precedente vinculante, me atrevo a discrepar en parte con esa postura o, al menos, a no asumirla sin algunas reservas. En efecto, lo único que ha dicho allí la Corte Interamericana es que los jueces nacionales deben "tener en cuenta" la interpretación que ella hubiera hecho de las normas de la Convención. Pero esa expresión es la misma que ya venía utilizando nuestra Corte Suprema de Justicia desde "Giroldi" en adelante, por lo que -en todo caso- la decisión del Tribunal internacional podría dar lugar a idéntico debate y de alguna manera confirmar que los fallos de la Corte IDH tienen idéntica fuerza vinculante relativa que los de la C.S.J.N., pero eso no los torna equivalentes a la ley ni mucho menos a la C.N. Pero además la misma Corte Interamericana ha sentado criterio sobre este punto en la causa "Gelman"[76] a la que ya nos hemos referido.

c) Universalismo vs. Particularismo

Como bien puede apreciarse de lo expuesto hasta aquí, lo que subyace por detrás de esas divergencias doctrinarias y jurisprudenciales es la tensión entre lo universal y lo particular y eso lo refleja claramente el Prof. Núñez Poblete[77] cuando en el epígrafe de un trabajo doctrinario sobre el tema que nos ocupa cita a Montesquieu en "El espíritu de las leyes" (Libro XXIX, cap. XVIII) al interrogarse si "¿acaso no podía consistir la grandeza del genio en saber en qué conviene la uniformidad y en cuál las diferencias?".

Es que, si las constituciones son "expresión de un determinado nivel de desarrollo cultural y expresión de la autorepresentación cultural de un pueblo" y es una evidencia incontestable que el

[76] Véase punto 4.a) precedente, notas n°60 y 61.

[77] NÚÑEZ POBLETE, Manuel, ob. cit., pág. 3.

mundo es multicultural, no podemos pensar en un orden constitucional universal, ni siquiera regional, que tenga homogeneidad total y contenga normas únicas que deban ser interpretadas de manera idéntica para todos, sino en un orden pluralista. Es que, como ha dicho R. Smend, "si dos constituciones dicen la misma cosa, no debe entenderse necesariamente lo mismo"[78].

El pluralismo exige el respeto por las identidades culturales, pero eso no implica asumir un "relativismo cultural"[79]. Como bien ha dicho Pedro J. Frías, "el relativismo nos hace frágiles y disuelve los vínculos sociales en los egoísmos individuales. El pluralismo nos hace fuertes en la interdependencia porque no nos obliga en la relación que tiende a ser fraterna, a aprobar lo que no queremos aprobar. Sólo debemos respetar las diferencias que no ofendan el orden ni la moral pública"[80].

Un orden constitucional universal o regional totalmente homogéneo y con normas únicas que deban ser interpretadas de manera idéntica para todos, si fuera realizable, nos acerca más a la idea de un Estado mundial único y unitario, fuertemente centralizado, que poco se compadece con la sociedad democrática y pluralista que postula el Estado Constitucional.

Si, pese a las deficiencias que se procuran corregir, la humanidad ha llegado a un nivel de desarrollo en la tutela de los derechos fundamentales como el que significa el Estado Constitucional que, como hemos dicho, debe necesariamente adoptar la forma del Estado-Complejo (Federal o Regional), la necesaria integración de los sistemas de protección debe buscarse, más que en un Estado unitario mundial, en una "comunidad universal de estados constitucionales"[81], como una comunidad abierta en la que sus diversos miembros cooperan

---

[78] SMEND, RUDOLF, cit. por HÄBERLE, Peter en "La Constitución como Cultura" Traducción del texto italiano de Francisco Ferndily Segeda disponible en http//www.joseluisariasrey.com/doc/concul/.pdf (pág. 195).

[79] Véase CARBONELL, Miguel, "Constitucionalismo y multiculturalismo", en "Dereho constitucional para el Siglo XXI", cit, pág. 4765.

[80] FRIAS, Pedro J. "Breviarios", Ediciones del Copista, Cba., 2008, pág. 18.

[81] HÄBERLE, Peter "El Estado Constitucional" cit. pág. 75.

recíprocamente para la protección de los Derechos Humanos y el logro de objetivos comunes a la humanidad.

Estamos hablando, en definitiva, de una modalidad de relación federal[82], cualquiera sea la denominación que se le asigne, ya que necesariamente habrá de fundarse en los principios de solidaridad, subsidiariedad y participación.

Ya lo había anticipado también Alberdi cuando dijo que "si el mundo vuelve a constituirse en un solo vasto Estado, la forma de su gobierno será probablemente más cercana a una confederación de naciones iguales que a una monarquía"[83] porque "la humanidad no llegará jamás a formar un solo pueblo en el sentido de reducirse a una sola de las nacionalidades que hoy existen con sacrificio o desaparición de las otras"[84].

Es que se ha dicho y con razón que el pluralismo y la protección de las minorías hace a la esencia del Estado Constitucional y de los sistemas de protección de los Derechos Humanos, pero "esas minorías no se identifican únicamente con la situación particular de un grupo de personas al interior de una nación sino también la particularidad de una sociedad entera organizada como estado que entiende y aplica los Derechos Humanos desde su específica identidad cultural y jurídica. Esto partiendo de un núcleo no disponible de cada derecho humano"[85].

d) Vías para la construcción de un Ius Commune de protección de los Derechos Humanos: Imposición o Consenso

Por el momento, la cuestión principal parece radicar en encontrar cuáles son las vías más legítimas y adecuadas para llegar a cons-

[82] Esta noción ha sido desarrollada en Barrera Buteler, Guillermo, "Provincias y Nación", cit.

[83] ALBERDI, Juan B., ob. cit. pág. 272.

[84] ALBERDI, Juan B., ob. cit. pág. 273.

[85] BENAVIDES CASALS, "El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos". Revista Ius et Praxis, Año 15, N°1, pág. 295.

truir un derecho común universal, que establezca un mínimo común denominador de protección de los derechos fundamentales del hombre en todo el mundo, sin avasallar las identidades culturales de los distintos pueblos.

Ese "mínimo" se irá acrecentando, quizás hasta llegar a ser un "máximo", en la medida en que de manera natural y espontánea se vayan logrando los consensos necesarios. Pero a ese resultado se arriba de manera paulatina y no forzada por la jerarquía de un Tribunal internacional, que según los criterios ideológicos predominantes, en sus mayorías circunstanciales, va imponiendo posturas a veces contradictorias.

En efecto, así como el requisito para que nazca una norma internacional que reconoce Derechos Humanos es el consenso de las naciones, su interpretación -máxime si se pretende darle efectos expansivos- no puede sino apoyarse también en el consenso de las naciones y no ser el resultado de la ideología que prevalece ocasionalmente en un conjunto reducido de personas que integran un Tribunal. La función de esas personas -más allá de la defensa sin claudicaciones del "núcleo no negociable" de los derechos- debiera ser más bien verificar y constatar la existencia de consensos regionales o internacionales sobre el sentido y alcance de los derechos y los criterios de armonización entre los que se hallan en conflicto, más que imponer sus opiniones y criterios ideológicos personales apoyándose en la jerarquía.

Tal como ocurrió en la Edad Media, la legitimidad y fuerza obligatoria del nuevo Ius Commune, tanto de sus normas escritas como de sus interpretaciones con pretensiones de cierta generalidad, no debe surgir tanto del poder de la autoridad de la cual emanan, como de la verdad y justicia intrínseca de sus contenidos.

La vía de la construcción de un Ius Commune, regional o universal, mediante la imposición unilateral de criterios sobre la base del principio de autoridad del Tribunal es desaconsejable por dos tipos de razones: unas vinculadas a los principios y valores y otras de orden práctico.

Las primeras son las que venimos desarrollando a lo largo de este trabajo y se vinculan con la necesaria fidelidad a los principios

fundamentales del Estado Constitucional que debiera reproducirse en este nivel superior. La imposición jerárquica de interpretaciones únicas, despegadas de la diversa realidad social y cultural de cada pueblo no se aviene en nada con el pluralismo que caracteriza al Estado Constitucional, ni con la noción de "sociedad abierta de intérpretes constitucionales" a la que ya nos hemos referido, porque "la interpretación es un proceso abierto, no un sometimiento pasivo, no la recepción de una orden. Conoce posibilidades alternativas"[86].

Las razones prácticas radican en la debilidad intrínseca del sistema, que no se sostiene sin la concurrencia de la voluntad de los Estados, por eso se ha dicho que "ante la inexistencia de manifestaciones soberanas democráticas más allá de los Estados nacionales, el cuerpo jurídico de los Derechos Humanos se encuentra aún en el estadio de mera legalidad. En tanto en cuanto perdure la voluntad de los Estados perdurará el nuevo orden de derechos de naturaleza supranacional" [87].

Es bien sabido que los Tribunales internacionales necesitan recurrir a los Estados miembros para el cumplimiento de sus sentencias y que el sistema interamericano nos muestra casos en que los máximos Tribunales nacionales, en Perú y en Venezuela, se han negado a cumplirlas argumentando que violaban la constitución local o el mismo Pacto de San José de Costa Rica[88]. También la Corte Suprema argentina, en el caso "Cantos"[89] aun sin rechazar frontalmente el fallo de la Corte Interamericana, se mostró renuente y mandó a

[86] HÄBERLE, Peter; "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución" en Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 6, n°11, 2008, ISSN 1667-4154, págs. 42.

[87] ALVÁREZ OSSORIO-MICHEO, Fernando; "La protección internacional de los derechos fundamentales" en "Derecho Constitucional para el Siglo XXI", Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) España, 2006, Tomo 1, pág. 1711.

[88] Ver SAGÜÉS, Néstor, "Derecho Procesal Constitucional.Logros y obstáculos" Ad Hoc y Honrad Adenauer Stifftung, Bs.As. 2006, pág. 253.

[89] C.S.J.N., Fallos 326:2968.

tramitar una causa judicial ante otro Tribunal, sosteniendo que no habían sido oídas por el Tribunal Internacional las personas a quienes se afectaba patrimonialmente con la resolución.

Más recientemente, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Colombia y El Salvador se quejaron por la dureza de medidas cautelares dictadas en su contra por la Comisión IDH. Además, no podemos dejar de advertir que el 6 de septiembre del año anterior Venezuela procedió a denunciar a la Convención Americana alegando que había sido objeto de fallos injustos y que afectaban su soberanía. Ese retiro, contemplado en el art. 78 del Pacto, produce efectos al cabo de un año de la comunicación, plazo éste que está próximo a cumplirse.

e) Diálogo entre jurisdicciones

Dijimos que todo el sistema, incluso la interpretación de las normas, debe reposar sobre el consenso. Ahora bien, es claro que un requisito sine qua non para alcanzar consensos es el diálogo. En este caso se trata prioritariamente de un diálogo entre los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales encargados de tutelar los derechos fundamentales mediante el control de constitucionalidad y convencionalidad.

Esta idea ha sido desarrollada por García Roca, quien lo define como "una conversación entre varios sujetos, preferentemente jurisdiccionales, que se comunican usando un mismo código o lenguaje y buscan la avenencia en una exégesis interpretativa de unos derechos comunes"[90].

Pero siguiendo la línea de pensamiento de este autor es necesario hacer algunas precisiones:

[90] GARCÍA ROCA, Javier; "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo", UNED. Teoría y realidad constitucional, núm. 30, 2012, pág. 192.

1) Diálogo supone una relación de enriquecimiento recíproco y no un monólogo en el que una parte fija sus criterios y pretende que la otra los asuma por el principio de autoridad. Por eso no basta la mera repetición de los fundamentos de las sentencias del superior por parte de los órganos inferiores.

2) El diálogo supone crear un "espacio colectivo de decisión" e intercambio de ideas (debate y deliberación).

3) Aunque el órgano de mayor jerarquía, al pronunciarse en último término, es quien termina imponiendo su criterio, ha de tender a incorporar criterios de los órganos precedentes, fijando una jurisprudencia suasoria y no una mera imposición heterónoma.

4) El órgano jurisdiccional internacional no puede prescindir de la técnica comparatista para verificar si, de las diferentes regulaciones estatales de una misma institución, se desprende o no la existencia de un consenso interpretativo.

5) El órgano jurisdiccional internacional debe tener en cuenta que los Tribunales nacionales están más cercanos a la realidad social y cultural de su país y, por ende, están en mejores condiciones para comprender y ponderar ciertas pautas culturales, sensibilidades y realidades sociales.

f) El margen de apreciación nacional

Por último nos queda la pregunta quizás más difícil: ¿qué debe hacerse cuando se presenta un caso del cual no existe consenso regional o universal?

Aquí el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho una contribución importante, que hasta aquí no ha sido seguida sino muy limitadamente por la Corte Interamericana. Me refiero a la doctrina del margen de apreciación nacional que no es sino una de las aplicaciones concretas del principio de subsidiariedad.

Como primera aproximación a este concepto, podemos decir que constituye una deferencia de los Tribunales regionales hacia la interpretación de los derechos fundamentales que hacen los Estados, en los casos en los que no existe consenso internacional sobre temas sensibles. Es decir que, como primera aclaración, hay que advertir que la deferencia no es con la soberanía de los Estados ni con sus potestades discrecionales, sino con la diversidad cultural y las identidades locales. En esto me permito disentir con quienes pretenden emparentar esta doctrina con la de las political questions[91]. Podemos admitir que en ambos casos se trata de un self restreint o auto restricción, pero obedece (o debiera obedecer si se la aplica correctamente) a razones y finalidades distintas.

Es verdad que hay un grupo importante de casos en los que prevalece la valoración política, donde el "margen" se aplica para juzgar circunstancias que justifican la aplicación del art. 15 de la CEDH, que faculta a suspender ciertos derechos en virtud de un peligro público[92], lo que sin duda tiene similitudes con la declaración del Estado de sitio en nuestro derecho interno y la verificación de concurrencia con las causales constitucionales como "cuestión política no justiciable". Pero la finalidad principal de esta doctrina es la cabida a la diversidad cultural en la interpretación de los Derechos Humanos a la hora de precisar su alcance, legitimidad de sus restricciones y solución de conflictos, cuando estas cuestiones tocan aspectos que afectan contenidos esenciales de algunas culturas o rozan su núcleo de creencias, principios y valores no negociables.

Por eso García Roca ha dicho, refiriéndose al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que "El contexto histórico de la actual integración europea no es el mismo que el de la codificación y la

[91] GARCÍA ROCA, Javier; "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración", UNED. TReoría y realidad constitucional, n°20, 2007, pág. 126.

[92] TEDH caso "Launess vs. Irlanda", Sent. del 15 de nov.1960; TEDH caso "De Wilde, Ooms et Versyp vs. Bélgica", Sent. del 10 de marzo de 1972.

emergencia de los Estados nacionales con el liberalismo. Hay que armonizar e integrar de una manera mucho más plural y compleja, respetuosa con las diferencias y previsiblemente mucho más lenta"[93].

En el ámbito del sistema interamericano, aunque no se desconoce la doctrina del margen de apreciación nacional, por ahora tiende a ser de uso muy restringido. Hay quienes señalan que ello puede deberse a que, en la gran mayoría de las causas que llegan a la Corte Interamericana, lo que se juzga son masacres, torturas, desapariciones forzadas de personas y otros hechos que por su gravedad importan notorias violaciones a la dignidad de la persona humana, por encima de cualquier diversidad cultural. Pero, de todos modos, puede advertirse una mayor reticencia a echar mano de esa doctrina en el Tribunal americano que en el europeo, aun en casos opinables, vinculados con la diversidad cultural y en los que el consenso puede ser dudoso. Más aún, en este ámbito generan cierta preocupación algunas expresiones restrictivas contenidas en el voto razonado del juez Mac Gregor en el último fallo recaído en Gelman, porque allí hace referencia al "margen interpretativo nacional", pero lo circunscribe sólo a los supuestos de una "interpretación más favorable en sede nacional"[94] y es sabido que para eso ni siquiera hacía falta invocar el "margen", sino que bastaba el principio "pro homine".

La verdad es que no se encuentran razones que justifiquen excluir, ni minimizar la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional en el sistema interamericano porque, como ha dicho Núñez Poblete, ésta "deja abierta la puerta para renacionalizar el discurso a favor de una respuesta más cercana a los usos y normas locales. El discurso de la universalidad a ultranza, en cambio, descarta cualquier posibilidad de resolver los problemas universales de la libertad en clave nacional, como si todos los conceptos -incluidos los

[93] GARCÍA ROCA, Javier; "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional", cit. , pág. 134.

[94] "Gelman vs. Uruguay – Supervisión de cumplimiento de sentencia", voto razonado juez Mac Gregor, párrafo 72.

derechos reconocidos en las convenciones internacionales- admitiesen como única significación la interpretación oficial del Tribunal internacional. Descartar, de entrada, la posibilidad de que existan versiones locales de lo universal no parece razonable"[95].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado esta doctrina, por ejemplo, en casos referidos a la discusión sobre el aborto y el derecho a la vida, a los límites de la libertad de expresión, al matrimonio homosexual[96].

En sentencia del año 2001 en el caso "Goodwin" el TEDH, aunque mantiene expresamente la doctrina que ubica este tema dentro del margen de apreciación nacional, diciendo que el derecho al matrimonio reconocido en la Convención es una institución heterosexual, considera que ese margen se ha reducido ahora, no por el nacimiento de un nuevo consenso europeo sobre el tema, sino porque entiende que las formas de determinación del sexo han variado con el tiempo y ya no es posible sostener una determinación puramente biológica. Afirma haber "constatado en el terreno del art. 8 de la Convención que la no concordancia de los factores biológicos en un transexual operado no podría constituir un motivo suficiente que justifique la negativa al reconocimiento jurídico del cambio de sexo (…) la Corte no ve ninguna razón que justifique que los transexuales sean privados bajo toda circunstancia del derecho a casarse"[97].

Invocando una "interpretación progresiva" de la CADH, que a partir de una literalidad determinada permite enriquecer el texto a partir de nuevas significaciones del mismo, la Corte IDH se pronunció en el mismo sentido que su par europea en el año 2009, en el caso "Atala y Niñas vs. Chile"[98], aunque en su voto en disidencia parcial, el Juez Alberto Pérez sostuvo que, en razón del

---

[95] NÚÑEZ POBLETE, Manuel, ob. cit. pág. 40.

[96] TEDH caso "Cossey vs Gran Bretaña", Sent. del 27 de sept.1990; caso "Rees vs Gran Bretaña", Sent. del 17 de oct.1986 y "Sheffield vs. Gran Bretaña", Sent. del 30 de jul.1995.

[97] TEDH caso "Goodwin vs. Gran Bretaña" Sent. del 11 de julio de 2001.

[98] Corte IDH "Atala Riffs y Niñas de Chile" Sent. del 24 de febrero de 2012.

margen de apreciación, no era "necesario ni prudente" invocar la infracción del art. 17.1 CADH en lo que a familia se refiere.

Suele decirse que los Tribunales aplican con mayor o menor amplitud el margen de apreciación nacional, en función de la naturaleza e importancia del derecho del cual se trate. Sin embargo, en mi opinión, la mayor o menor amplitud del margen depende, más bien, de cuánto más lejos o más cerca se esté del consenso. Así, por ejemplo, aplicaron el margen de apreciación en materia de derecho a la vida de niños por nacer, tanto el Tribunal Europeo, en el caso "Vo c. Francia"[99], como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Baby Boy vs. U.S.A."[100], aunque en este caso sin mencionarla. En el fondo el fundamento es el mismo en ambos casos: el TEDH dijo que "el punto de partida del derecho a la vida emana del margen de apreciación de los estados" porque entiende "que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida"[101], mientas que la Comisión IDH, al referirse al derecho a la vida, desde la concepción dijo que "en realidad, la conferencia enfrentó una cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido este principio"[102].

Sí podemos verificar que, en materia de libertad de expresión (art. 10 C.E.D.H.), el Tribunal Europeo tiende, en general, a reducir sensiblemente el margen. En el caso "The Sunday Times vs. Reino Unido" justificó esa reducción a la potestad estatal de limitar el ejercicio del derecho ante el interés público de las víctimas por el consumo de la talidomida y su derecho a recibir información, por lo que consideró desproporcionada una medida judicial que prohibía la publicación de un nuevo artículo sobre el tema.

Pero cuando la libertad de expresión entra en colisión con la libertad religiosa, como es el supuesto de la exhibición de símbolos religiosos en establecimientos educativos, el Tribunal Europeo

[99] T.E.D.H., Sentencia del 4 de Julio de 2004.

[100] No siendo los E.E.U.U. parte de la Convención Americana, aunque sí de la O.E.A., no tuvo intervención la Corte Interamericana.

[101] T.E.D.H., Sentencia del 4 de Julio de 2004, párrafo 82.

tiende a recurrir con amplitud a la doctrina del margen[103]. Así ha ocurrido en los casos que a continuación analizamos.

Por un lado, en el caso "Lautsi vs. Italia", en el que los padres de una alumna de una escuela pública impugnaban la resolución de la autoridad escolar que había rechazado su pedido de que fueran retirados de las aulas los crucifijos que estaban allí colocados por disposición de un decreto real de 1927. Luego de agotadas sin éxito las vías del derecho interno, los impugnantes obtuvieron en 2009 una sentencia favorable del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero el Estado Italiano interpuso recurso ante la Gran Sala de dicho Tribunal que se expidió finalmente en sentencia del 18 de marzo de 2011[104].

La Gran Sala sostuvo que si bien es cierto que la presencia del crucifijo en las aulas de clase de las escuelas públicas italianas le otorga a la religión mayoritaria del país un lugar preponderante en el ámbito escolar, ello no es suficiente para caracterizar el enfoque de adoctrinamiento por parte del Estado Italiano, ni para establecer una falta a las prescripciones del art. 2 del Protocolo 1°del C.E.D.H. Además, agregó que la ausencia de consenso europeo sobre la cuestión de la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas permite colocar este caso dentro del margen de apreciación que le asiste al Estado demandado a la hora de interpretar y aplicar el Convenio.

Por su parte, el Juez G. Bonello en su voto concordante con la mayoría agregó que "una Corte de Derechos Humanos no puede dejarse ganar por un Alzheimer histórico. No tiene derecho a ignorar la continuidad cultural del transcurso de una Nación a lo largo del tiempo, ni dejar de lado aquello que a lo largo de los si-

---

[102] Comisión IDH, Res. 23/81, caso n| 2141, "Christian White y Gary Potter vs. E.E.U.U.", parr. 19,, letra "h".

[103] En esto se advierte una clara diferencia con la Corte Interamericana, por ejemplo en el caso de la película "La última tentación de Cristo" ya citado.

[104] T.E.D.H., Gran Sala, Sentencia del 18/3/2011 en "Lautsi y otros c. Italia", E.D., 12/4/2011, n° 12728.

glos ha contribuido a modelar y definir el perfil de un pueblo. Ningún Tribunal supranacional ha de sustituir con sus propios modelos éticos a aquellas cualidades que la historia ha impreso a la identidad nacional (…) Una Corte europea no debe ser invitada a arruinar siglos de tradición europea. Ningún Tribunal, y ciertamente esta Corte, puede robar a los italianos una parte de su personalidad cultural"[105].

El mismo Tribunal se había expedido tiempo antes en otro caso, aplicando también la doctrina del margen de apreciación pero frente a una medida que prohibía la exhibición de símbolos religiosos, esta vez en los ámbitos universitarios. Se trata del caso "Leyla Sahin c. Turquía"[106]. La demandante, que cursaba sus estudios de medicina en la Universidad de Estambul, fue sancionada y finalmente expulsada de la Universidad por no haber observado una resolución rectoral que prohibía admitir a estudiantes que llevaran la cabeza cubierta (velo islámico). El Tribunal Europeo en este caso entendió que la restricción a la libertad religiosa, entendida como libertad de manifestar su religión, para preservar el principio de laicidad y la igualdad, cabía dentro del margen de apreciación del Estado Turco en atención al contexto jurídico y social vigente, ya que dicho símbolo religioso había adquirido en Turquía en los últimos años un significado político vinculado a movimientos extremistas.

La verdad es que la primera resolución mencionada se muestra elogiable, mientras que la segunda se torna casi incomprensible. No resulta fácil aceptar que el Estado pueda tener injerencia en la vestimenta de la gente o en que porten o no símbolos religiosos o de cualquier índole y, mucho menos, que eso pudiera ser motivo para expulsar a una alumna universitaria. Sin embargo, quizás sea lógico que nos cause perplejidad esa decisión a quienes analizamos el caso desde aquí, a miles de kilómetros de distancia y sin conocer el contexto social, cultural y político en el que está

[105] "Lautsi 2011", voto concordante del juez G. Bonello, nro. 1.1 y 1.2.

[106] T.E.D.H., "Leyla Sahin c. Turquía", Sentencia del 29 de junio de 2004.

[107] NÚÑEZ POBLETE, Manuel, "Sobre la doctrina del margen de apreciación….", cit, pág. 43.

inmerso. Y probablemente esa perplejidad tenga que ver con las razones que dan sustento a la doctrina del margen de apreciación.

V. Conclusiones

Parecen claros los paralelos y semejanzas entre la época anterior al apogeo del Estado Nación, cuando frente a la dispersión y diversidad de legislaciones locales, los derechos fundamentales del hombre hallaron protección en el Ius commune y en el Derecho Natural, y la etapa actual, cuando el Estado Nación ha perdido su hegemonía.

Pero la Comunidad Universal de Estados Constitucionales que genere un Ius Commune y un orden público universal de protección de los derechos fundamentales es todavía una tarea a realizar. Todavía se está construyendo y esa construcción debe evitar apresuramientos y ser paulatina y gradual. De esa manera irá conduciendo a la formación de un nuevo tipo de relación federal, regional primero y, seguramente, universal al fin.

Pero como toda relación federal, ésta exhibe las mismas tensiones entre las fuerzas centrípetas y centrífugas y, por tanto, sólo podrá avanzar en la medida en que se ajuste a los principios de solidaridad, subsidiariedad y participación, resguardando debidamente el equilibrio entre las fuerzas.

Núñez Poblete dice con relación a este tema que "El margen de apreciación, del mismo modo en que obra la subsidiariedad dentro de las organizaciones federales, viene a ser un estupendo instrumento que evita los negativos efectos que producen las fuerzas centrípetas una vez que éstas son desatadas. Dicho de otro modo, la doctrina del margen de apreciación, el más notable ejemplo del impacto del principio de subsidiariedad, es la que mejor permite manejar las tensiones propias de la dialéctica entre lo universal y particular"[107].

La vía para legitimar ese proceso de construcción es la búsqueda del consenso a través del diálogo entre las jurisdicciones y el método comparatista.

En lo que hace al sistema interamericano específicamente, el control de convencionalidad, que le da activa intervención a todos los jueces de todos los Estados parte, en la tarea de interpretar la Convención Americana, se muestra como un instrumento adecuado para generar un fecundo diálogo entre una inmensa cantidad de órganos jurisdiccionales que integran la "sociedad abierta de intérpretes", no ya de la Constitución sino de la Convención. Ello, claro está, siempre que el diálogo sea real y no se procure utilizar el instituto como instrumento para disciplinar a las judicaturas locales y lograr una uniformidad de interpretación impuesta jerárquicamente.

Tanto en el orden interno de los Estados como en el internacional, las nociones de "sociedad abierta de intérpretes" y de Constitución como fenómeno cultural se relacionan mejor con los sistemas de control difusos que con los concentrados, y con los de jurisprudencia no vinculante que con los de jurisprudencia obligatoria, porque el pluralismo, el diálogo y el consenso son más compatibles con la pluralidad de voces.

Sólo será posible un Ius Constitutionale Commune Americano y aun Universal, siempre que procuremos su construcción paulatina, sobre la base del consenso, con respeto a las identidades culturales locales y al principio de subsidiariedad.

Por eso pasado más de un siglo y ahora en un nuevo contexto, adquieren plena actualidad las palabras de Pi y Margall: "La federación, sólo la federación puede resolver en nuestros tiempos el problema político", porque sólo ella "establece la unidad sin destruir la variedad, y puede llegar a reunir en un cuerpo la humanidad toda, sin que se menoscabe la independencia, ni se altere el carácter de las naciones, provincias, ni pueblos"[108].

[108] PI Y MARGALL, F; "Las nacionalidades", cit., pág. 111 a 113.

Palabras de recepción de la académica de número, Dra. Marcela Aspell[1]

La presentación estuvo a cargo de la señora académica de número

Dra. Zlata Drnas de Clément

[1] Acto realizado en sesión extraordinaria del día 15 de octubre de 2013.

Señor Presidente de la Academia, Autoridades,
Señores Miembros de la Academia,
Señoras y Señores:

Me es un gran honor presentar a la nueva miembro de número de esta Academia, la Prof. Dra. Marcela Aspell. Es más de una gran alegría como mujer dar la bienvenida a una colega tan brillante en lo académico como cálida en lo afectivo.

Como acaba de señalar el Señor Secretario Técnico de esta Academia, en la sesión de 31 de julio pasado, el pleno de la Academia aprobó por unanimidad la designación de Marcela Aspell. Se le asignó el sillón Victorino Rodríguez (Primer catedrático de Instituta en Córdoba, semilla de la vigorosa y fructífera Facultad de Derecho de la UNC) y sitial que ocupara entre otros el distinguido historiador Carlos Luque Colombres, quien reseñara la Historia de esta Academia en sus primeros cincuenta años, académico cuyas obras podemos ver frecuentemente citadas en los cuidadosos trabajos de nuestra nueva académica.

Resulta imposible en esta breve presentación reflejar la vasta trayectoria de la Dra. Aspell. Su currículum llega casi al centenar y medio de páginas. Sólo destacaremos algunas facetas de su personalidad como científica y docente, ampliamente conocidas por muchos de los presentes.

Graduada como abogada en 1975 en la UBA, alcanzó el título de Doctora en Derecho y Ciencias Sociales en esa Universidad en 1982. Su tesis Formación del Derecho del Trabajo en la Primera Mitad del Siglo XIX. 1810-1853 fue calificada con "Diez 10 (sobresaliente)", haciéndose acreedora al Premio "Facultad". Con humildad, tras su brillante doctorado, cursó varios posgrados anuales y cursos de especialización tanto en la UBA como en Universidad Nacional de Córdoba. En 2009 realizó estudios posdoctorales en la Universidad Complutense de Madrid.

Su fructífera y apasionada vocación docente se inició poco después de obtener su título de grado y la hizo transitar desde la condición de ayudante docente de Historia del Derecho Argentino a Titular de Cátedra por concurso, pasando por distintos estadios: ayudantía, Jefatura de Trabajos Prácticos, la Adjuntía interina y por concurso hasta alcanzar la máxima categoría. La primera parte de su labor docente la cubrió en la Universidad Nacional de Buenos Aires, donde llegó a ser profesora adjunta por concurso en 1983. En 1985, también vía concurso, obtuvo el cargo de Profesora Adjunta en la Universidad Nacional de Córdoba, donde llegó en 1988 al cargo de Prof. Titular por Concurso de Historia del Derecho Argentino, en el que continúa.

A la par de su inclinación por la docencia, desarrolló con entusiasmo su aptitud investigadora. La Dra. Aspell es Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas CONICET, ámbito al que llegó primero como becaria en 1977, para iniciarse en la carrera de investigadora en 1979. Ha dirigido numerosos proyectos de investigación en el ámbito nacional y en el de la cooperación internacional. Su temprana vocación por la investigación se observa en su rol de Jefa de Estudios e Información por varios años en la UBA desde 1978 y continuando por varios años. Ya sabemos que la investigación sostiene e impulsa una mejor labor educativa, más consciente de su rol, dando dinamismo a la labor en el aula, mayor efectividad a la aplicación metodológica, vida y utilidad a los nuevos conocimientos. Pocas personas como nuestra nueva académica han sabido articular, en su mejor diseño, docencia e investigación, además de haber sabido transmitir a la hora de la formación de recursos humanos, su fervor y dedicación a numerosos investigadores, docentes y doctorandos, hoy destacadas personalidades de la historia del Derecho argentino (algunos de ellos presentes en este momento). Es de remarcar que en todas sus presentaciones de Categorización como docente-investigadora ante la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria-CONEAU ha obtenido el más alto nivel: "I".

En lo que hace a publicaciones, es autora o coautora de doce libros ya publicados y cuatro en prensa, entre los que destaco: La

construcción de la Cultura Jurídica en la Universidad Nacional de Córdoba y Perspectivas y Desafíos de la Historia del Derecho Argentino, ambos publicados en 2010. El primero de ellos reconstruye la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, a través de la historia de sus cátedras, poniendo en evidencia la compleja armonía entre ellas y, al mismo tiempo, la invalorable libertad de expresión que reinó en la Alta Casa de estudios cordobesa, lo que le permitió fundar y hacer crecer la estructura intelectual de la Facultad y transformarla en destacada operadora intelectual a nivel nacional y latinoamericano. La obra Perspectivas y Desafíos de la Historia del Derecho Argentino (en coautoría con su esposo el Dr. Yanzi Ferreira), reúne un conjunto de trabajos que reflexionan, entre distintos aspectos, sobre el Derecho como creación cultural y colectiva, su historicidad intrínseca, su enseñanza en las universidades de Buenos Aires y Córdoba desde el último cuarto del siglo XIX, su rol de investigador del pasado para desentrañar cómo ha sido el sistema jurídico de los tiempos pretéritos, a fin de "conocer los mecanismos de su andadura, su adaptación a las pautas sociales, su evolución y su grado de certeza y eficiencia en la resolución de conflictos, como parte sustancial de la Ciencia Jurídica que aspira a la formulación de un derecho más justo".

Es autora de casi una treintena de capítulos de libros argentinos y una veintena de obras internacionales, además de autora o coautora de casi 20 textos para estudio y casi 150 artículos en la especialidad.

En todas las obras, a la par del trabajo científico serio, profundo, fundado, se halla un estilo literario particular y poco común, de gran expresividad y capacidad de ambientación que da vida a la historia, transformando al dato árido en un vergel de vivencias polícromas que permite revivir con magia entornos pretéritos. En su pluma, ciencia y arte van de la mano.

Su destacada personalidad se ha hecho visible en su labor en numerosas entidades científico académicas en las que ha participado y participa, llegando a ocupar destacados cargos directivos, como es el caso de la Junta Provincial de Historia de Córdoba que

presidió entre 2005-2009, de la Fundación-Dirección del Museo Histórico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, la ocupación del más alto cargo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba como Decana, la designación reciente como Miembro de Número de la Academia Nacional de Historia.

Pero no sólo su amor por la Historia se manifiesta en lo formal y público, también en las vivencias más cotidianas. Me ha referido una de sus hijas, y Marcela misma, que ya desde niña se trasladaba a pie a su escuela a fin de ahorrar dinero y comprar libros (coincidencia entre dos niñas, ya que yo hacía lo mismo). Esa bibliofilia ha hecho que hasta el garaje y la cocina tengan estanterías repletas de libros. Piensa adquirir el inmueble vecino a su casa para seguir ampliando su colección. Dice María Cecilia: "Cada vez que nos relata algún acontecimiento histórico lo hace con una infinita pasión y entusiasmo; se emociona muchísimo cuando nos habla de los grandes próceres de la Argentina y del mundo. A la hora del desayuno, almuerzo, merienda o cena sus relatos históricos no tienen fin; nos cuenta hasta los más mínimos detalles". Esa pasión por el relato histórico y esa emoción en trasmitirlo da nueva existencia a hechos remotos, los incorpora a las propias vivencias, hace de la reunión familiar un encuentro de vibraciones y sentimientos. Una verdadera marca de temperamento y naturaleza, una herencia de amor y magia impagable.

Tal como señalé al comienzo, es imposible resumir en pocos minutos tantos méritos, reconocimientos, distinciones, premios, y más aún seleccionar los más relevantes. Pido disculpas por la pobreza de la presentación frente a la riqueza de la vida y obra de nuestra presentada. Seguramente su disertatio de incorporación servirá para cubrir mis deficiencias.

Estoy segura de que, tal como hoy se destaca Marcela por su dedicación casi sin límites al estudio y a la investigación, sabrá como pocos hacer realidad en este ámbito al que se incorpora las metas de la Academia, tan bien señaladas por su primer Presidente en la sesión inaugural de 22 de agosto de 1941 y que abreviamos: desde los títulos, la madurez de espíritu, el acervo de la cultura ju-

rídica, el prestigio alcanzado, ampliar el servicio con una consagración diaria cada vez más intensa y fructífera. De ese modo dará más vida y luz a esta Academia que desde sus inicios se propuso a través de la fuerza intelectual hacer honor a Córdoba. Seguramente, de aquí en adelante, las sesiones en la Academia tendrán un tenor más cálido, como es el sello humano característico de nuestra nueva académica. Bienvenida, Marcela, con todo reconocimiento por tu trayectoria científica y académica y con profundo afecto personal.

Palabras iniciales de la Dra. Marcela Aspell

Agradezco muy especialmente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el altísimo honor que me ha dispensado de ocupar el sillón Victorino Rodríguez, el primer Maestro de Derecho con que contó nuestra Universidad de Córdoba del Tucumán.

Victorino Rodríguez, cordobés hijo de español peninsular, nacido en 1755 o 1756, que en 1768 ingresara a la Universidad como manteísta, graduado en Leyes el 30 de mayo de 1784 en la Universidad de Chuquisaca, Abogado de su Audiencia y también de la de Buenos Aires, Regidor Defensor de Menores, Visitador, Teniente Asesor, Alcalde Ordinario de Segundo Voto, mano derecha del Marqués de Sobremonte, inició un camino. Un camino que acabó trágicamente en aquella terrible media tarde del 26 de agosto de 1810 cuando el aire era de muerte y solo muerte, y las rosas de sangre que la tierra reseca se negaba a absorber quemaban como soles encendidos, mientras se disipaba lentamente el humo negro, espeso y rancio de las bocas de los fusiles ardientes, que las manos trémulas de los soldados ya no podían sostener.

Habían transcurrido apenas tres meses y un día desde la Revolución que implantaba en nuestro territorio un nuevo orden jurídico, que se moldearía con innumerables pesares, angustias, dolores y trabajo.

Fue un abogado que murió, leal a sus convicciones, desangrado por la descarga de fusilería que a la orden de fuego retumbó

en el silencio del bosque despojado, como un estruendo de guerra cruel e inútil y fue finalmente rematado por el tiro de gracia de otro abogado que había sido también alumno de los claustros montserratenses, que él mismo recorriera.

Aun así había cumplido los azares de un destino, su destino, el de Profesor de Derecho, cuando a las tres de la tarde del 22 de agosto de 1791 con el auxilio del pasante Dámaso Xigena dictó en el aula donde se reunían los gramáticos minoristas la primera lección de Instituta, destino que quizá se iniciara en esos lejanísimos tiempos cuando en una mañana luminosa de la Baja Edad Media, de cuyo registro aún no se tiene memoria, se produjo el descubrimiento de los manuscritos del Corpus Iuris, esos 200 envejecidos cueros de oveja enrollados que provocaron un extraordinario entusiasmo por los estudios jurídicos, los maestros, los discípulos, es decir los que aman aprender, se abocaron con pasión al estudio de los textos que conformaban el primer sistema de normas del mundo occidental, a los que guiaban refinadas técnicas, que permitían, incluso, la utilización práctica del ordenamiento.

Los textos se conocieron en Bolonia en versiones mezquinas, incompletas y tardías, que alimentaban con cicatería esta genuina ansia de saber.

Y en esta tarea, desempeñaría un papel crucial la creación de la Universidad.

Porque el ius commune, el derecho que subyuga y empapa la realidad política de Europa por imperio de más de 500 años, en el espacio comprendido entre los siglos XII y XVII, es fundamentalmente una cultura jurídica brotada y difundida en las Cátedras universitarias, en obras de doctrina de impecable cuna, que más tarde las imprentas de Bolonia, Roma, Valencia, Salamanca, Zaragoza, Amberes, París, Génova, Lyon, Maguncia, etc., difunden ampliamente.

Son los tiempos donde sagaces ingenios como Cino de Pistoia, Bártolo de Sassoferrato -nemo iurista nisi bartolista- y su discípulo Baldo de Ubaldi, Azzo, Accursio, el Hostiense, Gregorio López, Cujas, Piacentino, Jacobo del Hospital, Antonio Gómez, Farinaccio, Julio Claro, Juan Andrés, el Abad Panormitano y tantísimos

más cuya presente omisión no les quita méritos ni luces "revueltos sin orden cronológico ni patria política, porque ni tiempo ni lugar contaban a la hora de formar una doctrina común, donde sólo el prestigio de un nombre, de un hombre y el respaldo mayoritario de la "opinio iuris" contaban y valían" [2].

Tal fue la importancia que las Universidades, que como espacios generadores de un dere-cho vivo, aquilataron a lo largo de la historia, los Studium generale cuyo significado acota una escuela donde se procede al estudio, concepto que se afina hacia el siglo XIV[3].

Desde los lejanos tiempos del edicto de Liutprando del 731 que representan "una edad sin juristas" (…) "donde los conflictos se afrontaban y se resolvían per pugnam sine iustitia" hay un anhelo escondido que despunta poderoso al afinarse el siglo XI, la imperiosa necesidad de resolver los pleitos conforme derecho "secundum iustitia [4].

Los siglos que corren entre la muerte de Justiniano en el 565 hasta la segunda mitad del siglo XI son considerados siglos sin juristas "porque en los mismos siglos se conocía y se practicaba un derecho entrelazado fuertemente con la lógica, con la teología, con

[2] Ídem pág. 13.

[3] Ha dicho Antonio Álvarez de Morales: "La palabra universidad nada tiene que ver con la idea de universalidad de la enseñanza y sólo por accidente el término latino universitas logró imponerse. Universitas era una palabra de aplicación genérica en los siglos XII, XIII y XIV y designaba a un agregado de personas con intereses comunes y un status legal. Cuando el término se emplea en un contexto académico el término se refiere a la universidad, no como una abstracción, sino al conjunto de profesores y estudiantes organizados de acuerdo con las reglas de cada estudio general. Así el término universidad en esta época medieval se utiliza indistintamente junto a los términos collegium, congregatio o corpus" Antonio Álvarez de Morales Estudios de Historia de la Universidad Española Ediciones Pegaso, Madrid, 1993. pág. 1.

[4] Emma Montanos Ferrín Introducción en Manlio Bellomo La Europa del Derecho Común. Il Cigno Galileo Galilei Roma, 1996, pág. 13.

la ética, tan íntimamente entrelazado hasta de no poder distinguirse con caracteres fisonómicos propios"[5].

Pero el horizonte finalmente se aclara, en el siglo XI crecen las ciudades y diversifican su economía, se robustece la paz de los caminos y aumentan las redes del comercio, se dibujan con trazos enérgicos las profesiones liberales y los reinos consolidan su cohesión política, en este escenario rico y tumultuoso nacen las escuelas de derecho, en tiempos signados por la renovación plena de la ciencia jurídica.

La misma expansión económica de las áreas rurales originó el proceso de esplendor de las ciudades, en las que se refugió la población que no hallaba opción laboral en el campo. "Los campesinos y los comerciantes acudían a ellas para vender en los mercados semanales o en las ferias anuales y allí compraban los productos de una naciente artesanía. Se generalizó el comercio, se constituyeron sociedades para operaciones de gran envergadura dedicadas al tráfico con lejanas tierras y aparecieron cambistas y prestamistas para facilitar los medios de pago".

El aumento de la población, la mejora de las condiciones de vida, la diversificación y el autoabastecimiento de la producción agraria generaron una dieta más nutrida y rica asegurando, asimismo, la multiplicación de la fuerza del trabajo.

El creciente proceso de urbanización multiplicó las manifestaciones culturales reducidas hasta entonces al ceñido espacio de los monasterios y conventos[6].

---

[5] Ídem pág. 14.

[6] Estudiando el proceso de instalación de las escuelas en las ciudades afirma Hipólito Escolar Sobrino: "Junto a ellas surgió una población estudiantil y apareció la figura del maestro famoso, que ya no es un monje sino un miembro del clero secular que se desplazaba de una ciudad a otra impartiendo enseñanzas. Se despertaron nuevas inquietudes intelectuales y se estudiaron con profundidad la dialéctica y la lógica, que condujeron a la filosofía. También experimento un cambio la retórica, que no pretendía formar oradores sino enseñar a escribir con corrección, pues cada vez estaba más generalizada la expresión escrita para disposi-

En el brillante renacimiento cultural del siglo XII, las escuelas atraían estudiantes de diversas y distantes geografías, que principiaban con el estudio de las Artes Liberales para pasar luego al impartido en las Facultades Mayores desde que se erige la primera universidad imperial, al fundarse en Nápoles por el Emperador Federico II en 1224 o la primera pontificia creada en Toulouse en 1229 por decreto del papa Gregorio IX la doble concesión de la calidad de pontificias y reales otorgaba a las Casas su mayor lustre, pues mientras el real lo circunscribía al reino, el grado pontificio le otorgaba validez en toda la cristiandad, adquiriendo, de este modo, los Studium Generale "un carácter ecuménico conferido por la decisión papal o imperial, sobre todo concentrada en el acto de la fundación"[7].

A los estudiantes medievales los impulsaba el interés por adquirir los conocimientos necesarios que le permitieran acceder a una carrera de seguros honores, el codiciado ingreso a la burocracia del reino, pero también los alentaban profundas necesidades espirituales y una genuina curiosidad intelectual, alimentada por el bizarro empuje de la entusiasta vitalidad, característica de aquel período[8].

Algún autor ha señalado, asimismo, la exaltación de los estudios legales como fuente de hegemonía política, estrategia impulsada por los monarcas que pretendían unificar la religión, la lengua y el derecho como seguras armas de cohesión del reino.
Desde esos tiempos, distantes Maestros y discípulos siempre nos hemos reunido en los espacios de la Universidad y en los de las

---

ciones de la autoridad administrativa, contratos y cartas. Paralelamente se desarrollaron con empuje los estudios de medicina y derecho". Hipólito Escolar Sobrino: Libros y Bibliotecas en la Baja Edad Media en La Enseñanza en la Edad Media. X Semana de Estudios Medievales Nájera 1999, Instituto de Estudios Riojanos. Logroño 2000. pág. 270-271.

[7] ÁLVAREZ DE MORALES, op. cit. pág. 4.

[8] JIMÉNEZ, Alberto: Historia de la Universidad Española, Alianza Editorial, Madrid, 1971, pág. 12.

academias, como esta Academia de Derecho con más de medio siglo sobre sus hombros.

Nosotros trabajamos y prácticamente vivimos en una Universidad que ha cumplido 400 años.

Una Universidad que nació para formar sacerdotes, y abogados después.

Sencillamente una Universidad que nació como un núcleo de Maestros dedicados a formar a los estudiantes.

Toda la educación no es nada más que un profundo acto de amor a los que educamos.

Y el amor significa comprensión, significa tolerancia, significa respeto, significa paciencia, significa pasión.

El proceso educativo esta vaciado de contenido y pierde el rumbo cuando este arquetipo no es aceptado.

Los Maestros abren sus despachos a sus alumnos, abren sus Bibliotecas, y también sus casas, comparten con ellos el tesoro de sus conocimientos, sus libros, sus fichas de trabajo, sus apuntes, una taza de té calentito y hasta el ámbito privado de sus familias.

Suman a sus discípulos a los eventos familiares, a sus alegrías y tristezas, alguna vez alguien viajó 700 kilómetros para acompañar el nacimiento de un hijo.

Todos sabemos cuánto cuesta iniciar estos largos trayectos de formación de profesores, cuánto amor, cuánto compromiso, cuánto ejemplo, creatividad, confianza, paciencia y pasión hay que reunir y regalar.

Un buen Maestro es el que siembra la pasión por el conocimiento en el alma de su alumno.

Un Maestro verdadero es capaz de cambiar el destino de su discípulo y cambiando el destino de su discípulo, quizá cambia el destino del mundo.

El Maestro siente a su discípulo no como un cántaro vacio que debe llenar, sino como alma única y preciosa que puede desarrollar y perfeccionar.

Un Maestro es un héroe, es un héroe silencioso porque logra hacer crecer un sueño, el más precioso sueño de la Humanidad: el sueño de un mundo mejor.

Regala confianza, despierta el interés por aprender y ayuda a desarrollar la capacidad de cada alumno.

Un alumno que se destaca siempre llevará el sello de un Maestro ejemplar.

Un Maestro es un ser humano que tiene la nobleza de enseñar, la bondad de escuchar, la inteligencia para guiar, el talento para motivar y la pasión para comprometerse.

Todos los que aquí estamos reunidos alguna vez hemos experimentado esa inolvidable e inenarrable felicidad que se experimenta cuando se aprende alguna pequeñísima partícula del conocimiento, la luz y el gozo profundo de un trabajo intelectual bien hecho.

Y no se llega a este sublime momento sin la presencia de un Maestro que en algún momento guió nuestro camino.

Así fueron los Maestros que me formaron, uno de ellos está aquí presente: es el doctor Eduardo Martire.

Así era el doctor Luque Colombres, nacido en la ciudad de Córdoba el 13 de junio de 1909, graduado como abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el 29 de Abril de 1933. Fue un intelectual que a pesar de su formación jurídica llevó a cabo todo su desarrollo docente en la Facultad de Filosofía y Humanidades, culminando el 10 de Marzo de 1978 su carrera docente, con la designación de Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

El Doctor Luque Colombres fue incorporado a esta Academia de Derecho y Ciencias Sociales el 15 de Abril de 1977, ocupando este sillón Victorino Rodríguez.

Se convirtió en uno de los primeros historiadores que con enorme erudición, estricta labor de archivo, elegancia y estilo, levantó el telón sobre la historia de los primeros tiempos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Participó en un sinnúmero de Congresos nacionales e internacionales en las áreas de sus especialidades: historia, genealogía, historia del derecho, historia de las ideas, etc.

Colaboró con numerosos artículos e investigaciones monográficas de reconocida jerarquía científica, en revistas, anuarios y publicaciones periódicas.

Fue Miembro fundador del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, cuya acta fundacional suscribió en 1973, conjuntamente con el distinguido grupo de discípulos de Ricardo Levene y Miembro de Número del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

Su vasta obra es múltiple, erudita, compleja, vasta, polifacética, no puedo ni debo, en el apretado marco de esta comunicación mencionar o comentarla en su totalidad, sólo me voy a permitir referir brevemente lo que, considero, constituyen sus cuatro líneas de trabajo más significativas.

En primer lugar, sus trabajos sobre la historia temprana de la ciudad de Córdoba, básicamente el ciclo fundacional, donde sobresalen sus exposiciones sobre el Fuerte de Córdoba, el sitio de la fundación y sus traslados, estudios que inicialmente constituyeron su Tesis de Profesorado, la primera traza de la ciudad, los ejidos, el escudo de la ciudad, la temprana radicación de las órdenes religiosas, las iniciales familias pobladores, los primeros gobernantes, las devociones, etc. Estudios todos que concluyeron en su magnífica Orígenes Históricos de la Propiedad Urbana de Córdoba (siglos XVI y XVII) eruditísimo trabajo dedicado a su esposa, hijos y nietos, publicado por el Instituto de Estudios Americanistas de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba, que consta de 437 apretadas páginas, que condensan el esplendor de toda una vida dedicada a la investigación histórica, analizando con exhaustividad los orígenes de la propiedad cordobesa y su evolución desde las primeras distribuciones de solares practicada en 1577, consignadas en el plano del 11 de julio de ese año, hasta finalizar la centuria decimoséptima.

Esta obra está hoy pidiendo a gritos ser reeditada.

En segundo lugar, sus estudios sobre la historia de la cultura jurídica de Córdoba del Tucumán, sus eruditas investigaciones sobre la historia de la Cátedra de Instituta, la presencia de los libros de derecho en las bibliotecas particulares cordobesas, la planificación de los estudios universitarios, la personalidad de Victorino Rodríguez, primer catedrático de Instituta, y sus completas monografías sobre el grado universitario, el título de abogado, los abogados y la practica forense en Córdoba, etc.

Esa compleja y finísima realidad que presenta la Córdoba del siglo XVII.

Investigaciones, por su parte, que concluyeron en 1991 con la Reseña Histórica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, (1941-1991) en conmemoración de su cincuentenario, obra del entonces Rector de la Universidad, Ing. Rodolfo Martínez, quien el 29 de julio de ese año presentó al Honorable Consejo Superior el proyecto de ordenanza correspondiente, cuyos estatutos fueron aprobados el 24 de octubre.

En tercer lugar sus prolijísimas y profundas investigaciones sobre el área disciplinar de las Ciencias Genealógicas, donde sobresalen sus trabajos sobre el General Paz, la familia Alonso de Vera, la familia Navarro de Velazco, la familia Tejeda, el virrey don Pedro de Cevallos, el Obispo Colombres, el Deán Funes, etc.

Por último, en cuarto lugar -pero no por ello menos importante-, cabe mencionar la monumental dirección de la tarea de publicación de las Actas Capitulares del Cabildo de Córdoba, obra que lamentablemente al día de hoy aún no está concluida y que constituye un verdadero desafío para todos los historiadores cordobeses y un reto para las autoridades de la provincia sostener económicamente esta indispensable tarea, máxime con los medios de digitalización y soportes electrónicos con que hoy se cuenta.

No puedo cerrar estas líneas sin volver a unir en un abrazo compartido al Doctor Carlos Luque Columbres y a su entrañable amigo, Roberto Ignacio Peña, ambos Miembros de Número de esta Academia de Derecho, Miembros de Número asimismo del Instituto de Investigaciones del Historia del Derecho, del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, de la Junta Provincial de Historia de Córdoba, y de la Academia Nacional de la Historia, ambos también correspondientes a la Academia Chilena de la Historia. Fueron dos profesores, dos intelectuales, dos científicos y dos hombres verdaderamente extraordinarios que compartiendo un mismo escenario espacial y cronológico, conllevaron, a lo largo de más de medio siglo, el tesoro de una exquisita amistad, que se prolongaba en viajes y estadías de investigación en el extranjero y

en las continuas y amables tertulias dominicales, propiciadas incluso por su misma vecindad en el barrio de Nueva Córdoba.

Ambos estudiaron con la misma pasión y entrega, hurgando archivos y repositorios para alcanzar el poderoso, hechizante y efímero placer que siempre proporciona descubrir un ínfimo y esquivo fragmento de la historia, mientras construían con fervor espléndidas bibliotecas personales a las que aún acuden sus discípulos con deleite.

Esta delicada y primorosa amistad creció también en sus compañeras de vida, Negrina y Marta, tejiéndose con el suave paso de los años, un afectuoso entramado de emociones compartidas por el gozoso placer del trabajo intelectual bien hecho.

Fueron hombres que transitaron los espacios de la cátedra universitaria que tantas dulzuras otorgan al alma del profesor, como también los siempre difíciles y penosos tramos de la gestión de las Casas de Estudio, recorridos inevitablemente por el desánimo y la desazón de los múltiples enfrenamientos a los que empuja siempre, la miseria y la envidia de los desafortunados.

Pero aquí está su obra que trasciende sus vidas, aquí están los libros de sus bibliotecas, aquí por ultimo están también sus discípulos trabajando en ese marco de luz y amistad que es el Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas renovándose incesantemente.

Así era el Doctor Roberto Peña.

Durante mucho tiempo, después de la muerte de Roberto, no pude ingresar a la Academia porque extrañaba enormemente su figura, sentado siempre en esta mesa oval, a las 10 de la mañana, alegremente dispuesto a programar el trabajo cotidiano, a firmar la correspondencia del Instituto, a leer y corregir los trabajos de Cuadernos de Historia.

Un hombre sabio y bueno, generoso y sencillo que logró crear el clima de trabajo ideal, sin soberbia, sin inútiles y vanos enfrentamientos, que determinó luego, la fundación del Instituto.

Ojalá esta obra que hoy continúa el Dr. Yanzi pueda perdurar en el tiempo, crecer y multiplicarse bajo estos mismos paradigmas de trabajo.

Mi homenaje pues a los Maestros que me formaron, mi homenaje y mi compromiso a los grandes, a los entrañables Maestros de esta Academia que me precedieron en el sillón Victorino Rodríguez.

Dios mueve al jugador, y éste, la pieza.
¿Qué Dios detrás de Dios la trama empieza
de polvo y tiempo y sueño y agonía?

Jorge Luis Borges

El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. Siglos XVII-XVIII*

Marcela Aspell

* Discurso de incorporación como académica de número. Acto realizado en sesión extraordinaria del día 15 de octubre de 2013.

El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición

Definida la Inquisición en el siglo XVI por Fray Luís de Granada[1] -quien debió enfrentarse con ella más de una vez-, como "baluarte

[1]Luis de Sarria, nacido en Granada en 1504, hijo de humildes panaderos gallegos, ingresa a los diecinueve años en el Convento Dominico de Santa Cruz la Real de su ciudad natal, profesando en 1525. Finalizados sus estudios iniciales, en 1529, se traslada al convento de San Gregorio, de Valladolid, adoptando el nombre de Fray Luis de Granada. En la sierra de Córdoba, en la casa de Escalaceli, escribe su famosísimo Libro de la oración y meditación, revisado finalmente en Evora (Portugal), donde habita desde principios de 1551. El Libro de la oración y meditación aparece impreso en 1554, en Salamanca. La obra, cuyo valor ascético rivaliza con sus virtudes literarias, motiva la atención del Inquisidor General Fernando de Valdéz (1483-1568), alentado por Fray Melchor Cano (1509-1560), teólogo dominico y consultor inquisitorial, decidido a poner fin a los espirituales. El tratado puesto en el Índice español de 1559, continúa imprimiéndose en el extranjero. Sin embargo, esta obra y su Guía de Pecadores (1556), también incluida en el Índice español, son revisadas y aprobadas por el Concilio de Trento, y por el propio Papa Pío IV, probablemente a instancias de San Carlos Borromeo (1538-1584), Cardenal Arzobispo de Milán, gran entusiasta de la obras de fray Luís y defensor de su enseñanza. El incidente con la Inquisición española modifica a partir de 1566 las ediciones de su obra. Junto a su traducción romanzada del Contemptus mundi, mejor conocido como la Imitación de Cristo, de Tomás de Kempis, en 1536, traduce también y anota, en 1562, el Libro llamado Escala espiritual, de San Juan Clímaco. Entre su rica producción se registra su Manual de diversas oraciones y espirituales ejercicios y su Suma Cayetana, obra de casos de conciencia, ambas de 1557; la antología Compendio de vida cristiana, impreso en 1559. En 1565 publica los dos volúmenes del Memorial de la vida cristiana, en el que expone el camino para responder al llamado a la santidad. En 1557 es elegido Provincial de Portugal. Al finalizar su período se consagra a una vida de austeridad y de oración. En 1562 fue reconocido como Maestro de Sagrada Teología de la Orden de Santo Domingo, por su labor en la "cátedra" de los libros,

de la iglesia, pilar de la verdad, guardián de la fe, tesoro de religión, defensa contra herejes, luz contra los engaños del enemigo, y piedra de toque de la pura doctrina", la inquisición española reconoce sus orígenes en el diseño de la inquisición medieval, que reservo la vigilancia de la ortodoxia de la fe a las estructuras eclesiásticas, delegando en los obispos las facultades del control.

Esta inquisición medieval, papal o romana fue definiéndose en un complejo haz de textos normativos cuya esencia apuntaba a vigilar la pureza de las creencias, vigilando y castigando a quienes no se ceñían al modelo doctrinal previamente instituido.

El 4 de noviembre de 1184, la bula del papa Lucio III Ad abolendam confía a los obispos la facultad de inquirir en sus respectivas jurisdicciones sobre la práctica de la herejía, velando por la ortodoxia de la fe.

Los obispos debían disponer cada dos años las visitas de todas sus parroquias indagando, con el auxilio de testigos idóneos, la presencia de herejes a quienes se invitaba a la conversión. Su resistencia habilitaba al castigo, con el auxilio de la autoridad real.

Confiada pues a los pastores de la iglesia, la inquisición medieval ajustaba el trámite de las causas con las normas del derecho canónico, procedimiento confirmado por el IV Concilio de Letrán convocado por Inocencio III en 1215 que confirmó la autoridad de los obispos. El canon II incluía un manojo de indicaciones

---

y ratificado como tal, en el Capítulo General de Bolonia, en 1564. Considerado prácticamente un santo, murió el 31 de diciembre de 1588. Un incidente menor, el error cometido por Fray Luis a los 84 años de edad, ya casi ciego, al discernir favorablemente sobre el caso de una monja falaz que fingía llagas lo enfrenta con el Santo Oficio. Antes de morir escribió el sermón: En las caídas públicas, sobre las cautelas con que se deben tratar a los visionarios y sobre el pecado de escándalo. Fray Luís "quien no usa ni sabe engañar", fue engañado por otros al final mismo de una prístina vida. La ejemplaridad de su enseñanza y su conducta encuentran en "En las caídas públicas…." la valiosa ocasión de ofrecer una reparación al involuntario error cometido. Conforme Luís Fernando Figari: El Maestro Fray Luís de Granada (1504-1588) en Métodos de Oración Católica.

sobre la erradicación de las herejías cuya persecución se concertaba entre autoridades laicas y religiosas, los procesos iniciados de oficio no necesitaban el impulso de parte, los obispos encabezarían la inquisitio de sus respectivas jurisdicciones, los convictos arrepentidos eran penados con la confiscación de sus bienes y los recalcitrantes sufrirían la obligada animadversio debita cuyos precisos alcances no se definían.

Este diseño se aplicó para los reinos castellanos.

La inquisitio, como hemos visto, autorizaba el inicio del procedimiento sin querella de parte. Como algún autor ha sostenido, el procedimiento penal existió antes que la institución.[2]

Entretanto, las herejías arrecian. Entre los siglos XII y XIII aparecen los valdenses y los cátaros, nombre que se registra en el III Concilio de Letrán de 1179, aunque también son llamados albigenses, por Albi, la ciudad francesa donde constituyeron su centro de operaciones, extendiendo su influencia por el sur de Francia, Lombardía y algunas regiones de la corona de Aragón. Aunque no estaban dotados de un cuerpo único de doctrina, sostenidos por un acendrado ascetismo, participaban del "dualismo empeñado en sostener la esencialidad del mal"[3]. La difusión de

[2] Ricardo García Cárcel, Doris Moreno Martínez. Inquisición Historia Crítica. Temas de Hoy Historia, Madrid, 2000, pág. 24.

[3] Bernardo Gui condensaba los alcances de la herejía albigense en estos términos: "Sería demasiado largo describir con lujo de detalles la manera en que estos mismos herejes maniqueos predican y enseñan a sus seguidores, pero hemos de considerarlo brevemente aquí. En primer lugar, ellos generalmente dicen de sí mismos que son cristianos buenos, que no juran, ni mienten, ni hablan la mal de otros; que no matan a hombre ni a animal, ni nada que tenga aliento de vida, y que tienen la fe del Señor Jesucristo y su evangelio tal como la enseñaron los apóstoles. Ellos afirman que ocupan el lugar de los apóstoles, y, por motivo de las cosas antes mencionadas, es que la Iglesia Romana, a través de los prelados, los clérigos, y los monjes, y especialmente los inquisidores de la herejía, los persigue y les llama herejes, aunque son buenos hombres y buenos cristianos, y que son perseguidos así como lo fueron Cristo y sus apósto-

sus doctrinas se debió no sólo al anónimo trabajo de buhoneros, mercaderes y trabajadores de una incipiente industria lanera ca-

---

les por los Fariseos. Además, ellos hablan al laicado acerca de la perversa vida de los clérigos y prelados de la Iglesia Romana, indicando y exponiendo el orgullo, codicia, avaricia e inmundicia de sus vidas, y otros tales males a su entender. Ellos invocan con su propia interpretación y según sus habilidades la autoridad de los Evangelios y las Epístolas contra la condición de los prelados, eclesiásticos, y monjes, a quienes ellos denominan Fariseos y falsos profetas, quienes dicen, pero no hacen. Después atacan y vituperan, uno por uno, todos los sacramentos de la Iglesia, especialmente el sacramento de la eucaristía, diciendo que no es posible que contenga el cuerpo de Cristo, porque aunque fuese tan grande como el monte más alto, los cristianos ya lo habrían consumido para esta fecha. Afirman que la hostia viene de la paja, que pasa por las colas de caballos, a saber, cuando la harina es limpiada por un cedazo (de pelo de caballo); y además, pasa por el cuerpo y tiene un fin vil, lo cual, ellos dicen, no podría acontecer si Dios estuviera allí. Del bautismo, afirman que el agua es material y corruptible y es por lo tanto la creación del poder malo, y que no puede santificar el alma, pero que los eclesiásticos venden esta por avaricia, tal como venden la tierra para enterrar a los muertos, y el aceite a los enfermos cuando los ungen, y tal como venden la confesión de pecados hecha a sacerdotes. Por lo tanto ellos declaran que la confesión hecha a los sacerdotes de la Iglesia Romana es inútil, y que, puesto que los sacerdotes pueden ser pecadores, ellos no tienen potestad de soltar ni de atar, y, siendo impuros en sí mismos, no puede hacer limpios a otros. Afirman, además, que la cruz de Cristo no se debe adorar ni venerar, porque, según insisten, nadie venera ni adora el patíbulo sobre el cual un padre, pariente, o amigo ha sido colgado. Ellos también declaran que los que adoran la cruz deben, por razones semejantes, venerar todas las espinas y las lanzas, porque cuando el cuerpo de Cristo estaba en la cruz durante la pasión, así mismo estuvo la corona de espinas en su cabeza y la lanza del soldado en su costado, Ellos proclaman muchas otras cosas escandalosas con respecto a los sacramentos. Además ellos leen de los Evangelios y las Epístolas en la lengua vulgar, aplicándolas y exponiéndolas a su favor y contra la condición de la Iglesia Romana en una

talana que guardaba lazos económicos y familiares con todo el entorno pirenaico, sino al favor y al apoyo que lograron concertar con nobles y señores feudales que amparan las comunidades de cátaro albigenses que se establecen en áreas de Cataluña, Valencia y Baleares cuya importancia se pone de manifiesto hacia el año 1167, en que logran celebrar un concilio cerca de Toulouse, al que concurre, incluso, un obispo cátaro de Constantinopla[4].

En cambio, en Castilla, constituían una presencia residual, refugiada en algunos núcleos urbanos, Burgos, Palencia, León, y no pudieron escapar del rigor de Fernando III, el Santo "más tolerante con judíos y musulmanes que con heterodoxos" cuyos edictos insistían en las conocidas penas de pérdida de bienes, destierro y

---

manera que lo tomaría demasiado tiempo describir con lujo de detalles; pero todo relacionado con este tema se puede leer de modo más completo en los libros que ellos han escrito e infectado, y pueden aprenderse de las confesiones hechas por aquellos de entre sus seguidores quienes se han convertido. Bernardo Gui: Manual del Inquisidor. Libro de fuente medieval.

[4] Juzga Diego Blázquez Martín: "La herejía cátara en el mediodía francés, debido a su expansión territorial y social a la fortaleza de su red eclesial y de evangelización, al apoyo, en ocasiones descarado del poder secular y la tolerancia del poder religioso local, constituye un movimiento religioso que contradice el modelo medieval tanto desde una perspectiva política como social, económica o religiosa, y sobre todo niega y anula el poder de Roma y de la Iglesia como institución en una amplia zona de Europa. Centra su filosofía en una concepción maniquea del mundo y de la religión, que explica la radical maldad de todo lo terrenal y, por tanto la necesidad de mantener el menor contacto con el mundo material, de ahí reciben el nombre de cataros, los puros en griego (kathari) son vegetarianos, ascetas, castos, pobres (…) y necesitan una Iglesia profundamente espiritual como única garantía de la pureza de la misma y de ellos mismos en cuanto fieles". Conforme Diego Blázquez Martín: Herejía y Traición. Las doctrinas de la persecución religiosa en el siglo XVI. Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 2001, pág. 28.

marcas con hierro candente y cuyos Anales Toledanos señalan como "enforco muchos omes e cocio muchos en calderas".

Reducido en sus primeros tiempos a los países donde las heterodoxias se manifestaban con especial virulencia, la inquisitio hereticae pravitate importa la reacción de la Iglesia, que defiende su hegemonía, tanto del punto de vista religioso como político, y se dibuja, en una relación de causa-efecto, como un Tribunal eclesiástico instituido en 1229 por el Concilio de Toulouse, que aunque confía en la autoridad de los obispos, recomienda la necesidad de contar con inquisidores especiales. Se resalta el papel de los dominicos por sus conocimientos de teología y de las sagradas escrituras. En 1231 el papa Gregorio IX, concluyendo una larga instancia de formación, organiza en la Constitución Excommunicamus et anathematisamus el procedimiento de la Inquisición, que armoniza los cuerpos normativos anteriores. El Vaticano no cede un ápice: la herética pravedad es un delito mayor, cuya declaración solo le compete a la Iglesia, quien asimismo es la única institución autorizada a designar los jueces inquisidores.

En 1232 se delega en el Provincial de los dominicos de Toulouse las funciones de Inquisidor. Delegación que también en 1238 pone en cabeza a los hijos de San Francisco de Navarra.

Esta delegación papal ha sido considerada "el acta de nacimiento de la inquisición medieval, no episcopal sino apostólica, vinculada directamente a la autoridad papal, aunque algunos autores la llaman monástica por su vinculación directa con los dominicos"[5].

Extendida en 1232 a la Corona de Aragón por imperio de la Bula de Gregorio IX Declinanti iam Mundi no tardó en celebrar el primer auto de fe catalán, en 1237, el que arrojó por resultado: 45 personas reconciliadas, 15 condenadas y 18 difuntos exhumados. Desde 1238, el Obispo de Tarragona es el primer inquisidor y convoca al concilio de 1242, el cual aprueba un conjunto normativo que puede ser considerado el primer Manual de la inquisición catalana.

[5] Ricardo García Cárcel, Doris Moreno Martínez Inquisición Historia Critica cit, pág. 25.

Años más tarde, en 1249, la Bula Inter Alia del papa Inocencio IV le confía a los dominicos la elección de los inquisidores que actuarían en el reino de Aragón y el arzobispado de Narbona. Castilla empero no poseía Tribunales específicos. El control de la ortodoxia continuó en manos de Tribunales episcopales, que actuaron con el auxilio preciso de la justicia real.

Algún autor ha encontrado la razón de la ausencia de herejías en España, al mismo tiempo que proliferaban en el resto de Europa, por el mismo marco multicultural que en la península las tres religiones compartían, intentando mantener la pureza de su respectivas ideologías, circunstancia que determinó la falta de la inquisición papal en el territorio castellano, que como hemos visto, solo se asomó en la Corona de Aragón.

La persecución contra la herejía cátara acentuada en los territorios de Francia e Italia[6] sufrió la influencia de los enfrentamientos entre güelfos y gibelinos partidarios del papa y del Emperador, respectivamente, a los que se suman diversos movimientos heréticos como el que protagoniza en Vizcaya, en 1442, el franciscano observante Alfonso de Malla, contra quien reacciona la Inquisición episcopal en cabeza del Obispo de Calahorra y la justicia real. Resulta curioso señalar cómo en esta ocasión ya se peticiona la actuación de inquisidores pontificios en la personas de los priores de los conventos jerónimos, cuya intervención no alcanza a cuajar[7].

Sin embargo, el análisis del horizonte del siglo XV no estaría completo sin mencionar el problema del judaísmo, objeto desde 1376 de expresa mención en el Directorium inquisitorum del dominico Nicolás Eymerich, inquisidor general del Reino de Aragón, escrito

[6] El primer Inquisidor conocido que actúa en territorio francés es Robert de Bougre, en Alemania Conrado de Magdeburgo. En el inicio del siglo XIV Jacques Fournier, inquisidor que actúa en el sur de Francia alcanza el solio pontificio con el nombre de Benedicto XII. Bohemia, Polonia, Portugal, Bosnia y Alemania contarían asimismo con tribunales inquisitoriales. Datos tomados de Ricardo García Cárcel, Doris Moreno Martínez Inquisición Historia Critica cit.

[7] Ídem pág. 27-28.

en Aviñón en 1376, un tratado en el cual el autor recopila las cuerpos normativos vigentes, textos de derecho romano y canónico, que regulaban la labor del Inquisidor, amén de su propia experiencia como tal, ofreciendo una guía para orientar el trabajo de los inquisidores, los pasos del procedimiento a seguir y la aplicación de las penas.

En dicho texto se señalaban como herejes apostatas a los cristianos pasados al judaísmo y a los judíos conversos que abandonaran su nueva fe para retornar a la execrable secta judaica. Por su parte, eran considerados protectores de la herejía tanto judíos como cristianos que hubieran favorecido estas prácticas de vuelta al judaísmo. Un mismo régimen se reservaba para el cristiano viejo o nuevo que retornara a la fe musulmana[8].

[8] El Directorium inquisitorum indicaba con gran precisión las conductas sospechosas de prácticas judaicas. En tal sentido señalaba: "Se considerará que alguien se ha pasado -o ha regresado- al rito judaico si observa las ceremonias, las solemnidades y las fiestas, si hace, en suma, lo que hacen habitualmente los judíos. Pero hay un rito que, para el judío convertido al cristianismo y que vuelve a ser judío, marca su regreso al judaísmo. Helo aquí. El que desea rejudaizar es interpelado por uno de los judíos presentes según la siguiente fórmula: ¿Quieres hacer teuila? (lo que quiere decir: ¿Quieres bañarte en agua para volver a ser judío?) El postulante responde Sí. Entonces el judío que presiden el acto le dice: Baal tesuva (Que significa Sal del estado de pecado). Entonces se le desnuda totalmente y se le sumerge en agua, a veces caliente. Entonces los judíos le frotan el cuerpo con arena, especialmente la frente, el pecho y las manos con arena, es decir los lugares que, en ocasión del bautismo cristiano, recibieron el santo crisma. Luego le cortan hasta la encarnadura, las unas de los dedos de las manos y de los pies al rejudaizante, le rapan la cabeza y le sumergen en el agua de un río. Le mandan hacer tres inmersiones con la cabeza y tras cada una de ellas los judíos presentes recitan la plegaria Bendito seas Dios, padre de los siglos, que nos has ordenado santificarnos por esta agua y con este baño. Una vez efectuado esto el rejudaizante sale del agua, le entregan nuevas ropas y besa a todos los judíos presentes. A continuación le dan un nombre nuevo, generalmente el que tenía antes de pasarse al cristianismo. Una vez finalizado la

Por su parte, La Practica Inquisitionis de Bernardo Gui Inquisidor de Tolosa entre los años 1307-1323, anunciaba: "Los pérfidos judíos donde quiera y siempre que pueden tratan de pervertir secretamente a los cristianos y atraerlos a la perfidia judaica, máxime a aquellos que primeramente fueron judíos y se convirtieron a la fe de Cristo en el bautismo, especialmente cuando estos son allegados por afinidad o consanguinidad".

A partir del siglo XIII se endurece la legislación antisemita en toda Europa[9] y la situación del pueblo judío empeora sensiblemente. El fanatismo religioso, los sentimientos y la hostilidad hacia los judíos y sus actividades financieras afloran periódicamente, lo cual precipita las masacres del siglo XIV que redujeron drásticamente el número de residentes de las aljamas y obligaron a traslados forzados de población judía hacia áreas rurales o a conversiones masivas.

El IV Concilio de Letrán celebrado en 1215 prohíbe la presencia de funcionarios judíos como también que médicos de dicho credo asistan a cristianos. Excitados por exaltados predicadores se suceden levantamientos y ataques contra las comunidades judaicas, como las que protagoniza el arcediano de Ecija, y provisor de Sevilla, Ferrán Martínez, que alienta el brutal levantamiento de

---

ceremonia el rejudaizante promete confesar la ley de Moisés, respetarla y adecuar su vida a ella, reniega del bautismo y de Cristo y declara que nunca más respetara la ley cristiana. Entonces le entregan una carta que certifica su fidelidad y gracias a la cual, a partir de ese instante, y vaya donde vaya, recibe hospitalidad y protección de los demás judíos. A partir de entonces, el rejudaizante lleva vida de judío, vive con los judíos y vuelve a su escuela o sinagoga" págs. 85-86.

[9] El Concilio de Arles, celebrado en 1235 en territorio francés, obligó a todos los judíos a llevar cosido en sus ropas, a la altura del corazón, una identificación redonda de color amarillo de cuatro dedos de ancho. La medida no se cumplió en territorio español, pese a los intentos de las Cortes de Toro de 1371 y más tarde las de Madrid de 1405. Datos tomados de Henry Kamen: La Inquisición Española. Una revisión histórica, Barcelona, Critica, 1999.

1391 que origina 4.000 muertos en las aljamas sevillanas, propagándose a otros puntos de España[10] con su dramática carga de persecución y venganza.

Las sinagogas son transformadas en iglesias cristianas, las casas de las juderías incendiadas y destruidas, sus habitantes muertos, la persecución y la encendida predicación originan también, a partir de 1391, las conversiones masivas, reales o fingidas,[11] pese a lo cual se dispone en 1499, en Toledo, la exclusión de los conversos de todo oficio o cargo público.

El creciente sentimiento antisemita, que avanzó en casi todo el territorio español, logró pergeñar la construcción de imaginarios diversos, que atribuían a las comunidades judías toda suerte de crímenes y despropósitos[12], como las leyendas de niños secues-

---

[10] Córdoba, Jaén, Ciudad Real, Toledo, Segovia, Burgos, más tarde el conflicto se extendería también a Valencia, Palma de Mallorca, Barcelona, Gerona,. Lérida y Perpinan. Se considera que en el lapso comprendido entre los días que corren del 15 de marzo al 13 de agosto de 1391, las juderías de España resultaron destruidas.

[11] Juzga Kamen: "El termino converso era aplicado a quien se había convertido al cristianismo siendo judío o musulmán. A sus descendientes también se les llamaba conversos. Dada la naturaleza forzosa de las conversiones en masa de 1391, era evidente que muchos conversos no podían ser cristianos genuinos. Los conversos fueron inevitablemente mirados con suspicacia, pues se les consideraba una quinta columna dentro de la iglesia. Se les dieron nombre oprobiosos, entre los que el más común fue el de "marrano", de origen oscuro. Aunque su religión ya no era la judía, seguían sufriendo los rigores del antisemitismo" Conforme Henry Kamen: La Inquisición Española. Una revisión histórica, cit pág. 17-18.

[12] Condenados por la muerte de Cristo, no tardó en construirse un estereotipo "que considerando su potencia económica se le tachaba de avaro, al tiempo que se le envidiaba. Como ser inferior era, a su vez, considerado impuro y contaminante y, por último, su dominio de la ciencia médica, peor conocida e incluso desconocida por los cristianos y que colocaba en sus manos la vida y la muerte, hizo que se les acusase de traicionero, no digno de fiar y mucho de temer, puesto que con su ciencia

trados el día de Viernes Santo, para reproducir el martirio de Cristo, extrayéndoles el corazón para fabricar filtros mágicos contra los cristianos, etc.[13]

---

mejor aun con sus prácticas medicas podían enviar a la muerte o producir graves males." Conforme María del Carmen Sáenz Berceo: "La Inquisición Española: de la sospecha a la intolerancia" en Intolerancia e Inquisición Tomo II. Madrid, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, 2005, pág. 211.

[13] Sobre el particular refiere Juan Antonio Llorente: "En 1492 fueron expelidos de España los judíos no bautizados, en lo que tuvo gran intervención el inquisidor general Torquemada con todos los individuos del Santo Oficio. Se citaba la ley del Código de las Partidas, dada por el rey Alfonso X, año 1255, en que se decía tener los judíos costumbre de robar niños cristianos y crucificarlos en el día de Viernes Santo como escena semejante a la de Jerusalén; añadíase el ejemplo de Santo Domingo de Val, niño de Zaragoza, supuestamente crucificado en 1250; el robo y ultrajes de la hostia consagrada en Segovia, año 1406; la conjura de Toledo, minando y llenando de pólvora las calles por donde había de pasar la procesión del Corpus, año 1445; la del lugar de Tabara, entre Zamora y Benavente, poniendo abrojos de hierro en las calles por donde habían de andar cristianos descalzos, clavando puertas a incendiando casas en que habitaban cristianos; el robo y crucifixión de un niño cristiano en Valladolid, año 1452; un caso igual en un pueblo de señorío del Marqués de Almarza, cerca de Zamora, en 1454; otro semejante sucedido en Sepúlveda, obispado de Segovia, en 1468; el caso de los ultrajes hechos a la cruz en el campo llamado Puerto del Gamo, entre las villas del Casar y de Granadilla, obispado de Coria, en 1488; el robo del niño de La Guardia, provincia de La Mancha, en 1489, y su crucifixión en 1490; el conato de igual crimen evitado por la justicia en Valencia y otros casos semejantes, con muchas muertes de cristianos atribuidas a judíos médicos, cirujanos y boticarios, en abuso de sus oficios, particularmente la del rey Enrique III por su médico D. Mair". Juan Antonio Llorente Historia Critica de la Inquisición en España, Libros Hiperion, Madrid, 1981, Tomo I, pág. 201 y siguientes.

A ello se sumarían las consecuencias de la peste negra, expandida con mortal rapidez a mediados del siglo XIV, que acabó con la vida de gran parte de la población europea y potenció la búsqueda de chivos expiatorios. "Hubo quienes acusaron a los leprosos y también se culpó a ciertos extranjeros, pero casi todo el mundo acabó por atribuir la calamidad a los judíos"[14].

La cuestión no dejó de estar presente en las Partidas en las que el Rey Sabio advertía:

> "Et porque oymos decir que en algunos lugares los judíos fizieron et fazen el día del Viernes Santo remembranza de la pafsión de Nto feñor Jefu chrifto en manera de escarnio, furtando los niños et poniéndolos en la cruz, o faziendo ymágenes de cera et crucificándolas quando los niños non pueden aver, mandamos que, fi fama fuere de aqui adelante que en algund lugar de nuestro Señorío tal cofa afsi fecha, fi fe pudiere aueriguar, que todos aquellos que fe acertarpn y en aquel fecho, q fean presos et recabdados et duchos ante el rey; et defpués que el Rey fopiera la verdad, deue los matar muy aviltadamente, quatos quier que fean. Otrofi defendemos que el dia del viernes fanto ningund judío non fea ofado de falir fuera de su cafa, nin de fu barrio: mas eften y encerrados fafta el fabado en la mañana, e fi cotra efto finieren, dezimos que del daño, e de la deshonra que delos christftianos refcibiere non deuen auer ninguna emienda"[15].

El horizonte se oscurecía, una tormenta avanzaba a pasos agigantados y el aire se llenaba de presagios sombríos, como algún autor ha dicho, las histerias se convertían en historias. En 1637 Diego de Colmenares relataba:

---

[14] El autor refiere los asaltos a las juderías de la Corona de Aragón, la misma judería de Barcelona destruida el 17 de mayo de 1348 y posteriormente los ataques a las aljamas de Montblanch, Tarrega, Cervera, Villafranca del Penedes, y Lérida. Conforme Joseph M. Walter: Historia de la Inquisición Española, Madrid, Edimat Libros, 2001, pág. 33.

[15] Las Siete Partidas de Alfonso El Sabio Partida, VII, Titulo XXIV, Ley II.

Celebrábase tranquilamente por los cristianos la Navidad de 1468 cuando vino a turbar su quietud la irritante nueva de que los judíos de la Aljama de Sepúlveda, aconsejados por su rabino, Salomón Picho, habíanse apoderado de un niño cristiano, y llevándole a un muy secreto lugar, cometido en el todo linaje de injurias y violencias. Al fin, poniéndole en una cruz, habiánle dado muerte, a semejanza de la que al Salvador impusieron sus antepasados. Divulgado en tal forma el hecho, llego luego a conocimiento del Obispo de Segovia, Don Juan Arias Dávila judío converso, hijo del Contador Mayor de Enrique IV. Fiel a la política de los neófitos, apretó don Juan en el castigo de tal manera que, conducidos a Segovia los acusados, fueron hasta dieciséis entregados a las llamas, y puestos los restantes en la horca, después de ser arrastrados. No satisfizo, sin embargo, tan duro castigo a los moradores de Sepúlveda. Así, tomando Las armas, al saber que et obispado se contentaba con tan poco, dieron de rebato sobre la Judería, inmolando en sus propias casas a la mayor parte de sus moradores. Salváronse algunos en la fuga; pero al buscar asilo en las cercanas villas y aldeas, llevaban delante de si la fama de su crimen, que despertaba en todas partes análogas sospechas y acusaciones[16].

Algunos sucesos como los acaecidos en torno a la leyenda del Santo Niño de la Guardia que recrea la historia de un asesinato ritual llevado a cabo en 1490 en la localidad de La Guardia, Toledo, atribuido a judíos y conversos por el cual fueron procesados por la Inquisición varios de ellos, que fueron quemados en Ávila el 16 de noviembre de 1491, abonaron un clima que precipitó la expulsión.

Los testimonios documentales que se conservan permiten inferir las múltiples irregularidades que afectaron la legitimidad del proceso hasta el punto de dudar si el supuesto crimen realmente se cometió.

La opinión generalizada considera que el proceso estuvo destinado a propiciar un clima antisemita, favorable al decreto de ex-

[16] Diego de Colmenares: Historia de la insigne Ciudad de Segovia y compendio de las historias de Castilla Segovia, Diego Diez Imp. a costa de su autor, 1637.

pulsión de los judíos, que se precipita en marzo de 1492, tan sólo unos meses después[17].

[17] La leyenda hagiográfica del Santo Niño de la Guardia refiere cómo un grupo de hebreos de Quintanar de la Orden, Tembleque y La Guardia deseosos de vengar el trato que la Inquisición proporcionaba a sus pares, contratan los servicios de Benito de las Mesuras, judío llegado de la vecina Francia y residente en el pueblo de La Guardia con conocimientos de nigromancia que aconseja que consiguiendo el corazón de un niño cristiano y una hostia consagrada y quemándolos juntos conseguirían unas cenizas envenenadas que siendo vertidas en las fuentes de los cristianos provocaría gran mortandad entre los cristianos. La tarea fue confiada a Juan Franco, a quien se le encarga el secuestro de un niño y en el transcurso de un viaje a Toledo, pasando por la puerta del Perdón de la Catedral secuestra a un niño de corta edad que, junto a su madre, pedía limosna. Este niño es transportado hasta Quintanar de la Orden y luego al pueblo de La Guardia, donde es encerrado y maltratado por sus captores reproduciendo en su persona el martirio de Jesucristo: ultrajes, golpes, azotes, coronación de espinas y, finalmente, la crucifixión llevada a cabo en una cueva en las afueras del pueblo de La Guardia. La leyenda insiste que el "Santo Niño" sufrió este castigo sin exhalar una queja ni derramar una sola lágrima. “Crucificado, se recogió su sangre. Después, con un cuchillo, uno de los judíos hurgó en el costado derecho. Dicen que el niño, al ver lo que le hacían, les dijo que qué buscaban. El judío respondió que el corazón, a lo que el niño, con voz desfallecida respondió que se encontraba en el otro lado. Así murió el niño. Según dicen también, en el momento de la muerte del niño, la madre, que se encontraba en Toledo y era ciega, recuperó la vista. El niño fue desclavado por los judíos y enterrado cerca de una ermita. Ya tenían el corazón. Para conseguir la hostia consagrada contactaron con un cristiano converso llamado Juan Gómez que a la sazón era sacristán y no tardó en conseguirla Transportados dichos elementos a la Aljama Mayor de Zamora. Allí serían asesorados sobre el hechizo por los rabinos de esta ciudad. Quedó a cargo del viaje Benito de las Mesuras. Al llegar de camino a la ciudad de Astorga, para no levantar sospechas, el judío se acercó como si fuera buen cristiano a la iglesia. Pero al sacar su libro de oraciones un gran res-

La expulsión de 1492, como algún autor ha dicho, no resolvió los problemas de una sociedad que había perdido la pluralidad del pasado, "idílica en alguna etapas, y más tarde problemática, en ocasiones insostenible y sangrienta"[18] intensificando las dificultades del "peligro converso", donde los nuevos bautizados "ocupan exactamente la misma posición que los judíos, como antes de la expulsión ejercían de comerciantes, recaudadores de impuestos, prestamistas, labradores, sastres, y zapateros remendones. Para el populacho resultó muy fácil identificar a los nuevos cristianos con los judíos que eran antes, tanto en lo económico como en lo social. Tal proceso de identificación se produjo en parte debido a los há-

---

plandor inundó la nave de la iglesia dejando atónitos a los que allí estaban. El judío huyó rápidamente de la iglesia, pero fue seguido por uno de los fieles que estaban allí hasta la posada en la que se alojaba y posteriormente fue denunciado a la Santa Inquisición" que no tardó en identificar a los supuestos autores y bajo tortura, obtener la confesión Se declaró dónde se habían ocultado las reliquias que llevaba hasta Zamora, y una vez allí, los inquisidores se percataron del porqué del resplandor del libro. En éste había quedado la marca del corazón, que había desaparecido, pero aún se conservaba la hostia consagrada. Fue conservada y llevada en procesión hasta el convento de Santo Tomás, donde se conserva en un relicario recordando con ello el suceso. Se cuenta que en 1599, habiendo una terrible peste en Ávila, se sacó en procesión esta Sagrada Hostia y la peste remitió. Asimismo fueron apresados los compañeros de Benito en La Guardia y llevados a Ávila, donde se los sometió repetidamente al tormento para provocar su confesión. Confesado el delito, los llevaron a La Guardia para indicarles el lugar donde habían enterrado al niño, pero aunque hubo señales de haber estado allí, no encontraron el cuerpo, considerando el hecho como un milagro. La leyenda concluye con el relato de que los vecinos excavaron el lugar y encontraron el capotillo y los calzones con los que había sido enterrado. Jamás fue encontrado el cadáver del niño.

[18] José Antonio Escudero: La Introducción de la Inquisición en España en Intolerancia e Inquisición Tomo I. Madrid, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, 2005, pág. 246.

bitos conservadores de los conversos, a la supervivencia de las prácticas judías y a la dificultad que muchos hallaban de adaptarse a las costumbres cristianas, particularmente en lo que se refiere a las comidas"[19].

Los intentos del general de los jerónimos, Alonso de Oropesa, para fundar una inquisición episcopal que vigile la fe de los conversos "a estos que se desvían y judaízan se les debe castigar y corregir canónicamente y según lo ordenado en derecho, dejando de lado todo rencor y alboroto y difamación" no lograron progresar.

Por su parte el mismo confesor de Enrique IV, el franciscano Alonso de Espina, había encabezado una corriente que a las puertas de 1492 suena premonitoria: la expulsión de los judíos y el establecimiento de la Inquisición para los conversos. Su amargo lamento "algunos son herejes y cristianos pervertidos, otros judíos, otros sarracenos y otros diablos. Nadie investiga los errores de los herejes. Los lobos rapaces Oh Señor se han apoderado de tu rebano, pues los pastores son pocos" busca establecer la Inquisición en Castilla.

Juan II había solicitado a Nicolás V el establecimiento de la Inquisición, petición a la cual el Papa accedió por medio de la Bula del 20 de noviembre de 1451, que no es publicada. Años más tarde, en 1462, su hijo Enrique IV inició gestiones ante el Vaticano para fundar una inquisición castellana, peticionando el nombramiento de dos inquisidores pontificios con facultades, a la vez que designó inquisidores al norte y sur de la Sierra de Guadarrama. El Sumo Pontífice concuerda con el requerimiento real el 15 de marzo de 1462 en la Bula Dum fidei catholicae, y autoriza la introducción de inquisidores de Castilla con el consentimiento del Monarca. Pero sus términos no se ejecutan.

El enfrenamiento entre los modelos prohijados por Espina en su Fortalitium Fidei escrito en 1459 y por Oropesa en su Lumen ad revelationem Pentium et gloria plebis Dei Israel congelan la solución del conflicto[20], sensiblemente agravado por los estallidos contra los judeoconversos de 1449 en Toledo y 1476 en Córdoba.

[19] Conforme Henry Kamen: La Inquisición Española cit, pág. 34.

El carácter fuertemente antisemítico de la obra de Fray Alonso de Espina que atribuía a los judíos "aliados del anticristo en la hora final" toda suerte de destemplanzas, crímenes y peligros para la cristiandad, encuentra eco en otros textos de tono similar, como el que prohíja en 1478 Andrés Bernáldez, el Cura de Los Palacios, su Historia de los Reyes Católicos que no trepida en arrogar a judíos y conversos las mismas aviesas intenciones. El propio confesor de los Reyes, Fray Tomás de Torquemada, a la sazón, prior ya del convento de Santa Cruz en Segovia "dominico cuyo nombre quedara para siempre asociado a la historia de la Inquisición"[21] insiste sobre la necesidad de contar con el Tribunal.

Los tiempos se precipitan. Se está preparando un nuevo camino que comienza a desbrozarse cuando el 11 de diciembre de 1474 muere el Rey Enrique IV de Castilla (1425-1474) y en Segovia es proclamada Reina su media hermana, Isabel de Castilla, hija de Juan II y de su segunda esposa Isabel de Portugal, nacida probablemente, en Madrigal de Altas Torres, Provincia de Ávila, el 22 de abril de 1451.

La llegada al trono de la princesa devenida en reina importó superar una querella dinástica que albergaba múltiples aspectos de un complejo enfrentamiento del rey con parte de la nobleza afín a la princesa castellana, tras la temprana muerte del Infante Alfonso, hermano de Isabel en 1468. Querella a la cual trata de buscar norte el Acuerdo de los Toros de Guisando, donde el Rey Enrique IV, el 18 de septiembre de 1488, deshereda públicamente a su hija Juana, apodada La Bertraneja, sospechada de ilegitimidad[22].

---

[20] Datos tomados de Ricardo García Cárcel, Doris Moreno Martínez Inquisición Historia Critica, cit, y José Antonio Escudero Estudios sobre la Inquisición, Madrid, Marcial Pons, Colegio Universitario de Segovia 2005.

[21] José Antonio Escudero, Estudios sobre la Inquisición cit pág. 20.

[22] La princesa Juana, apodada La Beltraneja, cuya dudosa paternidad fue atribuida al valido del Rey, don Beltrán de la Cueva, nació en 1462, siete años después de celebradas las nupcias del Rey Enrique IV con su segunda mujer Juana, hermana de Alfonso V Rey de Portugal, tras la anu-

Reconocida pues Isabel como heredera, en cumplimiento de los términos del propio testamento de su padre Juan II, tras la muerte de su hermano Alfonso, casada en 1469 con el heredero de la Corona de Aragón, don Fernando, y proclamada Reina de Castilla en 1474, ambos soberanos iniciaron un reinado decisivo para la historia de España y las Indias cuyo descubrimiento en 1492 y posterior incorporación a la Corona de Castilla conformaría los espacios de un imperio donde nunca se ponía el sol.

A las puertas de la modernidad los reinos españoles se presentan en un conjunto de comunidades religiosas que importan una verdadera sociedad multicultural. Tres religiones conviven en los reinos de España: una mayoría cristiana y comunidades de musulmanes y judíos con estatutos legales distintos. Súbditos pues de un mismo soberano pero con diferentes derechos, circunstancia que explica el largo proceso de la misma reconquista.

Las comunidades de cristianos, moros y judíos nunca lograron compartir un pie de igualdad, su difícil y, en ocasiones, problemática convivencia se desarrolló siempre en un marco de notoria desigualdad. Ejerciendo cada una un segmento en el complejo campo de provisión de mano de obra y la producción de bienes y servicios que los diferenciaba y a la par los complementaba, el estrecho contacto de las comunidades llevaba a una tolerancia y a una convivencia cuya relativa paz amenazaba el desarrollo de la guerra por la reconquista que se libraba en tierras que desde el siglo VIII habían sido invadidas por los musulmanes.

Se ha señalado cómo los musulmanes gerenciaban una mano de obra indispensable tanto en tareas urbanas como rurales, en tanto los judíos monopolizaban las áreas de la producción de las industrias de la marroquinera, la textil y la joyería, amén de su de-

---

lación del primer matrimonio concertado por el Rey con Blanca de Navarra, hija de uno de los Infantes de Aragón. Los nobles sostenían por su parte la ilegitimidad del segundo matrimonio de Enrique IV, al haber sido celebrado con su prima hermana, sin previa dispensa de consanguinidad. Circunstancia que desapartaba a sus hijos de la sucesión real.

cisivo papel en las tareas del comercio, las financieras, el fisco y en medicina[23].

Las aljamas agrupaban a los judíos, organizándolos en un sistema de comunidad que gozaba de cierta autonomía y se gobernaba por cuerpos de consejeros, que algún autor ha equiparado a los regidores de los ayuntamientos cristianos, regulando múltiples aspectos de la vida social, religiosa, social, judicial y económica de una población cuya cuantía numérica aún se discute[24].

---

[23] "La mayoría de los judíos vivían en los pequeños pueblos típicos del paisaje medieval. Allí cultivaban la tierra, criaban ovejas, atendían sus viñas, y huertos, y, por lo general vivían pacíficamente con sus vecinos cristianos. En las ciudades desempeñaban oficios que solían implicar un contacto diario con los cristianos: eran comerciantes, tenderos, tintoreros, tejedores. En ocasiones hicieron de un oficio el propio. En Murcia en 1407 se registra la presencia de treinta sastres judíos, esta convivencia propia del periodo medieval "permitió que cristianos, moros y judíos se entendieran y respetaran entre ellos aunque no necesariamente que se apreciaran". Asimismo Henry Kamen refiere cómo la misma Corona contrataba habitualmente médicos conversos. "Los destacados servicios de los conversos a la medicina quedan ampliamente ilustrados por el número de médicos que aparecen en los expedientes de la Inquisición durante los siglos XVI y XVII". También se destacaron en el campo de las actividades financieras. Lo prueba la presencia de los conversos aragoneses Luis de Santangel y Gabriel Sánchez, quienes financiarían la expedición colombina y hasta los Secretarios de la Reina Isabel: Fernando Álvarez, Alfonso de Ávila y Hernando del Pulgar reconocían este origen, amén del Capellán, Alonso de Burgos. "Su presencia era tan notoria que el hecho era comentado con sorpresa por los extranjeros que visitaban la corte de Isabel". Conforme Henry Kamen op. cit pág. 10 y siguientes. Del mismo modo se pronuncian Joseph M. Walker: Historia de la Inquisición Española, cit y Julio Valdelon Baruque, quien realiza un prolijo estudio de las tensiones y los movimientos populares entre los siglos XIV y XV. En: El chivo expiatorio. Judíos revueltas y vida cotidiana en la Edad Media, Valladolid, Ámbito, 2000.

[24] Para Castilla las estimaciones oscilan entre 100.000 y 250.000 almas. Las principales juderías en todo el territorio español estaban establecidas

"Las comunidades vivían unas al lado de las otras, compartiendo numerosos aspectos en la lengua, la cultura, la comida y el vestido, intercambiando conscientemente perspectivas e ideas. Cuando el grupo cultural en cuestión era una minoría, éste aceptaba plenamente que existía un lado oscuro en esta imagen. Su capacidad para resistir siglos de represiones esporádicos y para sobrevivir hasta los tiempos modernos bajo condiciones de grave desigualdad se basaba en un largo aprendizaje"[25].

En los quince primeros años del reinado de los Reyes Católicos ateniéndose a la concepción tradicional de Espada, los soberanos "reinan sobre tres grupos de vasallos organizados en otras tantas comunidades autónomas según la religión que profesan sus miembros cristianos moros y judíos" en una circunstancia en que solo el grupo mayoritario podía difundir públicamente su fe, un cristiano convertido en moro o judío se transformaba en hereje, reo del crimen de lesa majestad divina.

Pero la situación no tardaría en cambiar.

¿Obedecían los reyes a una política que, bajo el pretexto de una uniformidad religiosa, pretendía encubrir una lucha de clases, enfrentando a una burguesía donde se cobijaba el grupo de los conversos? ¿Esta supuesta burguesía de conversos y judíos constituía una amenaza para la nobleza tradicional? ¿Guiaba a los reyes que fundarían el estado moderno español solo unos propósitos inspirados en el celo religioso? ¿Perseguían propósitos racistas o quizás los orientaba también un oculto ánimo de lucro y el deseo de apoderarse de los bienes de los ricos conversos? ¿Deseaba el

---

en las ciudades de Toledo, Burgos, Sevilla, Córdoba, Murcia, Zaragoza, Barcelona, Gerona, Valencia, Mallorca, Huesca, Calatayud, Teruel, Tarragona, Jativa, Tudela, Pamplona, Estella etc. José Antonio Escudero calcula de 70.000 a 100.000 el número de judíos que vivía en España al tiempo de iniciar los Reyes Católicos su reinado, distribuidos en 200 aljamas.

[25] Henri Kamen La Inquisición Española, Una revisión histórica, Barcelona, Crítica, 1999, pág. 10.

Rey Fernando erigir un instrumento de control político cohesionado por encima de las características de cada reino?

Las más recientes investigaciones sobre la materia han juzgado que los Reyes Católicos no hicieron más que anticipar en sus reinos una tendencia general europea, considerando que todos sus súbditos debían reunir las mismas características culturales y jurídicas en la sociedad de su tiempo, lo cual suponía la unidad de la fe[26].

Lo que desaparece en España en 1492 es el judaísmo, no los judíos, o mejor dicho sus descendientes; es la comunidad judía con su estatuto de relativa autonomía[27].

Los Reyes Católicos acuden a un nuevo modelo, diseñado en la Bula Exigit sincerae devotionis affectus[28] del 1º de noviembre de 1478, dictada por Sixto IV, que les autorizaba designar en cada ciudad o diócesis "tres obispos o superiores a ellos u otros probos varones presbíteros seculares o religiosos de ordenes mendicantes o no mendicantes, de cuarenta años cumplidos, de buena conciencia y laudable vida, maestros o bachilleres en Teología o doctores en Derecho canónico tras rigurosos examen licenciados, temerosos de Dios, que vosotros creyereis en cada ocasión oportuno elegir en cada ciudad o diócesis de los dichos reinos o al menos dos de ellos (...) investidos (...) de la misma completa jurisdicción, autoridad o dominio de que gozaban por derecho y costumbre los ordinarios del lugar y los inquisidores de la maldad herética".

Erigido pues como un instrumento preciso de la política real este nuevo diseño cobró distancia de la inquisición medieval que hasta entonces existía.

Se ha interpretado que la creación de la Inquisición española significó "una auténtica transferencia de jurisdicción o competen-

---

[26] Joseph Pérez: Crónica de la Inquisición Española. Barcelona, 2002, Ediciones Martínez Roca, pág. 75.

[27] Ibídem.

[28] Hemos utilizado el texto contenido en el Bulario de la Inquisición Española. Hasta la muerte de Fernando el Católico Gonzalo Martínez Diez S.I. Editorial Complutense, Madrid, 1997 pág. 76 y sig.

cia. Por primera vez se establecía una conexión formal entre la jurisdicción eclesiástica y la jurisdicción civil, puesto que al hacer el rey los nombramientos de los inquisidores, estos se situaban bajo la órbita real de fidelidad"[29] al mismo tiempo que supuso, en opinión de Américo Castro, la ruptura de la convivencia medieval de cristianos moros y judíos, en atención al nacimiento del estado moderno y su criterio de homogeneidad político religiosa, convivencia que Domínguez Ortiz por su parte, no ha juzgado pacífica sino problemática y plagada de conflictos.

Otros autores han interpretado en el establecimiento de la Inquisición un intento de conformar un modelo confesional ideológico en el trazado del estado moderno.

En este sentido J. Pérez afirma: "No sería excesivo ver en la primera forma de lo que en el siglo XX se llamara totalitarismo: la voluntad por parte del estado de exigir de los vasallos no sólo que acaten las leyes, paguen sus impuestos, obedezcan a los agentes del rey etcétera sino que además profesen una determinada ideología. En el siglo XVI para ser un buen vasallo del rey era preciso ser también católico ortodoxo"[30].

Concebida pues como una herramienta de la política real permaneció sujeta a la Corona, circunstancia que no la convirtió en un Tribunal exclusivamente seglar por cuanto el origen de la misma provenía de Roma, que intervenía directamente en la designación de los inquisidores, la elaboración de sus cuerpos normativos y en el diseño de las esferas de su jurisdicción "sin cuyo apoyo el Tribunal hubiese dejado de existir. La Inquisición, en consecuencia, era también un Tribunal eclesiástico que en última instancia era responsabilidad de la iglesia de Roma"[31].

A esta definida actitud del papado le sucedieron dos años de sigilo y de secreto en los que se preparó cuidadosamente la estra-

[29] Conforme Ricardo García Cárcel, Doris Moreno Martínez Inquisición Historia Critica. cit, pág. 23-24.

[30] Joseph Pérez, Op cit pág. 75-76.

[31] Conforme Henry Kamen: La Inquisición Española Barcelona, Editorial Crítica, 1985 pág. 183.

tegia de la labor del Santo Oficio cruzándose líneas de acción entre el papado y la corte española "porque el Pontífice realmente había arriesgado mucho con aquella Bula en la que cedía parte de su jurisdicción pero también había exigido que la guerra sagrada y confesional contra el Islam comenzara de inmediato"[32].

¿Fue el gran poder que la Bula papal otorgaba a los Monarcas, y su imperiosa necesidad de meditar cuidadosamente su proceso de implementación, la causa de esta demora en el despertar de la actuación de la Inquisición?

Los consejos del jerónimo, confesor de la Reina Isabel, Fernando de Talavera, se imponen. El religioso avanza en las tareas preparatorias de una predicación persuasiva y en la pesquisa del número de judaizantes que vivían en la ciudad[33].

Los términos de la Bula no se cumplieron inmediatamente[34] y fue recién el 17 de septiembre de 1480, cuando en plena guerra de Granada se despacharon en Medina del Campo el nombramiento de los dominicos Miguel de Morillo, maestro en Santa Teología, vicario de la orden de Predicadores y Juan de San Martín bachiller presentado en Santa Teología, Prior del Monasterio de San Pablo

---

[32] Jaime Contreras, Historia de la Inquisición Española (1478-1834) Herejías, Delitos y Representación. Madrid, Arco Libros, pág. 23.

[33] Conforme J. Meseguer Fernández: El periodo fundacional (1478-1517) en Historia de la Inquisición en España y América, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, Centro de Estudios Inquisitoriales, 1984, pág. 295 y siguientes.

[34] Algún historiador ha mencionado, asimismo, la posibilidad de que los Reyes Católicos establecieran una tregua de indulgente tolerancia antes del diseño de una severa política de control social y religiosa, no faltan asimismo las sospechas de que hubieran sido ofrecidas a la Corona ingentes sumas de dinero para paralizar la actividad del Tribunal, sumándose a ello el peso e influencia de los numerosos cristianos nuevos que ocupaban puesto de significación en la misma Corte. Conforme Joseph M Walter Historia de la Inquisición Española. Madrid, España, Edimat Libros S.A. 2001, pág. 52. En forma similar se ha pronunciado Henry Kamen: La Inquisición Española cit, pág. 49.

de la ciudad de Burgos como inquisidores de la herética pravedad para inquirir y proceder contra los malos cristianos o herejes o contra cualquier persona que fallaredes estar infisionadas o maculadas de los dichos crímenes de infidelidad o herejía e apostasía en todos nuestros reynos e señoríos o en qualquier ciudad villas e lugares e qualesquier parte dellos[35].

Asesorados por el abad Juan Ruiz de Medina y acompañados por Juan López del Barco se trasladaron a Sevilla, la ciudad que suponían amenazada en primer lugar por el accionar de los conversos, en donde se aseguraba que la herejía judaizante presentaba sus cotas más gruesas y allí organizaron el Tribunal, instalándose primero en el convento de San Pablo y luego en la fortaleza de Triana. No tardaron en celebrase los primeros autos de fe[36].

A los autos de fe le sucedieron los Edictos de Gracia, como el que tempranamente mandó publicar el Cardenal Mendoza que reducía el castigo a penas canónicas y al cual concurrió gran número de personas, "en la creencia de que una confesión espontánea sería suficiente para resguardarse de cualquier persecución". Transcurrido los plazos, se dictan nuevos edictos que ordenan la delación de quienes practicaban ritos judíos minuciosamente detallados en

[35] Bulario de la Inquisición Española cit. pág. 82.

[36] "Como no podía ser de otro modo cundió el pánico entre la población conversa. Algunos prudentemente optaron por la huida, pero otros sin molestarse en calcular las consecuencias, tramaron el asesinato de sus perseguidores. Entre los conspiradores figuraba un rico cristiano nuevo, Diego de Susan, cuya hija conocida como la "fermosa hembra" mantenía relaciones amorosas con un cristiano viejo (según se denominaba a quienes no tenían antecedentes judíos ni moros en la familia) y que temiendo por la vida de su amante, le revelo cuanto se tramaba, y este se apresuró a denunciarlo al Santo Oficio. El resultado fue la detención de los confabulados y la celebración del primer auto de fe el 6 de febrero de 1481, donde tras un sermón del converso Hojeda, fueron quemadas seis personas acusadas de judaizantes, en el campo de Tablada". Conforme Martín Walker: Historia de la Inquisición Española. Cit pág. 54. Ídem, José Antonio Escudero. Estudios sobre la Inquisición cit. pág. 22.

los textos normativos. Continuó luego una etapa de intensa persecución y de aplicación de sentencias de gran dureza cuyos resultados Hernando del Pulgar los resume en 2.000 personas quemadas vivas hacia 1490 y 15.000 reconciliadas, cifra esta última, que el Marqués de Lozoya aumenta a 20.000[37].

Andrés Bernáldez juzga por su parte en 700 el número de las personas ejecutadas por la Inquisición sevillana entre 1480 y 1488 y reconciliadas 5.000, sin contar los condenados a prisión perpetua. Diego Ortiz de Zúñiga establece en 20.000 el total de herejes que habían abjurado de sus errores entre 1481 y 1524, en tanto alcanzaba al millar, el número de relapsos enviados a la hoguera.

Sostiene Henry Kamen que si bien en los tiempos iniciales de la Inquisición estos edictos de gracia pudieron haber funcionado como un instrumento provocador de adhesiones "con la esperanza de que la confesión espontánea podía resultar suficiente" las reconciliaciones masivas no constituyeron una prueba de tolerancia "pues estaban acompañados por terroríficos despliegues de ferocidad religiosa sin precedentes en España"[38]

Entretanto la labor inquisitorial se multiplica, y el propio Sixto IV, argumentando la insuficiencia de los dos nombrados "pues

[37] José Antonio Escudero Estudios cit, pág. 58 y siguientes.

[38] Henry Kamen: La Inquisición Española cit, pág. 63: "En el gran auto de fe de Ciudad Real del 23 de febrero de 1484, 30 personas fueron quemadas vivas y 40 lo fueron en efigie; en el auto de Valladolid del 5 de enero de 1492, 32 fueron condenados a la hoguera. En algunos tribunales la proporción de quemas era extraordinariamente alta. En Guadalupe, en 1485 el 44 por ciento de los conversos juzgados fueron quemados vivos; en Ávila, entre 1490 y 1500 llegaron a quemar a un 41 por ciento de los juzgados. En Valencia, el tribunal parece haber decretado la pena de muerte sobre el 38 por ciento de los 2.000 primeros casos de los que poseemos datos, y para el año 1530 había despachado cuatro quintas partes de todas las sentencias de muerte que dictaría antes de 1592. En números redondos se puede decir que más de tres cuartas partes de la totalidad de los que perecieron bajo la Inquisición en los tres siglos que duro su existencia lo hicieron en los primeros veinte años de la misma".

como hemos sabido dada la amplitud de los reinos de Castilla y León los Inquisidores de la pravedad herética hasta ahora nombrados ellos solos no alcanzaban para hacer frente fácilmente a esa secta pestífera" resuelve por la Bula pontificia del 11 de febrero de 1482 ampliar el número de inquisidores, nombrando siete hijos de Santo Domingo.

Son los frailes, maestros Pedro de Ocaña, Pedro Martín, Alfonso de San Cebrián, Juan de Santo Domingo, Juan del Santo Spiritu, el licenciado Rodrigo de Segarra, Bernardo de Santa María presentado en Teología, al que se unía Fray Tomás de Torquemada, dominico, Prior del convento de Santa Cruz de Segovia, y confesor de los Reyes, el futuro Inquisidor General, ordenándoles que "en el amor a Dios, revistiendo con espíritu de fortaleza y apartando todo temor, con tal eficacia cumpláis y desempeñéis dicho oficio de la Inquisición en los aludidos reinos, como lo requiere la utilidad de tan importante tarea, con la esperanza del premio eterno, guardando el contenido y el tenor de nuestras ultimas letras, de tal manera que, por medio de vuestra providencia solicitud, la raíz de tal pravedad se arranque totalmente y la viña del Señor de los ejércitos celestiales, arrojadas fuera de ella todas las raposas, produzca abundante frutos"[39].

En los debates entre la Corte y el papado sobre los nombramientos y las facultades de los inquisidores se fortaleció la autoridad del Santo Oficio juzgado como "un Tribunal eclesiástico pertrechado de las armas reales"[40].

Los abusos cometidos obligaron al Papa a tomar directa intervención en el tema. Se denuncia la crueldad de los inquisidores, la rapiña con que habían procedido en el trámite de las causas por herejía, causas abonadas por una larguísima cadena de injusticias, mendacidades y testigos falsos, que deponían orientados por móviles ajenos a la materia religiosa, que se inspiraban y sustentaban

[39] Bulario de la Inquisición Española cit. pág. 94.

[40] Conforme Rafael Ballester: Curso de Historia de España, 1924 pág. 255, citado por Joseph M. Walker Historia de la Inquisición Española, op. cit. pág. 55.

en un intrincado entramado de falsas denuncias. La entidad de las acusaciones es tal, que dispara el enfrentamiento entre el Papado y la Corona.

Sixto IV escucha las denuncias y expide una nueva Bula. Es la fechada el 18 de abril de 1482 donde razonaba el Pontífice que:

"Hace poco se nos ha insinuado que en los reinos de Aragón, Valencia, Mallorca y en el principado de Cataluña, de algún tiempo acá el oficio de Inquisición de la pravedad herética no se ejerce por celo de la fe y de la salvación de las almas sino por deseo de lucro. Y así muchos verdaderos y fieles cristianos, por obra de la Inquisición que admite contra ellos declaraciones de sus enemigos, de sus émulos, de siervos y de otras personas viles y menos idóneas, sin que hayan procedido otros indicios legales se ven recluidas en prisiones, incluso del poder secular, atormentados declarados herejes y hasta relapsos despojados de sus bienes y beneficios eclesiásticos y entregadas al a los Tribunales civiles, donde sufren de manos de esos Tribunales la última pena con grave peligro de las almas, ejemplo pernicioso y escándalo de las gentes"[41].

Por estas razones "siguiendo el ejemplo de Aquel, cuyo representante somos en la Tierra, no queriendo la muerte de los pecadores sino deseando más bien su saludable salvación, preferimos perdonar antes que castigar" ordenaba el Papa la presencia de los funcionarios episcopales, ordinarios o sus vicarios, actuando a la par de los inquisidores, autorizando la información del nombre de los acusadores y testigos al acusado, al que se le proveería de asistencia legal, admitiéndose la sustanciación de las pruebas que presentaren los acusados, sus excepciones y objeciones, permitiéndosele interponer apelación a la Silla Apostólica contra los vejámenes sufridos por los reos, mandando a que se remitieran los procesos instruidos contra estos reos al examen de la Santa Sede, en tanto solamente las cárceles episcopales estarían autorizadas a recibir a los reos del Santo Oficio.[42]

---

[41] Bulario de la Inquisición Española cit. pág. 97.

[42] Bulario de la Inquisición Española cit, pág. 96 y sigs.

La medida importaba una verdadera innovación, pues como se ha juzgado "por primera vez se declaraba que la herejía, al igual que cualquier delito, era acreedora de un juicio justo y una justicia recta"[43].

A ello se suma la indisimulada pretensión del papado de asegurar el accionar de la Inquisición que, conforme el nuevo diseño, se le estaba escapando de las manos[44].

La durísima respuesta del Monarca no se hizo esperar. El 13 de mayo de 1482, Fernando el Católico le informaba al Pontífice su asombro de que hubieran sido otorgadas concesiones a los conversos por sus astutas e inoportunas persuasiones (...) y si acaso esas concesiones hubieran sido ya otorgadas, no pienso admitirlas nunca.

Concluía el Rey alertando al Papa: Guárdese, pues, Vuestra Santidad, de conceder cualquier cosa que pueda impedir la prosecución de dichas tareas y si algo se hubiera concedido, revocadlo y no dudéis en confiarnos a nosotros el cuidado de tales tareas[45].

La enérgica protesta del Rey rindió sus frutos. Un breve de Sixto IV fechado en Roma el 10 de octubre de 1482 suspendía las anteriores letras apostólicas y todo lo en ellas contenido en cuanto sea contrario al derecho común. Aun así, el Papa insistía en un último atisbo de legalidad, el respeto al orden jurídico, enfatizando la debida observancia hasta el último detalle, tanto en el proceder como en el juzgar los decretos de los Santos Padres y lo dispuesto en el derecho común en relación con dicho crimen[46].

La organización centralizada del nuevo Tribunal diseñada con la organización del Consejo de la Suprema y General Inquisición, unido a los otros consejos del reino confirmados en las Cortes de Toledo en 1480, se decidió en 1483. Hacia 1492, Castilla contaba ya con los Tribunales de la Inquisición Sevilla, Córdoba (1482),

---

[43] Henry Charles Lea: Historia de la Inquisición en España, Madrid, 1983 pág. 587.

[44] Henry Kamen: La Inquisición Española cit pág. 54.

[45] Bulario de la Inquisición Española, cit, pág. 106.

[46] Bulario de la Inquisición Española, cit. pág. 111.

un año después Jaén y Ciudad Re (1483). En 1485 se establece la Inquisición en Toledo, Llerena y Medina del Campo y en el año 1486 hace lo propio en Segovia.

Dos años más tarde la encontramos instalada en Salamanca, Murcia, Alcaraz y Valladolid, y más tarde en Burgos, Cuenca, Osma, Ávila, Sigüenza, aunque algunos de ellos no lograron funcionar de manera permanente.

Conjuntamente con esta expansión por el área castellana se inició el establecimiento del Santo Oficio en la Corona de Aragón donde la labor se complicó por la presencia de una definida inquisición aragonesa de raíz medieval y pontificia, erigida desde el siglo XIII para combatir la herejía albigense.

El propio Rey se vio obligado a enfrentar la política del Vaticano a quien no parecía convencer el abandono de un modelo que había dejado de controlar[47].

Este nuevo paradigma, que el Rey Fernando el Católico imponía, chocaba con los esquemas que hasta entonces se habían manejado. La nueva Inquisición era una justicia de jueces propuestos por el Monarca, con una amplia discrecionalidad en la iniciativa penal, en el uso procesal del tormento y el nuevo régimen de confiscación de bienes.

Como afirma Luís Suárez Fernández: "El Tribunal era eclesiástico, recibía de Roma sus poderes y ante ella tenía que responder. Pero al mismo tiempo era órgano con competencia absoluta sobre una rama de la justicia amplia e importante del estado (…) que considerando la unidad religiosa como un valor sustancial hallo en la Inquisición el medio de sustraer esta clase de delitos a la justicia ordinaria. El perjuicio mayor era para la Iglesia, que de este modo se convertía en instrumento de represión y no de perdón"[48].

---

[47] Conforme José Antonio Escudero Estudios cit. pág. 23.

[48] Luís Suárez Fernández: "Circunstancias que acompañan el nombramiento de Torquemada" en Intolerancia e Inquisición Tomo I. Madrid, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, 2005, pág. 303-304.

La rápida designación de Fray Tomas de Torquemada[49] Inquisidor General de Castilla, el 2 de agosto de 1482, nombrado, a su vez, Inquisidor General de Aragón, Valencia y Cataluña el 17 de octubre de ese mismo año consolida el sistema. El Inquisidor re-

[49] Juan Eslava Galán lo evoca de este modo: "Castellano de Palencia, serio y austero, fue un hombre nacido en el seno de una familia nobiliaria hijo del señor de Torquemada y sobrino del cardenal Juan de Torquemada. Una acendrada vocación religiosa lo lleva a tomar los hábitos ingresando a edad temprana en el convento dominico de San Pablo, en Valladolid. Más tarde fue designado prior del convento de Santa Cruz en Segovia. Comía poco, desdeñando manjares, dormía sin sábanas, vestía sencillamente, era severo consigo y con los demás, de piedad tenebrosa; rigurosa, pero no implacable; ferviente, pero no inhumano. Torquemada mantenía sus convicciones contra viento y marea, sin hacer concesiones a nadie. Fue capaz de amonestar a la propia reina por permitir que los carpinteros trabajasen en día festivo para tener a punto el tablado de una fiesta. Siempre rehusó los honores y pompas mundanos. Rechazó el arzobispado de Sevilla y otros cargos igualmente codiciables y sólo aceptó el encargo de organizar la Inquisición porque lo vivió más como un sacrificado servicio al Estado y a la Iglesia que como una designación honrosa. Su inflexible postura ante el problema de los conversos le lleva a recomendar a los Reyes: es mucho prohibido que los judíos no tengan entre los cristianos oficios públicos ni los reyes non los vendan sus rentas (...) porque es grande pecado e mengua de nuestra fe (...) es menester que judíos y moros sean apartados y non vivan entre los cristianos y que traigan sus señales por donde sean conocidos y que ningún judío ni moro non traiga seda mas que se vista según su estado y condición". Desempeñándose en calidad de confesor de Hernán Núñez de Arnalt, secretario y tesorero de los Reyes Católicos, conoce a Isabel y Fernando, de quienes seria su confesor y consejero. Finalmente, ya anciano, encuentra refugio en el convento de los dominicos de Ávila, que él mismo había fundado renunciando insistentemente a las ofertas de los Reyes Católicos para que ocupara los Arzobispados de Sevilla y Toledo. En dicho convento fallece el 16 de septiembre de 1498. Datos tomados de La Historia y sus Protagonistas. Ediciones Dolmen 2001.

dacta entre 1484 y 1485, con el auxilio de Tristán de Medina y Juan Gutiérrez de Chaves, las Instrucciones Inquisitoriales, divididas en 28 artículos, a las que en 1488 le agrega otras veintiséis que constituyen el Código Legal Inquisitorial labor, en su momento calurosamente elogiada por Sixto IV "por haber encaminado vuestro celo a esas materias que contribuyen a la alabanza de Dios y a la utilidad de la fe ortodoxa"[50].

[50] En la extensa historia de vida del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición fueron nombrados los siguientes Inquisidores Generales: Tomas de Torquemada (1483-1498); Diego de Deza y Tavera (1499-1506); Diego Ramírez de Guzmán (1506-1507); Francisco Ximenez de Cisneros (1507-1517); Juan Enguera (1507-1513); Luís Mercader Escolano (1513-1516); Adriano de Traiecto (Adriano de Utrecht) en Aragón (1516-1518), en Castilla (1518-1520); Alonso Manrique de Lara (1523-1538); Juan Pardo de Tavera (1539-1545); Fernando de Valdés y Salas (1547-1566); Diego de Espinosa (1566-1572); Pedro Ponce de León (designado en 1572 no llego a ejercer como tal); Gaspar de Quiroga y Sandoval (1573-1594); Jerónimo Manrique de Lara (1595); Pedro de Portocarrero (1596-1599); Hernando Niño de Guevara (1599-1602); Juan de Zúñiga Flores (1602); Juan Bautista de Acevedo (1603-1608); Bernardo de Sandoval y Rojas (1608-1618); Luís de Aliaga Martínez (1619-1621); Andrés Pacheco (1622-1626); Antonio de Zapata Cisneros y Mendoza (1627-1632); Antonio de Sotomayor (1632-1643); Diego de Arce y Reinoso (1643-1665); Pascual de Aragón y Fernández de Córdoba (designado en 1665 no alcanzó a ejercer como tal); Diego Sarmiento de Valladares (1669-1695); Juan Tomas de Rocaberti (1695-1699); Alonso Fernández de Córdoba y Aguilar (designado en 1599 no asumió como tal); Baltasar de Mendoza y Sandoval (1699-1705); Vidal Marín (1705-1709); Antonio Ibáñez de Riva Herrera (1709-1710); Antonio Judice (1711-1717); José Molines (1717); Felipe de Arcemendi (propuesto por Felipe V no llegó a ejercer); Diego de Astorga y Céspedes (1720); Juan de Camargo y Angulo y Pasquer (1720-1733); Andrés de Orbe y Larrategui (1733-1740); Manuel Isidro Orozco Manrique de Lara (1742-1745); Francisco Pérez de Prado y Cuesta (1746-1755); Manuel Quintano Bonifaz (1755-1774); Felipe Beltrán (1775-1783); Agustín Rubin de Ceva-

Pero el establecimiento del Tribunal fue intensamente resistido, no solo por opulentas familias de conversos que operaban en vastos segmentos de decidida influencia económica y social, sino también por poderosos intereses, que veían en el nuevo Tribunal un serio peligro para sus libertades y derechos consagrados en los fueros del reino.

El Inquisidor Tomas de Torquemada intuye que el Tribunal será rechazado, pero aun así decide llevar adelante su labor. El 4 de mayo de 1484 nombra a Pedro Arbués, y a Gaspar Juglar, Inquisidores de Aragón, quienes inmediatamente ponen manos a la obra llevándose a cabo los primeros autos de fe.

Tras varios intentos fallidos, una conspiración está en marcha, y en la noche del 15 de septiembre de 1485, mientras Pedro Arbués[51] rezaba devotamente, arrodillado ante el altar mayor de la Seo de Zaragoza, fue acuchillado por ocho asesinos, contratados por los conjurados, que ingresan por las puertas del capítulo y escapan raudamente amparados en las pesadas sombras que inundaban el templo. Nada pudo contener la cota de malla que el Inquisidor, por prevención, llevaba bajo la vestidura sacerdotal y el casco de acero que usaba, atento a los amenazantes rumores que en esa fatídica noche cobrarían una trágica realidad.

El Inquisidor falleció dos días después, el 17 de septiembre, como consecuencia de las heridas infligidas en la garganta y en el brazo. Atribuido su asesinato a los judeoconversos, se ordena una represión brutal. Convenientemente azuzado, el pueblo se echa a

---

llos (1784-1793); Manuel Abad y Lasierra (1793-1794); Francisco Antonio Lorenzana y Butrino (1794-1797); Ramón José de Arce (1798); Francisco J. Mier y Campillo (1814-1818); Jerónimo Castellón y Salas (1818-1820), quien fue el último Inquisidor General.

[51] Pedro de Arbués había nacido en Epila y, tras estudiar en la Universidad de Zaragoza, ingresó en 1469 en el Colegio Mayor de San Clemente de Bolonia, donde más tarde se desempeñó como catedrático de filosofía moral. En 1474 fue elegido canónigo de La Seo de Zaragoza y en 1484 primer Inquisidor de Aragón.

la calle en frenética busca de conversos, intentando vengar a quien ya consideraban un santo[52].

Los asesinos y sus cómplices fueron detenidos y ejecutados en varios autos de fe, celebrados entre los días 30 de junio y 15 de diciembre de 1486 con un resultado de nueve ejecutados, en persona, amén de dos suicidios, trece quemados en estatua y cuatro castigados por complicidad. Luego, la Inquisición persiguió a las principales familias conversas de la ciudad Santángel, Caballería, Santa Fe, Sánchez, etc., concluyendo con su influencia en la política del Reino de Aragón.

Un asesinato, pues, que costó demasiado y aniquiló, si ese hubiera sido el objetivo, todo intento de rebelión conversa.

En tal sentido concluye Kamen: "No era la primera vez que una causa triunfaba gracias a un único y útil martirio. Para los conversos, en cambio, ese único asesinato barato, puesto que costó 6oo florines de oro (incluyendo el precio pagado a los asesinos), se convirtió en un suicidio en masa que aniquiló la oposición a Santo Oficio durante los cien años siguientes. Lo insensato de la conjura proyecta dudas razonables sobre la implicación real de los conversos, pero, a falta de pruebas fundamentales, tampoco puede afirmarse que todo fuera una trampa montada por la corona para facilitar el establecimiento de la Inquisición"[53].

Doce años más tarde del establecimiento de la Inquisición en el reino, precisamente en el mes de marzo de 1492, la obra se completa con la expulsión de los judíos de España, que obligaba a una importante comunidad a abandonar la península, creando un nuevo conflicto con los conversos que decidieron permanecer en ella.

Un doble propósito guio toda la afluencia de esta organizada energía: el control de las herejías y el control político del estado, en un proceso de franca expansión, dirigido y fiscalizado. En el espacio comprendido entre 1482 y 1493, es decir en apenas escasos once años, se establecieron 23 Tribunales.

---

[52] San Pedro de Arbués fue canonizado por Pío IX el 29 de junio de 1867.

[53] Henri Kamen La Inquisición cit pág. 59.

Es decir que en el lapso de unos pocos años el Santo Oficio había logrado una multiplicación rápida y efectiva de sus sedes, auxiliados cada uno por pequeños ejércitos de notarios, familiares, secretarios y asistentes que alcanzaron a componer una estructura administrativa con circuitos jurisdiccionales precisos, diseñados sobre las circunscripciones eclesiásticas que algún autor ha juzgado como " jueces con jurisdicción sobre la herética pravedad y apostasía que también fueron autenticaos agentes reales que complementaban desde la vertiente sutil de la ortodoxia la actuación de otros ministros regios como los corregidores"[54].

Se tejió de este modo una extraordinaria y eficaz red de colaboradores que logró imponer "una cultura de la acomodación que conducía al silencio resignado". En tal sentido se ha destacado la enorme capacidad para establecer un discurso de propaganda que logró instalarse en vastos sectores de la sociedad y que concluyó desarrollando una cultura colectiva del asentimiento y de la adhesión. "Presionada constantemente por los discursos simbólicos que el Tribunal y sus poderosos patrocinadores desarrollaron sin cesar, aquella sociedad terminó por "aceptar" lo inevitable aunque si trivializo, mediante resistencia mecánica los efectos devastadores de aquella propaganda reiterada y constante a vastos segmentos de la población amordazados por la pasividad o el terror se sumaron núcleos sociales representativos comprometidos con el accionar del Santo Oficio[55].

Un conjunto de normas, reglas, prácticas y formularios que pautaban el desarrollo procesal del Tribunal hasta sus aspectos más mínimos, y un conjunto de funcionarios menores, garantizaron su totalidad hegemónica, que intentó expurgar de su seno individualidades y arbitrariedades. Las funciones se especializaron, incrementando la presencia de una burocracia asalariada, que con el paso del tiempo aumenta sensiblemente su trama, rutina y lentitud.

La Inquisición había logrado de este modo, con el establecimiento de los Tribunales en los reinos peninsulares, amén de Si-

[54] Jaime Contreras Historia de la Inquisición Española cit, pág. 24.

[55] Ídem, pág. 70 y siguientes.

cilia y Cerdeña al expandirse por el Mediterráneo y los que más tarde logra erigir en el Nuevo Mundo, México, Lima y Cartagena de Indias, cerrar una muralla en todo el imperio.

Porque la institución, naturalmente, se proyectó en Indias. Para el gobierno de estos dilatados territorios fue común acudir a la figura de los Comisarios Inquisitoriales que dependían de los Tribunales ubicados en las ciudades cabeceras del gobierno indiano.

El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en América

La jurisdicción de Córdoba del Tucumán dependió del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima, creado por Real Cédula, fechada en el Pardo el 25 de enero de 1569, que disponía: "Nuestros gloriosos progenitores fieles y católicos hijos de la Santa Iglesia Romana, considerando cuando toca a nuestra dignidad real y católico celo, procurar por todos los medios posibles que nuestra santa fe dilatada y ensalzada por todo el mundo, fundaron en estos nuestros reinos el Santo Oficio de la Inquisición, para que se conserve con la pureza y entereza que conviene. Y habiendo descubierto e incorporado en nuestra real corona por providencia y gracia de Dios, nuestro Señor, los Reynos y provincias de las Indias Occidentales Islas y Tierra Firme del mar Océano y otras partes, pusieron su mayor cuidado en dar a conocer a Dios verdadero y procurar el aumento de su santa ley evangélica y que se conserve libre de errores y doctrinas falsas y sospechosas y en sus descubridores, vasallos la devoción, buen nombre, reputación y fama con que a fuerza de cuidados y fatigas han procurado que sea dilatada y ensalzada. Y por los que están fuera de la obediencia y devoción de la santa iglesia católica romana obstinados en sus errores y herejías, siempre procuran pervertir y apartar de nuestra Santa Fe Católica a los fieles y devotos cristianos y con su malicia y pasión trabajan con todo estudio de atraerlos a sus dañadas creencias, comunicando sus falsas opiniones y herejías y divulgando y esparciendo diversos libros heréticos y condenados y el verdadero remedio consiste en desviar y excluir del todo la comu-

nicación de los herejes y sospechosos castigando y extirpando sus errores, por evitar y estorbar que pase tan grande ofensa de la santa fe y religión católica a aquellas partes y que los naturales de ellas sean pervertidos con nuevas, falsas y reprobadas doctrinas y errores"[56].

Por este instrumento, el monarca había otorgado a los Inquisidores Apostólicos, sus Ministros y Oficiales, el favor del amparo de su brazo real, mandando que las autoridades indianas los recibieran con la decente reverencia debida, auxiliándolos en todo asunto concerniente al ejercicio libre del Santo Oficio que por de-

[56] Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias. Mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II Nuestro Señor, Madrid, Quinta Edición, Boix Editor, 1841, tomo I, Ley I, Título XIX, Libro I. La actuación del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en estos territorios americanos ha sido estudiada por Boleslao Lewin: La Inquisición en Hispano-América, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1967; id.: Los Judíos bajo la Inquisición en Hispanoamérica, Buenos Aires, 1960; José Toribio Medina: Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima 1569-1820, Santiago de Chile, 1956; id.: Historia del Santo Oficio de la Inquisición en Chile, Chile, 1952; id.: La Inquisición en el Río de la Plata, Buenos Aires, 1945; id.: La primitiva Inquisición Americana, Santiago de Chile, 1914; Paulino Castañeda Delgado y P. Hernández Aparicio: La Inquisición en Lima, Madrid, 1989; José Torre Revello: "Nuevos datos para el estudio de la Inquisición en el Río de la Plata" en Humanidades, tomo XX, La Plata, 1930, Rene Millar C.: Inquisición y Sociedad en el Virreinato Peruano. Estudios sobre el Tribunal de la Inquisición en Lima. Instituto Riva Agüero Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Historia Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile, 1998. Millar Carvacho, Rene: La inquisición de Lima. Signos de su decadencia. 1726-1750. Santiago de Chile, ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 2004. Hampe Martínez, Teodoro: Santo Oficio e Historia Colonial. Aproximaciones al Tribunal de la Inquisición de Lima (1570-1820). Lima, Ediciones del Congreso del Perú, 1998. etc. Por razones de espacio no se menciona la producción monográfica de estos autores y solo se ha citado los libros más representativos.

recho canónico, estilo y costumbre e instrucciones de él se debe hacer y ejecutar[57].

Cuatro días después, desde Madrid, el Cardenal Sagunto, Inquisidor General, le escribía al licenciado Servan de Cerezuela, residente en Oropesa, a quien le confiaba que por sus méritos se le había designado Inquisidor del Perú con un sueldo de tres mil pesos porque:

> "Entre otras cosas que S.M. ha mandado componer en el Nuevo Mundo de las Indias para servicio de Dios y suyo y aumento de nuestra religión cristina, ha ordenado que se plante en ella el Santo Oficio de la Inquisición, como cosa que ha parecido muy conveniente y que en estos reynos lo es"[58].

Debía el licenciado trasladarse sin pérdida de tiempo para embarcarse en la armada próxima a zarpar, llevando consigo otro inquisidor, un fiscal y un notario del secreto.

Se le autorizaba transportar 800 pesos en joyas de oro y plata labrada, 1.000 pesos en objetos exento del pago de almojarifazgo, seis criados, dos esclavos, una esclava y una cama para el servicio de su persona, relevándosele de rendir la obligada información para los que pasaran a Indias, amén de quinientos ducados de socorro.

Finalmente, luego de unos días de la obligada espera en San Lucas de Barrameda, para el apresto de la flota, ésta se hizo a la mar con los Inquisidores Servan de Cerezuela Bustamante, el fiscal Alcedo y el secretario Eusebio de Arrieta en la nao Madalena de la flota de Diego Flores de Valdés, la cual, sin demorarse en las Canarias, arribó a la isla Dominica el 28 de abril y el 8 de mayo a Cartagena de Indias donde permanecieron demorados por la au-

[57] Recopilación cit, Ídem.

[58] Citado por José Toribio Medina: Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima (1569-1820.) Fondo Histórico y Bibliográfico J. T. Medina. Santiago de Chile, 1956, pág. 13.

sencia de buenos vientos hasta que el 1º de junio logran arribar a Nombre de Dios.

Fue en esta ciudad donde se llevarían a cabo los primeros trabajos de su misión y orientados los mismos, el 23 de junio partieron Bustamante y Arrieta para Panamá, donde el primero, enfermándose de calenturas en el camino, fallece al cabo de seis días de llegar.

Concluidos sus trabajos en Panamá, donde el inquisidor confesaba: "No faltan grandes maldades y ofensas de Dios, que por falta de justicia ni se han castigado ni descubierto, placera Nuestro Señor, que con la venida del santo Oficio, su Divina Magestad sea servido y sus ofensas castigadas", Cerezuela admirado que usabase tanto allí el morir, arriba a Panamá el 18 de julio, embarcándose el 15 de agosto "para tomar tierra en Paita después de treinta y un días de viaje".

Finalmente Servan de Cerezuela arriba a Lima el 29 de noviembre, alojándose en el Convento de San Agustín.

Las instrucciones despachadas al Virrey recomendaban proporcionar a los Inquisidores, sus Oficiales y Ministros, todo el favor necesario[59] "sin contradicción o impedimento alguno para que puedan usar y usen sus cargos y oficios libremente", señalándosele casa "en lugar y sitio cómodo y competente, adonde puedan tener su audiencia en las cárceles del Santo Oficio, de manera que haya en la dicha casa sala de audiencia, con dos apartamentos y cámara del secreto, donde estén las escrituras y papeles del, con mucho recaudo y el aposento de los Inquisidores, o a lo menos, para el uno e para el Alcaide, a cuyo cargo ha de estar la custodia e buna guarda de las cárceles, e proveáis, como sean secretas e apartadas, de manera que no puedan haber comunicación de los presos y tengan todas las comodidades que se requieran como conviene al buen servicio del Santo Oficio".

[59] José Toribio Medina, Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima, cit, pág. 14.

El Inquisidor General, Cardenal Diego de Espinosa, redactó unas extensas Instrucciones que regulaban minuciosamente diversos aspectos de la actividad del Tribunal en América.

El Tribunal se instaló con la solemnidad de estilo en la Catedral de Lima el 29 de enero de 1570 con la presencia del Señor Virrey, oidores de la Audiencia, dignidades eclesiásticas capitulares y judiciales, que asistieron a la lectura del edicto respectivo y la subsiguiente predicación del Sermón de la Fe.

Para anoticiar a la población la ceremoniosa instalación del Tribunal, se mandó dar pregón en las calles y plazas principales de la ciudad ordenando a todas y cualesquiera personas, así hombres como mujeres de cualquier edad y condición que sean de doce años arriba "vayan el domingo primero que viene a la iglesia mayor de esta ciudad a oír la misa, sermón y juramento de la fe que en ella se ha de hacer y publicar, so pena de excomunión mayor".

Tras el Te Deum Laudamus de rigor y la predicación del Sermón de la Fe se dio solemne lectura al texto del edicto[60], que pun-

[60] Su texto completo indicaba: "Nos los Inquisidores contra la herética pravedad y apostasía en la ciudad de los Reyes y su Arzobispado, con los obispados de Panamá, Quito, el Cuzco, los Charcas, Río de Plata, Tucumán, Concepción y Santiago de Chile y de todos los Reinos, estados y señoríos de las Provincias del Perú y su virreynado y gobernación y distrito de las audiencias Reales que en las dichas ciudades, Reinos, Provincias y estado residen por autoridad apostólica, etc. A todos los vecinos y moradores estantes y residentes en todas las ciudades, villas y lugares de los dichos Arzobispado, Obispados y distrito, de cualquier estado, condición, preeminencia o dignidad que sean, exemptos y no exemptos, y a cada uno y cualquier de vos a cuya noticia viniere lo contenido en esta nuestra carta en cualquier manera, salud en nuestro señor Jesucristo, que es verdadera salud y a los nuestros mandamientos que más verdaderamente son dichos Apostólicos firmemente obedecer guardar y cumplir. Sabed que el Ilustrísimo señor cardenal Don Diego de Spinosa, Presidente del consejo de su Majestad, Inquisidor Apostólico general en todos sus Reinos y señoríos con el celo que tiene al servicio de Dios nuestro

tualizaba a todos los vecinos, moradores, estantes y residentes en todas las ciudades villas y lugares que si alguno de ellos supiere

---

Señor y de su Majestad y con acuerdo de los señores del Consejo de la santa general Inquisición y consultado con su Majestad, entendiendo ser muy necesario y conveniente para el augmento y conservación de nuestra santa fe católica y Religión cristiana el uso y ejercicio del santo oficio de la Inquisición, ha ordenado y proveído que Nos por su poder y comisión, lo usemos y ejerzamos, e ahora por parte del Promotor Fiscal de este Santo Oficio nos ha sido hecha relación diciendo que por no haberse publicado carta de edicto ni hecho visita general por el santo oficio de la Inquisición en esta ciudad y su Arzobispado y distrito no habría venido a nuestra noticia muchos delitos que se habrán cometido y perpetrado contra nuestra santa fe católica y ley evangélica y estaban por punir y castigar y que de ello se seguía deservicio a nuestro Señor y gran daño y perjuicio a la Religión Cristiana. Por ende que nos pedía mandásemos hacer e hiciésemos la dicha Inquisición y visita general leyendo para ello edictos públicos y castigando a los que se hallasen culpados, de manera que nuestra santa fe católica siempre fuese ensalzada y augmentada, y por nos visto ser justo su pedimento y queriendo proveer y remediar cerca de ello lo que conviene al servicio de nuestro Señor mandamos dar y dimos la presente para cada [25] uno de vos en la dicha razón por la cual os exhortamos y requerimos que si alguno de vos supiéredes, hubiéredes visto o oído, decir que alguna o algunas personas vivos, presentes o ausentes, o defunctos hayan fecho o dicho alguna cosa que sea contra nuestra santa fe católica y contra lo que está ordenado y establecido por la sagrada scriptura y ley evangélica y por los sacros concilios y doctrina común de los sanctos y contra lo que tiene y enseña la sancta Iglesia Católica Romana usos y cerimonias de ella, specialmente los que hubieren hecho o dicho alguna cosa que sea contra los artículos de la fe mandamientos de la ley y de la iglesia y de los sanctos sacramentos, o si alguno hubiere hecho o dicho alguna cosa en favor de la ley muerta de Moysén de los Judíos o hecho cerimonias de ella o de malvada secta de Mahoma o de la secta de Martín Lutero y sus secuaces y de los otros herejes condenados por la iglesia, y si saben que alguna o algunas personas hayan tenido y tengan libros de la secta y opiniones del dicho Martín Lu-

hubiera visto u oído decir a alguna persona, viva, presente ausente o difunta "cosa que sea contra nuestra Santa Fe Católica y contra

---

tero y sus secuaces o el alcorán y otros libros de la secta de Mahoma o biblias en romance o otros cualesquiera libros de los reprobados por las censuras y catálogos dados y publicados por el santo oficio de la Inquisición, y si saben que algunas personas no cumpliendo lo que son obligados han dejado de decir y manifestar lo que saben o que hayan dicho y persuadido a otras personas que no viniesen a decir y manifestar lo que sabían tocante al santo oficio o que haya sobornado testigos para tachar falsamente los que han depuesto en el santo oficio o si algunas personas hubiesen depuesto falsamente contra otras por hacerles daños y macular su honra o que hayan encubierto receptado o favorecido algunos herejes dándoles favor y ayuda ocultando o encubriendo sus personas o sus bienes o que hayan impedido o puesto impedimentos por sí o por otros a la libre administración del sancto oficio de la Inquisición para efectos que los tales herejes no pudiesen ser habidos ni castigados o hayan dicho palabras en desacato del santo oficio u oficiales o ministros del o que hayan quitado o hecho quitar algunos sambenitos donde estaban puestos por el santo oficio, o que los que han sido reconciliados y penitenciados por el santo oficio no han guardado ni cumplido las carcelerías y penitencias que les fueron impuestas o si han dejado de traer públicamente el hábito de reconciliación sobre sus vestiduras o si se lo han quitado o dejado de traer, o si saben que alguno de los reconciliados o penitenciados haya dicho pública y secretamente que lo que confesó [26] en el santo oficio así de sí como de otras personas no fuese verdad, ni lo había hecho ni cometido y que lo dijo por temor o por otros respectos, o que hayan descubierto el secreto que les fue encomendado o si saben que alguno haya dicho que los relajados por el santo oficio fueron condenados sin culpa y que murieron mártires o si saben que algunos que hayan sido reconciliados o hijos o nietos de condenados, que por el crimen de la herejía hayan usado de las cosas que les son prohibidas por derecho común, leyes y pragmáticas de estos reinos y instrucciones de este Santo Oficio ansí como si han sido corregidores, alcaldes, jueces, notarios, regidores, jurados, mayordomos, alcaides, maestresalas, fieles públicos, mercaderes, escribanos, abogados, procuradores, secretarios,

lo que esta ordenado y establecido por la Santa Fe Católica y establecido por las Sagradas Escrituras y ley evangélica y por los sacros

---

contadores, cancilleres, tesoreros, médicos, cirujanos, sangradores, boticarios, corredores, cambiadores, cogedores, arrendadores de rentas algunas, o hayan usado de otros oficios públicos o de honra por sí o por interpósitas personas que se hayan hecho clérigos o que tengan alguna dignidad eclesiástica o seglar, o insignias de ella, o hayan traído armas, seda, oro, plata, corales, perlas, chamelote, paño fino o cabalgado a caballo, o si alguno tuviere habilitación para poder usar de los dichos oficios o de las cosas prohibidas, las traiga y presente ante nos en el término aquí contenido. -Ansimismo mandamos a cualesquier scribanos o notarios ante quien hayan pasado o estén cualesquier probanzas, dichos de testigos, autos y procesos de algunos de los dichos crímenes y delitos en esta nuestra carta referidos, o de otro alguno tocante a herejía, lo traigan, exhiban y presenten ante nos originalmente y a las personas que supieren o hubieren oído decir, en cuyo poder están los tales procesos o denunciaciones, lo vengan a decir y manifestar ante nos. -Y por la presente, prohibimos y mandamos a todos los confesores y clérigos, presbíteros, religiosos y seglares, no absuelvan a las personas que algunas cosas de lo en esta carta contenido supieren sino antes lo remitan ante nos, por cuanto la absolución de los que ansí hubieren incurrido, nos está reservada, y ansí la reservamos, lo cual, los unos y los otros, ansí hagan y cumplan, so pena de descomunión, y mandamos que para que mejor se sepa la verdad y se guarde el secreto, los que alguna cosa supiéredes y entendiéredes y hayáis visto, entendido o oído o en cualquier manera sabido de lo en esta nuestra carta contenido, no lo comuniquéis con persona alguna eclesiástica ni seglar, sino solamente lo vengáis diciendo y manifestando ante nos con todo el secreto que ser puede y por el mejor modo que os pareciere, porque cuando lo dijéredes y manifestáredes, se verá y acordará si es caso que el Santo Oficio deba conoscer. -Por ende, por el tenor de la presente, vos mandamos en virtud de santa obediencia y so pena de descomunión trina, canoníca monitione praemisa, que dentro de seis días primeros siguientes después que esta nuestra carta fuere leída y publicada, y de ella supiéredes en cualquier manera, los cuales, vos mandamos y asignamos por tres plazos y término cada dos días por un

concilios y doctrina común de los santos contra lo que tiene y enseña la Santa Iglesia Católica Romana, usos y ceremonias de ella, especialmente los que hubieren hecho o dicho alguna cosa que sea contra los artículos de la fe, mandamientos de la ley y de la Iglesia y de los santos sacramentos o si alguno hubiere hecho o dicho alguna cosa a favor de la ley muerta de Moisés de los judíos o hecho ceremonias de ellos o de la malvada secta de Mahoma o de la secta de Martín Lutero y sus secuaces y de los otros herejes condenados por la Iglesia y si saben que alguna o algunas personas hayan tenido o tengan libros de la iglesia y opiniones del dicho Martín Lutero y sus secuaces o el Corán y otros libros de la secta de Mahoma o Biblias en romance u otros cualesquiera de los reprobados por las censuras y catálogos dados y publicados por el Santo Oficio de la Inquisición".

Las formalidades exigidas para el establecimiento del Santo Oficio en territorios americanos fueron reguladas años después en la Real Cedula despachada por Felipe III en Lerma, el 22 de mayo de 1610, y ordenaba a los gobernadores de la tierra el deber de aposentarlos en el monasterio o parte más decente que a propósito pareciera, en tanto se disponía que en el momento de su desembarco se disparaban salvas de la artillería de baterías terrestres y de las armadas, galeras o flotas que hubiera en el puerto, con más demostración de la ordinaria.

Debían salir a recibir a los Inquisidores el obispo, el gobernador y sus cabildos "y el obispo lleve en la mano derecha al inqui-

---

término, y todos seis días por tres términos y último peremptorio, vengáis o parezcáis ante nos personalmente en la sala de nuestra audiencia, a decir y manifestar lo que supiéredes, hubiéredes hecho, visto hacer o decir cerca de las cosas arriba dichas y declaradas o otras cualesquier cosas de cualquier cualidad que sean tocantes a nuestra santa fe católica al Santo Oficio, ansí de vivos, presentes, ausentes, como de difuntos, por manera que la verdad se sepa y los malos sean castigados, y los buenos y fieles cristianos conocidos y honrados, y nuestra santa fe católica augmentada y ensalzada, y para que lo susodicho venga a noticia de todos y de ninguno de ellos pueda pretender ignorancia, se manda publicar".

sidor más antiguo, luego el gobernador a su mano derecha al inquisidor más nuevo y hallándose el obispo ausente vayan los dos inquisidores y el gobernador todos tres juntos, yendo el inquisidor más antiguo en medio y el más nuevo a su mano derecha y el gobernador a la izquierda , luego se siga el fiscal, el cual ha de entrar con el estandarte de la fe en medio del deán y teniente en medio de las dos personas que se siguieren después de ellos. El Alguacil Mayor de la Inquisición irá en medio de las dos personas que después de los dichos se siguieren, el receptor en medio de los otros dos que se siguieren y de esta forma irán hasta la iglesia adonde serán recibidos con cruz cantando el Te Deum Laudamus los cantores y clérigos que para esto estén prevenidos por los obispos y los inquisidores con todo el acompañamiento se irán a su asiento, el cual ha de ser en la capilla mayor al lado del Evangelio, adonde estarán tres sillas de terciopelo para inquisidores y fiscal, con una alfombra y dos almohadas para los dos inquisidores que al fiscal no se ha de dar por diferenciarse en esto en los actos públicos de los inquisidores y los oficiales se sentaran en un banco cubierto con una alfombra en el lugar que les toca y el obispo y su cabildo asistirán en el coro y el gobernador y el cabildo secular al lado de la Epístola, y de esta forma oirán aquel día misa solemne con sermonen hacimiento de gracias por la introducción del Santo Oficio en aquella provincia"[61].

Una y otra vez se insistió sobre la preeminencia que debía otorgarse a los Inquisidores en los actos públicos y en forma especial en la celebración de los autos de fe "porque es muy justo y necesario y conforme nuestra voluntad que la inquisición sea muy venerada, respetada y temida y tenga toda la mano y autoridad que se requiere, mayormente en actos tan solemnes y de tanto terror y ejemplo"[62].

---

[61] Recopilación cit pág. 109 Ley V del título XIX, Libro I.

[62] Juan de Solórzano Pereyra: Libro Primero de la Recopilación de las Cedulas, Cartas, Provisiones y Ordenanzas Reales. Tomo II Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino. Volumen VI, Buenos Aires 1945, pág. 246.

De este modo quedaba establecido el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición con asiento en Lima, al mismo tiempo que se establecía el de Nueva España en la ciudad de Méjico.

El mundo americano fue repartido pues en dos grandes jurisdicciones inquisitoriales separadas por el istmo de Panana. Al Tribunal novohispano le correspondían por distrito los pertenecientes a las audiencias de Méjico, Guatemala, Nueva Galicia y Santo Domingo y al limeño el distrito de la Audiencia local, sumado al de las Audiencias de Charcas, Quito, Panamá, y Nuevo Reino de Granada.

La organización, empero, no conformó al Consejo y rápidamente se insistió en la necesidad de erigir una tercera sede. Finalmente esta fue instalada en 1610 en Cartagena de Indias. Al nuevo Tribunal le correspondían los obispados de Santa Fe de Bogotá, Santo Domingo, Cartagena, Panamá, Santa Marta, Popayán, Venezuela, Puerto Rico y Santiago de Cuba[63].

En los días iniciales, el Tribunal limeño[64], integrado por el Inquisidor Serván de Cerezuela por muerte del doctor Bustamante[65] y hasta la llegada, el 31 de marzo de 1571, del licenciado Antonio Gutiérrez de Ulloa, halló refugio provisorio en una propiedad, fa-

---

[63] Toribio Medina: Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Cartagena de Indias, Santiago de Chile, Chile. 1889.

[64] Registra Escandell Bonet los nombres de las personas que en diversos calidades de oficiales prestaron su auxilio al Tribunal: el Fiscal Alcedo, el Secretario Arrieta, el receptor Juan de Caracho, el notario de secuestros Pedro de Bustamante, el alguacil Diego de Carvajal, el alcalde Cristóbal Sánchez de Rozas, el Contador francisco Buzar de Zumaiga y el nuncio Juan Constantino. Op. Cit, pág. 921.

[65] Una curiosa coincidencia selló el destino de los primeros inquisidores nombrados para el territorio americano: Juan de Cervantes y Pedro Moya de Contreras para Nueva España y Servan de Cerezuela y Antonio de Bustamante para el Perú. Uno de los dos inquisidores nombrados para cada destino fallecieron en el camino, de modo que sólo pudieron integrar el Tribunal Moya de Contreras (Méjico) y Servan de Cerezuela (Perú), Tribunales que se establecieron el 4 de noviembre de 1571 y el 29 de enero de 1570, respectivamente.

cilitada por el Virrey, don Francisco de Toledo frente al convento de La Merced.

"De una caballeriza se hicieron cuatro celdas, las demás en una casa contigua que se alquiló; se cubrieron dos aposentos viejos como sala de audiencia y como cámara del secreto y el resto disponible era patio abierto, con paredes a la calle, en cuyas ventanas se paraba la gente, de tal manera que hasta se tomaban precauciones de hablar bajo, para no ser oídos desde el exterior, que dominaba el patio y por el que se podía ver pasar a los encarcelados cuando tenían que trasladarse a la sala de audiencias"[66].

El refugio hacia apartamentos más propios se alcanzó merced a la donación de 20.000 que dejara al fallecer el Obispo de Quito, Fray Pedro de la Peña, que se aplicaron a la compra de casas contiguas, cumpliendo el encargo hecho a la Inquisición de construir una capilla en la que deseaba ser enterrado de bóveda de ladrillo y yeso, al igual que el secreto, entretanto las celdas en número de doce debían construirse, "sin que puedan comunicarse una con otra , con aposento para el Alcalde junto", sumándose "aposentos para un inquisidor o dos, secretario y portero". El legado sirvió asimismo para adquirir el mobiliario, "la alfombra berberisca grande de la sala de audiencia, pendón del Tribunal, sellos, guadamecíes, cerrojos y candados"[67].

Los titulares del Santo Oficio en la Lima inquisitorial de los primeros tiempos fueron los peninsulares:

Andrés de Bustamante (1569)
Servan de Cerezuela (1569-1582)
Antonio Gutiérrez de Ulloa (1571-1597)
Juan Ruiz de Prado (1587-1594)

---

[66] B. Escandell Bonet: El Tribunal Peruano en la época de Felipe II, en Historia de la Inquisición en España y América, obra dirigida por Joaquín Pérez Villanueva y Bartolomé Escandell Bonet, Biblioteca de Autores Cristianos Centro de Estudios Inquisitoriales, Madrid, 1984, Tomo I pág. 919.

[67] B. Escandell Bonet, op. cit. pág. 920.

Juan Ruiz de Prado (1596-1599)
Pedro Ordóñez y Florez (1594-1613)
Francisco Verdugo (1601-1623)
Andrés Juan Gaitán ((1611-1651)
Juan de Mañozca (1624-1639)
Juan Gutiérrez Florez (1625-1631)
Antonio de Castro y del Castillo (1627-1648)

Todos ellos reunían un elenco de características comunes. Eran, como dijimos, peninsulares[68], aunque algunos acreditaban una considerable gestión en Indias. Pertenecían generalmente a la baja nobleza, con una exigente formación académica, cuatro de ellos doctores y los restantes bachilleres o licenciados[69], todos ellos juristas, con una edad media, establecida en alrededor de los 45 años y con una amplia experiencia en la administración de la Iglesia en la Universidad o en el mismo Santo Oficio.

Su labor al frente del Tribunal que le insumió largos años de trabajo, lo llevó a cubrir otras importantes tareas que le fueron confiadas desde el gobierno metropolitano, visitas a las audiencias del distrito, y hasta alguna residencia a un virrey saliente[70].

---

[68] Refiere Paulino Castañeda Delgado y Pilar Hernández Aparicio: "Cerezuela era natural de Oropesa, Ulloa, de Cáceres; Ruiz del Prado de Tarazona; Ordóñez Florez de Borzas (Cáceres); Castro y del Castillo de Alcalá la Real; Gutiérrez Florez era natural y vecino de Toledo; Verdugo procedía de Carmona, Gaitian de Tordesillas y Don Juan de Mañozca era vasco, nacido en Marquina". Op. Cit. págs. 2 y 3.

[69] "Licenciados eran Cerezuela; Mañozca colegial de San Ildefonso, (México), y San Bartolomé (Salamanca),licenciado en cánones por esta misma universidad y graduado en Artes por la de México; Antonio de Castro, estudiante de Leyes en Alcalá, Bachiller en cánones por Salamanca y Licenciado en Lima. Entre los doctores sobresalen Gutiérrez Florez colegial del Mayor de San Bernardino (Toledo), Gaitan Colegial de San Millán Salamanca, y doctor en ambos derechos; Verdugo del Maese Rodrigo de Sevilla, Ordóñez Florez, Doctor en cánones por la Universidad de San Marcos." Ídem, pág. 4.

A estos primeros funcionarios del Santo Oficio les sucederían en el Tribunal limeño los Inquisidores:

León de Alcayata y Lartaun (1637-1640)
Diego Martínez Cabezas (1658)
Luís de Bentacurt y Figueroa (1642-1659)
Cristóbal de Castilla y Zamora. ((1656-1669)
García Martínez Cabezas (1649-1658)
Bernardo Izaguire (1651-1658)
Cristóbal de Castilla y Zamora (1657-1669)
Álvaro de Ibarra Merodio (1659-1666)
Juan de Huerta Gutiérrez (1664-1678)
Bartolomé González Poveda (1671-1674)
Juan Queipo del Llano y Valdés (1674-1682)
Francisco Luis Bruma Rico (1675-1688)
Juan Bautista de la Cantera y Solórzano (1680-1692)
Álvaro Bernaldo de Quiros y Tineo (1682-1688)
Jose de Burrelo (1701)
Francisco Valera Coronel (1688-1702)
Gómez Suárez de Figueroa (1697-1720)
Francisco de Ponte Andrada (1712)
Gaspar Ibáñez de Segovia (1703-1737)
José García Gutiérrez Ceballos (1718-1730)
Cristóbal Sánchez Calderón (1730-1748)
Diego de Unda (1735-1748)
Pedro de Arenaza y Garate (1744-1751)
Mateo de Amusquibar (1744-1763)
Diego Rodríguez Delgado (1751-1756)
Jose de Salazar y Ceballos (1757)
Juan Ignacio de Obiaga (1759-1777)
Bartolomé López Grillo (1763-1777)
Francisco Matienzo Bravo del Rivero (1766-1796)
Francisco Abarca Calderón (1779-1816)

[70] Don Francisco de Verdugo fue el encargado de residenciar al Virrey don Luís de Velazco.

Jose Ruiz Sobrino (1798)
Pedro de Zalduegui (1793-1820)

En este nuevo grupo comparten su presencia peninsulares y criollos, claro que estos últimos en mínima proporción: tan sólo cuatro han nacido en Las Indias. Son los Inquisidores Don Luis de Bentancurt, natural de Cáceres en la provincia de Antioquia del reino de Nueva Granada, y los peruanos Don Álvaro de Ibarra, y Don Francisco Valera nacidos ambos de madres americanas en la Lima virreinal, y Juan de Huerta nacido en Trujillo Perú.

Los restantes Inquisidores nacieron en España, aunque gran parte acredita una larga residencia en Indias[71].

En un reciente trabajo, Paulino Castañeda Delgado ha destacado la pertenencia social de los Inquisidores limeños, gran parte de los cuales provenían de la baja nobleza o en todo caso de familias hidalgas, en tanto los inquisidores nacidos en América descendían de familias distinguidas de reconocida nobleza[72].

Su formación profesional reunía a clérigos, tanto Doctores como Licenciados en Derecho, algunos de ellos graduados en universidades indianas como el Inquisidor Mañozca colegial de San Ildefonso de México graduado en Artes en dicha Universidad y en la de Salamanca, donde fue Colegial de San Bartolomé y se licenció en cánones. También el Inquisidor Antonio de Castro, es-

[71] Gaitán había nacido en Tordesillas, Martínez Cabeza en Don Benito Badajoz, Bruna Rico en Lucena; Cantera en Pilas Burgos; Queipo del Llano y Álvaro Bernardo de Quiros eran Asturianos, Ponte Andrada gallego, Juan de Mañozca, vasco de Marquina, Antonio de Castro de Alcalá la Real León de Alcayata y Lartaum de Oyarzu Cristóbal de Castilla, era cordobés Bartolomé González Poveda había nacido en Lucar Almería; Suárez de Figueroa procedía familiarmente de Pedraza, Segovia aunque había nacido en Fuentidueña.

[72] Paulino Castañeda Delgado, El proceso inquisitorial a través del Tribunal de Lima, en Intolerancia e Inquisición. Edición de José Antonio Escudero, Madrid, Sociedad Estatal de de Conmemoraciones Culturales, Tomo III, pág. 313.

tudiante de leyes en Alcalá, graduado como bachiller en Cánones en Salamanca y Licenciado a su vez en la limeña San Marcos a la par que sus colegas Alcayaga, Bachiller en Artes en Artes y Teología y Licenciado en Cánones, Betancurt, Licenciado en Derecho, Izaguirre, Bachiller en Artes y Teología y Licenciado en Cánones, Álvaro de Ibarra Doctor in utroque iure y Catedrático de Código y Prima de Leyes, Huerta Gutiérrez, Doctor en Derecho, Catedrático de Decreto y Prima de Leyes y Francisco Valera Doctor en Cánones, Catedrático de Instituta, Consiliario Mayor, Juez del Claustro y dos veces Rector de la Universidad[73].

El análisis muestra la importancia creciente de las universidades indianas en la formación de las jerarquías eclesiásticas que actuaban en América. Sus aulas nutrían a teólogos y juristas que principiaban por alcanzar posiciones en las plantillas de la administración indiana[74], compitiendo con los que registraban una formación universitaria alcanzada en universidades peninsulares[75]. Otros, como hemos visto, habían completado su formación académica en universidades de los dos mundos.

---

[73] Hemos seguido de cerca el erudito estudio de Paulino Castañeda Delgado y Pilar Hernández Aparicio ya citado.

[74] Hemos estudiado el tema en Marcela Aspell- Ramón Pedro Yanzi Ferreira: La construcción de la cultura jurídica en la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2014.

[75] En este sentido se encuentran Suárez de Figueroa Bachiller en Cánones por la Universidad de Valladolid, Gaitán Doctorado en Salamanca en ambos Derechos, Castilla en Granada en cuya universidad fue Rector y catedrático de Sexto; Martínez Cabezas se licenció en Sevilla y regentó las Cátedras de Instituta, Digesto Viejo, Decreto y Prima de Cánones; González Poveda en Granada y Queipo de Llano en Salamanca; Bruna Rico Bachiller en cánones por la de Granada, se doctoró en cánones en Sevilla donde fue catedrático en propiedad de Instituta, Vísperas de Leyes cánones y Decreto y regentó la cátedra de Derecho en el Colegio de Santa María del que fue tres veces rector. Bernardo de Quiroz era bachiller en Leyes y Licenciado en cánones por la Universidad de Oviedo donde obtuvo por oposición la Cátedra de Instituta.

En cuanto a sus cursus honorum, el autor que seguimos destaca su preferente formación jurídica por sobre la teológica, con marcada preferencia por los estudios de derecho canónico, logrando en ocasiones alcanzar, a través de la práctica judicial, una especialización relativa en derecho civil[76].

La planta de Tribunal limeño estuvo compuesta por dos inquisidores cuyo nombramiento y provisión se efectuaba por el Inquisidor General "sin que el nuestro Consejo de Indias se entremeta en la provisión, ni consulta de ninguna de las dichas plazas y los dichos Inquisidores podrán nombrar los consultores, que con ellos han de determinar las causas y asimismo los Comisarios, que ha de aver, en cada ciudad y villa y también sucediendo vacar el oficio de fiscal, Alguacil Mayor , notario o receptor, le podrán proveer en el entretanto, que de estos reynos va proveyendo por el dicho Inquisidor General o Consejo de Inquisición, al qual han de venir las apelaciones de las causas, de que conocieran los dichos inquisidores y con él han de tener su correspondencia"[77].

Su salario debía ser abonado puntualmente a principios de los tercios del año con recursos provenientes de la Real hacienda, descontando en su caso lo que pudieran percibir en carácter de dignidades, canonjías y beneficios de las iglesias catedrales de las ciudades donde residan[78].

A los dos Inquisidores que integraban el Tribunal se le sumaban un fiscal, un Alguacil Mayor, un Notario del Secreto, Un No-

---

[76] Parte de los Inquisidores limeños alcanzaron a desempeñar cátedras de Cánones y Digesto, ocupando también las plazas de abogados, provisores y jueces eclesiásticos. Conforme Paulino Castañeda Delgado, El proceso inquisitorial a través del Tribunal de Lima, en Intolerancia e Inquisición, cit, Tomo III, pág. 314.

[77] Juan de Solórzano Pereyra: Libro Primero de la Recopilación de las Cedulas, Cartas, Provisiones y Ordenanzas Reales. Tomo II Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino. Volumen VI, Buenos Aires 1945 pág. 234.

[78] Ídem, pág. 259.

tario de Secuestros, un Receptor General, un Abogado del Fisco, un Procurador, un Contador, siete Consultores del clero, tres consultores seculares y treinta y siete calificadores, dos abogados de presos y un médico.

La planta de empleados, cuando logró funcionar completa, estuvo compuesta por un Alcalde, un Nuncio, un portero, un despensero, un Solicitador, un barbero, dos pinches de cocina, cuatro dependientes del Alcalde, un herrero y doce Alguaciles

Los Comisarios Inquisitoriales

La figura de los Comisarios inquisitoriales, alter ego de los Inquisidores en comarcas distantes, cobró una decisiva importancia en la inmensidad de los territorios indianos.

El Directorium Inquisitorum o Manual de la Inquisición redactado en 1376 por el dominico Nicolás Eimeric y comentado, por encargo del papado, en 1578 por el canonista aragonés Francisco Peña, autorizaba al Inquisidor a nombrar Comisarios Inquisitoriales, quienes debían por su parte eunir las virtudes de prudencia, instrucción, piedad, vieja cristiandad y aptitud "para ocuparse de los asuntos de la Inquisición, prefiriéndose su elección entre los miembros del clero regular o secular o entre el capítulo de la catedral de la ciudad donde estuviera radicada la sede del Tribunal[79].

La Instrucción de 1569 disponía la presencia de un Comisario en cada cabecera del Obispado y en cada puerto de mar. La vaste-

[79] Nicolau Eimeric. Francisco Peña El Manual de los Inquisidores. Barcelona, Atajos 1996, pág. 224-225. Nicolau Eimeric había nacido en 1320 en Gerona. A la temprana edad de 14 años ingresó a la Orden de Santo Domingo, alcanzando en 1357 el cargo de Inquisidor General de Cataluña, Valencia, Aragón y Mallorca. Su larga permanencia en la Inquisición se extendería hasta pocos años antes de su muerte ocurrida en 1397. En el siglo XVI, el Manual fue enriquecido, por encargo del Vaticano, con los comentarios de Francisco Peña, a quien se le confía la edición definitiva del texto.

dad de los territorios americanos hizo que se peticionara el aumento del número, circunstancia que no prosperó.

Se ha juzgado cómo una buena red de comisarios podía asegurar la presencia constante del representante de la autoridad inquisitorial haciendo posible un control capilar del comportamiento. El comisario tenía un importante papel mediático. En relación directa con la sede del Tribunal distribuía las órdenes inquisitoriales por su territorio y, asimismo recogía abundantes datos de campo que trasladaba a los inquisidores. Una información poliédrica religiosa, social, política que otorgaba a la Inquisición el poder y la posibilidad de intervenir bajo apariencias equívocas por ambiguas en conflictos locales[80].

Su importancia creció acompasadamente con el proceso de sedentarización del Tribunal, la misma rapidez en el desarrollo del asentamiento del mismo en todo el territorio de España y las Indias obligó a multiplicar los esfuerzos para surtirlo de colaboradores eficaces. Los candidatos fueron seleccionados entre sacerdotes de probada honra, limpieza de sangre, aceptable grado de instrucción, buena vida y costumbres, aunque no faltaron excepciones a la regla[81].

Empero, la insuficiencia de la red americana de Comisarios Inquisitoriales es una constante que se repite a lo largo de los siglos de vida del Tribunal, atentando contra su correcto funcionamiento. Los cabildos eclesiásticos y los Obispos se quejaban, por su parte, periódicamente, de que los prebendados designados comisarios desaten-

---

[80] Ricardo García Cárcel, op. cit. pág. 135.

[81] Conforme Ángel del Prado Moura: Las hogueras de la intolerancia. La actividad represora del Tribunal Inquisitorial de Valladolid (1700-1834). Junta de Castilla y León Consejería de Educación y Cultura, Valladolid, 1996 pág. 22. Señala el autor que el Tribunal de Valladolid contó con colaboradores suficientemente preparados "aunque desde luego no hubo brillantes currículos". Sus conclusiones apuntan al logro de un perfil de comisarios "presbíteros de mediana edad, residente en núcleos de cierto relieve, con no excesivos recursos económicos y con un nivel de instrucción irregular, alternando los graduados, e incluso los licenciados en leyes con los simples curas". Ibídem.

dían sus tareas pastorales para el auxilio de la Inquisición. A ello se sumaba el largo tiempo que insumía las informaciones de limpieza y la falta de candidatos que aceptasen someterse a las pruebas[82].

Las informaciones de limpieza de sangre de funcionarios y familiares del Santo Oficio que iniciaban su respectivo proceso de habilitación constituyeron un tema verdaderamente complejo.

Se fijó en 12 el número de testigos que debían examinarse, prohibiéndose que los informantes recibieran posada ni regalos del pretendiente. La Carta acordada del 8 de marzo de 1627 reclamaba la presencia del Inquisidor si la información se llevaba a cabo en el mismo Tribunal, requisito que luego se duplicó. La calidad de hijo natural debía asimismo investigarse en una cuidadosa filiación. Se examinaba a testigos de probada honra y fama que residían en las ciudades, villas y aldeas donde habían morado el pretendiente y sus antepasados. El examen se prolongaba hasta la tercera generación. Se permitía la exclusión de aquellos contra los cuales el pretendiente alegara enemistad o deuda por sí o su mujer, en el caso de los pretendientes a la familiatura.

Todo el largo y complicado proceso significaba la escritura de centenares de folios que elevaban sustancialmente los costos, a medida que se requería, para fijar la pureza de la sangre, aumentar el examen de más testigos.

Si se arribaba al resultado esperado, la ansiada pureza de sangre que se instala desde el siglo XVI y se aplica con gran energía en el siglo XVII tenía por resultado sumar en la persona del pretendiente los alcances de una distinción social que se unía a las honras de buen linaje y nobleza de su nacimiento[83].

Estudios monográficos realizados sobre la provisión de los Comisariatos americanos, analizando la documentación producida

---

[82] En 1654 se informaba la vacancia de más de cinco meses de las Comisarías de Chuquisaca y Arequipa, "porque no ha habido quien las pretenda". Conforme Paulino Castañeda Delgado y Pilar Hernández Aparicio: La Inquisición cit, Tomo II cit, pág. 104.

[83] Francisco Bethencourt, La Inquisición en la época moderna. España, Portugal, Italia. Siglos XV-XIX. Madrid, Akal, 1995, pág. 181.

en las visitas al Tribunal, han demostrado cómo en ocasiones en estas tierras indianas, tan alejadas de los controles metropolitanos, las plazas fueron cubiertas por sacerdotes de origen converso, "con lo cual puede históricamente presumirse que, además de las reales dificultades que allí suponía obtener la documentación requerida para otorgar a alguien una plaza del Santo Oficio en Indias -refugio de tantos linajes que intentaban rehacer su vida y fama que en la Península se sabía manchada-, el grupo de los cristianos nuevos había logrado, en una buena medida, introducirse en el propio santuario inquisitorial indiano y pensar en adelante en vivir a cubierto de sospechas"[84].

La alternativa fue también una estudiada estratagema que funcionó asimismo en la metrópoli, donde el ingreso a la planta de los inquisidores bien podía alejar sospechas sobre un origen converso, que por todos los medios posibles se intentaba velar.

Comisarios y familiares se desempeñaron pues como genuinos instrumentos operativos que garantizaban el control del Tribunal en el espacio geográfico asignado[85].

Los Comisarios que actuaron en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, fundada por españoles en 1573, ciudad mediterránea, cruce de caminos y nudo de comunicaciones para los peregrinos que recorrían las rutas hacia Buenos Aires, Asunción Santiago o Lima, alejada del teatro de las guerras pero permanente frontera con el indio, cabecera del Obispado y sede de la Universidad, dependieron como hemos visto del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima. La necesidad de su presencia había originado reclamos.

El 1610 el Padre Provincial de los jesuitas, Diego de Torres, alertaba sobre la abundante presencia de judíos portugueses y he-

[84] Bartolomé Escandell, Bonet Sociología Inquisitorial Americana en Joaquín Pérez Villanueva y Bartolomé Escandell Bonet Historia de la Inquisición en España y América cit, Tomo I, pág. 857. El autor echa en falta sin embargo estudios completos sobre la provisión de los comisariatos americanos que impiden, aun hoy, contar con una visión de conjunto.
[85] Ídem. pág. 856.

rejes extranjeros en las provincias de Chile, Tucumán y Paraguay sobre la necesidad de erigir un Comisariato en aquellas regiones "pues el de Buenos Aires no puede atenderlo todo", petición que es concedida en el caso de Córdoba[86].

Fueron considerados como los funcionarios de mayor importancia en la organización del distrito, su designación supo originar múltiples problemas que dejaron descubiertas poderosas redes de clientelismo y tráfico de influencias[87].

Verdaderos dueños de un espacio de significativo poder, amparados en la lejanía de su residencia, sus fueros y privilegios, "sus actuaciones apenas dependían de nadie más que de sí mismos" circunstancia que originó no pocos conflictos y choques institucionales[88].

Su conducta personal determinó una larga serie de delitos, desavenencias y dificultades que recogen las actas inquisitoriales.

Para el territorio de Nueva España, Solange Alberro compara el celo comprometido y vigilante de los comisarios franciscanos Fray Diego Muñoz, primer provincial criollo de la orden franciscana o Fray Alonso de Benavidez[89] con los comisarios de Zacatecas

---

[86] AGHN Inquisición Libro 353 Fol. 42 vta, citado por Paulino Castañeda Delgado y Pilar Hernández Aparicio La Inquisición en Lima 1570-1635 Tomo I pág. 53, Madrid, Editorial Deimos, 1989.

[87] Conforme Joaquín Pérez Villanueva y Bartolomé Escandell Bonet Historia de la Inquisición en España y América. Biblioteca de Autores Cristianos. Centro de Estudios Inquisitoriales, Madrid 1993, página 832 y siguiente. Las clásicas obras de Kamen, Lea, Bennassar, Greeleaf, Contreras, etc. contienen reflexiones parecidas.

[88] Ídem, pág. 857.

[89] El primero, pese a su avanzada edad recorría incansable Michoacán y el Bajío: "donde llevaba a cabo briosas campañas para recabar denuncias ahogando a las autoridades bajo un alud de cartas e informes cuyo estilo ágil y directo muestra a la vez un sólido sentido común junto con un profundo conocimiento de los hombres y del país que le toca vigilar", el segundo se afanaba por "introducir principios de orden y de decoro en el norte minero y sobre todo en Nuevo México,.. Su energía y clarividen-

Diego de Herrera y Arteaga, el de Lagos, Diego Ortiz de Saavedra, y el comisario de Tepeaca, Cristóbal de la Carrera cuyos excesos, desidia, mala conducta, incumplimiento del celibato eclesiástico y defensa de intereses personales generaron múltiples denuncias[90].

---

cia fueron premiadas por la corona y el papado, hecho suficientemente excepcional..." Conforme Solange Alberro: Inquisición y Sociedad en México 1571-1700, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pág. 50-51.

[90] Anota la autora: "Don Diego de Herrera y Arteaga era un parangón de vicios y defectos: grosero, holgazán, irreligioso e incluso sacrílego sembraba la discordia con los chismes que propalaba y los escritos anónimos que difundía, instigaba a la violencia –llegó incluso a pegar a varias mujeres con sus propios chapines, que él mismo les sacaba; reñía con todos, hacía trampas en los juegos públicos, decía misa con los dedos adornados de sortijas, cuyo brillo admiraba, se negaba a administrar los sacramentos etc. (...) El licenciado Diego Ortiz de Saavedra, Comisario de Lagos resulta singularmente pacífico; se trataba efectivamente de un hombre de tranquilas costumbres caseras, que vivió apaciblemente con su amante, una graciosa y linda morisca, tiernamente querida y el hijo de ambos, en un hogar tan acogedor como próspero en el que falleció muy llorado por los suyos. Cristóbal de la Carrera, comisario de Tepeaca a mediados del mismo siglo, soportaba el celibato eclesiástico tan mal como su colega de Lagos, cuya condición pacifica no compartía, sin embargo. Habiendo sido sancionado por el obispo Palafox, que lo descubrió en flagrante amancebamiento, no se atrevió a vivir abiertamente con su nueva amiga, la mestiza Margarita de Valdivieso, y recurrió a un nuevo ardid –que a nadie engañó- para conservar bajo su techo al hijo recién nacido de ambos: una vecina complaciente acepto declarar al niño como su ahijado apenas traído de la ciudad y pidió al comisario –una de cuyas esclavas podía amamantar al niño- que lo tomase en su casa. Sin embargo el ministro inquisitorial permanecía sensible a los encantos de las demás mujeres y la misma buena vecina, esposa del Alguacil Mayor, fue objeto de sus atenciones, viéndola melancólica la invitó a merendar a las huertas cercanas al pueblo, aprovechando la ausencia del marido (…) de la carrera no vaciló en participar en turbias maquinaciones respaldándolas con el peso de su autoridad desviada". Conforme Solange Alberro: In-

La situación alcanzó parecidas aristas en los espacios de la América meridional. Paulino Castañeda Delgado y Pilar Hernández Aparicio afirman que los Comisarios y Familiares del Tribunal del Santo Oficio peruano fueron los ministros más conflictivos de los Tribunales americanos. Citan en su aserto los resultados de la visita de Ruiz del Prado que concluyó con el procesamiento de cuatro comisarios, entretanto el visitador le achacaba a todos los funcionarios del distrito ser los clérigos más díscolos del reino, aunque el provisor los tenga por santos, para quienes reclama la aplicación de un remedio y castigo ejemplar.

La enumeración de sus desaciertos registra una larga suerte de excesos en sus funciones ordinarias que el propio Visitador explica no han sido sancionados por temor a que si los castigaban no habría quien sirviese a la Inquisición. Su enumeración agobia: "ordenan a las justicias dar indios y caballos a distintas personas con el pretexto de llevar despachos del Santo Oficio dando lugar a excesos y agravios a los naturales, no exigen a los testigos la firma de sus declaraciones, intervienen en asuntos de indios, incestos, supersticiones y hechicerías y no remiten estos asuntos al ordinario como está mandado, se titulan a sí mismos Comisarios Generales, dan títulos de nuncios, receptores, etc., algunos han dado comisiones hasta seglares para examinar contestes, ratificar testigos y demás diligencias, tardan mucho en enviar al Tribunal las denuncias y testificaciones"[91].

La labor de estos funcionarios que aparecen hacia finales del siglo XVI ha sido juzgada como prioritariamente ejecutiva, "pues sus atribuciones se limitaron a enviar informaciones y denuncias, cumplir las órdenes del Tribunal, levantar sumarias y recibir pruebas"[92].

---

quisición y Sociedad en México 1571-1700, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pág. 51-52.

[91] Paulino Castañeda Delgado y Pilar Hernández Aparicio: La Inquisición cit pág. 56.

[92] Afirma el autor que citamos: "Con respecto a nuestras provincias, la actuación del Santo Oficio fue relativamente intensa a fines del siglo XVI lección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino Volumen XII,

Los alcances de sus funciones estaban descriptos en los títulos de nombramientos cursados por los Inquisidores "y os damos poder y facultad para que, con todo secreto y rectitud, hagáis información de todos los crímenes y delitos y excesos que se ofrecieran y cometieran contra nuestra Santa Fe Católica y Religión Cristiana". Son las recomendaciones que se trascriben con insistencia en los respectivos títulos. 22 hogueras.

En 1584 se les advirtió que debían mantener una constante comunicación con el Tribunal, imponiéndole detalladamente todo cuanto acontecía en sus distritos.

Ésta constituía sin lugar a dudas la dificultad más importante que debieron afrontar los Comisarios y los Inquisidores. Informes cursados a la Suprema dan cuenta de cómo en regiones apartadas y de difícil acceso no podía efectuarse la lectura de los edictos de fe, reservándose la difusión de los mismos sólo donde el Comisario tuviera su residencia. La confesión de materias atinentes al Santo Oficio también presentaba dificultades pues cuando el confesor le indicaba al penitente la necesidad de presentarse ante el Comisario inquisitorial, era difícil para éste afrontar el peligro de un largo viaje para autodenunciarse. La solución, en ocasiones sugerida, de designar más Comisarios, aun para cubrir regiones apartadas, no contó con el consenso necesario para su inmediata ejecución[93].

---

y la primera mitad del siguiente, pero ya en el siglo XVIII su actividad decayó, ocurriendo lo mismo en toda América al compás de las nuevas ideologías que se iban imponiendo en el mundo. Se conservan y han sido estudiadas las relaciones de más de cien causas concernientes a personas avecindadas o nativas de estas regiones, la mayor parte de ellas contra bígamos, frailes solicitantes y judíos portugueses que continuaban practicando su religión". Conforme Ricardo Zorraquín Becú: La Organización Judicial Argentina en el periodo hispánico, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Co-Buenos Aires, Segunda Edición, Editorial Perrot, pág. 138.

[93] Se argumentó que la abundancia de población aborigen no ameritaba la creación del cargo por la falta de jurisdicción del Santo Oficio sobre la

Todo ello se traducía en una gran demora de las causas cuyas remisiones a Lima se entorpecían sin justificación concreta.

Los Comisarios debían, disciplinadamente, ajustar su labor a los precisos alcances de los textos de las Instrucciones que les eran provistas desde su misma designación. El Consejo Supremo del Tribunal del Santo Oficio, aconsejaba en 1645 a los Inquisidores americanos "para que de aquí en adelante deis a todos los notarios y Comisarios, cuando juren en el Tribunal, las Instrucciones que les tocan, como está acordado, encargándoles su observancia y apercibiéndoles que si faltaren a ella se hará la demostración que pareciere a los transgresores"[94].

Las Instrucciones Generales, redactadas sobre el modelo que el Inquisidor General había entregado al Licenciado Serván de Cerezuela, advertían minuciosamente a los Comisarios sobre los pasos a seguir en el trámite de las causas iniciadas ante el Santo Oficio[95].

De este modo, los Comisarios no podían "entrometerse a conocer de cosa alguna, ni tomar competencia con los jueces eclesiásticos ni seglares más de sólo ejecutar los mandamientos y comisiones de los señores Inquisidores y recibir las informaciones de los negocios de fe que les ocurriesen y remitirlos a los señores Inquisidores para que las vean y provean justicia, y no han de hacer captura ni otro juicio ordinario sin licencia y comisión particular de los señores Inquisidores".

---

población indígena. Conforme Paulino Castañeda Delgado y Pilar Hernández Aparicio: La Inquisición cit, pág.

[94] Archivo Nacional de Chile. Cartas del Consejo Supremo de Madrid 1645-1650 citado por Boleslao Lewin La Inquisición en Hispano América. Buenos Aires, Paidós, 1967 pág. 184.

[95] Hemos tenido a la vista el texto de la Instrucción para Comisarios del Santo Oficio recopilada por Miguel Román de Aulestia, Secretario del Secreto más antiguo de dicha Inquisición y publicada por Manuel de Odriozola en Documentos Literarios del Perú Tomo VIII, Lima, Imprenta del Estado, 1876.

El principal encargo confiado a los Comisarios fue, pues, tomar y registrar las declaraciones de los testigos. El extenso texto de los 78 extensos artículos de la Instrucción recopilada por Aulestia, proporciona a los Comisarios indicaciones muy precisas para orientar su proceder.

Quienes deponían como testigos debían ser examinados cuidadosamente, uno a uno, con reglas muy precisas, que de lo general apuntaban a lo particular:

"Mandallos llamar uno a uno y examinadlos cerca del dicho negocio... primeramente preguntadle, si sabe, entiende o sospecha para que es llamado, y si dijese que no se le acuerda, hacedle una pregunta general si sabe o ha oído decir a alguna persona, cosa alguna que sea o parezca ser contra nuestra Santa Fe Católica: Si dijese que no, preguntadle si se acuerda que estando en cierta parte de la ciudad y nombradle la ciudad y no la cierta parte, oyó decir de alguna persona, tales y tales palabras, poniendo las propias de que está dado por conteste, y asentar lo que dijere en forma"[96].

El secreto y el sigilo impuesto a todo el proceso impedían al Comisario informar al testigo sobre las verdaderas causas o el contenido mismo de la denuncia interpuesta, como tampoco el nombre y las señas del delator. Si al mismo tiempo sus declaraciones no satisficieren cumplidamente: "cuanto en todo o en parte se pretende saber de él... se proseguirá en las demás preguntas y monición, según lo pida el caso" (art 3).

Un cuidado especial importaba el examen de los testigos de los casos de solicitación por las condiciones en que dicho delito se cometía, la soledad del solicitante con la solicitada, por ello debía inquirirse especialmente si la denunciación fue solo de oídas y preguntar por las personas que se hallasen presentes (art 4).

Las declaraciones de los testigos, que debían precisar si su conocimiento provenía "de vista o de oídas," prestadas bajo juramento de ley, debían recibirse ante escribano o notario apostólico de la Comisaría respectiva, en tanto concurriesen en éste las cali-

[96] Texto extraído de las Instrucciones enviadas desde Lima a los Comisarios de nuestra jurisdicción.

dades de cristiano viejo, fiel y legal en su oficio, con la presencia del Comisario, recibiéndose juramento en forma debida en derecho.

Cuando un denunciado ante el Santo Oficio se presentase voluntariamente no debía interrogársele sólo la materia de la denuncia "porque sería yerro muy grande y de grandes inconvenientes", recomendación que se mantenía para el caso de una persona denunciada que ocultase información, para la cual se recomendaba que concluida su declaración se le advirtiese que le conviene mucho que declare clara y abiertamente todo aquello en que se sintiera culpado o supiere de otros que lo sean y de los motivos que ha tenido para hacer esta declaración ahora y no haberla hecho antes de ahora" (art. 6).

El interrogatorio de los testigos, llamados a testificar por el Alguacil Mayor del Santo Oficio o en su defecto por un familiar (art 11), principiaría por aclarar la identificación del testigo, su lugar de origen, su oficio, residencia y edad. Procedería, luego, a dejarse constancia del descargo de su conciencia y a formular su dicho en forma "... dando razón del tiempo y del lugar y del delito y de las personas que se hallaron presentes".

A continuación se le preguntaría si la denuncia se inspiraba en sentimientos de odio o de enemistad, encomendándoles el secreto, bajo pena de excomunión mayor y de perjurio. Debían rubricar las actas el Comisario, el Notario del Santo Oficio y los testigos.

Transcurridos cuatro días se procedía a la ratificación de los dichos ad perpetuam rei memoriam, dejando para su efecto una hoja en blanco al pie del dicho de cada testigo (art 10).

La ratificación, cuyo texto modelo se incorporaba en el artículo 23, importaba la comparecencia de dos personas eclesiásticas, presbíteros, cristianos viejos, de honesta vida y costumbres y a falta de los mismos, seculares, solteros ancianos y honrados, tratando, en el caso de los regulares, que no pertenecieran al mismo hábito, "porque la hermandad no sea causa que falten al secreto" (art 22).

El sigilo y el secreto rodeaban y caracterizaban todos los pasos de la actuación de los inquisidores "porque a mayor cautela, mayor sensación de extrañeza y de reserva adquiere el vulgo. El secreto fomenta el mito y entonces el temor y la intimidación ante el Tri-

bunal crecen... sacralizar la institución, ese era el objetivo porque toda estructura social sacralizada provoca el temor y fomenta la autoridad. La Suprema deseaba esa imagen, los Tribunales la propagaban y el familiar debía ejercerla"[97].

Pero el Comisario estaba inhibido de la prosecución efectiva de las causas. Se le autorizaba únicamente a recibir las denuncias, disponer la ratificación de las mismas ante testigos de probada fama, recibir las declaraciones de los testigos y enviar denuncias, ratificaciones y testificaciones al Santo Oficio. Si los reos acudían espontáneamente al Tribunal, debían recibir sus confesiones y enviarlas con las probanzas respectivas a Lima.

Sólo podían proceder a la detención del reo cuando éste fuere hombre de poca calidad y no conocido, contando con material de peso probatorio decisivo, en tanto la caracterización del delito imputado no ofreciera dudas de que fuera materia del Santo Oficio, se hubiera reunido prueba testimonial suficiente y existiera peligro de fuga[98].

El reo debía ser alojado en cárcel pública, "encargándole al alguacil mayor y alcaide, donde le retendrán con seguridad, sin comu-

---

[97] Jaime Contreras: La infraestructura social de la Inquisición: Comisarios y Familiares en Ángel Alcalá y otros: Inquisición española y mentalidad inquisitorial. Ariel Barcelona, 1984, página 129.

[98] Sobre el particular la Recopilación dispuso: "...Si este reo quisiese huir y ausentarse de estas partes y fuese el tal reo hombre de poca calidad y no conocido, en este caso y temiéndose de la fuga y atenta la cualidad del delito y de la persona, el dicho Comisario le podrá prender y secuestrar sus bienes y remitidle, luego, al Santo Oficio, sin tomadle confesión ni hacer con el ningún auto judicial, sino enviadle preso y a recaudo con el secreto que le hubiere hecho". Por su parte, el artículo 38 de la Instrucción que venimos examinando, ordenaba, para los casos de extrema gravedad, donde la prisión ordenada, importara afectar severamente a los destinatarios de la medida, una indispensable consulta con el Arzobispo u Obispo del distrito o Provisorio de la sede vacante, o con los consultores señalados por él Santo Oficio y aun con el Calificador, o con los letrados de mayor literatura, seguridad y cristiandad (art 38).

nicación alguna, ni tomarle confesión, remitiendo a la brevedad posible la información y demás autos al Tribunal para que con vista de ellos se provea lo que convenga en todo y se le avise".

Las declaraciones de los reos alojados en la cárcel eran objeto de especial cuidado. Se temía por las fugas de los mismos, anticipándose a un sinnúmero de ardides empleados, que buscaban el momento propicio para huir, cuando los reos eran trasladados del edificio de la cárcel a la casa del Comisario para ampliar sus declaraciones. Por esta experiencia se ordenó: "Irá el dicho Comisario y Notario a la cárcel donde estuviere dicho preso y en parte secreta y retirada le recibirá su declaración y ratificación en la forma que se advierte" (art. 36).

Las rencillas, enfrentamientos y enconos entre los vecinos también fueron objeto de especial cuidado de los Inquisidores, quienes advirtieron a los Comisarios "que algunas personas, movidas más de pasión y enemistades que de otro algún buen celo, denuncian a otras diciendo que son confesos y por esto inhábiles para traer sedas, armas y andar a caballo y otras cosas que les son prohibidas por leyes y pragmáticas de estos reinos e instrucciones del Santo Oficio, como se contiene en el Edicto General, en este caso han de tener en cuenta de no recibir las tales denunciaciones, si no fuesen contra los hijos y nietos de relajados, o de los que ellos mismos fueran reconciliados" (art. 37).

Los Comisarios que actuaron en Córdoba del Tucumán debieron ajustar, pues, su desempeño al cumplimiento de estas normativas.

Al parecer en la jurisdicción en estudio se cumplió minuciosamente la normativa contenida en el artículo 26 de la Instrucción que examinamos, que ordenaba no sustanciar, en el asiento del Comisario, la causa que allí se iniciaba, remitiendo las actuaciones con carta al Tribunal con los pliegos perfectamente cerrados, transportados por el Chasqui si lo hubiera, o por persona segura "que le dará recibo de ella y lo notará en un libro que tendrá encuadernado de a folio sentado en él, el día mes y año y con quién lo envió, para que en todo tiempo conste".

De este modo, el Archivo Inquisitorial, en la generalidad de los casos, no alberga el trámite de las causas sino sólo la recepción

de las denuncias, su posterior ratificación y el ejercicio de algunas diligencias inmediatas, cuya presencia misma en el repositorio desafiaba la radical prohibición, que asimismo contenía el ya mencionado artículo 26, de no guardar en la sede de los Comisariatos, texto alguno de las denuncias, sus copias o traslados.

Abunda material documental sobre las llamadas "cabezas de proceso", es decir la recepción de las delaciones que desencadenaban la actuación de los Inquisidores. La delación formulada ante el Comisario del Santo Oficio y su Notario.

Recepcionada ésta, el trámite de la causa atraviesa diversas instancias, cumpliéndose generalmente con rigor el texto de las detalladísimas instrucciones.

Es llamado el delator a ratificar la denuncia ante testigos de probada honra, en una o en dos ocasiones, a veces se dispone la recepción de los interrogatorios de los testigos que puedan arrojar mayor luz sobre los alcances del hecho denunciado, se llama a declarar al presunto reo, más rara es, en casos singulares, su orden de prisión y luego, la secuencia documental de las causas se interrumpe, sin mención del trámite siguiente.

De este modo, en la gran masa de denuncias recibidas, ante el Comisario del Santo Oficio, las causas no contienen sustanciación posterior luego de su primera presentación y su posterior ratificación.

Aun así, y con la estructura insoluble de un archivo incompleto, nos parece válido enfocar el estudio de la actuación del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán por representar el fondo de la documentación del Archivo del Arzobispado de Córdoba, prácticamente la mayor base de datos de alguna organicidad que existe en el país, luego de la destrucción del Archivo del Arzobispado de Buenos Aires.

Los Comisarios en acción

Ajustándose pues a este preciso marco legal los Comisarios que actuaron en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán trabajaron acotadamente en un esquema prediseñado.

Se ha juzgado que la estructura indiana de Comisarios y Familiares indianos guardó características muy distintivas de sus pares metropolitanos, en tanto en la península constituyeron la mejor red de control de la población rural, en América constituyeron una red de control establecida básicamente de núcleos urbanos, por estar exento el indio de la jurisdicción de los Tribunales inquisitoriales, rasgo que se mitiga, comenzando a incluir poblaciones rurales, en los últimos tiempos de vigencia del Tribunal.

Como hemos adelantado, en la gestión de las causas iniciadas no podían llevar a cabo las capturas, con la sola excepción de un reo, testificado por testigos fidedignos de una notoria herejía:

> "...mayormente si hubiese sido dogmatizador de ella y este reo quisiese huir y ausentarse de estas partes y fuese el tal reo hombre de poca calidad y no conocido, en este caso y temiéndose de la fuga y atenta la cualidad del delito y de la persona, el dicho Comisario le podrá prender y secuestrar sus bienes y remitidle, luego, al Santo Oficio, sin tomadle confesión ni hacer con el ningún auto judicial, sino enviadle preso y a recaudo con el secreto que le hubiere hecho"[99].

Las Instrucciones Generales preveían, acertadamente, el curso de previsiones más particulares y minuciosas, sujetas a las peculiaridades de cada caso, advirtiendo el Tribunal "que como les escribe siempre la orden que han de guardar, no se pone en esta Instrucción y otras particularidades".

La norma no fue una previsión en vano y se cumplió con creces. Es notable la fluidez de la comunicación que mantiene el Tribunal limeño con el comisario cordobés y el conocimiento pormenorizado de las causas.

Desde Lima se envían continuamente instrucciones detalladísimas acerca de cómo debe proceder el Comisario del Santo Oficio en los casos concretos sometidos a su jurisdicción.

---

[99] Archivo Histórico del Arzobispado de Córdoba (en adelante AHAC) Santo Oficio de la Inquisición. Legajo Número XVIII.

Se remiten pliegos de interrogatorios para reos y testigos que apuntan con una exasperante minuciosidad los extremos de la inquisitoria del caso que llegaba al Santo Oficio. Si corresponde, se describen prolijamente los pasos del arresto, la detención del reo, la confiscación de sus bienes, el inventario de los mismos por el Notario y el Alguacil Mayor del Santo Oficio, su depósito bajo garantía, etc.

En la jurisdicción en estudio el inventario de los bienes era transcripto en dos copias, una de las cuales marchaba a Lima y la otra era entregada al depositario de los mismos.

Se disponía la utilización inmediata de las sumas de dinero secuestradas para el sufragio de los gastos de manutención del reo mientras permaneciera preso, o para afrontar el largo y penosísimo viaje a la ciudad de Los Reyes. Hasta allí son remitidos también los papeles personales del reo, su correspondencia, impresos o libros que interesaran al Santo Oficio, sus créditos y sus obligaciones civiles y comerciales.

Cuando el dinero secuestrado no alcanzaba a cubrir la expectativa de estos gastos, el Comisario ordenaba al público el remate de los bienes del reo, desapartando la ropa blanca que el preso necesitaba para su estancia en la cárcel.

Los procedimientos seguidos respetaron ajustadamente el texto del art 39 de la Instrucción examinada, que ordenaba el embargo de los bienes del reo, "en cuanto les pareciere bastante para su conducción y alimentos que se le han de dar en las cárceles secretas y no hallando plata venderán los que fueren más fáciles en almoneda al mayor ponedor para remitir su procedido con ducho preso y lo demás depositarlos en la persona que el reo eligiese, siendo de satisfacción del Comisario y en caso de no tener bienes y ser pobre dispondrán los Comisarios su remisión, por vía de limosna de Comisario en Comisario concertando lo menos que se pueda, para cuando se llegue al Tribunal se pague".

Un caso, ocurrido al promediar el siglo XVII, en la jurisdicción en estudio, ilustra sobre el tema:

Habiéndose abierto una causa contra un vecino de Jujuy, el capitán Álvaro Rodríguez Azevedo, ordenó el Tribunal al Comisario

procediera a su inmediato prendimiento con secuestro de sus bienes y posterior remisión de uno y otros a Lima.

> "...asimismo le secuestrará todos sus bienes muebles y raíces, donde quiere que los tuviere y pudieran hallarse haciendo para ello todas las diligencias necesarias y la primera será cogerle los libros de sus dependencias y dará aviso con inserción de esta carta al Comisario de Buenos Aires y a la persona eclesiástica de su mayor satisfacción del pueblo de Jujuy, por haber noticia que tiene bienes y correspondencia en una y otra parte y la misma diligencia hará en cualquiera otra que los tuviere y todos los dichos bienes que hallase y secuestrare los depositará en persona lega, honrada, llana y abonada y de toda satisfacción. Y mandará los tengan en fiel custodia y secreto y de manifiesto, que no acudan con parte alguna de ellos, sin nuestro mandado, so pena que lo pagarán con su persona y bienes, además de las penas que les impondrá de nuestra parte, y para ello otorgarán obligación en forma, al pie de dicho secreto"[100].

El oficio inquisitorial abundaba en el detalle de los recaudos que debían cumplirse para la remisión del reo a las limeñas cárceles del Santo Oficio, se calculaba el costo del viaje, disponiéndose la incautación del dinero del reo o la venta de sus bienes si no existieran sumas líquidas:

> "... si en él hubiere dinero, remitirá con el reo hasta la cantidad de mil pesos y no habiéndolos, venderá de dichos bienes los necesarios hasta en dicha cantidad para el gasto de su viaje y alimentos y asimismo remitirá de su ropa de vestir lo necesario"[101].

El Tribunal convocaba el auxilio de las Justicias para que prestaran su concurso al Comisario en el cumplimiento de su misión, bajo pena de excomunión, sobre el particular indicaba:

[100] Ídem.

[101] Ídem.

"...si para ejecutar y cumplir lo aquí contenido, tuviere necesidad de favor y ayuda, exhortará en nuestro nombre y nosotros desde luego exhortamos y requerimos y si es necesario en virtud de la obediencia y so pena de excomunión mayor late sententiae... mandamos a todos y cualesquiera jueces y justicias eclesiásticas como seglares de estos Reynos, que siendo requeridas por nuestro Comisario a este orden, le hagan dar y den todo el favor y ayuda que les pidiere y hubiese menester"[102].

Especialmente preveía el Tribunal la posible participación de terceros que cumplieran pasos del procedimiento que el Comisario no pudiera llevar a cabo, de este modo, ordenaba:

"...y los hombres de guarda y mulas que fuesen menester para traer al susodicho su ropa y mantenimientos y lo demás de que hubiese necesidad para el dicho viaje... para todo esto procederá por ante el Notario del Santo Oficio y no habiéndole o estando legítimamente impedido nombrar a la persona que sea de su mayor satisfacción, recibiéndole ante todo cosas, juramento del secreto que para ello y todo lo demás que fuera necesario para conseguir efecto y tener cumplimiento todo lo aquí contenido se le da comisión y jurisdicción en bastante forma y todo lo que de derecho se requiere, en que esperamos procederá con todo el cuidado, celo y secreto que pide la gravedad de la materia y se espera de sus muchas obligaciones..."[103].

Recién un año después, el capitán logró ser apresado. El informe subsiguiente que produjo el Comisario del Santo Oficio, asistido por las Justicias, los Notarios Eclesiásticos y por los propios Familiares del cuerpo, fechado en Córdoba, el 22 de febrero de 1673, describía los pormenores del arresto:

[102] Ídem.
[103] Ídem.

> "... El señor doctor Adrián Cornejo, Comisario del santo Oficio de esta ciudad, asistiéndoles los capitanes Luís Ordóñez, Alguacil mayor del Santo oficio, Maestre de Campo don Ignacio Salguero de Cabrera, familiar del Santo Oficio, y capitanes Pedro de Salas, y Luís de Cárdenas Mascareñas, Notarios asimismo del Santo Oficio vino a unas casas de las de alquiler del dicho capitán Luís Ordóñez y halló en ella un hombre que preguntado quién vivía en dicha casa, dijo que Álvaro Rodríguez Azevedo y repreguntado si él era el capitán Álvaro Rodríguez Azevedo, dijo que sí, y habiéndole dicho, prendió su persona, en virtud del mandamiento que ha tenido de los Muy Ilustres Señores Inquisidores Apostólicos del Tribunal que reside en la ciudad de los Reyes, fecha en ella a 30 de julio de 1672"[104].

Cumpliendo asimismo minuciosamente la orden que el informe referenciaba, se procedió a levantar prolijo inventario de los bienes del preso que inmediatamente se secuestraron, dando cuenta en el mismo informe al Tribunal Inquisitorial:

> "... Incontinenti procedí al secuestro de sus bienes, para que luego que lo prendió le cogió las llaves y un libro que dijo era el de sus huertas y dependencias... el cual puso en una gaveta en un escritorio..."[105].

Siete años después, el larguísimo proceso llegaba a sus instancias finales. El 24 de agosto de 1680, el Comisario Diego Salguero de Cabrera, cumpliendo expresas disposiciones emitidas el 12 de octubre del año anterior por el Tribunal de Lima, ordenaba la subasta:

> "... de los negros esclavos del capitán Álvaro Rodríguez Azevedo, con más todos los demás bienes que pudieran deteriorarse; para que tenga ejecución el mandato de los dichos señores mandó se saquen a pregón los dichos negros, con más todos los bienes que se hallaren

[104] Ídem.
[105] Ídem.

> en el inventario, no ser plata ni oro, por ser todos los demás corruptibles y estar causando gastos de alquiler, en que con el tiempo se vendrá a refundir su valor en grave perjuicio de los dichos bienes y el presente notario los mande pregona, luego, sin dilación alguna en la plaza pública de esta dicha ciudad, a las cuatro de la tarde por ser hora de mayor concurso"[106].

El Tribunal del Santo Oficio no contó en Córdoba del Tucumán con una cárcel propia, aunque se registran noticias de reos del Santo Oficio alojados en dependencias de la Iglesia Catedral. En la generalidad de los casos, los presos eran llevados a la cárcel capitular, cuya seguridad se resentía de un crónico padecimiento. Hay constancias, empero, de que los reos de la Inquisición ocuparon calabozos apartados que no desembocaban en las crujías centrales.

Pese a los resguardos, las permanentes fugas de detenidos que caracterizaron la vida de la cárcel cordobesa contaron con huidos del Santo Oficio.

Los arrestos y traslados de los reos del Santo Oficio eran llevados a cabo por Familiares del Tribunal, como también por la justicia ordinaria que actuaba auxiliando al Comisario.

La comunicación de la cabecera del Tribunal con el comisariato cordobés fue constante y efectiva. Desde Lima, se alertó repetidamente al Comisario sobre el posible ingreso a la jurisdicción de reos sentenciados por el Santo Oficio u otras personas que el Tribunal buscaba con insistencia, siguiendo sus desplazamientos por las Indias.

Sobre el particular, revisten decisiva importancia las órdenes de prisión que recibía el Comisario y que inmediatamente trasmitía a los Alguaciles, recomendando su observancia.

El 29 de abril de 1763, el Comisario Antonio de Ascassubi, Examinador Sinodial, Juez de Diezmos, Rector del Colegio del Loreto y Comisario del Santo Oficio, anoticiaba al Alguacil Mayor Manuel Esteban y León de haber recibido un mandato de prisión:

---

[106] Ídem.

> "...despachado por los Ilustres Señores Inquisidores Apostólicos de estos reinos contra la persona y bienes de don Agustín Marco, natural de Palma en la isla de Mallorca, de ejercicio cirujano, alto, rojo y blanco, con algunas pintas encarnadas muy pequeñas de edad de treinta y seis a treinta y ocho años en traje militar y peluca que paso de Cádiz a Buenos Aires año de 1756 en el navío San Pascual Baylon al comando de Don Pedro Zeballos...".

Se prevenía al Alguacil que echara mano a todas las diligencias posibles para el prendimiento del mallorquín y el embargo de todos sus bienes:

> "... dando pronto aviso a este Santo Oficio para ponerle en cárcel segura y secreta, según lo prevenido por el Santo Tribunal y de este proveído, el presente Notario le dará un tanto al dicho Alguacil para su particular instrucción...".

Circunstancia que no pudo verificar el Alguacil y así lo informaba al Comisario el 2 de mayo de 1773.

Los Familiares en acción

Una figura clave en la organización de los Tribunales Inquisitoriales es la de los Familiares del Santo Oficio.

Algún autor remonta su origen a los crucesignados de la Inquisición medieval regulados en el Concilio de Clermont del 1095, cuyas indulgencias y beneficios fueron confirmados por Calixto II en el Concilio Lateranense I del año 1119 y por Eugenio III en el año 1145 en la Bula "Quantum praedecessores nostri".

Familiares y crucesignados de la inquisición medieval fueron alentados con la concesión de privilegios que implicaban el uso de las armas, exenciones tributarias e inmunidades jurisdiccionales[107].

[107] Gran número de documentos pontificios conformaron esta decisión del papado en tiempos de la inquisición medieval.

Herederos pues de un lejano origen medieval, su cercanía con los Inquisidores los convertía en cuasi integrantes de su familia y de este modo "eran llamados por el vulgo".

Concluye Cerrillo Cruz: "Fue pues la cercanía al Inquisidor y el hecho de que a estos individuos, que ayudaban y defendían a los Inquisidores, se les otorgaran los beneficios de que disfrutaban los miembros de su familia. Lo que motivó considerarlos como parte integrante de esta y, por ello, denominarlos familiares"[108].

Henry Kamen lo define como "esencialmente es un servidor laico del Santo Oficio listo en todo momento a cumplir con sus deberes al servicio del Tribunal"[109].

Vinculados al Tribunal por fuertes lazos de lealtad, servicio y obediencia proporcionaron la compañía, asistencia y defensa que los inquisidores necesitaban en sus frecuentes desplazamientos por el territorio de la jurisdicción que controlaban.

El franco monopolio que ejerció la Orden de Santo Domingo en los primeros tiempos de la Inquisición española hizo que gran número de priores o jerarquías de la orden "se rodearan de individuos profesos de la Orden Tercera de Santo Domingo que desempeñaban funciones de traslado de presos, o prisión de éstos cuando el personal, específicamente funcionario, no podía ejecutar tales tareas. Por este carácter de patrimonio y clientela, tales individuos, de los que se servía ocasionalmente el Inquisidor, fueron popularizados con el término de familiares"[110].

---

[108] Gonzalo Cerrillo Cruz: "Los Familiares de la Inquisición Española, cit pág. 29.

[109] Henry Kamen La Inquisición Española cit, pág. 192.

[110] Jaime Contreras: El Santo Oficio de la Inquisición de Galicia (Poder, sociedad, cultura), Madrid, 1982 Akal Universitaria, pág. 67. Si bien los primeros Inquisidores, desde el mismo primer Inquisidor General Torquemada, provinieron de la Orden de Santo Domingo, luego compartieron el número con otros religiosos, pero el número estuvo asegurado por un privilegio especial de Felipe III, cuando a instancias del Duque de Lerma, reservó, el 16 de diciembre de 1618, un puesto permanente en el seno de la Suprema destinado a la Orden de Santo Domingo.

Los Familiares fueron ante todo auxiliares del Santo Oficio, entrenados y comprometidos para acatar y ejecutar todas las órdenes emanadas del Tribunal, sin recompensa de salario alguno, pero pertrechados en honores, privilegios y preeminencias sociales que convertían el cargo en una oportunidad apetecible y buscada[111].

Los Familiares permitieron una mayor y más ágil inserción del control social que la Inquisición intentó llevar a cabo como un instrumento ideológico esencial. Podían efectuar denuncias o favorecer las denuncias de terceros, prender a los reos cumpliendo las órdenes del Tribunal, actuando por sí mismos o con la ayuda de los operadores judiciales. Se los autorizaba a portar armas de día y de noche, pública o secretamente.

Importaron una efectiva ayuda para la labor de los Inquisidores, ayuda que no significaba costo alguno por la gratuidad de sus funciones y un eficaz nexo de comunicación entre la Inquisición y la sociedad a la que pertenecían y controlaban. Opina Henry Kamen que la Inquisición, al crear una red de familiares dentro de cada distrito inquisitorial, fue capaz de captar para luchar por sus propios intereses a una amplia y posiblemente influyente población local. La observación no parece desatinada si se atiende a la alta extracción social a la cual pertenecían los familiares designados como tales[112].

---

[111] Para el caso de Aragón relata Jaime Contreras:“ La implantación brutal del Santo Oficio en el territorio de Aragón acallando radicalmente toda divergencia , fue seguida de una demanda importante de familiaturas por parte de la nobleza media, la clase de los caballeros que así entraba a formar parte de una estructura que ellos mismos habían contestado. Fue, pues, una adecuación a situaciones nuevas. La entrada de sectores privilegiados dentro de los mecanismos inquisitoriales estimulo una fuerte demanda de los sectores menos privilegiados. Pronto el número de familiaturas concedidas fue excesivo. Y desde entonces se convirtió en un tema de permanente conflicto en la historia del Santo Oficio, especialmente durante los siglos XVI y XVII. La condición secular de los familiares y su abundante numero serán las claves del problema” Ídem pág. 68.

[112] Henry Kamen La Inquisición Española, cit, pág. 194.

Se convirtieron rápidamente en los ojos y oídos del Santo Oficio, materializando la institución inquisitorial a lo largo de los distritos donde actuaban oficiando de auténticos intermediadores entre el Santo Oficio y la población para detectar la herejía[113].

Su número varió conforme la importancia de los distintos asentamientos o sedes del Tribunal. Para el período de mayor actividad del Tribunal del Santo Oficio en México, fijado entre los años que corren entre 1571 y 1646, el número de familiares dispersos en la jurisdicción se calcula en 314 con los siguientes alcances: 144 para la ciudad de México, 19 para Puebla, 13 para Guatemala, situación que llevo al Cabildo de México en 1626 a solicitar la reducción del número de familiares para la ciudad capital. Su densidad alcanzaba las cotas más altas en las zonas de puertos, reales de minas o en las poblaciones agrícolas de Puebla y del Bajío que reunían la mayor presencia española "mientras aquellas esencialmente indígenas, donde fungía sin embargo un comisario, no contaban con ninguno"[114].

Jacobo Simancas reclamaba para acceder a tal calidad que los pretendientes reunieran la calidad de "hombres buenos, pacíficos y que tuvieran esposas". Cesar Carena le agregaba que no fueran criminales ni extranjeros[115].

Los familiares eran elegidos entre los hombres mayores de 25 años, quietos y pacíficos y de buena vida y costumbres[116], casa-

---

[113] José Enrique Pasamar Lázaro: Los Familiares de la Inquisición en Aragón. En Ius Fugit Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico Jurídicos. Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1993, Volumen II pág. 269

[114] Solange Alberrro cit. pág. 53.

[115] Jacobo Simancas: De Catholicis institutionibus, 1569 y Cesar Carena: Tractaus de Officio Sanctissimae inquissitionis et modo procedendi in causis fidei, 1659 citado por Gonzalo Cerrillo Cruz: "Los Familiares de la Inquisición Española, pág. 75.

[116] La buena fama es un concepto que aquilata su importancia en la tramitación de los expedientes respectivos, las disposiciones reales sobre la materia insisten en que los familiares lleven una "vida decorosa y no sean escandalosos"; que sean "hombres buenos, abonados de buena vida y fama y conversación no bulliciosos ni escandalosos" "ni rudos ni revoltosos".

dos[117], limpios de linaje, con residencia permanente en el lugar donde se los designara. Los extranjeros requerían una expresa dispensa, que para la actuación del Tribunal de Lima, no fue difícil obtener, como también la correspondiente a edad y celibato. Del oficio estaban excluidos los carniceros, cortadores, pasteleros, zapateros "y otros oficios mecánicos"[118], según una carta acordada expedida en 1604 por el Consejo de la Suprema argumentando "que de admitirse por familiares y ministros del Santo Oficio personas viles i bajas se sigue mucha desestimación i desautoridad a todo el cuerpo de la inquisición"[119].

Se les exigía acreditar su condición de cristiano viejo, su limpieza de sangre[120], la ejemplaridad de su vida, la condición de hijo legítimo, mayor de veinticinco años con un nivel de aceptable instrucción, la vecindad del lugar donde ejercería la familiatura y como hemos visto no desempeñar oficios viles ni dedicarse al comercio en general.

Se ha juzgado que las exigencias planteadas condicionaron en la metrópoli un proceso de verdadera aristocratización del cargo de familiar y su vinculación con linajes esclarecidos o grupos socialmente relevantes[121].

---

[117] En alguna ocasión se dispensó la condición de soltero, requisito que no necesitaba el viudo. Para ambos casos se requería que los familiares informaran en su oportunidad, cumplidamente al Tribunal sobre la mujer con la que pensaban contraer matrimonio, tramitando la licencia previa, bajo pena de perder la familiatura en caso de inobservancia de la norma. Más tarde, también fueron autorizados los clérigos a ejercer la familiatura, aunque los privilegios concedidos, entre los cuales se encontraba el de portar armas, eran prerrogativas que aparecían como incompatibles con el estado de eclesiásticos.

[118] Paulino Castañeda Delgado La Inquisición de Lima cit. pág. 58.

[119] Citado por Francisco Bethencourt: La Inquisición en la apoca moderna, cit, pág184.

[120] El requisito era común con las exigencias impuestas para el desempeño de los funcionarios públicos, el ingreso a los colegios mayores y órdenes militares y se extendía a las esposas vivas de los familiares. Las premuertas no eran investigadas.

No estaban ajenos tampoco los imperios de una compleja trama que operaba pendulando entre los intereses del Santo Oficio de vincularse estrechamente con las elites tradicionales, lo que le reportaba su posicionamiento en el sistema institucional del reino, y los de la baja nobleza empeñada en ascender socialmente a través de los recursos honoríficos que les ofrecen las carreras administrativas vinculadas al propio Estado.

Empero, todos estos requisitos no siempre fueron acatados y en ocasiones ingresaron en calidad de familiares hombres como el prototipo que encarna un familiar de Daroca, Simón Pérez, descripto en las actas inquisitoriales zaragozanas de la siguiente manera: "ha sido y es un hombre colérico, inquieto, ocasionado y descompuesto que se ha hallado presente algunas veces en ocasiones donde lo ha demostrado y muestra una manera de arrogancia extraordinaria"[122], y más aún, sastres, tapiadores, herreros, cordeleros, herreros, panaderos, pintores y aun eclesiásticos[123].

En los Tribunales indianos no existió demasiada resistencia a que se desempeñaran en calidad de familiares del Santo Oficio los comerciantes, en tanto la relevancia de sus respectivos emprendimientos lo distinguiera de los pulperos y tenderos[124].

---

[121] Resulta significativo mencionar aquí el Memorial presentado por Luís de Páramo sobre la Inquisición de Sicilia redactado en 1592 donde se proponía la admisión de nobles "titulados y varones" para los puestos de familiares de la Inquisición argumentando que sería imposible, en las condiciones sicilianos de inseguridad y de desorden permanentes, realizar detenciones sin su presencia y que la autoridad del Santo Oficio no sería jamás respetada sin la participación de los nobles en la jurisdicción privada del tribunal Conforme Francisco Bethencourt: La Inquisición en la apoca moderna, cit, pág. 184.

[122] José Enrique Pasamar Lázaro: Los Familiares de la Inquisición en Aragón cit, pág. 270.

[123] Ídem, pág. 271.

[124] Carlos Colon Pacheco de Córdoba y Bocanegra, Marques de Villamayor, Caballero de la Orden de Santiago, Antonio de Espejo, Hernán Gutiérrez Altamirano de la ilustre Casa de Ibarra y Castilla, Don Cris-

Aunque faltan estudios monográficos completos sobre la provisión de familiares en territorios americanos, puede afirmarse que su dotación provenía generalmente de los sectores más significativos del poder económico y social[125].

Su conducta en la praxis de los Tribunales originó la sustanciación de expedientes similares a los que labraron en la cabecera del reino. Los archivos americanos acumulan denuncias de contrabando, cohecho, homicidios varios, lesiones, injurias, violencia doméstica, origen converso que licúan las virtudes exigidas de ser personas quietas, pacíficas y de buena vida y costumbres, etc.[126]

---

tóbal de Mañazca Bonilla y Bastida, sobrino del Inquisidor Don Juan de Mañozca, Caballero de la Orden de Santiago, Antonio Millán eran acaudalados terratenientes o comerciantes con sólida redes de inserción social. Al grupo se unía Tomas Moran de la Cerda, Gaspar de Valdés, mercaderes y titulares de significativas encomiendas respectivamente. Conforme Solange Alberro cit. pág. 56-57.

[125] Para el caso de México anota Solange Alberro" Ningún humilde labrador parece haberse colado entre las filas impresionantes si no respetables. En efecto, 16 de ellos fundadores o poseedores de mayorazgos, 14 dueños de poderosas encomiendas, unos 20 grandes mercaderes, entre los que abundan los electores diputados y priores del Consulado –unos 10 aproximadamente- y 49 desempeñaron en un momento u otro, funciones oficiales. Encontramos muchos regidores, notarios, alguaciles, alcaldes ordinarios o mayores, oficiales al servicio de las grandes instancias administrativas del virreinato, auxiliares del Santo Oficio, mediaos, catedráticos de la Universidad, en suma notables y letrados", op. cit. pág. 54.

[126] En territorios novohispanos, Gabriel López de Lucena y Páramo, contrabandista de plata, "quebró hacia 1654 de manera tan estrepitosa que fue condenado a seis años de galeras, Leandro de Gatica tuvo más suerte en negocios tan turbios como los del primero (…) Antonio de Espejo (…) mató a un vaquero suyo que cuidaba sus rebaños en sus tierras queretanas y fue por ello procesado y hallado culpable, a pesar de sus gloriosos antecedentes (…) Tomas Moran de la Cerda tuvo desavenencias con un Alguacil de la Real Hacienda y, al empeorar el asunto, uno de sus esclavos le asestó tal golpe en la cabeza al Alguacil que éste cayó muerto.

Para América meridional el panorama no varió sustancialmente, siempre existieron más familiares que los autorizados legalmente. En Lima en 1672 alcanzaron el número de 40, siendo frecuente que el cargo lo desempeñaran miembros de una misma familia y que se acumularan denuncias sobre excesos, abusos y demasías.

En un universo primitivo y versátil, recorrido por procesos de intensa vitalidad, teñido por la fuerza y el desafuero de las pasiones, alejado de la vigilante mirada de los controles de la metrópoli el mundo de los familiares no constituía de ninguna manera un oasis de honradez en una época y en un contexto en que la rapiña, la concusión y la violencia representaban vías seguras y relativamente sin riesgos, para alcanzar el poderío bajo todas sus formas[127].

Bajo esta impronta las redes de los familiares de los Tribunales indianos actuaron en un escenario urbano a diferencia de sus congéneres metropolitanos que lo hicieron en medios rurales donde impusieron un estricto control "de la moral tradicional y de la ortodoxia tridentina"[128].

"El familiar es, ante todo, un intermediario entre el Tribunal y el reo. Su labor es de pesquisa. Detecta la herejía pero no la juzga. Si casi siempre ser intermediario no supone garantía de neutralidad es casi imposible y de ello, a pesar de la asepsia que las instrucciones oficiales buscaban. La misión principal de un Comisario no es delatar, sino provocar la delación y -como es obvio- los recursos em-

---

Lo mismo que espejo, Moran de la Cerda fue enjuiciado; tuvo que pagar 2000 ducados de multa y pasar seis años preso en el fuerte de La Habana. Francisco Serrano del Arco fue arrestado por el asesinato de un esclavo, que el trato de que pareciera muerte natural con la complicidad de la justicia civil, su actitud soberbia ante los inquisidores de México, aunada al hecho de que cierta abuela paterna del lado de su mujer, no parecía tener orígenes del todo claros, movió a la Suprema a quitarle el título de familiar y al mismo tiempo, obviamente, los privilegios que lo acompañaban". Ídem, pág. 58.

[127] Ídem, pág. 59.

[128] Conforme Joaquín Pérez Villanueva y Bartolomé Escandell Bonet. Historia de la Inquisición en España y América. Cit. pág. 859.

pleados para ello discurren por toda una amplia casuística que va desde la presión física o psicológica a la sutil adulación"[129].

Adjudicado este rol a vecinos de cierta preeminencia social o económica, quienes ascendían incluso socialmente por esta concesión de la familiatura, que pretendían instituir como hereditaria, fueron considerados como parte de un proceso de criollización de la burocracia inquisitorial indiana[130].

La gratuidad[131] de sus funciones se compensaba con el disfrute de los privilegios que la honra de la familiatura importaba socialmente, matiz, por otra parte, que se ha juzgado como el desencadenante del interés que despertaba la familiatura, del mismo modo que el progresivo cercenamiento de los privilegios hacia finales del siglo XVII provocó la disminución de las solicitudes de ingreso, pese a ello, la institución continuó, con una lozanía marchita, hasta el ocaso del Tribunal[132].

A la deseada y temida salvación de las almas[133], la extrema consideración social, la reserva de sitios privilegiados en actos oficiales, se le sumaba el intento de disfrutar de la jurisdicción inquisitorial. Los familiares pretendieron la eximición de la jurisdicción ordinaria criminal y también de la eclesiástica, circunstancia que originó múltiples conflictos. Se argumentó que los familiares de la Inquisición no formaban parte del personal ordinario del Santo Oficio. Su

[129] Jaime Contreras, La infraestructura social cit, página 128-129.

[130] Bartolomé Escandell Bonet: Sociología Inquisitorial Americana. Las estructuras sociales de la Inquisición. En Joaquín Pérez Villanueva, Bartolomé Escandell Bonet Historia de la Inquisición en España y América cit, pág. 858.

[131] La fuente más considerable de ingresos pata el Tribunal, que siempre careció de fondos fijos, fueron las confiscaciones. Castigo generalmente prescripto por la ley canónica para los casos de herejía. Los bienes secuestrados pagaban las costas del proceso, los traslados del prisionero, su estancia en la cárcel etc.

[132] Gonzalo Cerrillo Cruz, Los familiares de la Inquisición Española. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2000, pág. 231.

[133] Bula de Pablo V del 29 de julio de 1611.

misma elección considerada "coyuntural" fue un argumento de peso que se esgrimió para evitar la institucionalización de sus privilegios.

Los privilegios otorgados a familiares y funcionarios del Santo Oficio, contenidos tanto en normas consuetudinarias que los asimilaban a los privilegias y honras concedidas a los crucesignados de la Inquisición medieval, como en los textos de cédulas reales, concordias, cartas acordadas, etc. comprendían desde la eximición de impuestos, obligaciones comunitarias, fatigas militares, alojamiento de las tropas, licencia para llevar armas defensivas y ofensivas, amén del discutido tema, al que ya hemos hecho referencia, de la dispensa de la jurisdicción ordinaria[134].

Los privilegios y beneficios acordados se remontaban a antiguas prácticas, como las propias de los años en que una organización estatal débil buscó remediar la situación, proveyendo de este modo el alojamiento de las tropas que llegaban a poblaciones donde no existían los mínimos acuartelamientos, requiriendo el hospedaje de particulares[135].

Temidos por sus pares, rodeados de dignidades y honores, reverentes, cautelosos, reservados, taciturnos, lúgubres, circunspectos, haciendo del secreto un instrumento cierto del temor y por lo tanto de una implícita e incuestionada autoridad, han sido evocados a través de esta pintura:

---

[134] Urbano II había concedido a los cruzados enviados a los Santos Lugares exención de la jurisdicción temporal sujetándolos a la jurisdicción eclesiástica. También ordenó la defensa de los prelados y la excomunión para todo aquel que los molestase, jurisdicción que asimismo se concedió a los crucesignados que acudirían a la defensa de la Tierra Santa en la Concordia celebrada en 1200 entre el rey de Francia Felipe II y el Nuncio del Pontífice Inocencio III. Conforme Gonzalo Cerrillo Cruz: Los familiares cit pág. 122.

[135] El tema ha sido tratado para el reinado de Felipe II por José Antonio Martínez Bara: Licencias de aposento del Madrid de Felipe II Madrid, Instituto de Estudios Madrileños, 1962.

> "He aquí a un Familiar acompañando con tonos graves y sombríos, al Inquisidor de turno durante la visita del distrito. Orgulloso y altivo con soberbia apenas mal disimulada, muestra su privilegio social ante sus vecinos. Sabe que debe diferenciarse en el trato con sus paisanos, pero también vive junto a ellos. Muchos cambian de conversación ante su presencia, otros adoptan forzadas, aunque discretas actitudes coloquiales. Es un vecino sí, pero no un vecino cualquiera, he aquí el drama de muchos familiares. En su ascensión social han conseguido la familiatura, pero no han podido despojarse del todo de esas adherencias naturales que están incrustadas, todavía, en su mentalidad popular. De esa contradicción derivan -en muchas ocasiones- los fallos del control social. La amistad choca con la enemistad y el paisaje con el anonimato ¿Cómo delatar a fulano, amigo de la infancia? ¿No murmurará el vecindario cuando el procesado es un enemigo? Serio desgarro vital que el proceso re educacional del Tribunal apenas pudo salvar"[136].

No obstante el imperio de las previsiones legales, en los archivos indianos abundan las denuncias de haberse otorgado la familiatura a sujetos sin investigación suficiente de sus antecedentes de linaje, en algunos casos de claro origen converso, casos de abuso de poder de familiares en su ejercicio profesional, utilización del cargo para el aprovechamiento de influencias, exacciones, etc.[137]

Los Comisarios que se desempeñaron en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán cumplieron su labor, rodeados y auxiliados por los Familiares del Santo Oficio, quienes como era de rigor debían recibir el cargo, en tanto acreditaran limpieza de sangre y una

[136] Jaime Contreras: La infraestructura social cit, pág. 129- 130. Encontraron eco en la producción literaria, novelas como El Buscón, El Diablo Cojuelo registran la presencia de familiares.

[137] Conforme Bartolomé Escandell Bonet: Sociología Inquisitorial Americana. Las estructuras sociales de la Inquisición. En Joaquín Pérez Villanueva, Bartolomé Escandell Bonet Historia de la Inquisición en España y América cit, pág. 858.

acrisolada vida personal y familiar, cuya comprobación suscitaba largas demoras y dilaciones, que obligaron a los Comisarios a disimular requisitos y exigencias previas, conforme lo atestiguan los testimonios del archivo que hemos examinado[138].

En el requisito estaba interesada la propia monarquía. Felipe II por Real Cédula, en Valladolid el 15 de mayo de 1545 disponía:

> "...Los que hubieren de ser proveídos por tales Familiares sean hombres llanos y pacíficos y quales conviene para Ministros de oficio tan santo y para no dar en los pueblos disturbios, y para que deste número no se exceda, y sean las personas de los familiares quales es dicho, el Inquisidor general y el Consejo de la Inquisición tengan el cuidado que convenga, y despachen sobre ello las provisiones necesarias"[139].

El número de Familiares que asistía al Tribunal Inquisitorial en cada distrito debía ser proporcionado a los Corregidores para que éstos los conocieran, entendieran y pudieran reclamar cuando los Inquisidores se excedieran del número, anoticiándoles asimismo los reemplazos e informando al Tribunal toda sospecha sobre la inconcurrencia de las calidades debidas.

Naturalmente que el mayor número de familiares garantizaba el mayor control inquisitorial, todos los autores que han estudiado el tema se preocupan en señalar el excesivo crecimiento de fami-

---

[138] En otros archivos y repositorios americanos más nutridos han sido estudiadas minuciosamente las situaciones suscitadas, donde abundan las quejas sobre la actuación de los familiares y las consecuentes admoniciones e instrucciones reservadas, vertidas para que en la investigación de los antecedentes familiares y pruebas de limpieza de sangre, se constatara cuidadosamente la norma exigida de que los pretendientes fueran individuos quietos, pacíficos de buena vida y costumbres, recordándoles sus deberes y obligaciones y extremando el celo para la vigilancia y control de su conducta, evitando cuidadosamente "que muchos se sirviesen del Santo Oficio para cometer delitos que quedaban impunes". Conforme Paulino Castañeda Delgado: La Inquisición en Lima cit, pág. 58.

liares que ocurrió en los primeros años de instalación del Tribunal del Santo Oficio, que obligó incluso a las autoridades a aconsejar la moderación de los nombramientos, criterio a su vez que compartió la Suprema.

Las concordias entre el Rey y los Inquisidores intentaron regular el número de familiares. Kamen estudia la concordia de Castilla que en 1553 fijaba 805 familiares para Toledo, 554 para granada y 1.009 para Galicia[140].

Se trató de balancear ajustadamente la imperiosa necesidad de contar con personal respetado y temido por la sociedad, que proporcionara efectiva ayuda a los Inquisidores, con la preocupación creciente de no estar prohijando una casta privilegiada exenta de la jurisdicción ordinaria, que pudiera eventualmente desbordarse en sus ventajas y prerrogativas.

De este modo se prohibía a los Inquisidores inmiscuirse en el conocimiento y jurisdicción de las causas civiles que involucraran a los familiares del Tribunal, en cuanto a las causas de naturaleza penal, les estaban especialmente vedadas las causas de lesa Majestatis humanae, las contra naturam, las de laese Majestatis, forzamiento de mujer, quebrantamiento de casa, iglesia o monasterio, robador público, quema de casa o de campo con dolo y otros delitos sancionados con pena mayor.

> "... pero en todas las otras causas criminales que no son de los dichos delitos y casos arriba exceptuados, quede a los dichos Inqui-

[140] Anota el autor que citamos: "En Galicia en 1611 había un total de 388 familiares y 100 comisarios en toda la provincia (una proporción de uno para cada 241 casas de población) pero esos funcionarios se distribuían en menos de un 6,4% de las villas y poblados lo que prueba que existía muy poco contacto entre la Inquisición y el pueblo. En Valencia, en cambio, en 1567 había 1.638 familiares (en proporción de uno por cada 42 casas). A medio camino entre ambos extremos se encontraba el Tribunal de Barcelona, que en 1.600 tenía 815 familiares con una proporción de uno por cada 110 casas". Conforme Henry Kamen. La Inquisición española cit. pág. 195.

> sidores sobre los dichos Familiares, la jurisdicción criminal, para que libremente procedan en ellas, y las determinen como Jueces, que para en ello tienen jurisdicción de S. M. (...) y en los dichos casos en que los Inquisidores han de proceder, pueda prender el Juez seglar al familiar delincuente, con que luego lo remita al Inquisidor, que del delito ha de conocer con la información que hubiere tomado, lo cual se haga a costa del delincuente".

Para las Indias fue diseñado un sistema vaciado en un molde similar.

Al igual que en la península, no podían los Inquisidores amparar a los Familiares del Santo Oficio, titulares de oficios públicos, perseguidos por las Justicias reales por la comisión de los delitos de su ámbito, "sino que los dejen a sus ordinarios" y contra los familiares que se amancebaran se resolvía que procediendo "nuestras justicias o las eclesiásticas por el dicho amancebamiento contra ellas no las amparen ni defiendan, habiendo las dichas justicias prevenido la causa".

La provisión de los Ministros del Santo Oficio en el Comisariato de Córdoba del Tucumán dio lugar a largas tramitaciones donde se estudiaban las genealogías y méritos de los postulantes con extremo cuidado.

Las instrucciones limeñas insistían sobre los aspectos que hemos examinado, reservaba 12 familiares para la ciudad de los Reyes, cuatro para cada ciudad cabecera del obispado y uno por cada lugar de españoles.

Para todos ellos y sus mujeres se exigía la calidad de cristiano viejo: "limpios de toda raza de cristianos nuevos y que no hayan sido penitenciados por el santo Oficio de la Inquisición, quietos, pacíficos y de buenas costumbres, casados y que no hayan resumido corona y que sean vecinos y moradores y que tengan su continua habitación en los lugares donde fueren nombrados por familiares".

La información in scriptis sobre estos puntos, vista por los Inquisidores limeños, si lograba aprobación, autorizaba la concesión de la cédula de familiatura con el otorgamiento de los mismos pri-

vilegios que sus pares castellanos, guardando las cédulas de concordia.

Un informe recaído en la pretensión de cada uno de los postulantes, al término de la visita general, precisaba:

> "Habiéndose reconocido los títulos de Ministros de este Santo Oficio del distrito de la ciudad de Córdoba del Tucumán, los que resultan del secreto de dicho Santo Oficio en los registros de las pretensiones de cada uno, y los informes del comisario de dicho distrito, he decretado por auto de esta visita general, lo que se expondrá en cada uno en particular, para que lo tenga entendido el Comisario y lo haga saber luego a los interesados".

Las actas inquisitoriales prescribían: "El Doctor Don Joseph de Arguello que haga su pretensión con el Tribunal, presentando su genealogía y habiendo depositado y en el ínterin puede continuar en la Comisaría Don Gerónino Luís de Echenique está corriente. Don Joseph de Galarza esta corriente. Don Joseph de Echenique que haga su pretensión en el Tribunal presentando su genealogía y haciendo depósito y en el ínterin queda dispenso y detenido su título, sin que pueda usar de él ni de sus efectos Don Pedro de Arguello que haga su pretensión en el Tribunal, presentando su genealogía y haciendo depósito y en el ínterin podrá continuar en los casos que se ofrecieren en su ministerio de notario en inteligencia de que sólo in officio, oficiando podrá gozar del fuero Fray Juan Silverio Pabón: que haga su pretensión en el Tribunal; presentando su genealogía y haciendo depósito y en el ínterin queda suspenso y detenido su título, sin que pueda usar de él ni de sus efectos. Don. Manuel Saturnino Esteban de León, está corriente y ha de remitir a este juzgado de visita el título original de Alguacil Mayor, para poner el pase de la visita. Las cuales providencias hará saber el Comisario a los contenidos en ella para su puntual cumplimiento"[141].

[141] AHAC, Santo Oficio de la Inquisición, cit. Legajo XVIII.

La importancia de los familiares fue advertida constantemente, aun en 1738, Gonzalo Bravo, Consejero de la Suprema informaba:

"Los inquisidores destos Tribunales son sacerdotes que obran desde el secreto, encerrados todo el día y de por si tienen poquísimas manos como se dexa conocer, Y aunque es verdad que todos están sujetos a su jurisdicción en el delito de la Fe, sin embargo son necesarios Ministros seculares que asistan en el exercicio de la jurisdicción y guardia de sus personas por el riesgo a que están expuestos por el odio de los delincuentes hereges en que refieren muchos malos ejemplos las historias"[142].

Juzgaba que inquisidores sin familiares eran una cabeza sin brazos, a merced de la herejía, que su labor decaería irremediablemente sin el efectivo concurso de aquellos porque ¿quién zelaria la Fe, quien daría las noticias, quien haría las prisiones, quien executaria las órdenes del Tribunal tan lexos de su presencia sino huviesse como ministros?[143]

Aunque en opinión de Henry Kamen los familiares alcanzaron notoriedad por sus labores de espionaje y delación, no fue ésta su función principal, máxime si se piensa en una sociedad intensamente entrenada y organizada para reconocer al enemigo dentro de su propia casa[144].

Protección a la persona de los Inquisidores, acompañamiento en sus salidas públicas, auxilio a los miembros del Tribunal y su personal, guardia en las antecámaras, capturas, traslado y guarda de los prisioneros, custodia de puertos y fronteras, visita de navíos, denuncia de los herejes, auxilio en los trabajos de publicación y lectura de los Edictos de Fe, confiscaciones de bienes y subastas de los mismos, vigilancia de sospechosos, control de los sambenitos colgados en las iglesias, etc. eran las tareas habituales que llevaban a cabo los familiares, como asimismo en los solemnes autos de Fe colocar a los reos los sambenitos, corozas en la cabeza, sogas

[142] AHN Inquisición 11-1251 261-263 citado por Gonzalo Cerrillo Cruz Los familiares de la Inquisición Española cit. pág. 213.

[143] Ídem.

[144] Henry Kamen La Inquisición cit pág. 193.

al cuello y las velas de cera verde que debían portar en sus manos, sacando en procesión a los condenados y administrándoles los castigos que se les habían impuesto.

En el Comisariato de Córdoba del Tucumán fue advertida también la periódica falta de familiares que auxiliasen al Tribunal en el ejercicio de su ministerio, afectándose el desempeño de la jurisdicción.

El remedio que encontró el Tribunal de Lima fue permitirle al Comisario efectuar las designaciones más urgentes, remitiendo luego la genealogía de los favorecidos por el nombramiento.

No hay sobre el particular variantes mayores que las que registra una carta orden fechada en Lima el 17 de diciembre de 1712:

> "... Ha recibido este Tribunal su carta del Comisario del 22 de septiembre de 1708 juntamente con los testimonios de los Ministros que nombró en esa ciudad de Córdoba en virtud de la carta orden de este Tribunal en que se le concede licencia por la falta que se presentó haber de familiares para los negocios que se precisan del Santo Oficio, los cuales esperamos hará remitir cuanto antes a este Tribunal su genealogía para que se les hagan sus pruebas, poniendo persona en esta ciudad para el caso que se le mande depositar..."[145].

La situación, que se mantiene sin sustanciales variantes durante toda la vigencia del Tribunal, por momentos comprometía absolutamente la eficacia del mismo, que falto de ministros y familiares no podía cumplir, aun mínimamente, sus funciones.

El 2 de marzo de 1733 Don Domingo Quijano de Velazco, Dignidad de Maestre de Escuela de la Iglesia Catedral y Comisario del Santo Oficio de la ciudad de Córdoba informaba al Tribunal de Lima:

> "... Por cuanto de este Tribunal se hizo informe a los Muy Ilustres Señores Inquisidores Apostólicos que residen en la ciudad de los Reyes la falta de Ministros familiares con que se hallaba esta ciudad

[145] AHAC Santo Oficio de la Inquisición cit. Legajo XVIII.

de Córdoba, de que resultó carta orden de los Muy Ilustres Señores de fecha en los Reyes junio de mil setecientos siete años de la cual se da comisión a este Tribunal para que nombre ministros y familiares en personas de calidad y en el que concurran las más que se requieren para dicho ministerio y que en las así nombradas se les pida su genealogía y se remitan a dicho Santo Tribunal y estando como está este Tribunal sin ministro alguno por haberse muerto todos y ser presto que los haga para los casos y cosas que se pueden ofrecer de negocios pertenecientes a este Santo Oficio y que no cesen los despachos de él..."[146]

El mismo informe recordaba las virtudes que debían adornar a quienes se desempeñaran en el Tribunal inquisitorial, limpieza de sangre, honesta genealogía, "virtud, letra y nobleza".

La designación en el mismo instrumento de Don Joseph de Arguello y Baigorria daba cuenta de la consideración que el Tribunal hacía de estas calidades:

"...Por tanto usando de la dicha facultad y concurriendo como concurren dichas calidades de virtud, letras, nobleza y demás calidades que requiere el Santo Tribunal en la persona de Don Joseph de Arguello y Baigorria le elegimos y nombramos por una de las personas honestas de este Tribunal y su jurisdicción para que como tal acuda con toda puntualidad y cuidado a lo que le fuera ordenado y antes de ser admitido a dicho ejercicio, haga ante nos y nuestro notario el juramento de fidelidad y secreto acostumbrado y mandamos que se le guarden todas las honras, preeminencias, excepciones y libertades que se le deben guardar como a tal ministro y que de este nombramiento se saque testimonio autorizado en bastante forma, para que con su genealogía se remita a los Muy Ilustres Señores Inquisidores Apostólicos de los Reinos del Perú, para que con su vista se sirvan dar la providencia que convenga. Así lo proveemos, mandamos y firmamos en esta ciudad de Córdoba en dos días del mes de marzo de mil setecientos treinta y tres años por ante el nuestro Notario del Santo oficio"[147].

[146] AHAC Santo Oficio de la Inquisición cit. Legajo XVIII.

La posesión del cargo del nuevo ministro del Santo Oficio se verificó un día después. Así lo informaba el Comisario Domingo Quijano Velazco:

> "... presente el doctor Don Joseph de Arguello, de quien el dicho Señor Comisario, por ante mí, el presente notario le recibió juramento a Dios nuestro Señor y a una señal de la Cruz que hizo y celebró en forma de derecho y verbo sacerdotis tacto pectore que usará bien y fielmente con todo cuidado y diligencia y a su leal saber y entender el oficio y cargo de tal persona honesta del Santo Oficio en que ha sido nombrado y guardará secreto de todas las cosas que le fueran comunicadas y encargadas por el Santo Oficio o de lo que supiere o entendiere que deba guardar y no las revelará a persona alguna por escrito o de palabra"[148].

Le fue asimismo permitido al Comisario, en ocasiones, satisfacer la subrogación de cargos, en los Familiares de más antigua data en el Tribunal, para cubrir urgencias de la administración del Santo Oficio, dando luego cumplida noticia a Lima:

Así se verificó el 16 de marzo de 1764, cuando el Tribunal de la ciudad de los reyes en oficio al Comisario Joseph Antonio Ascasubi admitía a éste:

> "En vista de lo que el Comisario nos representa en su carta del 15 de junio del año próximo pasado, le aprobamos la subrogación que hizo el Familiar más antiguo en el lugar del Alguacil Mayor de este Santo Oficio en esa ciudad, por estar ocupado en expediciones militares..."[149]

La cicatería de las fuentes del archivo cordobés, breves y esquivas, no permite abordar un estudio sobre la singular burocracia inquisitorial de la familiatura. Los interrogantes claves, sobre qué

[147] AHAC Santo Oficio de la Inquisición cit. Legajo XVIII.

[148] AHAC Santo Oficio de la Inquisición cit. Legajo XVIII.

[149] AHAC Santo Oficio de la Inquisición cit. Legajo XVIII.

bagaje ideológico guiaba su actuación y qué rol pretendía cumplir en la jurisdicción en estudio, a la par de inquirir si la actuación de los familiares le imprimió al Comisariato cordobés un sello distintivo, o por el contrario la propia institución impuso la omnipresencia de su estilo, son, por el momento, enigmas que no podemos contestar, a diferencia de otros horizontes donde el tema ha empezado a ser develado[150].

Las redes de familiares inquisitoriales significaron un eficaz instrumento, manejado hábilmente por el Santo Oficio, para asegurar su inserción en el medio donde actuaba y conseguir los indispensables socorros, auxilios, entramados de información y de control a cambio de los honores y privilegios que la concesión de la familiatura dispensaba[151].

---

[150] Sobre el particular se destacan los trabajos monográficos de Rogelio Pérez Bustamante: Nóminas de Inquisidores. Reflexiones sobre el estudio de la burocracia inquisitorial en el siglo XVI; Ricardo García Cárcel: Numero y Sociología de los familiares de la Inquisición Valenciana; Luís Coronas Tejada: Estudio social de los familiares del Santo Oficio en Jaén a mediados del siglo XVII etc. en Joaquín Pérez Villanueva, Director. La Inquisición Española Nueva Visión, Nuevos Horizontes, Madrid, España, Siglo XXI de España, 1980.

[151] "La organización del distrito es el gran generador de una amplia base social ante el Santo Oficio ofreciendo un valioso grado de honor y privilegio. Este es elemento que permite comprender una buena parte de su funcionalidad y las estrategias de los tribunales inquisitoriales para conseguir una implantación social en sus diferentes territorios y sectores. Seguramente habrá pautas un tanto generales, pero la concreción de estas estrategias es cosa de cada tribunal, de los inquisidores y oficiales. Por un lado dirige sus tentáculos a obtener un enraizamiento en las estructuras sociales y políticas de los amplios territorios que formaban los distritos de los tribunales a través de los cargos de familiares y comisarios. Para ello recoge a los grupos poderosos de sus respectivos ámbitos. Esencialmente mediante las relaciones de clientela con miembros del tribunal y la herencia, aunque también tienen su importancia los viajes a la Corte, la representación de nobles, representantes del Rey o de la iglesia, cor-

Su número fue, empero, mayor en las ciudades metropolitanas que en las indianas, donde crónicamente se gestionó su aumento[152]. Miembros de una misma familia solían disponer de estos cargos, siendo frecuente que los padres los tramitasen para sus hijos, como un primer escalón en el ansiado ascenso social[153].

Su importancia se aquilata hasta el siglo XVIII, donde el ingreso de la dinastía de los Borbones al trono español presupone el robustecimiento del regalismo y una enérgica reducción de los privilegios. De este modo, "el cargo de familiar carecía de aliciente, convirtiéndose cada vez más en un mero puesto honorífico reservado a personas de elevada posición social"[154].

---

poraciones. Estas últimas constituyen la forma con que el Santo Oficio se garantiza la implantación a través de unas relaciones de convivencia basadas en la fidelidad y la deuda entre los distintos cuerpos burocráticos. Conforme Roberto López Vela Sociología de los Cuadros Inquisitoriales en Joaquín Pérez Villanueva y Bartolomé Escandell Bonet Historia de la Inquisición en España y América cit, página 669 y siguientes.

[152] Conforme Paulino Castañeda Delgado Pilar Hernández Aparicio La Inquisición en Lima. Madrid, Editorial Deimos, 1989. Volumen I, Páginas 58 y siguientes. Asimismo Jaime Contreras El Santo Oficio de la Inquisición en Galicia (Poder- Sociedad- Cultura), Madrid, Akal Editor 1982. Páginas 76 y siguientes. También Francisco Bethencourt: La Inquisición en la épocas modernas. España, Portugal Italia. Siglos XV al XIX. Madrid, Ediciones Akal, 1997. Páginas 176 y siguientes.

[153] Ídem Tomo II Madrid, 1995, página 118.

[154] Gonzalo Cerrillo Cruz, Los familiares de la Inquisición en la época borbónica en Instituto de Historia de la Inquisición. Revista de la Inquisición. Volumen 4. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995. Página 177. La situación se explica con claridad en el Memorial que en 1706 presentan los familiares de la inquisición toledana: "Por la Concordia y Ley real está limitado y señalado el número de los familiares que a de aver en cada ciudad, caveza de partido, arciprestrazgo, vicarias y pueblos, cuio numero a benido a descaecer en el referido distrito, de tal manera que no llega en lo general a la quarta parte de los que determina la dicha Concordia, obligando a el tribunal de Toledo, para muchas causas

La pérdida paulatina de sus prerrogativas y privilegios encuentra su correlato en una drástica reducción de la oferta de candidatos. Víctor Sánchez Gil opina para el caso de los Tribunales murcianos, situación que se reproduce en Cuenca y Canarias que "los que todavía en el siglo XVIII siguen interesados por el cargo lo hacen por motivaciones más bien ideológicas y particularistas, que por obtener algún prestigio y ascendencia sociales"[155].

La materia del control

¿Pero qué causas motivaban el interés de los Inquisidores y desencadenaban su inmediato accionar?

Los cinco tipos de asuntos que agrupan las materias tratadas por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, se inscriben en los temas de solicitación, proposiciones heréticas, censura, bigamia y hechicería.

La adscripción por clases sociales a la comisión de estos delitos perseguidos por el Santo Oficio se reparte del siguiente modo: los considerados herejes que se inscriben en las capas más altas de la so-

---

de fee, y otras, cometer las diligencias de ellas a ministros que residen en lugares mui distantes de aquellos donde se a de actuar, que sobre ser los más negocios a costa de ellos, tienen el trabajo de lo dilatado y penoso de los viajes, y transporte de los reos, siendo causa de estos daños el no aver ministros en muchos lugares, pues siendo Talavera, Alcalá y Guadalajara y itrias ciudades y villas caveza de partido, se allan sin comisarios, y en otras muchas sin familiares ni notarios, sin que aya persona que se aliente a pretender estos empleos, causando sumo desconsuelo a los pocos que oy han quedado, pues en Toledo siendo su número de cincuenta familiares, no ai oy la mitad, siendo la principal causa de lo referido en lo general y particular el ser tan cortos los privilegios y exempciones de que gozan y por no allarse remuneradas sus continuas asistencias". Esta situación anota el autor se repetía en otras jurisdicciones. Ídem, pág. 178.

[155] Víctor Sánchez Gil La Burocracia Inquisitorial en el Siglo XVIII. El Tribunal de Murcia de 1793. en Revista de la Inquisición, Volumen I, Editorial Complutense. Madrid, 1991, pág. 275-276.

ciedad son españoles o criollos de posición acomodada. Asimismo, las actuaciones examinadas en esta investigación corresponden al tema del control inquisitorial sobre la difusión de doctrinas heterodoxas a través de la circulación de libros e impresos.

Los reos acusados del crimen de brujería pertenecen a los estratos más bajos de la sociedad, cuando no directamente a las castas, y es casi la única figura que agrupa casi exclusivamente a mujeres. Los solicitantes son sacerdotes de procedencia española o criolla, en número escaso, con mayor registro en la categoría de religiosos regulares. La bigamia agrupa, por su parte, tanto a españoles como a indianos[156].

Tal fue el campo que espigó en nuestra jurisdicción este instrumento de control político, al servicio del estado español, fiel y decidido custodio de la ortodoxia religiosa, y además, un aliado devoto de las estructuras políticas, a las que sirvió con igual reverencia, porque la herejía es delito y es pecado, y al violarse la ley divina se viola también la ley civil, que no es otra cosa que espejo y reflejo de aquella.

---

[156] El tema ha sido estudiado por Marcela Aspell en "Los Comisarios del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. La solicitación en el Siglo XVIII" en Cuadernos de Historia. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 1994 "Las lecturas prohibidas en Córdoba del Tucumán. Siglos XVII-XVIII" en el Volumen VII de Cuadernos de Historia. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 1997 Los Comisarios del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. Las proposiciones heréticas Siglos XVII-XVIII". En Memoria del XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Universidad de Castilla La Mancha. Toledo, 1998 "Los Comisarios del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. La regulación de la censura. Siglos XVII-XVIII" En el Libro Homenaje al Profesor Carlos Díaz Rementería publicado por Universidad del Museo Social Argentino. Universidad de Huelva, 1997. Córdoba, 1997.

Pero resultaba muy difícil el control visceral de estos territorios, tan alejados de la cabecera de Lima.

La situación fue advertida por el Consejo, a los inquisidores limeños: "Aquí se ha entendido que a esos reinos y provincias pasan algunos herejes de diferentes naciones con ocasión de las entradas que en ellas hacen los holandeses y que andan libremente tratando y comunicando con todos y tal vez disputando de la religión, con escándalo de los que bien sienten y con manifiesto peligro de introducir sus sectas y falsa doctrina entre la gente novelera, envuelta en infinidad de supersticiones, cosa que debe dar cuidado y que pide pronto y eficaz remedio; y consultado con el Ilustrísimo Inquisidor general, ha parecido que hagáis exacta diligencia para saber en qué lugar de ese distrito se alojan, y habiéndose averiguado con el recato y secreto que conviene, ordenaréis a los comisarios que los admitan a reconciliación, instruyéndolos en las cosas de nuestra santa fe católica por personas doctas y pías; y no queriendo convertirse, procederéis contra ellos conforme a derecho y severidad de los sagrados cánones, en que pondréis el cuidado y vigilancia que esto pide, antes que lleguen a ser mayores los inconvenientes que amenaza la disimulación que se ha tenido, dándonos aviso de lo que fuéredes haciendo"[157].

Pero el grado de temor a los continuos ingresos de herejes al Río de la Plata aumentaba de manera tal que convenció al Rey sobre la necesidad de requerir informes al Virrey, y al Presidente de Charcas, acerca de la conveniencia de establecer un nuevo Tribunal de Inquisición en la provincia de Tucumán, que el segundo funcionario vio posible y aprobó calurosamente, fundando su necesidad precisamente en los desmanejos protagonizados por los Comisarios que operaban en la jurisdicción: "Mi parecer es que hace muchos años que debía haberse hecho, en los que ha que sirvo a Vuestra Majestad en este oficio he visto que se han hecho grandes agravios a los vasallos de Vuestra Majestad en estas pro-

[157] La carta está fechada el 20 de marzo de 1626. Conforme José Toribio Medina: Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima, Tomo I pág. 301 y siguientes.

vincias por los comisarios que hay en ellas, maltratándolos con leves ocasiones, mandándolos comparecer en Lima con gastos y descrédito nunca reparable, vejándolos con tomar particulares cesiones, y haciendo otros daños de que no han osado pedir remedio por tenerle tan lejos y serles horrible la misma medicina"[158].

Analizados cuidadosamente los informes producidos, el Rey, resolvió "que se excusase de poner inquisición por los inconvenientes que se seguirían, y tomase por medio que la Inquisición de Lima enviase un comisario de muchas partes, y al gobernador se ordenase le asistiese"[159], con lo cual se dio por tierra todo intento

[158] La nota está fechada el 3 de marzo de 1641. Conforme José Toribio Medina: Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima, cit Tomo I, pág. 305.

[159] El despacho respectivo está fechado el 26 de noviembre de 1636. Refiere José Toribio Medina cómo el propósito de establecer un tribunal inquisitorial en Buenos Aires era una idea que rondaba en el pensamiento de significativos hombres de la época, citando, en su aserto, el texto de la carta que el jesuita Juan de Escandón escribía en 25 de marzo de 1574 al padre procurador Pedro de Arroyo: "V. R. entre sus muchos cuidados, procure acordarse del que tratamos en el camino de Córdoba a Buenos Aires, es a saber, de la indispensable necesidad que estas tres provincias tienen de un tribunal de la Santa Inquisición, por estar tan retirado el de Lima, que de casi nada nos sirve, ni nos puede servir aquí, distando más de mil leguas; y porque sé yo que otra razón que podrá haber para que de allí casi no venga providencia de las muchas que fuera bien que viniesen, y si alguna por casualidad viene, es ya tan fuera de tiempo que no sirve. Lo cierto y sin duda es, que los veinte años que aquí yo estoy en estas provincias, nunca he visto ni oído que de ninguna de ellas se halla preso ninguno por la Inquisición, sino uno solo en Buenos Aires, y ése no llegó a la Inquisición, sino que se escapó a pocos días de camino, y no se ha vuelto a coger; y otro clérigo de Paraguay que lo mandó a Lima fue espontáneamente al llamamiento del Tribunal: y aquí se acabó todo lo que en este tiempo yo he sabido, y poco más sabrá V. R., y me consta por testimonio de uno de los comisarios que aquí tiene la dicha Inquisición de Lima, que uno de estos años pasados contaba ya

de erigir un nuevo Tribunal inquisitorial en estos territorios del sur, y los tres Comisariatos prosiguieron funcionando con múltiples dificultades que resultaba difícil sortear.

En la jurisdicción en estudio es conocida la facilidad de sus habitantes para eludir la acción de la justicia, sus estrategias de supervivencia y de mimetismo con los estudiados recursos de la auto presentación ante el Comisario, a fin de dejar aclarado y, en su caso, destruir el peligroso efecto de un rumor popular que podía adquirir los contornos de una virulencia extrema y desbordada.

En suma, los estudios de la actuación del Comisario inquisitorial en áreas alejadas del control del Tribunal de Lima, permiten describir la Inquisición como un campo de experimentación, donde se configura al mismo tiempo una estrecha interrelación y dependencia entre el poder de la Iglesia y el poder secular, circunstancia que indudablemente fortaleció el poder secular, pero donde a la par se

---

más de once o doce causas, que en otros tantos o más años había averiguado y despachado a dicha Inquisición, y de sólo la primera que despachó tuvo respuesta, y eso al cabo de dos años, cuando ya el reo había desaparecido. Esto y no haber aquí Inquisición, ya se sabe que es lo mismo." Y si siempre ha sido y se ha juzgado necesaria aquí otra Inquisición distinta de la de Lima, ahora lo es y se juzga por más necesaria e indispensable que nunca, porque esto se va inundando cada día más de portugueses, y no digo más, pero sepa V. R. que son ya tantos que en Buenos Aires y su jurisdicción, se asegura que llegan ya a seis mil, de los cuales están muchos ya allí avecindados y casados; y otros, que no echan que haya tantos, no los bajan de cuatro mil, y a esta proporción los hay en todas estas ciudades y jurisdicciones, y en esta de Córdoba, porque por orden de la Audiencia los echó de sí y desterró uno de estos años, ellos se fueron a otras ciudades, y en lugar de ellos han venido otros tantos o más. Mire, pues, V. R. cual se irá poniendo esto, para que aquí cuanto antes tenga muy bien que hacer una Inquisición, o acaso dos o tres, si no es, que España quiera que en estos sus dominios viva cada uno en la ley que quisiere". Conforme José Toribio Medina: Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima, cit Tomo I pág. 305 y siguientes.

puede medir el impacto de muchos fenómenos relacionados con la construcción del poder del estado.

Una actividad jurisdiccional que, para lo extenso de su distrito, no registra cifras numéricamente importantes[160].

Creemos por último que estos estudios, que permiten arrojar alguna luz sobre el establecimiento y la actuación de los Comisariatos en zonas apartadas, la configuración de las redes de familiares que apoyaron decisivamente la labor cumplida por el Comisario del Santo Oficio, tratando de desentrañar la lógica interna del Tribunal, las condiciones en que llevaron a cabo su trabajo y de manera fundamental, el análisis de la materia, el sustratum que interesaba y disparaba la labor del Santo Oficio, que en horas de la noche se desperezaba para recibir el flujo de denuncias que alimentaba su labor cotidiana, aunque necesariamente incompletos, por la cicatería de la documentación que ha logrado sobrevivir, ayudan, sin embargo, a comprender el funcionamiento de los Tribunales de Justicia, como un instrumento decisivo para entender los procesos de construcción del Estado y los espacios en los que se estaban ensayando nuevas formas del ejercicio del poder.

[160] René Millar en su erudito libro, Inquisición y Sociedad en el Virreinato Peruano, cit, ha demostrado cómo el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima condenó a 1700 reos, de los cuales tan sólo 50 fueron sentenciados a muerte, llevándose a cabo exclusivamente 30 ejecuciones, por cuanto el resto de las condenas se cumplieron "en efigie".

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES NACIONALES

Palabras de recepción del académico correspondiente en Santa Fe,

Dr. Edgardo Ignacio Saux*

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número

Dr. Manuel Cornet

---

* Acto realizado en sesión extraordinaria del día 24 de septiembre de 2013.

El Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho nos ha conferido la alta distinción de encomendarnos pronunciar las palabras de presentación del nuevo Académico Correspondiente por la Provincia de Santa Fe, Dr. Edgardo Ignacio SAUX, quien a partir de este acto pasa a formar parte de esta corporación, circunstancia que nos alegra de sobremanera porque podrá aportar todo ese bagaje cultural, preparación técnica y hombría de bien que lo distingue, como brevemente detallaremos.

Hace varios años que conozco a Edgardo Saux, tengo un gran afecto por sus condiciones humanas y un gran respeto por su trayectoria científica y académica.

Hemos compartido numerosas Jornadas y Congresos de Derecho Civil y Edgardo se destaca por la seriedad y profundidad de sus aportaciones.

He compartido también Tribunales de Concurso de Derecho Civil y he comprobado su equilibrio, don de gente, carácter amable, simpatía y fino sentido del humor.

Su formación jurídica comenzó en la Universidad Nacional del Litoral, de donde egresó con el título de abogado en el año 1974 y desde muy joven comenzó su carrera en los claustros de dicha Universidad, ganando por Concurso de oposición su cargo de Profesor Titular de Parte General de Derecho Civil.

Luego de muchos años de docencia universitaria y una prolífera publicación de innumerables trabajos monográficos, sustanciosas anotaciones a fallos, precisos y claros comentarios exegéticos del Código Civil se doctoró en su Casa de Estudios con el trabajo de Tesis "La Subrogación Real como Principio General en el Derecho Privado Patrimonial", trabajo que el Tribunal académico integrado por los maestros Jorge Mosset Iturraspe, José W. Tobias y nuestro Académico Presidente Dr. Juan Carlos Palmero lo calificaron en forma unánime como "SOBRESALIENTE - CON RECOMENDACIÓN DE PUBLICACIÓN".

La tesis referida acaba de ser publicada por Editorial Rubinzal-Culzoni. El pasado 16 de septiembre fue presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, habiendo sido el presentador nuestro Presidente Honorario Académico Luis Moisset de Espanes.

La publicación tiene un magnífico prólogo del estimado Profesor santafesino Francisco Magín Ferrer que me ha sido muy útil para presentarlo hoy, ya que allí realiza una presentación del autor de la tesis en donde destaca sus cualidades humanas como persona, docente, investigador y juez, dichas por alguien con autoridad y que conoce y frecuenta a Saux mucho más que quien les habla.

Como se advierte de su extenso currículum, Edgardo Saux desde muy joven abrazó la carrera judicial, iniciándose en agosto de 1976 como Secretario del Juzgado federal de Viedma Provincia de Río Negro, para luego ser Secretario del Juzgado del Crimen de Santa Fe, Secretario de la Corte Suprema de Santa Fe, Juez del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Santa Fe y desde el año 1996 hasta la actualidad es Vocal de la Sala primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa fe.

De su intensa labor como docente e investigador podemos sintetizar:

1. Profesor titular ordinario por concurso de Derecho Civil I en dicha Facultad.

2. Consejero por los profesores titulares en el Consejo Directivo de esa Facultad

3. Ex Profesor titular de Derecho Civil I en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina (subsede Paraná, ER).

4. Ex Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Católica de Santa Fe

5. Ex Director del Instituto de Derecho Civil de la Fac. de Ciencias Jurídicas de la UNL.

6. Ex Director del Instituto de Derecho Privado de la Fac. de Derecho de la UCSF.

7. Docente de Posgrado en la Universidad Nacional de Buenos Aires, en la del Litoral, en la Universidad Nacional de Mendoza, en la Nacional de Tucumán, en la de Salta, en la Nacional y la UCA de Rosario, en la Universidad de la República (Montevideo), en la Universidad Empresarial "Siglo XXI" de Córdoba, la UCSFe y en la Universidad de Concepción del Uruguay.

8. Profesor Invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay).

9. Asociado honorario del Colegio de Abogados, Maestros en Derecho y Doctores en Derecho del Estado de Jalisco (Guadalajara, México).

10. Autor de más de 180 artículos sobre temas jurídicos varios en revistas y libros publicados en el País y en el extranjero.

11. Comentarista del Código Civil (de Editorial Abeledo-Perrot, dirigido por Llambías-Mendez Costa; de Editorial Hammurabi, dirigido por Bueres-Highton; de Editorial Rubinzal-Culzoni, dirigido por Trigo Represas-Compagnucci de Caso y de Editorial La Ley, dirigido por Alterini-Alegría) y del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe (Editorial Juris, dirigido por Peyrano-Vazquez Ferreyra).

12. Expositor en más de 170 conferencias dictadas en el país y en el extranjero.

13. Miembro y participante en más de 100 Congresos, Jornadas y Cursos en el país y en el extranjero.

14. Director Académico de Cursos de Posgrado en la Fac. de Ciencias Jur. y Soc. de la UNL.

15. Director del módulo sobre "Daño ambiental" en la Carrera de Derecho Ambiental de la UNL y de la Universidad de Limoges (Francia).

16. Jurado Docente para concursos en la UNL , UNR, UNT, Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires y en la UBA.

17. Jurado del Consejo de la Magistratura de las Provincias de Santa Fe, Entre Ríos, Formosa y Catamarca.

18. Miembro titular del Instituto del Derecho del Consumidor de la Universidad Notarial Argentina.

19. Miembro Honorario del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste.

20. Miembro Académico de Honor del Núcleo de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay).

21. Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Civil de la Provincia de Santa Fe dependiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba - Secretario Académico del citado Instituto.

22. Director Académico del "Curso de actualización y profundización en Derecho Privado" organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL (2010).

23. Miembro de la Subcomisión designada para colaborar con la Comisión designada por Decreto Presidencial n° 191 del 23 de febrero de 2011 para la elaboración del "Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación".

24. Autor de los siguientes libros:

• *Responsabilidad civil por daños entre cónyuges* (Zeus, Rosario, 1990)

• *La oralidad en el proceso civil* (Panamericana, Santa Fe, 1992)(Ambos en coautoría con el Dr. Francisco Cecchini)

• *Estudios de Derecho Civil en su parte General* (UNL, Santa Fe, 2003)

• *Estudios de Responsabilidad civil contractual y aquiliana* (UNL, Santa Fe, 2005) (En coatoría con el Dr. Enrique Müller)

• *Accidentes de tránsito* (Panamericana, Santa Fe, 2007 – 2 tomos)

• *Tratado doctrinario y jurisprudencial de responsabilidad civil – Daño Moral*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2 tomos, 1.776 páginas, octubre de 2011

La más reciente es su tesis doctoral a la que ya nos hemos referido.

Quien les habla, en la asignatura "Teoría General del Negocio Jurídico" de la UNC, en la carrera de Notariado, recurre con frecuencia a su excelente trabajo: "La autonomía de la voluntad y los vicios del consentimiento: los proyectos europeos", Publicado en: LA LEY 06/09/2010, 1 - LA LEY 2010-E , 857.

Como expresa en el prólogo de su tesis Magin Ferrer: "la vigorosa vocación por la docencia y por los estudios jurídicos de Edgardo tiene raigambre familiar porque, como dice el refrán castellano 'de casta le viene al galgo'. Su abuelo materno, Edgardo C. Mantaras, y su padre, Edgardo Saux Acosta, a quienes dedica su tesis, fueron ambos distinguidos y recordados profesores de la Parte General del Derecho Civil en la Universidad Nacional del Litoral, autores de sendas obras sobre la materia destinadas fundamentalmente a la formación de sus alumnos y que gozaron de gran difusión en su época".

En lo que respecta a su persona, Edgardo ha constituido una linda familia con su esposa Dolores Eugenia Cervera, que hoy gra-

tamente nos acompaña, y sus cuatro hijos; Magdalena, Gastón, Santiago y Herman, aquí presente.

Sabía que en esta presentación quien les habla iba a quedar deslucido porque Edgardo es un hombre muy elegante, que se destaca por su buen gusto y calidad en el vestir.

Por último, a sus muchas actividades le suma haber practicado futbol, tenis box, vela y actualmente, como él dice, hace mantenimiento con ciclismo y algo de gimnasia, pero para terminar como nadie es perfecto, habiendo instituciones de enorme prestigio en el mundo como Real Madrid, Barcelona, Manchester, Bayer Munich o Talleres de Córdoba, Edgardo tiene el defecto de ser hincha de Colón de Santa Fe.

Edgardo (conocido por todos como "Pitin"), en nombre de la Academia y en el mío propio: es una enorme satisfacción tu incorporación en el día de la fecha a esta Institución.

Mitología jurídica: ¿indefectible o inconveniente?*

Edgardo Ignacio Saux

"…De la misma manera que el derecho,
por su poder de abstracción,
crea personas y cosas que no existen en la naturaleza,
así a veces llega hasta crear hechos
imaginarios que no tienen realidad alguna,
y obra como si
hubieran existido…"

Dalmacio Velez Sarsfield,
nota a la Sección Segunda del Libro Segundo del Código Civil

---

* Discurso de incorporación a la Academia. Acto realizado en sesión extraordinaria del día 24 de septiembre de 2013.

I. Una "vexata quaestio": la presencia y existencia de las ficciones en el mundo del Derecho

El tema de la existencia de ficciones en el ámbito de la ciencia jurídica -ya desde sus orígenes históricos-, ha sido objeto de análisis, crítica y consideración, singularmente desde la teoría general del Derecho y desde el campo de la filosofía.

En su tesis doctoral[1], Enrique Marí analiza, quizás con una profundidad y consistencia únicas en la doctrina nacional argentina, la presencia y la interrelación de las ficciones en la ciencia, la literatura, la filosofía y el derecho.

En el prólogo de esa obra, el profesor Harald Weinrich[2] resalta que "…en la abundante bibliografía de esta disciplina (la teoría del Derecho) parece admitido que ningún sistema jurídico, ni siquiera en sus manifestaciones más positivistas, es concebible sin presunciones y otras ficciones necesarias en las que se fundamenta nuestra sociedad civil". Y agrega que en la literatura argentina Borges evidencia la perfecta amalgama de ellas con el mundo literario, a partir de la racionalidad minuciosamente respetada y de un imaginario fantástico ilimitado que se desgrana de cada una de las parábolas contenidas en su libro precisamente titulado "Ficciones", el cual le fuera obsequiado justamente por Enrique Marí[3].

Otra de las cabezas jusfilosóficas más lúcidas de la Argentina, Ricardo Guibourg[4], hablando de "los juristas entre las hadas", menciona que "…el hombre, cualquiera sea el grado de cultura que haya alcanzado, está sometido a un bombardeo de ideas cargadas de magia", y que toda esa mitología, que está presente en las

[1] Titulada "La teoría de las ficciones", presentada y defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el año 2000, y publicada por Eudeba en el año 2002.

[2] Catedrático en romanística del Collége de France.

[3] Cita, específicamente dentro de él, los relatos "La biblioteca de Babel", "Funes el memorioso" y "Pierre Menard, autor del Quijote".

[4] "Magia, cultura y derecho", en revista "Isonomía", n° 32, abril de 2.010, Méjico, ITAM, pág. 165.

artes y en el lenguaje, evidencia que "…el discurso jurídico es especialmente lábil al mecanismo descripto", y los Tolkien, los Andersen, los Perrault y los Grimm encuentran sus correlatos en el campo de la ciencia jurídica.

Históricamente -y aunque la referencia al tema, por razones lógicas de extensión, deba hacerse de modo singularmente sucinto-, pareciera haber cierto consenso en admitir que tanto en Medio Oriente (con su hito referencial vinculado al Código de Hammurabi) como en la cultura griega, el empleo de las ficciones, quizás proficuo en las letras, la teología y la filosofía, no tuvo similar repercusión en el ámbito jurídico[5].

Sin embargo, es quizás el Derecho romano el ámbito en el cual ellas aparecen en su esplendor[6], probablemente vinculadas al sistema sacralizado y "per formulam" que impregnaba el proceder judicial del sistema jurídico en la época del Imperio, que concedía al pretor la "fórmula-ficción" para crear un nuevo Derecho desconocido hasta el momento.

Como señala Guibourg[7], "…todo lo referente a las aspiraciones e intereses del hombre se halla recubierto desde la antigüedad por una densa capa de sacralización que supone imposible penetrar su realidad trascendente, somete las prácticas a ritos (como los del

---

[5] Marí ("La teoría…", op.cit., pág. 256), cita las opiniones contrarias de George Boyer ("Sobre algunos empleos de la ficción en el derecho oriental", en "Revista Internacional del Derecho de la Antigüedad", 3° Serie, 1.954, Paris, Ed. Melanges, 1.965, págs. 73/100), y de Franz Pringsheim ("Symbol and fiction in antiken rechten", en "Studi in onore di Pietro de Francisci", Milan, 1.856, Vol. 4, págs. 211/262), pero personalmente coincide con la opinión calificada de Hans Vaihinger ("Die Philosophie des als ob", 8° Edición, Meiner, Leipzig, 1.922) quien interpreta que los griegos no diferenciaban conceptualmente el abismo existente entre el pensamiento (de la ficción) y la realidad (fáctica), con lo cual "…la ficción valiosa científicamente es, ante todo, hija de la época moderna".

[6] Las "Institutas" de Gayo, y el "Digesto" y las "Institutas" del Emperador Justiniano así lo evidencian con nitidez.

[7] "Magia, cultura y derecho", op. cit.

juicio oral, especialmente si se decide por jurados) y convierte a jueces y abogados en sacerdotes de un culto aproximadamente laico".

En ese diseño romanista, las expresiones "fictio" y "fingere", en la opinión de Marí[8], se usaban en un sentido técnico-legal para denotar una construcción a través de la cual se asumían ciertos actos con el completo conocimiento de la falsedad de la asunción, la cual era impuesta por la ley e irrefutable (como lo son nuestras presunciones "iuris et de jure" en el derecho contemporáneo) y su objeto era crear, extender o explicar una regla legal.

El tema, como tal, amerita consideraciones mucho más profundas que las aquí reseñadas, pero es interesante el enfoque que, entre otros, le diera Rudolf Von Ihering[9], quien sostenía que cabía diferenciar la "función histórica" y la "función dogmática" de la ficción como concepto aplicado al mundo jurídico, señalando que la primera era propia de legislaciones formalistas como la romana, lo que explica su persistencia en los sistemas jurídicos contemporáneos que se nutren de la misma (influenciando incluso legislaciones tradicionalistas, como la inglesa), haciendo que en estos casos, aun artificial, sea un elemento útil que sirve para dar extensión y elasticidad a las instituciones de Derecho escrito. De allí su célebre fórmula: "La ficción es una mentira técnica consagrada por la necesidad".

De alguna manera, Gény[10] coincide con esa mirada, asignando a la ficción un rango de elemento de técnica jurídica que si bien distorsiona la realidad "y la traduce en otros rasgos que deforman su naturaleza original", lo hace "para alcanzar el fin preconcebido que ordena el orden público", vale decir, es una representación técnica y a veces necesaria de la realidad formal o natural que supone "un trabajo del espíritu sobre la realidad social", que a su vez tiene una función explicativa y constitutiva del sistema normativo.

---

[8] "La teoría…", op.cit., págs. 258 y ss.

[9] "Esprit du Droit Romain", T. III, págs. 61 y ss.

[10] Francois Geny, "Ciencia y técnica en Derecho Privado Positivo", París, 1.921, Tomo III, pág. 340.

Es que, como lo interpreta Julien Bonnecase[11], Geny se pronuncia "contra la oportunidad de las ficciones, pero no contra su legitimidad", argumento que rechaza de plano el primero, señalando enfáticamente el disvalor que a un sistema jurídico diseñado bajo la estructura metodológica de la ciencia aportan las ficciones. En sus palabras "…o el empleo de la ficción es necesario o no lo es. En esta última hipótesis -que es la verdadera- suprimamos, para siempre, del dominio del Derecho ese parásito que es la ficción".

El empleo de ficciones en esa etapa histórica del Derecho romano imperial tenía varias manifestaciones puntuales. Así, por ejemplo, en las Institutas de Gayo se disponía que si un extranjero accionaba o era demandado en una "actio damni iniuriae" -en virtud de la "Lex Aequilia"-, se celebraba el juicio fingiéndose que era un ciudadano romano. Otra ficción aparecía por ejemplo contenida en Instituto 4.38, que permitía resguardar los derechos del acreedor si su deudor era sometido a "capitis diminutio", y en tal caso el pretor podía expedir una fórmula ordenando al Juez aceptar como un hecho que ella no había ocurrido, lo cual permitía mantener "viva" la acción para el cobro de la acreencia[12].

En las Institutas Justinianeas[13] también, por ejemplo, se disponía que si el ascendiente cae en poder de los enemigos y es hecho esclavo, el estado de los hijos permanece en suspenso, y si

---

[11] "Elementos de Derecho Civil", Volumen XV, tomo III, Editorial Jose Cajica, México, 1.945, pág. 43.

[12] Marí ("La teoría…", op.cit., pág. 261) deriva de este ejemplo el rango ontológico propio del empleo de ficciones en esa etapa de la evolución jurídica. La figura demuestra que por una parte se asume como cierta la existencia de un hecho claramente falso (que el deudor no había sufrido la "capitis diminutio"), que esa falsa asunción es consciente y deliberada, y que la función de la ficción es crear una acción no admitida por el derecho objetivo pero fundada en razones plausibles de justicia o, si se quiere, equidad.

[13] "Institutas de Justiniano", con notas de M. Ortolán, Buenos Aires, Ed. Heliasta SRL, 1.976; ver 1.12.5 y 1.12.6

el primero regresa recobra todos sus derechos -entre ellos la patria potestad sobre ellos-, aunque si muere en esclavitud sus hijos son considerados "sui juris" desde el día en que el padre fue hecho prisionero. De igual manera, cuando un esclavo era manumitido en condiciones tales que se le confería el estatuto no sólo de hombre libre sino libre de nacimiento, se incluía la concesión imperial con la cláusula "como si hubiera nacido ingenuo", lo que implicaba la ficción de un nacimiento en libertad que en los hechos no había sido así.

Es interesante la reflexión que se formula[14] respecto a la incidencia que la religión judeo-cristiana tiene en la conformación de ficciones tanto en el mencionado Derecho romano imperial como en su ulterior proyección en el período medieval, en el cual el mundo del ser aparecía desbordado "por los signos y los indicios de la sobrenaturaleza divina". Para los primeros glosadores se equiparaba a la Naturaleza con Dios, y como derivación lógica de ello en el ámbito propio del Derecho Civil se forjaban dioses (a través de la consagración), se cambiaba la vida en muerte (muerte civil) y la muerte en vida (restitución), las personas en cosas (disminución estatutaria) y las cosas en personas (personificación), "se abolía la distancia y el tiempo, para cambiar la ausencia en presencia"[15].

Consecuentemente, el derecho transformaba la cantidad, la cualidad, la relación (al instituir una relación filiatoria con quien no era el hijo biológico sino el adoptivo), la acción (ficción de representación), el tiempo (ficción de retroactividad), el lugar (el "ausente" contumaz que es tenido como presente en el juicio), o del presente como ausente (el demente). Todo ello implicaba artificios ("artificia"), simulacros ("simulacra") y ficciones ("figmenta", "fictiones") empleados por los comentadores de la Edad Media para adecuar el mundo jurídico a las complejidades fácticas del mundo real[16].

---

[14] Marí ("La teoría…", op.cit., pág. 265).

[15] Ibídem, pág. 266.

[16] Es interesante por ilustrativa una cita de Baldo de Ubaldis, quien, explicando las glosas de Accursio y Bartolo de Saxoferrato, manifestara que

No obstante, y paulatinamente -probablemente a partir del Siglo XIII- los juristas empiezan a mirar con recelo todo este juego ficcional propio del derecho clásico, singularmente en tanto su resultado deviene inconciliable con la verdad real, o al menos científicamente comprobable.

Toda una escuela jusfilosófica subsiguiente -fundamentalmente alemana y holandesa[17]- manifiesta, con argumentos múltiples, un abierto rechazo hacia la admisión del sistema de ficciones dentro del ámbito de la ciencia jurídica, señalando, por ejemplo, que al aceptarse a las ficciones como verdaderas "…se construyen capas tras capas de normas, principios y reglas que, en todo o en parte, son falsos" (Joseph Esser); o que al convertirse las ficciones fácilmente en el punto de partida del razonamiento legal, al no ser fácilmente diferenciables de las doctrinas legales, "…son tomadas como premisas para razonar, a partir de las cuales se usan de base para la construcción y desarrollo de anómalas y desafortunadas proposiciones" (Roscoe Pound); o que siendo el Derecho pura voluntad -en el sentido de Stammler-, "…un mandato y una regla obligatorias existen en verdad y no pueden ser no verdaderas, ni tampoco posiblemente verdaderas (hipótesis), o ciertamente no verdaderas (ficciones)" (August Sturm).

Una variable dentro de esta mirada negatoria del empleo de ficciones jurídicas es la de quienes[18] propician que en realidad si una ficción consiste en la igualación de una circunstancia irreal con una real, las ficciones en el Derecho no siguen tal línea conceptual, toda vez que en ellas esa representación "contra veritatem" no va dirigida contra el orden natural de las cosas, sino que se desenvuelve en puro ámbito de las formas, y conlleva nada más que una descripción jurídica de fenómenos físicos con la intención de interpretarlos, describirlos, calificarlos o asignarles consecuencias

"…la ficción imita a la naturaleza. Luego la ficción tiene un lugar únicamente allí donde la verdad reside".

[17] Marí ("La teoría…", op. cit., págs. 279 y ss.) hace un pormenorizado análisis de las opiniones de quienes la conforman.

[18] Somló, Hölder, Eggens, Esser, Olivier.

normativas, pero sin pretender desvirtuar lo que es propio de la naturaleza de las cosas.

Así, Eggens[19] postula que es claro que no hay ficciones en las esencias sino sólo en las palabras o en la mera forma cuando se dice que el endoso de un documento al portador es supuesto un endoso en blanco; o que el acto de un agente es supuesto ser acto del principal; o que un feto no nacido es considerado persona para adquirir derechos; o que un nacido muerto es considerado como si nunca hubiera existido; casos en los cuales no se finge ni se ficcionan hechos, sino que se direccionan efectos jurídicos a determinados eventos o circunstancias por razones de interés jurídico.

Quizás, y dentro del marco del derecho inglés -singularizado por su impronta conservadora y apegada a las formas-, un interesante debate que gira en torno del tema que analizamos haya sido el generado entre dos relevantes figuras jurídicas del siglo XVII, William Blackstone y Jeremy Bentham.

El primero de ellos -recuerda Marí- autor de la conocida obra -en su época- "Comentarios sobre las leyes de Inglaterra"[20], propugnaba de alguna manera no sólo la necesidad sino la inevitabilidad del empleo de ficciones para justificar el sistema jurídico inglés, sustentado en la autoridad del Rey. Recordando una vieja ficción política de la época de los Tudor -"Los dos cuerpos del Rey"- Blackstone mencionaba que el rey, como persona privada, está como todo mortal sometido a enfermedades, a la vejez y a la muerte, no puede ser menor de edad, y ni siquiera puede errar o aun pensar mal, y "no caben en él ni la locura ni la debilidad". Pero, como persona pública y representación con ello de la Corona, del Estado y de la Ley, "el Rey nunca muere", e ilumina el sentido de justicia que dimana de cada pronunciamiento de los Tribunales.

Esta suerte de ficción fisiológica produjo el rechazo más virulento de Jeremías Bentham[21] y de F. Maitland[22], quienes atribuían

[19] "Acerca del fingir de las ficciones jurídicas", Amsterdam, Inaugural Address, 1958.

[20] "Commentaires on the Laws of England", Londres, 1765.

a las ficciones ser "el modo más pernicioso y vil de la mentira", agregando -en cita de Jerome Frank[23]- que "…en el derecho inglés la ficción es una sífilis que corre en cada vena y conduce a cada parte del sistema al principio de putrefacción", y, siendo que las ficciones son falsas, "…el Juez que inventa una ficción debería ser enviado a la cárcel".

Pero quizás uno de los autores que desde la mirada neokantiana de la filosofía jurídica mayor atención y análisis haya dedicado al tema de las ficciones haya sido Hans Vaihinger[24], para quien la ficción es "un arbitrario desvío de la realidad", pero que se caracteriza por el expreso reconocimiento de su carácter de tal, y "la ausencia de cualquier reclamo de realidad". En las ficciones "…el pensamiento comete errores deliberadamente, pero se trata de un error especial: consciente, práctico y completamente fructífero. Cada ficción debe justificar en sí misma el servicio que presta, el papel que cumple".

Recuerda el jurista vienés que todos los campos del pensamiento contienen ficciones, ya sea abstractas (como el "homo economicus" de Adam Smith), analógicas (la sociedad como un organismo viviente, en la teoría organicista sobre la naturaleza jurídica de las personas de existencia ideal), físicas (como la fuerza de gravedad de Newton) o metafísicas (como la existencia del alma).

---

[21] "Fragmento sobre el gobierno", Madrid, Aguilar, 1.973. Como fundador y mentor de la escuela utilitarista, no era imaginable quizás otro posicionamiento.

[22] "Selected Essay", Cambridge, 1.901, págs. 104 y ss., quien con ironía y parafraseando aquella expresión atribuida a Luis XIV en Francia de "L'Etat cést moi", recordaba el caso de Jorge III, quien debió dirigirse al Parlamento inglés para pedir permiso para ser titular de un territorio "como hombre y no como Rey".

[23] "Law and the modern mind", Gloucester, Mass, Peter Smith, 1.970, pág. 42.

[24] "Die Philosophie des 'als ob'" ("La filosofía del ´como si'"), en la Revista "Anales de Filosofía" ("Annalen der Philosophie") editada en Viena entre los años ´20 y ´30 del siglo XX.

Y cuando, relacionando la vinculación entre hipótesis y ficción (como sucedía, por ejemplo, en el pensamiento de Stammler) confronta ambos conceptos, alude a que "la hipótesis es comparable a un descubrimiento, la ficción a una invención".

Para él la ficción no es otra cosa que un procedimiento de lógica jurídica sustentado en un consciente apartamiento de la realidad, pero destinado a producir efectos jurídicos, siendo así y de alguna manera "una mentira aceptable", que singulariza con la figura del "como si".

Entiende Vaihinger que no hay campo más feraz para la cría de ficciones que la ciencia jurídica, lo que se justifica con un mecanismo psicológico del legislador y del juez, quienes, no pudiendo captar todos los casos particulares que la realidad y la naturaleza humana ofrecen, "…ciertos casos de naturaleza ajena a la norma son considerados 'como si' pertenecieran a ella".

Marí[25] proyecta la interrelación del pensamiento de Vaihinger con la de otros filósofos contemporáneos -como el destacado profesor de la Universidad de Stanford y autor del libro "El caso de los exploradores de Cavernas", Lon Fuller[26]- para quien el concepto de "ficción" es relativo en tanto suponga la mera falta de contraparte física en nuestros procesos intelectuales, ya que nada implica que nuestras mentes deban ser como "espejos que reflejen la naturaleza en miniatura". "Nuestras mentes…" -sostiene- "son instrumentos que nos habilitan para tratar con el mundo, y no interesa que alteren la realidad, en tanto esa alteración tenga como objetivo final un resultado jurídicamente plausible y valioso[27].

---

[25] "La Teoría….", op.cit., págs. 317 y ss.

[26] Lon L. Fuller, "Legal fictions", University Press, Stanford, EEUU, 1967

[27] Lo ejemplifica con el concepto de "persona" aplicado a los entes ideales. Propiamente, hay allí una ficción, pero "corregida" en cuanto si bien asumimos en conferirle fictamente unidad conceptual a una agrupación de voluntades que físicamente no la tiene, le quitamos a ella los atributos y cualidades que no son inherentes a su esencia (v.g. la aptitud de engendrar, o adoptar, o casarse, etc.). Con lo cual para Fuller una ficción "está muerta" cuando la mayoría de las personas haya aprendido a hacer necesaria esa corrección de modo intuitivo.

Consecuentemente con ello, Fuller definía a la ficción como "una afirmación consciente de su falsedad o como una falsa afirmación a la cual se le atribuye, no obstante, una cierta utilidad", la cual, como decía Geny[28], mientras desnaturaliza la realidad pretende, paradójicamente, regirla.

No pareciera ser ajena a esta mirada la de Santi Romano29, quien señala que el Derecho a veces refleja la realidad, a veces extrapola realidades de otros ámbitos del pensamiento, y otras crea "ex novo" determinadas realidades, a las cuales no siempre resulta correcto calificarlas como ficciones.

En un singularmente lúcido trabajo[30], el profesor de la Universidad de Buenos Aires Miguel Federico De Lorenzo analiza el posicionamiento de las ficciones jurídicas en el pensamiento marxista y en la Teoría Pura del Derecho, señalando la paradoja de que ambas, quienes en algún momento se acusaron mutuamente de ocultar la realidad social bajo una "niebla ideológica", coinciden en negar la existencia de las ficciones como elemento formal, necesario o al menos útil para el Derecho. El marxismo por cuanto la ficción jurídica es sólo parte de una ficción mayor (la superestructura ideológica del derecho burgués, detrás de la cual aparece la verdadera esencia de la lucha de clases), y la teoría kelseniana a partir de su singular positivismo proclamando que "el Derecho no es nada real", y lo importante es que no presente internamente contradicciones lógicas, pero no las relacionadas con el mundo exterior.

De Lorenzo efectúa una más que interesante e inteligente distinción entre lo que él llama las ficciones "del Derecho" y las ficciones "en el Derecho"[31].

---

[28] "Ciencia y técnica…", op. cit., tomo III, pág. 397.

[29] "Realidad jurídica", en "Fragmentos de un diccionario jurídico", Bs.As., 1964, traducción de Santiago Sentís Melendo y Ayerra Redin, pág. 351.

[30] "Sobre ficciones y mitos en el Derecho Privado", publicado en La Ley, Buenos Aires, 2007-A-854.

[31] "Sobre ficciones y mitos…", op. cit., pág. 856.

Las primeras (las ficciones del Derecho) son aquellas que emplean el ordenamiento por razones de política legislativa y que, bajo cierto aspecto, serían "necesarias y funcionales" al mismo sistema jurídico (serían, estimamos nosotros, las ficciones consideradas en el sentido Vaihingeriano). Son "inmanentes a la funcionalidad" de ese sistema, y forman parte de una "realidad conceptual jurídica" o del sistema de imputación legal (lo ejemplifica con la regla del art. 242 del Código Civil Argentino en el texto que le asignara la Ley 23.264, el que sienta la regla latina del "partus sequitur ventrem", o sea que sea madre la mujer que da a luz a la criatura, aun cuando el nacido provenga de un óvulo de otra mujer, lo cual, citando a su vez palabras del recordado Atilio Alterini[32], no deja de ser una mentira técnica consagrada por la necesidad según la cual se atribuye una consecuencia a cierto antecedente, con carácter irrebatible y aún, eventualmente, contra su verdadera naturaleza).

Señala -creemos que con mucho acierto- que estas ficciones "del Derecho" están directamente vinculadas a la dinámica de las fuentes, y que así como tuvieron campo propicio de acción en sistemas jurídicos formalistas (como el romano), guardan una relación proporcional inversa de proliferación en otros más flexibles y hospitalarios a la realidad y a la axiología, en los cuales los principios generales del Derecho y las llamadas cláusulas generales construyen "órganos respiradores" que evitan las tensiones entre el sistema jurídico y los datos de la realidad. Agrega también que más allá de esa función si se quiere utilitaria que esas ficciones cumplen para el ordenamiento, "cuanto más grande es la brecha que distancia la norma positiva de la realidad social, mayor es la pérdida de la capacidad persuasiva de la norma, y, correlativamente, más propicio resulta el espacio yermo para la incubación de ficciones jurídicas", citando a Pietro Perlingieri y a Pasquale Femia[33] cuando postulan que la adecuación del sistema jurídico a

[32] "Derecho de Familia" – Libro Homenaje a la Dra. María Josefa Mendez Costa, Editorial de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1.990, pág. 312.

[33] "Manuale di Diritto Civile", Nápoli, 2000, pág. Pág. 13

la realidad depende "no sólo de la rapidez y de la calidad de producción de reglas legislativas, sino fundamentalmente del contenido de sus principios".

Por su parte, señala De Lorenzo que las ficciones "en el Derecho" o dogmáticas son fruto de una renuncia consciente a la realidad por parte de la doctrina y la jurisprudencia, que mediante su empleo intentan explicar el régimen del instituto con la cobertura de "una mentira aceptable". Menciona que ellas "asumen un costo elevado: el divorcio de la lógica que, sin dudas, es el aspecto más sólido de la 'scientia juris'", y en ella reside "su mayor riesgo". Propone como ejemplo la ficción de sostener que en materia de responsabilidad civil se predique la culpa como factor de atribución, y se sostenga simultáneamente que la liberación exige la demostración de la incidencia de una causa ajena, lo cual oculta en realidad la existencia de un factor objetivo[34].

Ante la pregunta de si por su rango irreal deben condenarse todas las ficciones, responde que en ciertos casos la mora del legislador, o la indecisión del político, si el intérprete "tiene la percepción de la injusticia o la de la inadecuación de una norma", la ficción puede constituir una importante técnica de innovación para el Derecho", aun cuando ello configure un valor "meramente

[34] Coincidimos con ello, y marcamos una necesaria especificación: la culpa ajena (de la víctima o de un tercero ajeno a la responsabilidad vicaria de aquel a quien se sindica como responsable de un daño) es claramente una eximente propia de los factores objetivos de imputación, en lo cual lo que se tiene por supuesta no es la "culpa", sino la responsabilidad misma. Con ello, predicar que la culpa ajena (o el caso fortuito no imputable) exoneran de culpa propia –si se tiene a ella como factor subjetivo-, resulta ficticio. La culpa ajena no excluye la propia, con la cual a lo sumo puede concurrir, pero sí puede ser un elemento de ruptura del nexo causal. No es, claramente, el caso del Proyecto de Código Civil y Comercial unificados del 2012, que establece la culpa como pauta de "cierre" del sistema de atribución legal de consecuencias por los actos dañosos, ya que ello implica su operatividad en la medida en que la Ley no contemple el juego de un factor objetivo en el caso concreto.

relativo" y con un "rol transitorio", ya que lo malo "no es la ficción en sí misma", sino "su afianzamiento conceptual como parte de la lógica jurídica". En similar línea de pensamiento, Marí, citando a Fuller[35], señala que "la ficción opera como un parche en la fábrica de la teoría".

Ahora bien, dejando momentáneamente lo conceptual -tan escuetamente propuesto en un tema tan rico para el análisis- y yendo a una suerte de trabajo de campo: ¿cuáles son algunos de los casos más notorios de ficciones jurídicas, tanto en el Derecho histórico como en el actual, y tanto en el comparado como en el nacional?[36]

Enrique Marí[37] menciona varias. Una de ellas, de origen histórico romanista y ya proscripta en la evolución jurídica de los últimos siglos, era la de la muerte civil, por la cual "se asimilaba un hombre vivo a un hombre muerto", con todos los efectos propios de la muerte natural (viudez, transmisión patrimonial a los herederos, etc.), y que se aplicaba en Roma como consecuencia de la "capitis diminutio", o se hacía operativa respecto de los prisioneros de guerra, o bien era consecuencia de la pena de deportación.

Otra sería la ficción inherente a la figura del pago por subrogación, la que consiste en "suponer subsistente una obligación extinguida por el pago", cuando el cambio de identidad del acreedor no se corresponde por sucesión o cesión del crédito, sino por la ficción de la subsistencia (con modificación subjetiva activa del

[35] "La teoría…", op. cit., pág. 318.

[36] Hacemos la necesaria salvedad, atendiendo a lo que consignamos infra respecto al parentesco o proximidad de las ficciones con otros conceptos afines en la dinámica de la ciencia jurídica, como sucede con los mitos, las metáforas, la analogía, la apariencia y las presunciones, a lo que seguramente de modo poco técnico englobamos como "mitología jurídica", a que algunos de los casos propuestos pueden encasillarse en una o más de esas pretensas categorías -si es que lo son-. La zona conceptual limítrofe entre las ficciones y las presunciones, singularmente es, parafraseando una conocida película bélica, "una delgada línea roja".

[37] "La teoría…", op.cit., págs. 376 y ss.

vínculo creditorio) de la obligación primigenia, que ha sido extinguida por el pago[38].

Algo así sucedería con el caso de las obligaciones ambulatorias, que por estar tan ligadas al bien objeto de la obligación, si el dueño de aquel lo transmite, mudan de titularidad de deudor en cabeza del nuevo adquirente, como si fueran derechos reales y no personales.

Otro caso sería el de la obligación sometida a condición resolutoria, caso en el cual, operada la condición, la resolución retroactiva del vínculo finge que nunca existió; o el del matrimonio putativo, que aunque ineficaz desde su origen, permite surtir efectos respecto de la filiación del hijo nacido y de los derechos reconocidos al cónyuge de buena fe.

Lo mismo sucedería por ejemplo con el caso del artículo 2695 del C. Civil, que reconoce efectos declarativos y no constitutivos -en función de una ficción- a la división de un bien sometido a condominio indiviso, lo que hace que se considere a cada condómino como titular originario de su cuota parte, como si la situación de copropiedad nunca hubiera existido; o con los artículos 70 y 74 del mismo Código, que permiten en el primer caso reconocer a la persona en gestación determinados derechos "como si ya hubiera nacido", y en el segundo, y en sentido inverso, finge (si el niño ha nacido muerto o muere antes de ser separado totalmente de su madre) que nunca existió a los efectos patrimoniales de la adquisición y transmisión de derechos patrimoniales.

También menciona el citado autor el caso del artículo 88 del Código, según el cual cuando nace más de un hijo vivo del mismo parto se los considera de igual edad (aunque hubieran nacido en

[38] Federico De Lorenzo ("Sobre ficciones y mitos…", op. cit., pág. 857) menciona que en tal supuesto, aun cuando el Codificador citando en la nota al artículo 767 la opinión de Aubry e Rau aluda a la existencia de una ficción, no existe tal, en la medida en que la figura se explica por operar una sucesión a título singular permitida por la ley en base a razones de justicia, tal como sucede con la validez del pago hecho al acreedor aparente (art. 732, C.Civil).

diferentes días, lo que a veces sucede); o el supuesto legal de la conmoriencia, por la cual se finge que murieron al mismo tiempo personas que tenían entre sí vocación sucesoria recíproca, pero que fallecieron en un desastre común o en circunstancias en las cuales es difícil la prueba de quién sobrevivió a quién, aunque fuera por breve tiempo.

Alude igualmente a la ficción de intangibilidad del instituto de la cosa juzgada, o a la presunción -frecuente incluso en el Derecho Comparado- de paternidad respecto del hijo habido durante la vigencia del matrimonio; o en el caso del Código argentino a la presunción sobre la época de la concepción, que se calcula habría operado en el lapso que discurre entre los 300 y los 180 días previos al nacimiento.

También, y reconociendo mayoritariamente el fundamento de seguridad jurídica y orden público que las informa, menciona la ficción de que el derecho es conocido por todos (o que su ignorancia no es alegable para dispensar su acatamiento); o la de que el Juez conoce el Derecho ("iura novit curiae"), o la presunción de fallecimiento de la persona ausente bajo determinadas circunstancias, o la de la culpabilidad -según el Código Penal- de todos los partícipes cuando resultaren lesiones o muerte en riña, sin que constare quienes efectivamente fueran los autores materiales de ellas.

Carlos Raúl Sanz[39] ofrece como muestras claras de ficción al cuasicontrato (figura que nada tiene en común con el contrato), y al cuasidelito, que igual distancia conceptual mantiene con el delito.

De Lorenzo[40], por su parte, alude como supuestos -en una nómina que obviamente jamás podría ser taxativa sino meramente ilustrativa- a la ficción de la doctrina de la "culpa irrefragable" (sostenido por importante doctrina y jurisprudencia durante mucho tiempo), lo cual es una "ficción de culpa" que encubre la existencia en el caso de un factor objetivo de atribución; o la del principio de igualdad ante la Ley del artículo 16 de la Constitución Nacional[41], que desatiende la proteiforme realidad que muestra

[39] "Presunciones, ficciones y mitos en el Derecho", El Derecho 141-417.

[40] "Sobre ficciones y mitos…", op. cit., págs. 858 y ss.

débiles y poderosos, ilustrados e ignorantes, proveedores y consumidores, empleadores y trabajadores, profesionales y profanos, y que hace que el Derecho, justamente, busque nivelar esas desigualdades ayudando al más vulnerable[42].

Alude también a la ficción de la separación tajante a nivel conceptual de los derechos reales y personales, derivada de otra ficción ancestral (la de la obligación pasiva universal en relación a los primeros y su rango "absoluto" de oponibilidad "erga omnes"), siendo que el Derecho contemporáneo limita severamente el valor dogmático de la potestad absoluta sobre las cosas, generando zonas comunes a ambas categorías donde juegan instituciones como el abuso del derecho, el deber de diligencia, o la buena fe.

Computa igualmente en la nómina la ficción de la antijuridicidad formal que dimana del texto del artículo 1066 del Código Civil, que todavía proclama que no hay ilicitud (propiamente, antijuricidad) si no hubiera una proscripción normativa expresa de la conducta, cuando en la realidad la regla es la de la antijuridicidad material, regida por la vieja prescripción justiniana del "alterum non laedere", que juzga antijurídico todo daño causado sin una causa de justificación que lo legitime, lo cual reenvía a la búsqueda de valores axiológicos metanormativos, debiendo entenderse que fuera de aquella "norma general excluyente" del citado artículo, hay "normas generales inclusivas" que deben buscarse en la analogía, o en los principios generales del Derecho[43].

---

[41] De Lorenzo en realidad lo califica como un "mito", o ficción consolidada socialmente.

[42] A cuento de tal reflexión, que compartimos, el mencionado autor alude a un concepto más que interesante y cierto: el Derecho privado contemporáneo abandona al hombre abstracto del "Code" francés y saluda al "homme situé", concreto, determinando una suerte de "regreso a los status", y un tránsito de los contratos "ratione materiae" a los "ratione personae".

[43] Conf. Norberto Bobbio, "Teoría general del Derecho", Editorial Debate, Madrid, 1.996, pág. 232.

Obviamente, más allá de estos supuestos hay infinidad de situaciones en todo el ámbito del Derecho (público y privado, sustancial o procesal) en las cuales las ficciones aparecen planteadas por la ley o asumidas por la dogmática autoral o judicial, y pretender pasar revista a todas sea quizás materialmente imposible.

Es paradigmáticamente ficticio reconocer como personas -más allá de las justificaciones que lo legitimen como recurso técnico[44]- a las entidades de existencia ideal, ya sean de contenido personal (sociedades de personas o asociaciones) como a las de contenido patrimonial (fundaciones o sociedades unipersonales); como lo es asignar el carácter de inmueble por carácter representativo a un documento que sirve de soporte a la constancia de la existencia de un derecho real (art. 2.317, C. Civil); o el de hacer operativa la subrogación real asignando a un bien que ingresa a un patrimonio el rol que cumplía otro que egresó antes[45]; o considerar notificado en Secretaría del Juzgado al demandado que ha sido declarado rebelde; o conferir efectos a la notificación edictal.

Hay ficción en proclamar legalmente la continuación de la persona del causante por el heredero (art. 3.342, C. Civil); como la hay en sustentar la extraterritorialidad de la ley en los supuestos en los cuales se lo admite (arts. 11 a 14, ibídem).

En todos los casos -mencionados o no- hay razones axiológicas que intentan justificar la "mentira técnica" (al decir de Rudolf Ihering), las que pueden ser más o menos atendibles según los tiempos y las circunstancias.

Pero es un dato de la realidad (aunque parezca contradictorio) que el Derecho es cuna de ficciones[46], y que aun en la modestia de este sucinto análisis, intentar perfilarlas requiere cierto laboreo de

---

[44] Atinadamente alguna vez Efraín Hugo Richard dijo que la personalidad jurídica "es un signo algebraico".

[45] Julien Bonnecase, "Elementos de Derecho Civil", op. cit., pág. 37; así como de autoría del suscripto "La subrogación real como principio general en el Derecho Privado patrimonial", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.013, págs. 147 y ss., con especial referencia a los postulados, entre otros, de Flach, Rennuson, Aubry y Rau y Saleilles.

contraste con manifestaciones diversas que integran este vasto campo de la "mitología jurídica". Y así como en la mitología clásica había categorías y especies (unicornios, tritones, náyades, sirenas, cíclopes, semidioses, minotauros), es quizás audaz pero útil contrastar las zonas lindantes en nuestro tema: los mitos, las metáforas, la analogía, la apariencia y las presunciones.

2) Ficciones y mitos

Obviamente, calificar a lo "mitos" dentro de este panorama un tanto original que hemos dado en llamar genéricamente "mitología jurídica" no es otra cosa que postular (o, eventualmente, adherir) a referencias de otros, y sin rigor científico alguno que lo sustente.

Así, De Lorenzo postula que cuando la doctrina conserva durante un tiempo la existencia de una ficción como explicación lógica renunciando a todo proceso crítico sobre su valor científico, "…ésta termina… por transformarse en un mito jurídico", que "… es el punto en el cual las nociones y principios relativos y discutibles se vuelven absolutos"[47].

En tal mirada de las cosas, la justificación excluyente de los mitos -como ficciones consolidadas- radica en el peso de su propia tradición, y circula como modelo a través de generaciones sin que se revise, más allá de su valor histórico, su veracidad o al menos su alcance científico[48], lo cual los vincula, en el fondo, con sustratos políticos-filosóficos del sistema y con "estrategias de legitima-

[46] Duncan Kennedy, epígono de la Teoría Crítica contemporánea, en su obra "Izquierda y Derecho", editada en el año 2.010 (Editorial Siglo XXI, Buenos Aires), postula que mediante la metodología del "trushing" (destrucción) debería promoverse la desaparición del discurso jurídico liberal de conservación de la desigualdad social, "plagada de ficciones".

[47] "Sobre ficciones y mitos…", op. cit., pág. 859.

[48] De Lorenzo trae a cita, entre otras referencias, la palabra de Santi Romano en su trabajo "Mitología jurídica" dentro de la obra "Fragmentos de un diccionario jurídico" (op. cit., págs. 225 y ss).

ción" del discurso normalmente tradicionalista (tal como, en su tiempo, Bentham se lo imputara a Blackstone).

Para Carlos Raúl Sanz[49], los mitos tienen su ámbito propio en el nivel filosófico (y en el Derecho sucede algo similar), y "…no hay mito que no apunte a dar un soporte aparente a una estructura de tipo especulativo práctico…", desde "La República" de Platón o la noción de "voluntad general" y sus formas de expresión. Son -para él- "…falacias indemostrables por la historia", aun cuando reconoce que en la antigüedad fueron los soportes poéticos que suplieron la imposibilidad de la comprobación científica de un dato o aserto (menciona las teogonías homéricas para la representación de las nociones de la justicia y de la iniquidad), pero postulando que dentro de un grado más o menos razonable de cientificidad, son insostenibles[50].

Señala De Lorenzo, por su parte, que los mitos jurídicos "conservan su barrica original en la forma de adagios o proverbios…"[51], tales como "quod nullum est nulium producit efectum" (lo que es nulo no produce ningún efecto); o "in claris non fit interpretatio" (lo que es claro no requiere interpretación); o "volenti non fit injuria" (lo querido no causa perjuicio).

De alguna manera, entonces, si la justificación científica de las ficciones resulta opinable, mucho más adversa es la mirada de la dogmática contemporánea con relación a los mitos, que son esa

---

[49] "Presunciones, ficciones y mitos en el derecho", El Derecho 141-417.

[50] "…Si la inteligencia ha estribado en el nivel de la ciencia, el recurso al mito -o su correlato actual, la 'idea-fuerza'- es una falacia, y por ende despreciable e inadmisible" (Opus mencionado en cita precedente).

[51] Sobre el ocaso de los adagios como fuente normativa frente al avance constitucional de los principios generales se explaya lúcidamente el mismo Miguel Federico De Lorenzo en su trabajo "La interpretación de los términos claros del contrato ("in claris non fit interpretatio"): un principio carente de utilidad", publicado en la obra colectiva "Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI", editada en homenaje al Profesor Roberto Lopez Cabana, dirigida por Oscar Ameal y coordinada por Silvia Tanzi, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.001, pág. 626.

suerte de "metaficción" dogmática (y no legal) petrificada y supuestamente tenida como verdad revelada sólo por su reiteración a lo largo del tiempo.

Como expresara Antonio Gambaro[52], la ficción produce "una asimetría cognoscitiva entre profesional y profano" y aleja la comprensión del Derecho, y es además estrategia de legitimación del tradicionalismo.

3) Ficciones y metáforas

Aun cuando en una concepción muy general -y no siempre estrictamente jurídica- podría integrarse a las metáforas dentro del elenco de supuestos a los que asignamos el rango de integradores del concepto global de "mitología jurídica", hay en ellas una divergencia conceptual con las ficciones que las hace claramente diferenciables.

Como lo apunta De Lorenzo[53], trayendo a su turno a cita referencias de Roger Huin[54], la ficción implica la aceptación consciente de la afirmación de una falsedad (con sentido o proyección técnica o utilitaria, no como una pura falacia éticamente reprochable), mientras que la metáfora cumple un rol pura y excluyentemente descriptivo.

Los Evangelios son quizás ejemplo claro de la abundancia de parábolas (que son una forma de metáforas), y las mismas no asumen otra finalidad que la de transmitir a un pueblo por entonces mayoritariamente rústico e iletrado el sentido de enseñanzas éticas o teológicas que nada tenían de ficticias.

---

[52] "Costi e benefici delle finzioni giuridiche", en "Le finzioni del diritto", a cura di Brunetta d'Usseaux", Milano, 2.002, pág. 138 (cita de De Lorenzo en "Sobre ficciones y mitos…", op. cit., pág. 862.

[53] "Sobre ficciones y mitos…", op.cit., pág. 855.

[54] "Le probléme des fictions en droit civil", en "Travaux de l'Association Henri Capitant", Paris, 1.948, pág. 245.

En tal comprensión las metáforas, aun con apariencia de ficciones, cumplen propiamente un rol hasta si se quiere docente que es del todo ajeno a la irrealidad o suposición de la verdad.

4) Ficciones y analogía

Podría ciertamente pensarse que la nómina de supuestos -a nivel comparativo o de contraste- en los cuales las estructuras lógicas jurídicas se apartan de la realidad es incontable, en la medida en que cuanto más avanza el grado de abstracción en la construcción de ellas, más distancia hay entre la norma o el concepto y los hechos[55].

En tal sentido, y como lo veremos infra, hay quienes admiten incluir dentro del vasto campo de las ficciones, por ejemplo, a las presunciones (singularmente, a aquellas de origen legal y en particular a las que no admiten contraprueba, o "juris et de jure"), señalando que si la presunción reposa sobre la noción de generalización de ciertos hechos reales (indicios), permitiendo inferir de ellos como cierto algo que en puridad de lógica y fenomenología es sólo probable, cuando más se generalice la presunción más se aparta de la realidad, y por ende ingresa al ámbito de la ficción.

[55] De Lorenzo (op.cit., pág. 855) ejemplifica al respecto con la noción de "voluntad jurídica", para englobar "la variedad de fenotipos de voluntad con la que se desenvuelve la formación del contrato contemporáneo", y que por razones de política legislativa se trata a ese "consenso normativo" como si fuera un "consenso natural", y no siempre lo es. Algo similar -añadimos- opera para el caso de la caracterización del concepto de acto jurídico, que tanto en el Código vigente, como en los proyectos de reforma y en la unanimidad de la doctrina, integra la noción de acto humano, voluntario, lícito, que "tiene por fin inmediato la producción de efectos jurídicos", cuando lo cierto y real es que los efectos buscados son económicos, afectivos, utilitarios, hasta biológicos, y lo que hay de juridicidad en ellos es la noción, aún imprecisa, de tutela jurídica en la licitud de la conducta desplegada.

En la analogía hay también un grado de irrealidad, en tanto ante la ausencia de norma regulatoria de un evento fáctico determinado, se recurre (dentro de la teoría de la hermenéutica y como uno de los mecanismos legalmente admitidos en el proceso de la decisión judicial) a la que se aplica a otro similar (si la analogía es "a pari"), o a otro más abarcativo o de mayor rango (si es "a fortiori").

Ahora bien, aun cuando en la analogía no hay normalmente una ficción sino un trasvasamiento regulatorio de un supuesto fáctico a otro, cuando más artificial resulte la conexión lógica entre los dos supuestos, más cerca se estará de aquella, a punto tal de que hay quienes sostienen que frecuentemente las ficciones consisten en una analogía "global y arbitraria"[56].

5) Ficciones y apariencia

Otro de los conceptos jurídicos -que en realidad tienen su raíz fenomenológica pero que se juridizan en su aplicación en el Derecho- en los cuales hay una pauta conceptual de irrealidad es en la apariencia, lo que hace que resulte útil demarcar conceptualmente sus diferencias con las ficciones.

En un interesante aporte sobre la cuestión, el distinguido jurista platense Rubén Compagnucci de Caso[57] señala que de las dos acepciones que del concepto de "apariencia" propone el Diccionario de la Real Academia Española se derivan sus dos vertientes, ambas operativas dentro del ámbito de la ciencia jurídica.

Así, por una parte, hay apariencia "en lo que tiene el aspecto o parecer exterior de una persona" (en lo que Compagnucci denomina "apariencia real", vale decir, cuando lo que se aprecia coincide con lo que se es); pero también la hay en "lo que asemeja ser y no lo es" ("apariencia irreal", en la cual los hechos engañan sobre

[56] Roger Houin, "Le probléme…", op. cit. pág. 244.

[57] "Apariencia jurídica y actos ficticios", La Ley, 2.013-D, entrega del 26.6.13, págs. 1/3.

las verdaderas esencias subyacentes). Es aquí donde hay parentesco con la ficción.

En el Derecho -señala el citado autor- existen ambas.

Hay casos de "apariencia real" en las servidumbres aparentes (art. 2976 del Código Civil, que según el texto normativo son "las que se anuncian por signos exteriores, como una puerta, o una ventana" según sea servidumbres de paso o de vista); o en los vicios o defectos aparentes (arts. 2164 y 2173, ibídem, según los cuales no habiendo entre comprador y vendedor de la cosa estipulación sobre vicios redhibitorios, el vendedor queda obligado a responder por los vicios ocultos, pero no por los aparentes).

No hay allí elemento irreal alguno.

Pero sí lo hay en los casos de "apariencia irreal" -que son, quizás, los que han dado soporte a la doctrina de la apariencia que cuenta con relevante sustento dogmático y que resulta un caso típico de operatividad del principio general de la buena fe subjetiva-, como sucede con el acreedor aparente (art. 732, que legitima el pago hecho de buena fe a quien está en posesión del crédito, aunque éste sea luego vencido en juicio ulterior sobre la propiedad de la deuda); o con el matrimonio putativo (art. 222, que mantiene efectos propios del matrimonio subsistente a favor del cónyuge de buena fe, pese a la anulación del acto matrimonial por un vicio aportado por el otro cónyuge); o con el heredero aparente (art. 3430, ibídem, que legitima los actos de disposición a título oneroso hecho a terceros adquirentes de buena fe por parte del heredero que obtiene a su favor declaratoria o aprobación testamentaria, aunque luego sea preterido por otro); o con el del mandatario aparente (arts. 1931 y 1933, que obliga al mandante por lo convenido en exceso de facultades por su mandatario si el cocontratante no pudo de buena fe conocer la extralimitación).

En estos supuestos de apariencia "irreal", y ampliando los criterios propuestos en doctrina española por Bustos Pueche,[58] Compagnucci postula que los elementos integrativos del instituto son al menos tres: a) una situación irreal, y que no se ajusta a las reglas, la cual si bien no

[58] "La doctrina de la apariencia", Ed. Dykison, Madrid, 1999, pág. 21.

conlleva un estado de ilicitud, sí requiere notoriedad y persistencia junto con ausencia de contradicción (como en la posesión adquisitiva), estando sustentada en un basamento claramente fáctico, y siendo imprescindible, para proyectar sus efectos, que se sustente en la buena fe tanto del ocupante de la situación aparente como de quienes deriven derechos de ella; b) un estado de engaño o falsedad, una "mise en scéne" que no implica actitud dolosa en la inteligencia de este concepto propia de los vicios de los actos voluntarios (art. 931, C. Civil); y c) la proyección legal que de efectos que el Derecho, en resguardo de la buena fe, hace a partir de estos estados ciertamente ficticios, "al considerar lo incierto como cierto", y reconocer consecuencias "normales" a estados que no pueden normalmente producirlas.

En conclusión: en la apariencia -irreal- hay un grado de ficción, pero conceptualmente son diferenciables. La justificación axiológica de las ficciones quizás se aproxime al resguardo del valor seguridad jurídica, la de la apariencia claramente anida en la buena fe.

6) Ficciones y presunciones

Probablemente -lo hemos anticipado- cuando se piensa apriorísticamente en ficciones jurídicas vienen a la mente, como supuestos paradigmáticos quizás cuantitativamente más frecuentes, las presunciones.

Hemos dicho supra que a veces las fronteras entre ambos conceptos sean tan difusas y móviles como las de muchos países de la Europa del Este en la última centuria.

De hecho, más allá de las distinciones que intentaremos marcar entre unas y otras, como señala Wilhelm Hedemann en una señera obra dedicada a las presunciones[59], cuando se habla de ellas se las identifica fundamentalmente "como elemento característico de la ficción". De alguna manera coincide también en ello Julien Bonnecase[60], al consignar que "a veces las ficciones y las presunciones tienden a confundirse"[61].

[59] Justus Wilhelm Hedemann, "Las presunciones en el Derecho", Traducción de Luis Sancho Seral, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.931, pág. 247.

Por caso, hay coincidencias por ejemplo en interpretar que instituciones tales como el domicilio legal de las personas (art. 90, C. Civil) que da por cierta la presencia de ellas en el lugar donde la ley lo predetermina "aunque de hecho no esté allí presente"; o los efectos de absolución de posiciones que opera en la confesión ficta en todos los sistemas procesales, los que lucen como supuestos aparentemente notorios de ficciones, son en puridad presunciones[62].

Y hay otros -como por ejemplo la regla según la cual el Derecho se presume conocido por todos, que consagra el artículo 20 del Código Civil- que "se encuentra en el límite entre la presunción y la ficción"[63].

Ahora bien, más allá de estas semejanzas, hay entre ellas singulares diferencias.

Así, se ha señalado que la ficción no anida prioritariamente en la normativa, sino que es obra de la doctrina y del discurso jurídico, siendo un recurso del científico o del doctrinario que, por carecer de herramientas epistémicas adecuadas, caratula de una manera particular y arbitraria al supuesto bajo análisis; en tanto que la presunción es "una hipótesis de trabajo principalmente de nivel legal" que "señala un camino entre varios", pero un camino "que se torna imprescindible fijar en un determinado sentido", ya

---

[60] "Elementos de Derecho Civil", op. cit., pág. 43.

[61] Cita en ello la opinión coincidente de De Page, en su obra "Traité de l´interprétation des lois", 1.925, tomo II, pág. 62.

[62] Sanz, "Presunciones, ficciones y mitos en el Derecho", op.cit, pág. 418; De Lorenzo, "Sobre ficciones y mitos…", op.cit., pág. 855.

[63] De Lorenzo, "Sobre ficciones y mitos…", op. cit., pág. 855. El mencionado autor recuerda la propuesta de los Dres. Atilio Alterini y Horacio Roitman en los trabajos preparatorios de elaboración del Proyecto de Código Civil y Comercial unificados del año 1998, en el sentido de permitir la prueba en contra de tal prohibición en el caso de personas de singular vulnerabilidad socio-económica o cultural, lo cual transformaría la ficción legal actual en una presunción que admitiría contraprueba (de que el derecho aplicable al caso, determinante del error, no se conocía).

que de lo contrario todo el sistema se desploma[64]. En tal discurrir, la ficción es disvaliosa y la presunción útil.

En una mirada más o menos similar, Bonnecase[65] expresa que "la ficción es un parásito para el método científico del Derecho", en tanto la presunción resulta plausible, ya que aun con carácter artificial, existe para que el legislador o el juez recurran a ella basados en la verosimilitud de una situación jurídica, y en ausencia de la posibilidad de una comprobación directa de los elementos constitutivos de la misma.

En su obra ya mencionada sobre las presunciones jurídicas[66], Hedemann puntualiza en que la principal diferencia conceptual entre ficciones y presunciones es que las primeras juegan dentro del ámbito del Derecho material, y las segundas lo hacen en el del Derecho procesal (aserto que, personalmente, no compartimos, al menos como formulación absoluta, más allá de otras calificadas voces que proclaman algo similar, como la de Foriers[67], quien postula que "las presunciones se vinculan a la teoría de la prueba, y las ficciones a la teoría de la extensión de la norma"). Y no coincidimos por cuanto -en nuestro modesto entender-, si bien puede ser aceptable sostener que las ficciones operan prioritariamente en el derecho sustancial y las presunciones lo hacen en el procesal o instrumental (como método de razonamiento judicial para la valoración de la prueba indiciaria), ambas pueden tener origen tanto en uno como en otro ordenamiento, y es incontrovertible que hay ficciones y presunciones en la ley y en la doctrina y en las leyes sustantivas y en las adjetivas. En otras palabras: no difieren en su cuna, sino en su ámbito de actuación.

---

[64] Sanz, "Presunciones, ficciones y mitos", op.cit., pág. 417.

[65] "Elementos de Derecho Civil", op.cit., pág. 43.

[66] Justus Wilhelm Hedemann, "Las presunciones en el Derecho", op. cit., págs. 245 y ss.

[67] P. Foriers y Ch. Perelman, "Etudes publiés", Bruselas, Ed. Emile Bruylant, 1.974, obra citada por citada por Enrique Marí en "La teoría de las ficciones", op. cit., pág. 361.

Marí[68] señala que la distinción conceptual entre ficciones y presunciones "es un punto siempre presente en el círculo de los miembros de la filosofía y la teoría jurídica", y asigna todo un capítulo de su obra (el XV) al debatido tema. Recuerda por caso las opiniones al respecto de Alf Ross (para quien, de alguna manera, en ambas hay "una extensión de la regla", dicha extensión es menor en las presunciones -por una probabilidad estadística de certeza que dimana de los indicios que la generan- y mayor en las ficciones; y de Hans Kelsen, quien, coincidiendo en parte con postulados de Vaihinger, sostiene que en la "fictio" -que quizás equipara a las presunciones "juris et de jure", siempre de rango legal- se acepta un enunciado o un hecho a pesar "de que su contrario sea seguro", mientras que en la "praesumptio" -las "juris tantum", legales o jurisprudenciales- "se sostiene una hipótesis hasta que se demuestre lo contrario".

En su apreciación, las ficciones introducen "jurídicamente lo falso, que permanece operante", y las presunciones "juris et de jure" se aproximan en su esencia a ellas, toda vez que resuelven el caso en una "extensión generalizada, con fuerza de ley, de una hipótesis probable, que en la mayor parte de los casos puede coincidir con la verdad, aunque en los casos marginales puede no hacerlo".

La ficción "est in re certa", mientras que la presunción -que en rigor no es prueba, sino regla del procedimiento que incide en la prueba- la realidad jurídica se construye tratando de recomponer lo más exactamente posible la realidad natural. Por ello, contra las ficciones no se puede probar en contrario (al igual que en las presunciones "juris et de jure"). En tal virtud, "…en la presunción la suposición es la de un hecho muy probablemente verdadero, y en la ficción es la de un hecho ciertamente falso"[69].

Ello se infiere incluso hasta de un análisis semántico, habida cuenta de que la palabra "presunción" está tomada del latín "presumptio", derivada de "presumere", que implica "tomar por anti-

[68] "La teoría…", op. cit., págs. 358 y ss.

[69] Ibídem, pág. 365, con cita de las opiniones coincidentes de Lecoq y Poullain-Duparc.

cipado", lo cual sugiere su esencia de conjetura, de probabilidad, de mera verosimilitud.

Refiere también Marí[70] a la tesis doctoral de Philippe Woodland[71], quien refuerza la distinción entre las presunciones "absolutas" (para él verdaderas ficciones, evidenciadoras de los procedimientos que abren el camino para observar "los mitos de la ciencia del derecho, su prolongamiento directo y los artificios de la ciencia jurídica", o lo que es lo mismo los enlaces entre el derecho, su discurso y la ideología) y las presunciones "simples", pertenecientes a la teoría de la prueba.

Atilio Alterini[72] distingue las presunciones "propias" de las "impropias", siendo las primeras las inferencias que se extraen de indicios conforme a experiencia vital, científica o técnica y en base a probabilidades, y las segundas "las que se independizan de las reglas de experiencia". De algún modo, quizás, estas últimas estén más cercanas a las ficciones.

De Lorenzo, por su parte, partiendo de la admitida distinción entre presunciones legales y "hominis" o jurisprudenciales, entiende que las legales que no admiten prueba en contra (las denominadas "juris et de jure", a diferencia de las que sí lo hacen, denominadas "juris tantum"[73]) son lisa y llanamente "ficciones del ordenamiento", y hay ciertamente una tendencia a acotar su operatividad (una prueba de ello es el texto conferido al artículo 77 del Código Civil por la Ley 23.264, que al regular el modo de calcular la concepción de las personas humanas y fijarla en el lapso que media entre los 300 y los 180 días previos al del parto, man-

[70] Op.cit., págs. 368 y ss.

[71] "Le procedé de la fiction dans la pensée juridique", presentada en el año 1981 en la Facultad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de la Universidad Paris II.

[72] "La presunción legal de culpa como regla del 'favor victimae', en obra homenaje al Profesor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1.990, págs. 202 y ss.

[73] Tal distinción, señala Marí ("La teoría…", op.cit., pág. 364) fue sugerida primigeniamente por Baldo y adoptada luego por Menocchio, dentro de la escuela de los glosadores.

tiene dicha premisa del Codificador pero expresamente suprime la prohibición de probar en contra que la norma primigenia estatuía).

Las presunciones legales que en la terminología de Alterini son "propias", y que no implican ficciones porque admiten contraprueba, llevan en sí aquella esencia de estimar como cierto lo que es meramente probable[74] en base a indicios consistentes en hechos reales, como acontece con la presunción de perdón que conlleva la disposición testamentaria posterior al hecho que causa la indignidad (art. 3.297, C. Civil), o la de la remisión del derecho real de prenda que se infiere de la devolución voluntaria que hiciera el acreedor al deudor del bien objeto de la garantía prendaria (art. 886), o la de la renuncia a la acción penal que se infiere de la renuncia previa por la víctima a la acción civil o a la celebración de convenios de pago (art. 1097), o la de exclusión de la remisión de deudas hechas por el testador con relación a aquellas contraídas después de la fecha de redacción del testamento (art. 3783), o la de propiedad que se estatuye a favor del poseedor de buena fe de cosas muebles que no fueran robadas o perdidas (art. 2412), o la de gratuidad del contrato de mutuo cuando no se pactaren cláusulas sobre intereses (art. 2248), etc.

En definitiva, los encuentros y desencuentros conceptuales entre las ficciones y las presunciones son, sin dudas, los que mayores debates han generado en la dogmática jurídica.

Y, deliberadamente, nos hemos abstenido de adentrarnos en las mayores profundidades que el análisis propio de las presunciones amerita -lo cual excedería en mucho el propósito de estas reflexiones-, tratando sólo de hacer un mero boceto de aquellos cruces y paralelismos conceptuales, y asumiendo que si intentar pasar revista a los supuestos concretos donde se corporizan ficciones es tarea casi utópica, pretender hacerlo en relación a las presunciones es imposible.

Las hay en todas las ramas del derecho, y de toda índole[75]. Pero eso será tema de otra labor.

---

[74] De Lorenzo, "Sobre ficciones y mitos…", op. cit., pág. 855.

7) Conclusiones

1) La existencia de ficciones en el Derecho es innegable y hasta casi inevitable.

2) Su origen histórico se relaciona con el sistema romanista de rango pretoriano y formal.

3) Su justificación no aparece sólo asentada en la conservación de estructuras clásicas o tradicionales de política burguesa, sino más bien en razones de resguardo al valor seguridad jurídica, y a veces a la equidad.

4) Es relevante intentar diferenciar conceptualmente a las ficciones de otros supuestos en los cuales la ley o el dogma interpretan la realidad, con finalidades variadas, que van desde el mantenimiento operativo de estructuras jurídicas ancestrales (mitos), al de mecanismos de técnica jurídica (metáforas), a la teoría de la hermenéutica (analogía), al resguardo de la buena fe subjetiva (apariencia) o la asignación de cargas probatorias (presunciones).

5) Mas allá de todo ello, el Derecho moderno tiende a acotar su campo operativo, cuestionar sus dogmas, priorizar basamentos normativos principialistas que relativizan su funcionalidad, aplicarles el control de convencionalidad y permitir la contraprueba.

[75] Hay presunciones de inocencia, de buena fe, de presencia, de culpa, de responsabilidad, de daño, de onerosidad, de gratuidad, de ganancialidad, de explotación, de vulnerabilidad, de conocimiento, de mala fe, de salud mental, de donación, de filiación, de manifestación de voluntad, de intención de defraudar, de riesgo, etc.

Recepción del académico correspondiente en Bahía Blanca

El análisis económico Del Derecho

Dr. Hugo Alejandro Acciarri

I. El origen y empleo de las denominaciones Derecho y Economía y Análisis Económico del Derecho

Pasada la primera década del siglo XXI, para muchos abogados y operadores del Derecho argentino, y aun para algunos juristas académicos, el Análisis Económico del Derecho sigue siendo una tierra incógnita, cuando no un campo inspirador de prevenciones. Esto es así, aunque en los últimos años se han incrementado de forma notable las referencias al Análisis Económico del Derecho en la literatura jurídica argentina y latinoamericana. En la región, se han publicado libros de autores locales sobre el tema, traducciones de obras extranjeras, artículos en revistas jurídicas y económicas y se vienen llevando a cabo congresos, jornadas y conferencias. Varias universidades imparten cursos de posgrado en la materia y algunas, incluso, instauraron carreras de posgrado completas sobre la especialidad. Pese a todo esto y a las perspectivas que esta enumeración sugiere, no se trata de un cuerpo de conocimientos que se integre con naturalidad a la educación jurídica tradicional. Quizás por eso, su contenido es, todavía, fuente de algunas confusiones. Y, también, origen de ciertas alarmas.

Para comenzar, un problema fácil de advertir es que la expresión "Análisis Económico del Derecho", y otra -muy cercana y a veces equivalente-, como "Derecho y Economía" se utilizan para dar cuenta de cosas bastante diferentes entre sí[1].

En el ambiente jurídico anglosajón se habla de Law & Economics al menos desde décadas tempranas del siglo XX. Es obvio que se pueden utilizar esas palabras para aludir a una mera yuxtaposición de dos áreas de conocimiento. Se puede decir, por ejemplo, que una persona es experta en Derecho y que también lo es en Economía, o que un mismo edificio se utiliza para albergar es-

[1] Ambas denominaciones son traducciones literales de dos términos compuestos ingleses. La última -trasposición de "Law & Economics"- posee una tradición más dilatada, mientras que el apelativo "Análisis Económico del Derecho" se popularizó a partir de la obra del mismo nombre de Richard Posner, cuya primera edición data de 1973.

tudios de Derecho y Economía, sin establecer otra relación entre tales disciplinas. Pero el uso de este término compuesto adquirió un significado más definido y diferente de aquella mera adición en un período histórico que data de más de un siglo.

En aquellos primeros tiempos la clave de su significado se situó en el objeto de estudio. Se entendía que la expresión servía para denotar un área de intersección entre el derecho y la economía, donde se situaban algunas materias o problemas relevantes para ambos. Ciertas materias jurídicas, típicamente patrimoniales, como lo son los derechos de los contratos, de concursos y quiebras, tributario o societario, claramente ingresarían al contenido de esa zona de intersección, mientras que otras instituciones jurídicas, como los deberes extrapatrimoniales del matrimonio o la libertad personal, quedarían afuera. Como puede advertirse, ese contenido coincidiría sustancialmente con aquello que suele llamarse "Derecho Económico". Sin que sea necesario a estos fines describir con precisión su contenido, lo que aquí interesa es que, cuando hablamos de ese sector del Derecho, siempre nos referimos a un subconjunto incluido en el gran conjunto de todos los materiales y estudios jurídicos, pero menos que éste último. El Law & Economics, en esta acepción, se podría distinguir por referencia a ese objeto, con independencia de cualquier precisión sobre el método empleado. Y dejaría fuera de su contenido a todo el Derecho excluido de aquella parcela.

Un empleo diferente de la misma denominación comienza a difundirse a partir de la década de 1960. Para esta época, pasa a denotar un modo de aproximación, una manera de estudiar, no ya dirigida a una parte del ordenamiento jurídico, sino a cualquier institución jurídica. En este sentido es posible hablar de Law & Economics de aquel derecho económico, pero también de Law & Economics de aquellas materias ajenas a las definidamente patrimoniales. Para su diferenciación, en sus comienzos se calificó a esta acepción con el adjetivo "nuevo" (new Law & Economics en contraste con el old Law & Economics). En la actualidad, salvo cuando se requiere exponer su evolución, esa calificación prácticamente está en desuso.

El término Análisis Económico del Derecho normalmente coincide con este último significado de Law & Economics.

II. El contenido vigente de la expresión Análisis Económico del Derecho

Más allá de estas mínimas referencias históricas es posible intentar investigar a qué se entiende estar aludiendo hoy día cuando se emplean tales denominaciones. En el ámbito jurídico argentino y latinoamericano, todavía puede encontrarse a quienes asumen que el Análisis Económico del Derecho es el estudio de materias jurídicas típicamente patrimoniales. Lo expuesto hasta aquí parece suficiente para dar cuenta de que no es ese el empleo usual de esa denominación. Pero descartada esta posibilidad, todavía quedan algunos aspectos significativos por indagar.

2. a. La cuestión de los objetivos y los procedimientos: las llamadas dimensiones normativa y positiva

Es común advertir que algunos juristas entienden que lo que define al Análisis Económico del Derecho es un propósito, una finalidad: que juzga distintas posibilidades de regulación jurídica para elegir y aconsejar aquella que sea más adecuada para alcanzar o aproximarse a la eficiencia[2], con independencia de la búsqueda de cualesquiera otros valores. En los textos elementales es muy frecuente que se hable de Análisis Económico del Derecho normativo

[2] Las referencias a la eficiencia suelen ser el origen de ciertos malentendidos, cuando se discute por fuera del léxico de la Economía. Aunque probablemente la mayoría de los significados de ese término compartan ciertos rasgos comunes, algunos de sus usos técnicos (por ejemplo, el que corresponde a eficiencia en sentido de Pareto) tienen especificidades muy significativas que difícilmente reproduzcan el uso corriente (no técnico) de esa misma palabra. Por ahora, basta con interpretar la idea de eficiencia como asimilable al hecho de evitar el dispendio innecesario de recursos (para lograr un mismo objetivo).

para hacer referencia a esta idea. Frecuentemente, se asume que el centro de gravedad se sitúa en la eficiencia -muchas veces, sin demasiada reflexión- precisamente como base para la crítica.

Otras veces, en cambio, se pone énfasis en ciertas cuestiones de método. Particularmente, en ciertas hipótesis acerca del comportamiento de las personas que sirven de punto de partida para inferencias ulteriores. Se habla también -nuevamente, de un modo básico- de Análisis Económico del Derecho descriptivo o positivo, para dar cuenta del producto de este estudio. En este sentido a veces se da por cierto, por ejemplo, que el Análisis Económico para ser genuinamente tal debe suponer que el comportamiento humano está motivado únicamente por alguna clase específica y definida de egoísmo (sin incidencia de otros factores o variantes) o que debe asumir que todas las personas tienen información perfecta acerca del mundo y de las consecuencias de sus acciones. No faltan tampoco quienes creen que ambas condiciones -las concernientes a los propósitos del análisis y aquellas relativas a su método- son conjuntamente necesarias para caracterizarlo.

En cuanto al método y a la interacción entre las disciplinas implicadas, de un modo muy general se suele afirmar que el Análisis Económico del Derecho implica una modalidad de investigación propia de una ciencia (la economía), proyectada sobre materiales u objetos (normas, instituciones, principios, ideas) que tradicionalmente ocupaban sólo a otra área del conocimiento (el estudio del Derecho). Esta forma tan laxa de exponerlo, sin embargo, puede, por una parte, resultar insuficiente para juzgar su utilidad y por otra, suele levantar sospechas sobre la posibilidad de que se trate de una invasión impropia e "imperialista" de la Economía en el mundo del Derecho. Esas insuficiencias y prevenciones justifican avanzar un paso más sobre el punto.

Para comenzar por este último aspecto, las interrelaciones entre dos o más ramas del conocimiento pueden ser, por cierto, de tipos muy diferentes. Y los análisis que emplean instrumentos que usualmente utiliza una disciplina para estudiar objetos o temas incluidos en el área de interés de otra, pueden ser motivados por propósitos muy diversos.

Imaginemos, por caso, que un crítico de arte se propusiera realizar un análisis artístico o estético, de aquellos que usualmente realiza su disciplina, con relación a objetos relacionados con la agronomía. Pensemos, por ejemplo, en campos cultivados. Tomando como referencia algún canon aceptable en su especialidad, seguramente podría encontrar cultivos estéticamente más valiosos que otros y podría juzgar, desde ese punto de vista, cada uno de los sembrados que analice. Pero en todo caso, sería demasiado optimista de su parte creer que los productores rurales van a modificar lo que venían haciendo luego de que un experto en artes les muestre, con suficiente claridad, las consecuencias estéticas o artísticas de sus acciones. O que la agronomía va a integrar de algún modo tales ideas a su campo. La razón es sencilla: no todo análisis que se intente, desde una disciplina, sobre materias concernientes a actividades humanas que tradicionalmente estudia otra, puede tener la pretensión fundada de ser útil para esta última.

En ese sentido, el Análisis Económico del Derecho generalmente pretende ser operativo o influyente sobre el derecho. Y parece sencillo advertir las razones que justifican esa pretensión. Por un lado, el tipo de consecuencias que procura prever y la clase de conclusiones que intenta alcanzar parecen suficientemente importantes como para ser tomadas en cuenta en cualquier planificación de políticas públicas. Por otro, mientras que al agricultor o a los agrónomos del ejemplo anterior seguramente los tengan muy sin cuidado las implicancias estéticas de sus actividades, no parecen ajenas a la preocupación de los juristas tradicionales esas consecuencias sociales que el Análisis Económico del Derecho intenta descubrir y estudiar.

2. b. ¿Importan a los juristas las consecuencias de las normas y de sus interpretaciones?

Para los juristas, en muchas instancias, lo que define que una norma sea considerada buena o mala (lo que a veces se expresa en términos de justicia, como "justa" o "injusta") es, precisamente, la convicción de que la norma valorada de modo positivo motiva

conductas que se consideran deseables y que sus posibilidades rivales no lo hacen.

Un ejemplo puede ilustrar sencillamente esta idea. Es posible encontrar situaciones en las que un jurista (sea un académico o un juez) considera que se enfrenta a dos posibilidades de interpretación de un texto normativo, ambas legítimas pero excluyentes entre sí. Supongamos, por ejemplo, que una de esas posibilidades consiste en entender que el texto en cuestión (por ejemplo, un artículo de una ley) expresa un conjunto de normas que impone responsabilidad por daños contra las empresas productoras de ciertos bienes de consumo, y que la posibilidad rival es interpretar que el mismo texto contiene otro conjunto de normas, que deja sin reparación a los consumidores. Supongamos también que nuestro jurista asume que es preferible que las empresas tomen medidas para prevenir los defectos de sus productos, porque -a su entender– pueden lidiar con el problema más fácilmente que los consumidores. En ese trance, luego, no es extraño que el juez o el investigador decidan que es preferible interpretar el texto legal en el primero y no en el segundo sentido, por entender que lo contrario implicaría quitar todo incentivo para que las firmas productoras tomen esas precauciones.

Cuando discurren de este modo, no cabe duda de que, aun implícita e intuitivamente, los juristas prevén un cierto tipo de influencia de las normas en la conducta de las personas y, además, valoran dichas posibilidades alternativas de acción y sus resultados cuando las expresan en un argumento.

No obstante, el problema -que, quizá por cotidiano, suele pasar inadvertido– es que la educación jurídica tradicional no suele proveer otro instrumento para investigar el efecto de las normas jurídicas sobre las conductas humanas que la mera intuición. No se trata de que el tipo de conclusiones que estudia el Análisis Económico del Derecho sea extraño a los juristas. Al contrario, como el personaje de Molière que hablaba en prosa sin saberlo, muchas veces esas conclusiones se esgrimen como piedra basal de un argumento, pero no se arriba a las mismas a través de un razonamiento sistemático y explícito sino de un modo puramente intuitivo.

En otras palabras, las facultades o escuelas de Derecho argentinas tradicionalmente no aportan ningún instrumental teórico que permita estudiar sistemáticamente ese tipo de implicancias[3]. Luego, los razonamientos contenidos en el ejemplo anterior podrán ser considerados correctos o incorrectos pero, en cualquier caso, involucran conocimientos que la educación jurídica clásica no provee y que otras disciplinas, en cambio, estudian de modo sistemático y profesional. La economía, a diferencia de los estudios jurídicos, se apoya en un marco teórico definido para concluir en por qué un individuo o una empresa terminarán actuando de un modo u otro, frente a un conjunto de condiciones. Sin ingresar a valorar esos marcos teóricos (si se trata de una única teoría, si es correcta, si la economía ha sido exitosa procediendo de este modo, etc.), parece razonable asumir al menos que, en este y otros campos, es preferible estructurar los razonamientos individuales sobre marcos teóricos generales y explícitos, que extraer conclusiones a partir de la mera intuición o únicamente mediante el auxilio de la cultura general o el sentido común de los juristas. Ese modo de pensar es, sencillamente, lo que subyace en nuestra confianza general respecto de las ciencias por sobre el conocimiento ordinario.

Podría pensarse que una buena intuición es preferible a una mala teoría y, de hecho, esa prevalencia puede darse en casos individuales. No obstante, cuando pensamos en términos más abarcativos, pueden introducirse algunas reflexiones adicionales. Una

[3] Al contrario, es usual estudiar la clásica distinción expuesta por Kelsen, quien, siguiendo a Hume, diferencia tajantemente el mundo del ser y del deber ser y advierte sobre el abismo lógico que existe entre ambos, lo que tornaría impropia toda inferencia que parta de normas (mundo del deber ser) y conduzca a predecir hechos (conductas, situadas en el mundo del ser). Por otro lado, es usual que la currícula de los estudios de Derecho incluyan una asignatura de Economía (denominada así o Economía Política). No obstante, la idea más corriente es que se trata de una materia tendiente a mejorar la cultura general del futuro abogado y no pretende constituirse en una herramienta destinada a estudiar ese tipo de correlaciones, implicancias o influencias.

teoría razonablemente formulada, entre otras propiedades, tiene la ventaja de la transparencia. Mientras que la intuición es, por definición, un procedimiento abreviado, implícito e individual, la teoría, al contrario, es una construcción conceptual pautada, sistemática y -adecuadamente expuesta- transparente. Luego, si una teoría no es buena (si es incorrecta, insuficiente, excesiva, etc.), su propia formulación como teoría posibilita el debate abierto y democrático de sus contenidos, cosa que, a su vez, hace posible mejorarla, refutarla o reemplazarla íntegramente por otra. En ese sentido, ni siquiera es necesario creer que las teorías sobre el comportamiento humano de las que parte la economía sean demasiado buenas: basta con pensar que es preferible el modo de razonar que las emplea, a la pura intuición. Que es mejor (aunque sea instrumentalmente o hasta provisionalmente) contar con una teoría mediocre y exponerla como tal que la ausencia de toda teoría, cuando se trata de explicar y discurrir sobre clases amplias de hechos. Hechos, estos, importantes.

La sistematicidad de la economía para explicar el comportamiento, sin embargo, no implica una rigidez excesiva. No determina, por ejemplo, la necesidad de partir, invariablemente, de los supuestos extremos que algunos críticos del Análisis Económico del Derecho asumen como razón de sus temores. Suponer que las partes cuentan con información perfecta, por caso, es un punto de partida muy útil para analizar muchas situaciones con simplicidad y extraer algunas conclusiones. No obstante, es posible sustituir esta hipótesis por diversos tipos de asimetrías o imperfecciones en la información de los sujetos, cuando esto sea más adecuado al rango de situaciones que se pretende analizar, sin que por ello el análisis pierda su calidad de económico o el razonamiento su sistematicidad.

Algo similar ocurre no ya con los supuestos sino con los objetivos. Tradicionalmente, además de las propiedades de eficiencia, la Economía se ha ocupado también de predecir los efectos de las políticas públicas en relación con otro valor importante: la distribución de los bienes. Entre las aplicaciones más pertinentes del análisis económico a la política pública se encuentra su uso para predecir, por ejemplo, quién soportará efectivamente la carga final

de ciertos impuestos o ciertas acciones del poder de policía. En esas áreas, no parece irrazonable sostener que los economistas, más que los cultores de ninguna otra ciencia social, han estudiado cómo las normas jurídicas afectan la distribución del ingreso y la riqueza entre diferentes clases y grupos sociales, aun cuando muchos economistas académicos suelen evitar involucrarse en disputas sobre cuál de todas esas posibilidades sea la preferible. Las diferentes posibilidades de distribución involucran, por cierto, cuestiones valorativas relevantes, acerca de las cuales las discrepancias pueden ser muy marcadas. No obstante, las relaciones instrumentales que conducen a cada uno de esos estados alternativos comportan un debate de orden diferente. Es posible sostener, por tanto, que aunque la decisión sobre los objetivos a perseguir en relación con la distribución de la riqueza esté deferida a los políticos, a los funcionarios o a los jueces (o a cada uno de ellos, en su respectiva competencia), la Economía tiene algo que decir en cuanto a las relaciones técnico-instrumentales que conducen a esos objetivos. Y en esas relaciones juega un rol relevante la incidencia de las normas jurídicas.

III. La posibilidad de abordaje transdisciplinario: el diálogo entre juristas y economistas

El diálogo entre los juristas y los economistas no suele ser suficientemente fluido. Hablar de transdisciplinariedad se ha constituido demasiadas veces en una moda y se oyen voces que livianamente asumen que basta adicionar a un grupo de abogados algunos economistas para lograr ese tratamiento transdisciplinario. En cuanto a la relación entre sus saberes, no faltan quienes digan que la relación debe ser de coordinación, para indicar que es saludable que no exista una impropia preponderancia de una materia por sobre la otra.

Estas afirmaciones, usualmente, no pasan de buenas intenciones vacías de contenidos. El problema, en la realidad, es bastante más complejo. Por una parte, las profesiones jurídicas y económi-

cas, tradicionalmente, no poseen un lenguaje común que permita aquella deseada comunicación. Por otra, hablar de coordinación sin explicitar su contenido, parece más bien una mención de compromiso para eludir el problema, y no un modo de resolverlo.

Entre muchas, las incomprensiones entre los cultores de ambas profesiones pueden tener una explicación en la modalidad de estudio que signa su formación. En el ámbito anglosajón se ha advertido que la enseñanza de la Economía parte de una teoría general y transcurre desde esa base hacia ejemplos particulares, mientras que, en esos países, se enseña Derecho a partir de casos reales sin llegar nunca a una teoría general.[4] En los países de tradición romanista, en cambio, las distintas ramas del Derecho se enseñan de un modo diferente, que podría parecerse a la exposición de una teoría general, asimilable a las que emplea la Economía. Se acostumbra, inclusive, a utilizar las denominaciones "teoría" o "teoría general" para la parte troncal de los conocimientos de muchas ramas del Derecho (teoría del proceso, de los contratos, de la responsabilidad civil, etc.). No obstante, a diferencia de lo que ocurre habitualmente en la Economía, los profesores de Derecho usualmente exponen tesis alternativas, y las justificaciones que emplean para fundamentar cada una de esas opciones pueden y suelen ser variadas. Sólo algunas veces se invocan razones de consistencia deductiva. Otras, en cambio, se recurre a nociones más o menos intuitivas de justicia (que a veces, además, involucran la preferibilidad de las derivaciones empíricas de las opciones en cuestión, a las que antes me referí). Otras veces -y de-

[4] COOTER, R. y ULEN, T., Law & Economics, Addison Wesley, 1997, 2ª ed., p. ix, prefacio. Una ventaja notable, no obstante, entre la educación jurídica norteamericana y argentina, para favorecer en aquella el surgimiento del Análisis Económico del Derecho, es que el ingreso a la carrera de Derecho en los Estados Unidos requiere haber completado otra carrera universitaria. Luego, es sencillo inferir que muchas personas que ingresan a estudiar Derecho, primero estudiaron Economía o carreras de negocios o finanzas. De este modo, una misma persona puede experimentar ambos modo de enseñanza y de razonamiento.

masiado frecuentemente- se emplean argumentos de autoridad como sostén único o privilegiado de ciertas tesis.

En lo que hace a la deducción, a veces se emplea este procedimiento a partir de bases bastante peculiares. Suele ser frecuente, por ejemplo, dar por sentado que "el legislador" no se equivoca y asumir, además, que siempre hay algún modo de descubrir que esa autoridad legislativa mantiene consistencia entre todos sus productos intelectuales, aun por encima de cualquier ocasional defecto de expresión. No siempre queda claro, sin embargo, si ese punto de partida constituye una mera hipótesis instrumental o una creencia sobre lo que efectivamente sucede en la realidad empírica. Algo similar ocurre, a veces, cuando la justificación se basa en la Justicia. En algunas oportunidades, todavía, se da por sobreentendido que diversos modos de justificar una misma tesis dan resultados necesaria o casualmente idénticos. Resultados que, además, suelen coincidir con las valoraciones personales de quien los expone[5].

Sin pretensiones exhaustivas, dos factores adicionales merecen mención a la hora de pensar en las dificultades de entendimiento interdisciplinario. En primer lugar, aunque las magnitudes tienen un rol relevante, las determinaciones cuantitativas suelen resultar desagradables para los estudiantes y profesores de Derecho. Y también para los juristas prácticos. Una chanza conocida en el ambiente jurídico refiere a los estudiantes que fundan sus razones para estudiar Derecho en su aversión a las matemáticas, y estudian Derecho para tener la seguridad de quedar a salvo de los números. La Economía, desde hace décadas, en cambio, hace de las matemáticas una parte importante de su lenguaje. Otra característica diferencial es la globalidad de la ciencia económica y la relativa particularidad del conocimiento jurídico. La Economía que se en-

[5] Se ha señalado que algunos procedimientos de interpretación del Derecho positivo suelen constituir una buena excusa para imponer los valores propios del intérprete, pero sin decirlo ni justificarlo. NINO, C. S. Introducción al Análisis Filosófico del Derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, 2ª ed., 7ª reimpr., pp. 326 y ss.

seña en países muy diferentes es prácticamente idéntica, por lo menos en sus contenidos fundamentales y hasta en sus libros de texto. El Derecho, al menos en buena parte del contenido de sus asignaturas, difiere de país en país, como difieren sus ordenamientos positivos.

No es el objetivo de estos párrafos reflexionar en profundidad sobre la bondad de los métodos de enseñanza de ninguna de ambas disciplinas. Sin embargo, parece interesante señalar que los modos (diversos) de enseñar y aprehender los conocimientos jurídicos y económicos quizá influyan para inducir cierta incomprensión, cuando no rechazo, entre profesionales de cada una de esas áreas.

IV. Sobre la dirección y el sentido de la interacción

Decía al comienzo que el uso convencional del rótulo Análisis Económico del Derecho apunta, en la actualidad, más bien a un modo de aproximación a cualquier área del Derecho, que al objeto de estudio elegido. Que la clave estaría en el modo de analizar cualquier institución jurídica.

No obstante, parece interesante atender una objeción. Para algunos, el término Análisis Económico del Derecho evoca una relación demasiado unidireccional. Pareciera ser "algo" que transcurre de la economía hacia el derecho, pero sin ningún aporte que vaya en sentido contrario. Esa resonancia, entienden, hace que esa denominación no sea adecuada para dar nombre a un área de conocimiento en la cual tanto el Derecho como la Economía se enriquecen a través de una interacción bidireccional y paritaria[6].

Esta cuestión nos lleva a otra, cercanamente relacionada, pero diferente, que se refiere -con abstracción de la denominación que

[6] Guido CALABRESI sostuvo esta idea en videoconferencia en el marco de la XV Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE) que se llevó a cabo el 2 y 3 de agosto de 2011 en Bogotá, Colombia.

se escoja- a los límites de esta área de conocimientos. Como muchas creaciones colectivas y sedimentarias, esta modalidad de estudio no surgió como un producto acabado, completo y permanente, sino que se fue gestando de modo dinámico y progresivo. Es posible, por cierto, a los fines prácticos, distinguir hitos y estadios de su evolución y hay excelentes estudios al respecto[7]. Del mismo modo es posible encontrar corrientes diferentes, aunque no haya un consenso absoluto acerca de su delimitación y distinción.

Dijimos alguna vez, en un texto en coautoría con Robert Cooter[8], que, más allá de otros factores, probablemente el uso de la palabra "economía" o "económico" haya atentado contra la recepción de esta modalidad de estudio, al menos en Latinoamérica y quizá también en España y en toda Europa. En nuestra región, así como la ciencia económica genera ciertas prevenciones en la consideración popular, también dispara recelos similares a una buena proporción de los juristas académicos y prácticos y a los estudiantes del Derecho. No obstante, sin necesidad de analizar puntualmente si todas esas alarmas son justificadas, se puede alcanzar ciertos acuerdos en algún nivel modesto.

Parece razonable, por ejemplo, convenir que las consecuencias sociales de las normas, de sus interpretaciones y de las sentencias judiciales, importan[9]. Y se puede acordar que importan, sin si-

---

[7] MERCURO, N. y MEDEMA, S., Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism, Princeton University Press, New Jersey, 1997; MACKAAY, E., "La Règle Juridique Observée par le Prisme de L'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit", Revue internationale de droit économique, 1986, vol. 1, pp. 43-88; VELJANOVSKI, C., Economía del Derecho. Un texto introductorio (trad. De la Maza Gazmurri, I. y Mery Nieto, R.), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2006.

[8] COOTER, R. Y ACCIARRI, H., Introducción al Análisis Económico del Derecho, (COOTER, R. Y ACCIARRI, H., directores). Ed: Civitas-Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago de Chile - Madrid, mayo de 2012, Capítulo I: "Introducción. La Economía, el Derecho y sus consecuencias", p. 11.

quiera compartir una misma opinión sobre cuánto importan exactamente[10].

En esta modalidad de análisis, el Derecho no se ve como un conjunto de permisos, prohibiciones y mandatos, sino como un generador de incentivos, que confluirán hacia que ciertas conductas (hechos) ocurran o no en el mundo. Y que se den, por derivación, otras consecuencias sociales (también estas incluidas en el mundo del ser, el mundo de los hechos).

En los textos jurídicos a veces se puede percibir una excesiva confianza acerca de que prohibir una conducta es equivalente a asegurarse de que no se llevará a cabo en la realidad. Es frecuente advertir ese modo de pensar, cuando únicamente se hace alusión al estatus deóntico de una conducta, según el ordenamiento jurídico, sin referencia a la clase de la sanción y su monto: se toma en cuenta, por ejemplo, únicamente si una cierta acción está prohibida. El Análisis Económico del Derecho, en cambio, no piensa en prohibiciones sino en las consecuencias indeseables que sufrirán quienes realicen ciertas conductas, que se definen técnica-

[9] Como vine haciéndolo, hablo aquí de consecuencias sociales del Derecho para referir a los hechos que efectivamente produce, promueve o desfavorece en la realidad social. Las normas jurídicas y sus derivaciones probablemente guarden una relación causal o funcional con hechos de clases muy diversas. Algunos de tales hechos posiblemente carezcan de toda relevancia para la mirada del jurista o del decisor público. No obstante, parece indudable que habrá al menos un grupo de consecuencias que serán del interés de aquéllos. La eficiencia, la distribución de los bienes o la carga final de los costos impuestos por el derecho son efectos fácticos: en última instancia, no son sino el resultante de un conjunto de hechos. Como lo sugerí, este tipo de consecuencias, por caso, parecen ejemplos claros de aquellas derivaciones que los juristas habitualmente consideran relevantes y parece muy plausible entenderlas de ese modo.

[10] Asimismo, acordar que importan no requiere lograr un acuerdo sobre si esas consecuencias son lo único que merece ser tenido en cuenta o sólo son uno de los factores dignos de relevancia en la labor de los juristas y los decisores públicos.

mente como costos. Así, puede pensarse que si una norma sanciona con una multa de $10 a quien obtendrá de su violación (por otras razones) un beneficio de $100, habrá fuertes incentivos para transgredirla, para que esa conducta, aunque formalmente prohibida, se verifique en la realidad. Luego, pensar que la norma que prohíbe esa conducta indeseable es buena sólo porque sanciona una posibilidad de acción mala, parece involucrar una cierta ingenuidad. Y lo mismo ocurrirá con una norma que prevea una sanción gravísima si otras normas del mismo ordenamiento o ciertas condiciones sociales determinan que la probabilidad de que se imponga sea ínfima. En ambos casos, las normas en cuestión, aunque fundadas en buenas intenciones, difícilmente puedan determinar consecuencias sociales deseables. Paradójicamente, a veces creemos que este aspecto -la efectividad de las normas, sus consecuencias en la sociedad- no corresponde a los juristas[11]. El problema más grave es que la mayoría de las personas, sobre la base de aquella peculiar división del trabajo que se ha establecido en la sociedad, creen lo contrario.

No parece que ese rol se cumpla acabadamente, cuando se asume que sólo cabe al jurista una actividad de derivación lógica. O que su labor se concentra sólo en recordar la numeración y contenido de algunos artículos, o en desentrañar el significado de palabras; o en conocer el juego de los antecedentes de las leyes o en constituirse únicamente en el custodio de algunos principios, asumidos como fijos y cristalizados. Cuando, en síntesis, desatiende la dimensión empírica y social del resultado de su actividad.

Si, por el contrario, se entiende que la tarea del jurista tiene alguna relación con objetivos sociales, entonces vale la pena explorar instrumentos tendientes a cumplir del mejor modo posible sus cometidos. En este sentido, sin desatender otras dimensiones de la labor del jurista, parece posible alcanzar algún consenso

[11] Al contrario, la Corte Suprema de Justicia ha puesto especial énfasis en la necesidad de tomar a cargo el problema de eficacia: "Pardo, H. P. y otro c. Di Césare, Luis Alberto y otros/art. 250 del C.P.C.", CSJN, 24:46, 06/12/2011.

sobre la relevancia de contar con métodos sistemáticos para estudiar qué consecuencias se derivarán de cada una de las opciones jurídicas en disputa. En esa instancia, resulta plausible pensar que algunos instrumentos de la ciencia económica, pueden hacer una contribución relevante para el estudio de esa clase de relaciones.

La cuestión se puede plantear en términos aún más modestos: no se trata, en definitiva, de seguir a la Economía, sino de emplear algunos instrumentos que, no por haber sido usados por la esa disciplina, son privativamente económicos, sino que son creaciones útiles para la generación y sistematización del conocimiento. La teoría de juegos, la teoría de la elección racional, la estadística, la lógica, la experimentación, son instrumentos que adoptó la Economía, pero muchos le preexisten y todos son empleados, además, por otras disciplinas. Pensar que los instrumentos conceptuales son patrimonio exclusivo de una disciplina parece, hoy día, conducir a un provincialismo intelectual difícilmente justificable. No sería adecuado que la medicina desdeñe la biología molecular, por sentirse invadida por la física si la incorpora. O que la Economía rechace los aportes de la psicología científica, por las mismas razones. O que la Geografía se oponga al aporte satelital para mejorar sus saberes. O que la Historia se oponga al uso de técnicas fisicoquímicas, como el carbono 14, por los mismos prejuicios.

La historia del conocimiento humano muestra fases centrífugas y otras centrípetas. La disgregación de la filosofía en múltiples ciencias particulares es una muestra de lo primero; el tratamiento transdisciplinario de problemas importantes, cada vez más frecuente en la actualidad, una instancia de lo segundo.

Y más allá de que sea adecuado proceder de este modo, de hecho, es posible observar que ese tipo de transdisciplinariedad, en los hechos, se está dando de modo creciente. Advertí anteriormente que muchas veces, y desde siempre, existen instancias en las que los juristas hacen mérito de las consecuencias sociales de las normas o de ciertas posibilidades interpretativas en sus argumentos. Pero más recientemente puede observarse una multiplicidad de sentencias, algunas de alta relevancia social, que cuentan dentro de sus argumentos este tipo de preocupación consecuencial

sobre el que vengo discurriendo, en un grado particular. Como ejemplos mínimos pueden traerse a colación ciertos casos muy conocidos de nuestro Tribunal supremo, como "Mendoza, Beatriz y ot. c/ Estado Nacional y otros",[12] "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y ots",[13] "Cuello, Patricia D. c/ Lucena, Pedro A.",[14] "Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y otro",[15]. "Halabi, Ernesto c/ P.E.N,"[16] "Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/ Catamarca, Provincia de s/ amparo ambiental"[17], etc. Pero también existen decenas, sino cientos de fallos de Tribunales inferiores en el mismo sentido[18].

Se trata de argumentos, en todos los casos, que típicamente constituyen conclusiones del Análisis Económico del Derecho. En algunos casos es posible disentir, y en otros, acordar sobre su corrección. Pero más allá de ese debate, que esta clase de argumentos constituyan los fundamentos de sentencias dictadas por Tribunales importantes o recaídas en asuntos de relevancia, nos permite extraer algunas conclusiones.

- En primer lugar que, como lo sostuve desde el comienzo, los problemas que constituyen el contenido del Análisis Económico del Derecho, al menos en algunas circunstancias, son relevantes para los jueces argentinos.

- Ese tipo de argumentos, luego, constituyen argumentos útiles para decidir cuestiones jurídicas.

- De ser así, el estudio sistemático, explícito y transparente de estos problemas, permite encontrar un carril de discusión razo-

[12] CSJN, 329:2316, 20/06/2006.

[13] CSJN, 802:35, 06/03/2007.

[14] CSJN, 724:41, 07/08/2007.

[15] CSJN, 331:2925, 29/12/2008.

[16] CSJN, 270: 42, 24/02/2009.

[17] CSJN, 284:47, 17/04/2012.

[18] Reseñé algunos pocos en "El Análisis Económico del Derecho como criterio de decisión vigente en la Jurisprudencia Argentina", Jurisprudencia Argentina, 2010-I. Número Especial sobre Derecho y Economía, 17 de marzo de 2010, páginas 93 y ss.

nable y sistemática, para su tratamiento. No se trata de que el Análisis Económico del Derecho provea fácilmente conclusiones únicas, certeras y sencillas para los problemas que trata, sino que provee un modo de enfrentarlos y discutirlos.

- En este sentido, el estudio del Análisis Económico del Derecho no es únicamente útil en la faz legislativa o en otra instancia de decisión de políticas públicas (aunque también lo es, claramente, para dichos procesos), sino que es un instrumento valioso para enriquecer la caja de herramientas de los abogados y los jueces a la hora de lidiar contra los problemas a los que se enfrentan típicamente en su tarea.

V. Conclusión

Si de lo expuesto pudiera extraerse una conclusión, quizás sería una muy modesta. En primer lugar, que es posible lograr algún grado de consenso significativo sobre que las consecuencias sociales de las normas y de su interpretación y aplicación, importan. Y si esto es así, parece razonable intentar estudiar ese género de problemas de modo sistemático.

Con el nombre de Análisis Económico del Derecho se puede aludir a cosas muy diversas. Aquel estudio consecuencial al que hacía referencia en el párrafo anterior es una de esas posibilidades. Esta versión mínima y humilde parece suficientemente importante y merecedora de atención. Analizar de ese modo las conductas esperables frente a las normas o a las decisiones que las aplican, y las consecuencias ulteriores de dichas conductas en relación con objetivos sociales relevantes, parece una tarea suficientemente digna de ser emprendida.

Existen, por cierto, quienes bajo el pretexto de la ciencia, intentan imponer impropiamente sus intereses o sus postulados ideológicos. Hacerlo puede descalificar a quien lo lleve a cabo, pero no a la ciencia o a la disciplina de la que se pretenda abusar. Al contrario, el tratamiento sistemático, constructivo y pautado de los problemas importantes y la subsunción de casos particula-

res en marcos teóricos generales, parece ser el modo más adecuado para tratar las cuestiones que importan. Para ese tratamiento existen instrumentos conceptuales que pueden resultar útiles. La Economía ha empleado históricamente algunos de esos instrumentos. Otros, como la experimentación o instrumentos vinculados a las neurociencias, sólo en tiempos recientes se han incorporado a la Economía -cuando no están aún en curso de incorporación- y simultáneamente, pueden ingresar al campo del Análisis Económico del Derecho. A la inversa, pueden reconocerse aportes diversos del Derecho, tendientes a enriquecer la Economía.

En todo caso, no se trata de una adscripción dogmática, sino de una reflexión y discusión sistemáticas, pero abiertas. Cuando los problemas lo merecen, vale la pena intentarlo.

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS

Palabras de recepción del académico correspondiente en la República de Nicaragua

Dr. Iván Escobar Fornos*

*Acto realizado en sesión extraordinaria del día 20 de septiembre de 2013.

La presentación del académico correspondiente estuvo a cargo del Sr. Presidente honorario Dr. Luis Moisset de Espanés.

Honorables miembros de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba:.

Pocas veces en mi vida he recibido tan altísimo honor como el que me otorga la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, al incorporarme como Académico Correspondiente a tan prestigiada institución, no sólo a nivel nacional, sino también latinoamericano. En su seno se encuentran destacados juristas reconocidos en Iberoamérica, como Luis Moisset de Espanes.

En Córdoba ha florecido la cultura y el Derecho, erigiéndose como un Faro que ilumina con luz solar penetrante todo el continente. Me limito a la reforma universitaria y a los Códigos Procesales Penales de 1939 y 1969.

"La Reforma Universitaria de 1918" surge cuando un grupo de jóvenes universitarios de Córdoba inicia un movimiento de democratización de la enseñanza universitaria, el que rápidamente fue recibido, aplaudido y aceptado por todo el continente. Este movimiento iniciado en Córdoba promueve o refuerza la lucha de Latinoamérica por cambiar las estructuras culturales, políticas y sociales heredadas de la colonia, encabezada por una pleyade de ilustres personajes de clase media. Nicaragua se adhiere a esta reforma, y en el año de 1958 la Universidad Nacional de Nicaragua adquiere su autonomía.

La reforma contiene las siguientes bases programáticas: autonomía universitaria política, docente y económica; cogobierno estudiantil; libertad de cátedra; gratuidad de la enseñanza; concurso de oposición para la selección de profesores; investigación como función universitaria; extensión universitaria; democratización del ingreso a la universidad; enseñanza gratuita; y compromiso con la sociedad.

Esta reforma universitaria de Córdoba se anticipó medio siglo al "Mayo del 68" francés.

El Código Procesal Penal de Córdoba de 1939 sienta un cambio trascendental en el Derecho Procesal latinoamericano al consagrar el sistema del juicio oral y sus principios en una materia tan sensible y anclada en las concepciones estrechas del juicio escrito, inquisitivo y lento.

Rápidamente fue considerado como modelo aquende y allende de las fronteras argentinas, donde inspiró el Código Modelo para Argentina, redactado por los destacados procesalistas Ricardo Levene, Torres Bas y Claria Olmedo.

Lo redactaron Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, el cual fue sustituido por el de 1969, redactado por Vélez Mariconde.

El modelo cordobés fue acogido por las provincias argentinas y por el Código de Procedimiento Penal de 1973 de la República de Costa Rica.

Durante las V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Colombia en 1970, el insigne procesalista, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, hijo mayor del primer Presidente de la República de España, lo calificó como el mejor de América y uno de los mejores del mundo. El mencionado congreso lo recomendó como modelo para Iberoamérica, lo que se cumplió con el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1978, redactado por Claria Olmedo.

Pisar suelo argentino sin invocar a Rubén Darío, príncipe de las letras castellanas en el Olimpo de los Raros, es un pecado imperdonable.

Argentina ama a Rubén y Rubén ama a Argentina. Para él era su segunda patria. Así lo dijo: "Sí es verdad y afirmo aquí entre paisanos, mi segunda patria es Argentina es decir, mi patria espiritual". Rápidamente penetró en los círculos más selectos de la intelectualidad y se dieron cuenta de que era un genio que modificaría y enriquecería nuestro idioma.

Rubén Darío fue líder principal del modernismo, importante movimiento de la cultura universal, el cual consolidó en sus estudios realizados en Argentina.

En Argentina ejerció el periodismo en los principales diarios, dictaba conferencias, escribía en importantes revistas literarias,

asistía a El Ateneo y a las veladas literarias. El diario La Nación le brindó todo su apoyo.

Entre sus principales creaciones en Argentina se encuentran: la fundación de la Revista América, únicamente de tres números; la publicación de "Los Raros" (1896) y "Prosas Profanas y otros poemas" (1897), dos libros fundamentales para el desarrollo del modernismo.

Dedicó a Argentina y Nicaragua su principal obra "Cantos de Vida y Esperanza". Escribió también el "Canto a la Argentina".

Rubén visitó Córdoba en 1896 y en su Ateneo recitó su poema "El elogio del Ilustrísimo Obispo de Córdoba Fray Esquini".

Termino citando un párrafo de su "Canto a la Argentina", del inmortal poeta Rubén Darío: "¡Salud, Patria, que eres también mía puesto que eres de la Humanidad: salud, en nombre de la poesía salud, en nombre de la libertad!"

Muchas gracias.

El futuro de la casación*

Iván Escobar Fornos

* Discurso con motivo de la incorporación como académico correspondiente. Acto realizado en sesión extraordinaria del día 20 de septiembre de 2013.

I. Origen de la casación

Empiezo señalando que el término "casación" ya se usaba en España, por lo que no es exclusivo de Francia. Su historia la expone en profundidad Piero Calamandrei[1], por lo que me limito a unas cuantas pinceladas.

Pasamos directamente al recurso de casación, sin referirnos al control absoluto del rey de Francia sobre los asuntos judiciales, los Establissements de Saint Louis y los Consejos del Rey, que conocían únicamente de la revisión del Derecho y no de los hechos.

La Asamblea General de la Revolución francesa, inspirada en la teoría de la separación de poderes, estimó que era necesario crear un órgano que vigilara a los tribunales para que no violaran la ley, para lo cual creó un Tribunal de casación como apéndice del poder legislativo, por las leyes de 27 de noviembre y de 1º de diciembre de 1790. Este Tribunal fue concebido como un órgano político y no jurisdiccional, y su fin era garantizar la separación entre los Poderes Legislativo y Judicial, pues cuando el juez viola o interpreta una ley, penetra en el campo del poder legislativo.

Si en un principio se pretendía controlar el poder judicial por el legislativo, su desarrollo posterior pretendía el control del poder judicial por el ejecutivo. El Tribunal de casación no podía conocer el fondo del asunto, y cuando casaba enviaba el juicio a los tribunales de instancia para su decisión.

---

[1] Piero Calamandrei, La Casación Civil, Historia y Legislación. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Prólogo de Niceto Alcalá Zamora y Castillo. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina T. I. Vol. I. 1961. Ob. cit., T. I. Vol. II. Ob. cit., T. II. Bosquejo General de Instituto. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayero Redín. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, Argentina. Este es un complemento de los anteriores y se refiere a la casación unificada como funcionaba desde 1923, antes de la fecha en vigencia del actual Código Procesal Civil hoy vigente, acompañado de un apéndice de artículos del Código Procesal Civil de 1865, al que se refiere Calamandrei.

Este recurso fue evolucionando en el ordenamiento jurídico francés, hasta que por ley de 1º de abril de 1837 se configuró la casación como verdadero recurso judicial que tendía a la unificación de la jurisprudencia y del orden jurídico (ius constitutiones).

II. Sistemas de casación

2.1. Casación francesa

En la casación francesa el Tribunal, una vez que casa la sentencia, reenvía el expediente al Tribunal inferior para que resuelva el fondo del asunto, pues no puede entrar a conocer de él. Este Tribunal inferior, llamado "de reenvío", no está obligado a someterse a la doctrina del Tribunal de casación. Es más, puede fallar en contra de lo decidido en casación. La casación francesa, pues, no tiene ninguno de los dos efectos normales de los recursos (suspensivo y devolutivo).

El sistema de reenvío presenta serios problemas: si la sentencia del Tribunal de casación se hace obligatoria para el inferior, se priva a éste de su libertad y autonomía; y si no se le otorga fuerza vinculante a sus decisiones y el Tribunal a quo vuelve a mantener su criterio, se pasa a un juego de ping pong de nunca acabar. Por tal razón, los códigos procesales iberoamericanos han suprimido el reenvío, adoptando el sistema español en el que el Tribunal de casación, al casar la sentencia impugnada, dicta sentencia de fondo, salvo que el vicio sea de procedimiento, en cuyo caso se reenvía el proceso para su reposición o subsanación.

2.2. Casación española

En el recurso por infracción de ley o doctrina (casación de fondo), el Tribunal, al casar la sentencia impugnada, entra a conocer el fondo del asunto y dicta la sentencia que en Derecho corresponda (casación de instancia).

Este es el sistema que consagra el artículo 2069 del Código de Procedimiento Civil nicaragüense, que dice: "Cuando la Corte Suprema invalide una sentencia por casación, en el fondo pronunciará lo conveniente sobre la cuestión materia del juicio". No existe, pues, reenvío. En una misma sentencia se invalida la sentencia de grado recurrida y se dicta la que corresponde conforme a Derecho. En otras legislaciones esto se hace en resoluciones separadas.

La mayoría de los países latinoamericanos sigue el sistema de la casación española.

Además del recurso de casación en interés de las partes (ius litigatores), se establece también el recurso de casación en interés de la ley (ius constitutiones). En la legislación nicaragüense fue establecido por el Código de Procedimiento Civil de 1906, aún vigente, que sustituyó al Código de Procedimientos Civiles de 1871 en el que existían, entre otros, los recursos de súplica y de nulidad. El primero abría una tercera instancia, y el segundo era un recurso extraordinario de nulidad.

2.3. Casación nicaragüense

En nuestro ordenamiento, tenemos como antecedente remoto de la casación en la forma el recurso extraordinario de nulidad establecido en la Ley Reglamentaria para los Tribunales y Juzgados de la República de 1864 y en el Código de Procedimientos Civiles de 1871. Se sostiene que en el artículo 261 ordinal 9 de la Constitución de Cádiz, que se aplicó en Nicaragua, se consagraba el recurso de casación bajo el nombre de recurso de nulidad, y que el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 lo reglamentó, aunque hay quien lo niega. El recurso extraordinario de nulidad se concedía contra las sentencias, a fin de declarar las nulidades del procedimiento en que se originaban. No impedía la ejecución de las sentencias, pero debía rendirse fianza para ello.

El jurista Ignacio Miranda H. sostuvo que el recurso de nulidad tiene cierta similitud con la casación, en el fondo, porque cuando se fallaba con infracción de ley se anulaba la sentencia y a su vez se dictaba la que en Derecho correspondía; a pesar de que

en el art. 1011 del Código de Procedimientos Civiles de 1871 se disponía que si la nulidad consistía en haberse fallado contra ley expresa y terminante, se anulaba la sentencia sin dictar la conveniente. Existen diferencias fundamentales entre el recurso de casación y el extraordinario de nulidad, pero es un antecedente del recurso de casación en la forma. El recurso extraordinario de nulidad fue posteriormente suprimido por el art. 8 de la ley del 6 de marzo de 1882.

El recurso de casación vino entonces a sustituir a los recursos de súplica y de nulidad. Con la aplicación del recurso de casación y las prohibiciones de las constituciones desde 1939 en adelante, de no permitir la existencia de más de dos instancias, se terminó con la tercera instancia. No obstante, debe advertirse que, en la casación en el fondo, cuando la Corte Suprema casa la sentencia, dicta a su vez la sentencia que en Derecho corresponde. En la casación en el fondo no se examina la relación material directamente, sino el pronunciamiento de Derecho contenido en la sentencia.

La diferencia entre la casación y la tercera instancia se encuentra en que en ésta se produce un examen del material de hecho y de derecho del proceso, mientras en aquélla se limita al segundo, salvo el error de hecho en la apreciación de la prueba.

Cuando el recurso de casación es acogido, encontramos dos fases: una (iudicium rescindens), cuando el Tribunal ad quem después de estudiar el caso, casa la sentencia impugnada; la otra (ius recissorium), cuando reemplaza la sentencia casada por una ajustada a Derecho.

La forma de realizar estas dos fases se diferencian, con relación al error in iudicando, el sistema francés (seguido en Italia), del español. En éste se fusionan las dos etapas, se casa la sentencia y el mismo Tribunal superior dicta la sentencia de fondo; en cambio en el francés, como ya se dijo, se reenvía la causa para que dicte la sentencia el Tribunal a quo.

III. ¿Eliminación o modificación de la casación?

Sobre la casación no solo se han expresado elogios, sino también críticas, en las que se sostiene que se encuentra en crisis y proponen su sustitución por otros recursos, que en mi opinión no son más que casaciones encubiertas.

Con relación a este tema interesante y delicado trataremos brevemente.

3.1. Controversia entre Alcalá-Zamora y Castillo y Guasp

Jaime Guasp presentó al I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal un extenso trabajo, en calidad de informe, sobre "El sistema de una ley procesal civil hispano-americana". Propone consagrar la revisión y suprimir la casación, según él no arraigada en los países hispánicos, y fundada en una distinción artificial entre los hechos y el Derecho[2], y permitir al Tribunal Supremo tener acceso al conocimiento de los hechos. Guasp expresa en su ponencia que

"no se propone la conservación del instituto de la casación, sino, por el contrario, su desaparición. La casación no obedece ni se amolda al espíritu tradicional jurídico de los pueblos hispánicos; al contrario, está fundada en distinciones artificiales, no sentidas por ellos, como son la distinción entre el hecho y el Derecho y la limitación del Tribunal a un quebrantamiento del fallo impugnado, sin entrar en el fondo de la resolución que en su lugar debía dictarse. Estas limitaciones, que suelen gozar de una justificación histórica, no tienen por qué ser conservadas en nuestro derecho. Puestos a bautizar ese recurso supremo, parece que el nombre de revisión puede servir satisfactoriamente para albergar todos las motivaciones fundamentales que deben tener acceso ante un Tribunal Supremo. Por ello se considera que el recurso de revisión es la institución última sistemáticamente, de todos los procesos impugnativos".

[2] Revista de Derecho Procesal Español, 1956. Núm. 1, págs. 69-166.

Continúa y propone un proceso de revisión ordinario y otro extraordinario, según si sus motivos están dentro o no del proceso (págs. 85-86).

Para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo[3], esta solución no es nada recomendable, y equivale a la implantación de la revisión germánica. Agrega Alcalá-Zamora y Castillo que Guasp dicta la sentencia de muerte contra la casación, institución con arraigo en España y Latinoamérica, con antecedentes en la Constitución de Cádiz de 1812 (recurso de nulidad)[4], y que la distinción entre el hecho y el Derecho no es artificial, sino que está presente en la demanda y su contestación, en la prueba y en la sentencia.

Al no encontrar eco a su propuesta, en la segunda edición de su obra Derecho Procesal Civil[5], Jaime Guasp ya no insiste en sustituir la casación por la revisión, y en distinguir entre revisión ordinaria (casación), en la que el vicio que se corrige es únicamente atinente al proceso en que se dictó la sentencia, y revisión extraordinaria, fundada en motivos trascendentales situados fuera del proceso en que se dictó la sentencia que ahora se impugna (documento falso en que se funda la sentencia impugnada, etc.).

Sobre su naturaleza, importancia y fines de la casación expresa ahora lo siguiente:

> "es indispensable en cualquier ordenamiento procesal bien organizado, un recurso supremo, ante la autoridad máxima judicial, dirigido contra una resolución; esto caracteriza a la casación; no trata

[3] Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, ilustre procesalista español, hijo de Alcalá Zamora y Torres, ex-presidente de la República española, dejó una gran escuela en América Latina, principalmente en México, donde preparó una pléyade de procesalistas, entre ellos Héctor Fix-Zamudio, líder del desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, rama vislumbrada, pero no cultivada por Zamora y Castillo.

[4] A propósito de una planeada Ley Procesal Civil Hispanoamericana. Boletín Judicial de Derecho Comparado de México. Septiembre-Diciembre. 1956, pág. 35-37.

[5] Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España. 1961, pág. 1421.

de facilitar otro proceso, por el contrario trata de evitarlo al corregir los errores; es de índole procesal, una obra judicial, al margen de preocupaciones políticas y no judiciales, a que obedeció en su origen; casación y revisión no son la misma cosa; puede comprender el hecho y el Derecho, como en España para que ambos vicios se encuentran entrelazados, lo que no desnaturaliza a la casación, pues no son atendibles los límites al Derecho y al quebrantamiento o ruptura del fallo (reenvío); apartarse de esos límites no puede llevarnos a convertir a la casación en otro tipo distinto de recurso, pues caer en esa averiguación sería entrar en el terreno terminológico intrascendente".

3.2. Casación versus Amparo

Se ha pensado equivocadamente en Nicaragua (de lege ferenda) que el amparo puede sustituir a la casación, a la que podría incluso absorber como se pretende ocurre en México; pero en realidad seguiría siendo casación.

Considero que un cambio de esta naturaleza trastornaría gravemente nuestro sistema impugnativo.

En México se concede el amparo en lo civil, penal, laboral y otras materias, y es estimado como amparo judicial o amparo-casación, que según Fix-Zamudio:

"sin utilizarse este nombre debe considerarse como un recurso de casación federal (de acuerdo con el modelo francés, es decir, con reenvío cuando se anule el fallo impugnado en cuanto al fondo), por medio del cual pueden impugnarse todas las resoluciones judiciales del país. Pronunciadas tanto por los jueces locales como los federales en las distintas materias, por conducto de un procedimiento de una sola instancia, ante los Tribunales colegiados de circuito, que en la actualidad pueden considerarse como organismos jurisdiccionales de casación, pero con la posibilidad de que las salas de la Suprema Corte puedan determinar el criterio obligatorio que debe imponerse cuando existan contradicciones de tesis sobre la misma cuestión entre los citados Tribunales colegiados (artículos 107, fracción V, de la Constitución Federal; 158, 159 y 160 de la Ley de Amparo)".[6]

En resumen, en México a la casación se le llama amparo, a la que se le ha quitado formalismo e incorporado otras modificaciones. Esta opinión es compartida por otros procesalistas mexicanos y por Alcalá Zamora y Castillo[7]. Por tal razón lo denominan amparo-casación.

La tradición jurídica nicaragüense y la de algunos otros países rechaza el amparo contra las resoluciones judiciales, el cual está reservado a controlar a los otros poderes que en su actuación violan la constitución.

En Nicaragua el amparo no se permite contra las resoluciones judiciales y, como nuestro sistema de control constitucional es difuso, se concede el recurso de casación por violación directa a la constitución (causal primera de fondo).

3.3. La revisión germánica

La revisión germánica no puede sustituir a la casación de origen inmediato español y mediato francés porque es descendiente en línea recta y en primer grado de consanguinidad con la casación francesa, y sólo ha tenido atención académica y sin aceptación en

---

[6] Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano. Editorial Porrúa S.A. Méxcio 2011, págs. 306-307. Del mismo autor: Juicio de Amparo. Editorial Porrúa, S.A. México 1964., págs. 65. Ensayos de Derecho Procesal. Editorial Porrúa. México. pág. 198 y sigs. Hernando Devis Echandía afirma que personalmente Fix-Zamudio le manifestó en 1977 que debía "implantarse la casación limitando en cuanto a lo que a ésta se le asigne, el ámbito del amparo, cuya excesiva extensión lo hace deficiente en muchos aspectos" (Estudios de Derecho Procesal. Presente y Futuro de la Casación. Editorial Zavalia. Buenos Aires, Argentina. 1985, pág. 86). La facilidad para interponer el amparo, y sus efectos, influyeron en el ánimo de los juristas mexicanos para suprimir la casación y sustituirla por el amparo.

[7] Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Clínica Procesal. Editorial Porrúa S.A. México. 1982, pág. 229.

estas tierras. Por el contrario, la casación está bien arraigada y conocemos bien su naturaleza y técnica.

Numerosos autores que han traducido obras alemanas de Derecho Procesal usan el término "casación" para referirse a la revisión germánica, y con frecuencia usan el término "casación" y colocando entre paréntesis el término "revisión", a modo de aclaración[8].

La revisión germánica tiene las características siguientes: sirve al interés de la parte agraviada y su objetivo es la evolución y unificación jurídica, lo mismo que el aseguramiento de la unidad de la jurisprudencia; a diferencia de la apelación, no abre una nueva instancia sobre los hechos y se examina la sentencia desde el punto de vista jurídico; el Tribunal de revisión se limita a juzgar sobre los hechos incorporados al proceso en la instancia de apelación, no existen hechos nuevos, salvo en escasos supuestos, no se puede juzgar si el hecho viejo es cierto o erróneo, tampoco nuevas pretensiones; se concede, en una disposición única por infracción a la ley, uniendo en esa disposición los errores in iudicando y los errores in procedendo, siempre que sean errores de Derecho; cuando se admite la revisión por vicios de forma se revoca la sentencia y se envía el asunto al Tribunal de instancia, pero si en la sentencia de primera y segunda instancia existen vicios, se enviará el proceso a la primera instancia; cuando un proceso es reenviado, la controversia se abre y las partes pueden aportar nuevos hechos y pruebas, en cuyo caso la sentencia revocada ya no obliga al Tribunal de instancia, salvo en cuanto a la interpretación en que des-

[8] L. Pietro Castro, José Ma. Cabrera Claver y Victor Fairen Guillen. Quinta traducción a la obra de Adolfo Schönke. Derecho Procesal Civil. Bosch, casa Editorial, Barcelona, España. 1950. Ernesto Krotoschin. Traducción de la Obra de Adolf Wach Conferencia sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana. Ediciones Jurídicas. Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1958. Rodolfo E. Witthaus. Traducción de la obra de Stefan Leible. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, Colombia. 1999. Prieto Catro. Traducción de la obra de Kisch, Elementos de Derecho Procesal Civil. Madrid, España. 1940.

cansa la sentencia revocatoria para así evitar el ir y venir entre ambos Tribunales que con reiteración demoran la conclusión del proceso, lo que le quita valor al proceso y conduce a la desesperación a las partes. Excepcionalmente, el Tribunal de casación conoce el fondo del asunto después de casar la sentencia: cuando la sentencia casada por infracción de la ley se dicta en un juicio cuyos hechos ya se encuentran probados y la contienda está en condiciones de ser decidida, y cuando el Tribunal de casación lo estima conveniente, dadas las circunstancias específicas del caso, fallar el fondo, se permite la casación per saltum.

La revisión germánica no es original, es un paso adelante en el perfeccionamiento de la casación francesa. Así lo expresa Piero Calamandrei:

> "Llegaremos a decir que quien quiera encontrar la fiel efigie de la casación francesa debe buscarla no ya en las leyes francesas, las cuales contienen entumecidos los rasgos de un instituto hoy en día superado, sino en el Ordenamiento procesal germano, el cual ha sabido recoger el último producto de la vida jurídica francesa: en efecto, mientras en Francia, donde la evolución se ha producido sin cambios bruscos, el instituto se encuentra todavía en parte bajo el influjo de la primitiva concepción que le atribuía una posición de control político situado fuera del ordenamiento judicial, en Germania una legislación procesal reconstruida ab initio ha podido llevar a cabo una selección de las diversas normas y aceptar solamente aquellas que responden a la Casación del segundo tipo, instituto judicial destinado a mantener la uniformidad de la jurisprudencia. De suerte que, mientras quien compare las leyes que regulan en Francia la Casación con las que en Alemania regulan la revisión, podrá creer que se encuentra en presencia de institutos profundamente diversos, los dos institutos, en su funcionamiento práctico, están mucho más próximos de lo que pudiera creerse; la revisión, en efecto, no es más que la traducción en normas escritas del instituto que en Francia está todavía en gran parte confiado a la costumbre: diversidad, pues, en la formulación técnica de las normas, no en su contenido esencial"[9].

Después de referirnos a la casación francesa, creación original del genio francés, la española, la crítica a Guasp y su reconsideración, y la revisión alemana, podemos afirmar que la casación tiene aceptación y vigencia en muchos países, sólo ha sido modificada para perfeccionar su funcionamiento.

3.4. El recurso extraordinario en Argentina

En Argentina no se acepta a nivel federal la casación, aunque sí a nivel provincial, donde también se regulan recursos similares. En la Constitución de 1949 se aceptó la casación, pero no funcionó y después se derogó el régimen constitucional.

A nivel provincial se regula, como recurso similar a la casación, el denominado recurso de inaplicabilidad de la ley, del cual conoce la Corte Suprema de la Provincia, la cual declara cuál es la norma aplicable al caso sometido a su competencia y no existe reenvío, siguiendo en esto el modelo español.

Partiendo de la arbitrariedad que puede desprenderse de la sentencia, la Corte Suprema Nacional ha creado (pretorianamente) el recurso extraordinario de apelación, en la que dicho Tribunal, según Hugo Alsina, tiene funciones de una verdadera corte de casación. Alsina agrega que tiene la ventaja sobre el modelo francés de que no sólo puede anular la resolución recurrida, sino también pronunciarse sobre el fondo y hacer cumplir sus resoluciones[10].

La Corte Suprema Nacional ha venido ampliando los casos en que existe arbitrariedad. Algunos ejemplos: cuando se resuelve contra o con prescindencia de lo expresado por la ley; cuando se prescinde de las pruebas fehacientes, o se aceptan las que no aparecen en el proceso; cuando la sentencia se funda en afirmaciones meramente dogmáticas o en conceptos imprecisos los cuales no

[9] La Casación Civil. Ob. cit., T. I. Vol. II, pág. 251.

[10] Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Editorial Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, Argentina. 1961. T. IV., pág. 264.

aparecen en las normas aplicadas; cuando la sentencia es incongruente. La doctrina y la jurisprudencia van aumentando estos supuestos de arbitrariedad[11].

Como podemos observar, el recurso extraordinario de apelación argentino no es más que una casación encubierta.

3.5. Eliminación de la casación en el proyecto de Código Procesal Civil de Chile (2012)

Con este Proyecto se pretende un profundo cambio en el proceso civil. Con relación a lo que interesa, este cambio es evidente en el sistema recursivo, y se concede amplias facultades a la Corte Suprema de Justicia.

Se elimina el recurso de casación en la forma y se crea un recurso de apelación que recoge las causales de aquel[12], y además por su medio el Tribunal de alzada revisa los hechos y el Derecho de las resoluciones apeladas[13], dentro del sistema de apelación limitada, según se expresa en la exposición de motivos.

Se elimina también el recurso de casación en el fondo por el recurso extraordinario, con lo que se completa el cambio; y se encarga a la Corte Suprema, altamente fortalecida, a velar el cumplimiento de los derechos fundamentales y dar coherencia y unidad a las decisiones de los Tribunales, según la exposición de motivos.

Este recurso extraordinario se interpone por las partes, las que expresaran los agravios y las razones por las cuales existe un interés general que justifique la intervención de la Corte Suprema que, siguiendo en esto el modelo anglosajón del leave to appeal inglés y el writ of certiorari, se reserva el derecho de no conocer de cier-

[11] Humberto Quiroga Lovié, Miguel Ángel Benedetti y María de las Nieves Ceuicaceilaya. Rubinzal-Culzoni. Editores. Buenos Aires, Argentina. T. I., pág. 656 y sigs.

[12] Art. 381 del Proyecto.

[13] Art. 379 del Proyecto.

tas materias en que no concurre el interés general, con lo que se la descongestiona de asuntos.

La sentencia de la Corte Suprema indicará el interés general para admitir el recurso y, si se acogiere, indicará la infracción del derecho fundamental o la manera en la cual deberá ser interpretada o aplicada una determinada norma o principio jurídico, y concluirá declarando la confirmación, modificación, revocación o invalidación de la sentencia recurrida y del procedimiento del cual emanase, en su caso[14].

Si anulare la sentencia, se dictará la sentencia de reemplazo. Si anulare el juicio determinará el estado en que hubiere de quedar y se realizará un nuevo juicio[15].

El art. 409 del Proyecto chileno señala taxativamente lo que debe entenderse por interés general que haga necesaria la intervención de la Corte Suprema en este recurso. Estas causales son: si se hubiere infringido en forma esencial en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emana, un derecho o garantía fundamental contemplado en la constitución política o en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes; y en el caso que se considere fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial.

La interposición del recurso extraordinario no suspende la ejecución ni los efectos de la sentencia[16].

La sentencia que falla este recurso no admite impugnación, salvo que contradiga otro fallo, si no se dejó constancia de haberse modificado la doctrina anterior, en cuyo caso se anula la sentencia y se procede a una nueva audiencia[17].

Este es un recurso sui generis que reúne elementos de la casación: la apelación asume la casación en la forma, la Corte Suprema se pronuncia sobre el fondo al admitir el recurso, y uniforma la jurisprudencia; y del amparo, instituto de la jurisdicción consti-

[14] Art. 413.2 del Proyecto.

[15] Art. 413.3 del Proyecto.

[16] Art. 414.1 del Proyecto.

[17] Art. 414.2 del Proyecto.

tucional para la defensa de los derechos fundamentales consagrados en la constitución política, función que también el recurso extraordinario realiza.

Creo que los fines que se pretende con la reforma se podrían lograr mejorando la casación, pero son los juristas chilenos los que mejor pueden decidir de acuerdo a sus necesidades y circunstancias.

Algunos destacados juristas chilenos reclaman la pervivencia de la casación, entre ellos Jordi Delgado Castro[18].

3.6. Algunas reformas a la casación española

La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 suprimió el recurso de casación en la forma, sustituyéndolo por el recurso extraordinario por infracción de la ley procesal, del cual conocen los Tribunales Superiores de Justicia. Conserva la casación en el fondo por motivos y resoluciones tasadas, del cual conoce el Tribunal Supremo.

Son susceptibles de recurso de casación las sentencias dictadas por las audiencias provinciales que se encuentren en los supuestos siguientes: cuando se dictaron para la tutela civil de derechos fundamentales, excepto los del artículo 24 de la Constitución; cuando la cuantía del asunto sea superior a los 150.000 euros; y cuando la resolución objeto del recurso presente interés casacional. Se entiende por interés casacional cuando la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Las cuestiones de hecho están fuera de la casación, lo mismo que la valoración de la prueba efectuada por los Tribunales de ins-

[18] El Recurso Extraordinario en el Proyecto de Código Procesal Civil. Revista Ius et Praxis. Año 18. No. 2. Chile, págs. 125-146.

tancia. El Tribunal Supremo casa la sentencia y se pronuncia sobre el fondo, técnica tradicional de la casación española.

Las normas que regulan el valor probatorio (artículos 316, 318, 319 y 326.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) son preceptos que deben ser atendidos por el juez de instancia para decidir sobre el fondo del asunto, según el Tribunal Supremo; pero también ha expresado que su infracción debe denunciarse en el recurso extraordinario por infracción procesal. El error de Derecho en la apreciación de las pruebas, pues, es denunciado por dicho recurso.

Las restantes pruebas son valoradas por la sana crítica. El que valora la prueba es el juez y no la ley, por lo que la disconformidad del recurrente con la valoración no es con la que expresa la ley, sino con el valor que le dio el juez. Esta valoración, es discrecional del juez (él es, por ejemplo, quien vio y escuchó al testigo) y no es impugnable en casación. Lo mismo sucede con la prueba pericial y la declaración de parte. Pero se acepta la revisión en casación de tales valoraciones cuando son irracionales o no ajustadas a la lógica.

Esta decisión de dividir el recurso de casación ha sido criticada por algunos procesalistas españoles. Esta reforma no representa una eliminación de la casación, sino un intento de fortalecimiento de la justicia española de acuerdo a sus circunstancias.

Julio Piscatoste Bobillo, J. Maldonado Ramos, J.L. Seoane Spiegelberg y A. Villagómez Rodil, magistrados españoles, critican esta escisión de la casación, sometiendo el recurso extraordinario por infracción procesal al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia y no al Tribunal Supremo, como resulta lo correcto en el buen orden casacional, lo cual se realiza al margen del artículo 123 de la Constitución. Agregan que la misma reforma al regular el recurso extraordinario por infracción procesal emplea la palabra "casar", propia del recurso de casación, y en el primer Anteproyecto lo denomina recurso de amparo judicial, que parece ser lo más adecuado; no encuentran justificación de la división para descargar de trabajo a la Sala Civil del Tribunal Supremo, pues no ocurre en este momento y si el futuro resulta que es estimado, el recurso extraordinario y saneado el defecto, se puede interponer el recurso de casación para resolver el fondo de la controversia;

razón por lo cual deben buscarse otras soluciones, lo que requiere un estudio serio y participativo de todos los interesados; por ejemplo, los doctrinarios apuntan a la aplicación de la propuesta de Cappelletti en su "Dictamen iconoclástico sobre la reforma al proceso civil italiano" y que consiste en conceder al Tribunal de casación la posibilidad de seleccionar los recursos, como sucede con el Tribunal Supremo norteamericano, y en Alemania que el Tribunal de casación puede rechazar los asuntos que carecen de importancia, salvo que contradiga la jurisprudencia[19].

Vicente Gimeno Sendra, catedrático español, menciona la causa por la que no pudo entrar en vigencia el recurso extraordinario (non nato) y señala las dudas sobre la constitucionalidad de la nueva regulación de los Tribunales Superiores de Justicia como Tribunales de Casación en su función de aplicar e interpretar de una manera definitiva e irrevocable la Ley de Enjuiciamiento Civil. Señala tres dudas que resumimos así:

a) La atribución de un recurso de casación a los Tribunales Superiores de Justicia sólo puede legitimarse en un Estado Federal, como en Argentina, en el cual la Constitución otorga a los poderes legislativos autonómicos competencia para promulgar Códigos Procesales Civiles con un ámbito de aplicación circunscrito al Estado federado, solución no aplicable por la configuración que hace la constitución del Estado español, que aunque descentralizado, mantiene una forma unitaria.

b) De acuerdo con la constitución al Tribunal Supremo le corresponda conocer de todos los motivos de los recursos de casación.

c) La supuesta función de los Tribunales Superiores de Justicia para emitir doctrina legal procesal en sus diecisiete demarcaciones, provocará en la práctica la vulneración del art. 14 de la Constitución en su manifestación de igualdad en la aplicación de la ley[20].

[19] Los Recursos y otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, España. 2009, pág. 413-416.

La identidad con que navegó a ultramar la casación española se ha perdido, sólo conserva la eliminación del reenvío, sustituyendo la casación en la forma por el recurso extraordinario de nulidad y eliminando el error de hecho en la valoración de la prueba; pero en Latinoamérica su identidad original echó raíces profundas que siguen vivas.

Muchos de sus países aceptan sus tres características: casación de fondo y forma (hoy reunidos en un solo artículo, interpuestos en el mismo escrito, tramitados conjuntamente, fallados en la misma sentencia, con preferencia el de forma, pero con diferentes efectos) y error en la apreciación de la prueba: Costa Rica[21]; Guatemala[22]; Panamá[23]; Bolivia[24]; Cuba[25]. Existen otros que permiten restrictivamente la revisión de los hechos en casación: Uruguay[26]; Honduras[27]; Venezuela[28]; Ecuador[29], Chile[30], El Salvador[31], Repú-

[20] Derecho Procesal Civil I. El Proceso de Declaración. Parte General. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Colex Editorial. Madrid, España. 2012, págs. 629 – 630.

[21] Arts. 594 y 595 del Código Procesal Civil.

[22] Arts. 621 y 622 del Código Procesal Civil y Mercantil.

[23] Arts. 1152-1155.

[24] Arts. 252-255 del Código de Procedimiento Civil y 273 del Proyecto. Los procesalistas latinoamericanos señalan al libertador Simón Bolívar como el primero que propuso el establecimiento de la casación, quien envió en 1817 un mensaje al Congreso de Angostura (1819) un Proyecto de Constitución, en el cual se creaba una Alta Corte de Justicia con una Sala de Apelaciones y otra de Casación (Enrique Vescovi. Los Recursos Judiciales y demás Medios de Impugnación en Iberoamérica. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1988, pág.235)

[25] Art. 630.9 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.

[26] Art. 270 del Código General del Proceso.

[27] Art. 720 del nuevo Código Procesal Civil.

[28] Arts. 313 y 320.

[29] Art. 3.3 de la Ley de Casación.

[30] Art. 677.

[31] Art. 522.

blica Dominicana[32], Paraguay[33], y Venezuela[34], no regulan la revisión de los hechos.

3.7. El amparo y la justicia ordinaria

El amparo no sólo ha pretendido sustituir a la casación, sino también penetrarlo y funcionar conjuntamente. Este es un tema que inquieta a los juristas y legisladores, objeto de detenido estudio y valoración.

En Nicaragua no se ha permitido el amparo contra las resoluciones judiciales en asuntos de su competencia, por disposición expresa del artículo 53 inciso 1 de la Ley de Amparo, que dice: "No procede el recurso de amparo: 1. Contra las resoluciones de los Funcionarios Judiciales en asuntos de su competencia". Pero recientemente, interpretado a contrario sensu por la Corte Suprema de Justicia, sostiene que cabe en asuntos que no son de competencia de los Tribunales ordinarios[35]. Esta es la primera ventana que se le abre al amparo en materia judicial.

Las partes del proceso, ya sea con el afán de encontrar un nuevo medio para discutir el caso, ya sea para corregir groseras violaciones de la ley, ya sea de fondo o de forma, ya sea por atrasar el juicio, interponen el recurso de amparo contra las resoluciones judiciales, y ello con mucha frecuencia, los que aumentan cuando la autoridad correspondiente va abriendo ventanas. Esta delicada situación obliga a la meditación y respuesta clara sobre el tema.

En el Derecho comparado se pueden observar varias soluciones[36]:

---

[32] Art. 1 de la Ley sobre Procedimiento de Casación.

[33] Art. 420 bis 7 de la Ley Creadora del Recurso de Casación.

[34] Art. 386 del Código Procesal Civil.

[35] S. 9:45 am. del 2 de abril de 1976, B.J., pág. 79.

[36] Cfr. Domingo García Belaunde, "El Amparo contra Resoluciones Judiciales". Derecho Procesal Constitucional. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 2001, págs. 156 y sigts. Allan R. Brewer Carias. Derecho Procesal Constitucional. Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica. 2012, pág. 353.

Los ordenamientos jurídicos americanos están divididos. Se admite el amparo contra las resoluciones judiciales en El Salvador[37], Colombia[38], Panamá[39], Guatemala[40], México, Venezuela[41], Perú[42] y Bolivia[43], no se admite el amparo contra las resoluciones judiciales en Argentina, Nicaragua, Uruguay[44], Chile[45], Costa Rica[46], Ecuador[47] y Honduras[48].

---

[37] Cfr. Manuel Arturo Montecino Giralt. "El Amparo en el Salvador". El Derecho de Amparo en el Mundo. Coordinadores Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Editorial Porrúa. México, 2006, pág. 351-352.

[38] Cfr. Julio César Ortíz Gutiérrez. "La Acción de Tutela en la Carta Política de 1991". El Derecho de Amparo en el Mundo. Ob. cit., pág. 239. La acción de tutela equivale al amparo y solo procede por las vías de hecho contra las resoluciones judiciales.

[39] Arts. 2615-2632 del Código Judicial. Cfr. Arturo Hoyo. "El Proceso de Amparo de Derecho Fundamentales en Panamá". El Derecho de Amparo en el mundo. Coordinadores Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Editorial Porrúa. México 2006. pág. 351-352.

[40] Art. 10 de la Ley de Amparo. Cfr. José María García Laguardia. "Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los Derechos Humanos en Guatemala, Habeas Corpus y Amparo". El Derecho de Amparo en el Mundo. Ob. cit., pág. 407.

[41] Art. 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Cfr. Carlos M. Ayala Corao y Rafael Chavero Gazdik. "El Amparo Constitucional en Venezuela". El Derecho de Amparo en el Mundo. Ob. Cit., págs. 664-665.

[42] Art. 4 del Código Procesal Constitucional. Cfr. Domingo García Belaunde y Gerardo Eto Cruz. "El Proceso de Amparo en el Perú". El Derecho de Amparo en el Mundo. Ob. Cit., pág. 604.

[43] Art. 129.2 de la Constitución.

[44] Art. 1 de la Ley No. 16.011 del 19 de diciembre de 1988. Cfr. Héctor Gros Espiell. "El Derecho de Amparo en el Uruguay". El Derecho de Amparo en el Mundo. Ob. Cit., pág. 635.

[45] Cfr. Humberto Nogueira Alcalá. "El Derecho y Acción Constitucional de Protección (Amparo) de los Derechos Fundamentales en Chile a ini-

En México se permite con amplitud el amparo contra las resoluciones judiciales, pero es un amparo-casación, que funciona en los amparos directos.

En Brasil y Perú sólo se admite el amparo contra resoluciones judiciales en ciertos casos.

En España se admite el amparo contra las resoluciones judiciales después del agotamiento de todos los recursos e instancias, incluyendo el recurso de casación por violación de derechos fundamentales. Es subsidiario, porque deben agotarse las vías ordinarias y no se permite la revisión de tales resoluciones, ni es una nueva instancia.

En Nicaragua no cabe el amparo contra las resoluciones judiciales por las razones siguientes: el artículo 53 inciso 1 lo que realmente expresa es que en asuntos de jurisdicción ordinaria no cabe el amparo, y así debe interpretarse, porque cuando de cuestiones de competencia se trata, el Código de Procedimiento Civil ya señala las vías de declinatoria e inhibitoria para solucionar el conflicto, y el Código Procesal Penal establece la declinatoria, por

---

cios del Siglo XXI". El Derecho de Amparo en el Mundo. Ob.cit., pág. 190. Este autor señala que contra las resoluciones judiciales existen los recursos correspondientes, lo mismo que jurisprudencia de los tribunales de justicia han aceptado las acciones de protección contra sentencias que han vulnerado manifiestamente las normas del debido proceso o cuando se produce un perjuicio irremediable por otra vía procesal, cuando ellos afectan a un tercero ajeno al proceso que no han participado ni tenido derecho a defensa en el proceso jurisdiccional, lo cual aplaude y propone que debe dársele al Tribunal Constitucional la potestad para revisar las sentencias judiciales como ocurre en otros países.

[46] Art. 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Cfr. Rubén Hernández Valle. "El Recurso de Amparo en Costa Rica". El Derecho de Amparo en el Mundo. Ob. cit., págs. 268-269. Pide que se conceda contra las resoluciones judiciales. Del mismo autor Derecho Procesal Constitucional. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 2001. Págs. 223-226.

[47] Art. 88 de la Constitución.

[48] Art. 46.7 de la Ley de Amparo.

lo que no es preciso recurrir al amparo, que se usa en subsidio de recursos o reclamaciones ordinarias; no existe, pues, un vacío que pueda llenar este tipo de interpretación; está arraigada en nuestra tradición la improcedencia del amparo contra las resoluciones judiciales, y para justificarla se creó un sistema mixto de control de la constitucionalidad en virtud del cual todos los jueces ordinarios son jueces constitucionales y pueden, desde la más baja jerarquía, declarar para el caso concreto la inconstitucionalidad en su sentencia, y además existen para ello: una causal de casación de fondo, el amparo y el recurso por inconstitucionalidad de la ley o decreto ante la Sala Constitucional y la Corte Plena respectivamente, la casación en la forma para conocer los vicios del procedimiento y el recurso de casación en interés de la ley.

Si echamos a andar todo el sistema quizá no se tenga necesidad de abrirnos a la revisión de las resoluciones judiciales cuando violen los derechos fundamentales, pero si esto no funciona tenemos que pensar bien en una reforma para realizar esa revisión, con el cuidado de no interferir en la potestad del juez ordinario de aplicar la ley ordinaria y reservar a la jurisdicción constitucional la potestad de revisar si se violaron los derechos constitucionales.

Pregunta: ¿con la reforma a favor del control de las resoluciones judiciales a través del amparo podríamos apaciguar la crítica del llamado gobierno de los jueces constitucionales?

La primera queja contra el gobierno de los jueces proviene del primer Roosevelt (Theodore), contra las sentencias de la Corte Suprema en las que se rechazaba toda intervención legislativa en la vida económica. Después, Lambert publicó en 1921 su famoso libro "El Gobierno de los Jueces", donde sostenía la misma tesis. Posteriormente, el segundo Roosevelt (Franklin) fue más enérgico cuando su política del New Deal, entró en conflicto con la Corte Suprema en materia política y social.

Creo que este control judicial debe ir amparado en la vigencia efectiva del Estado de Derecho.

IV. La casación en el Anteproyecto de Código Procesal Civil de Nicaragua (2012)

A diferencia del vigente Código de Procedimiento Civil nicaragüense, que regula casuísticamente cuatro clases de recurso de casación (en cuanto al fondo, diez causales en el art. 2057 Pr.; en cuanto la forma, dieciséis causales en el art. 2058 Pr.; contra laudos arbitrales, cinco causales en el art. 2059 Pr.; y en diligencias de ejecución de sentencia, dos causales en el art. 2060 Pr.; en total treinta y tres "causales", muchas de las cuales constan de dos o más "subcausales"), el Proyecto de Código Procesal Civil reduce los motivos fundantes del recurso de casación a los siguientes:

1º Por violación, interpretación errónea o aplicación indebida de normas y garantías que establezcan derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (art. 560.1 CPC).

2º Por violación, interpretación errónea o aplicación indebida de normas sustantivas aplicables para la resolución del objeto del proceso (art. 560.3 CPC).

Estos dos motivos se reducen en realidad a uno solo: el error iuris in iudicando, y para la determinación del contenido de cada forma de infracción seguirá siendo aplicable la copiosa jurisprudencia existente, de la que el Proyecto ha extraído su concepto:

La infracción por violación de la norma se produce cuando el fallo de segundo grado realiza lo que la ley prohíbe (la llamada violación expresa) o cuando dejándola de aplicar no cumple lo que ella dispone (la violación tácita)[49]; la violación tácita se produce "... cuando... se deja de aplicarla (la norma) a hechos a los

[49] Sentencia de las 10:00 a.m. de 4 de mayo de 1966, B.J. pág. 110, Cons. I: "... empieza el recurrente diciendo que como el fallo de la Sala no se apoya en ninguna disposición concreta legal, ni cita ningún artículo del Código Civil y del Procedimiento Civil 'no puede decirse que haya aplicado indebidamente ninguna disposición particular'. Esta apreciación del recurrente constituye una equivocación, ya que las violaciones a las

que había de aplicarse, pasando en esta... hipótesis a ser un caso de inaplicación..."[50] La infracción por interpretación errónea ocurre cuando el fallo recurrido da a una norma un sentido distinto del que correctamente tiene[51]. La infracción por aplicación indebida se produce cuando el fallo de alzada aplica una norma a un caso que no está comprendido dentro de sus hipótesis. Esto conlleva por lo general a la violación tácita (inaplicación) de la norma que era la aplicable al asunto[52].

3º Por la infracción de normas procesales regulatorias de:

a. "La jurisdicción[53], competencia objetiva, funcional y territorial determinada por normas imperativas" (art. 560.2.a)[54].

b. "La adecuación de procedimiento" (art. 560.2.a in fine); esta es una expresión poco precisa.

c. "Los actos y garantías procesales cuya infracción suponga la nulidad absoluta..." (art. 560.2.b CPC); los casos de nulidad procesal absoluta están indicados en el art. 211 CPC.

d. "Los actos y garantías procesales cuya infracción... produjera indefensión"[55] (art. 560.2.b CPC);

e. "La forma... de la sentencia" (art. 560.2.c CPC). Ella está contemplada en los arts. 193, 195 y 196 CPC.

---

leyes en los fallos son susceptibles de cometerse aunque el Tribunal no haya mencionado disposición alguna...".

[50] Pietro Castro, L. Los Hechos en Casación (Líneas Generales), pág. 11.

[51] Pietro Castro, L. Los Hechos en Casación (Líneas Generales), pág. 10.

[52] Pietro Castro, L. Los Hechos en Casación (Líneas Generales), pág. 10.

[53] Arts. 21-22 y 24-26 CPC.

[54] Ya está contemplada en el art. 211 núm. 1 y 2 CPC.

[55] Ya está contemplada en el art. 211 núm. 4 y 5 CPC.

f. El "... contenido de la sentencia" (art. 560.2.c CPC). Este está regulado en los arts. 197 CPC (claridad, precisión y "exhaustividad"), 199 CPC (motivación) y 200 CPC (congruencia).

Todos estos son casos del llamado error in procedendo.

En general, el Proyecto es prolijo en señalar las resoluciones recurribles e irrecurribles, pero con relación al recurso de casación el art. 561 CPC se limita a señalar que las resoluciones recurribles son exclusivamente "los autos que pongan término al proceso y hagan imposible su continuación"[56] (aquí hay un desliz: debería decir: "los autos que pongan término al pleito y hagan imposible su reanudación", o algo por el estilo) y las sentencias dictadas en segunda instancia cuando la cuantía exceda de doscientos mil córdobas fuera inestimable (o indeterminada); también serán recurribles los autos definitivos y las sentencias de segunda instancia cuando presenten "interés casacional", independientemente de la cuantía del asunto, sin entrar a la casuística de establecer cuáles resoluciones son casables y cuáles no lo son.

Esto excluye de las resoluciones casables los autos definitivos y las sentencias dictadas en primera instancia, cualquiera sea la cuantía o naturaleza del pleito, aunque ellas son susceptibles de apelación; ésto cierra las puertas a la posibilidad de la casación per saltum.

La cuestión del "interés casacional" como puerta de entrada para el correspondiente recurso es novedosa; este interés estará presente cuando:

a. La sentencia de segundo grado recurrida (sea esta dictada por un juez de Distrito o por una sala de lo civil de Tribunal de apelaciones) se oponga a la jurisprudencia "de la Corte Suprema de Justicia" (aquí hay un error: debería decir "de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia"); y

[56] Por ejemplo, el auto que declara la caducidad en la segunda instancia (art. 106 CPC), o el que acoge la excepción de cosa juzgada (arts. 447 y 208 CPC).

b. La sentencia de un juez de Distrito "resuelva cuestiones sobre las que existe contradicción con lo resuelto por otro juzgado de distrito actuando como segunda instancia"; "la sentencia recurrida dictada por un Tribunal de apelaciones se contradiga con lo resuelto por otro Tribunal de apelaciones". Aquí también existe una incorrección conceptual: "lo resuelto" equivale a "lo fallado", y el interés casacional tiene por finalidad "la unificación jurisprudencial": debería entonces decir "la fundamentación del fallo, etc.".

El recurso basado en el "interés casacional" viene a sustituir la casación en interés de la ley (art. 2100 Pr.), aunque éste último no es un recurso propiamente hablando, sino tan solo un medio técnico para purgar o eliminar del ordenamiento jurídico las sentencias de segundo grado que, a pesar de no estar apegadas a Derecho, no fueron recurridas de casación por las partes o no admitían tal recurso.

El art. 564 CPC contiene una disposición que a mi juicio es incongruente.

En la primera parte prohíbe tajantemente "revisar" en casación los hechos dados por acreditados en la sentencia de instancia, o "revisar" la valoración de las pruebas contenida en ella; es decir, veda al Tribunal de casación entrar a conocer del llamado error facti in iudicando en sus dos vertientes, de error de hecho y error de Derecho. Punto y seguido, sin embargo, autoriza solicitar el control de la motivación fáctica de la sentencia para "revisar su existencia, suficiencia, racionalidad y carácter lógico", lo cual implica revisar los hechos dados por probados en las instancias, y la valoración de los mismos por el Tribunal de casación. Es decir, en esta segunda parte se conservan tanto el sub-motivo de error de hecho (se revisará la "existencia" de la prueba) como el error de Derecho (se revisará su "suficiencia" de la prueba), y además se autoriza al Tribunal de casación a sustituir con su propia valoración la que soberanamente haya hecho el Tribunal de alzada (revisará la "racionalidad y carácter lógico" de la apreciación de la prueba).

Opino que lo más indicado sería suprimir la primera parte del art. 564 CPC, pues aunque efectivamente la infracción de la ley es directa cuando el órgano de alzada comete un error iuris in iudicando que lo lleve a violar, interpretar erróneamente o aplicar in-

debidamente una norma jurídica, la infracción también puede producirse de forma indirecta, cuando el yerro cometido por el órgano de alzada en la valoración de las probanzas relativas a los elementos o supuestos de hecho de la cuestión litigiosa (error facti in iudicando), lo lleva, como consecuencia, a cometer un error iuris in iudicando al infringir la norma sustancial aplicable en cualquiera de sus especies[57].

Es recomendable el establecimiento del recurso de casación con fundamento en el error de hecho o de Derecho en la apreciación de la prueba -siempre que, en el caso del primero, sea manifiesto y evidente-, por dos razones: a) es el sistema tradicional que ha seguido la casación nicaragüense, heredado de la casación española; y b) esto permitiría un mejor control de la actividad de los jueces de instancia, que pueden cometer errores manifiestos al apreciar los hechos que en las partes fundan sus pretensiones o defensas, principalmente porque el sistema de apreciación de las pruebas que se propone hace un viraje del actual y centenario sistema de tarifa legal al de la sana crítica, por lo que llevará bastante tiempo a nuestros jueces civiles amoldarse a las nuevas exigencias. En resumen, podemos extraer de lo expuesto las siguientes conclusiones generales:

1ª Siguiendo la tradición de la casación nicaragüense, tomada de la española, se mantiene la supresión del reenvío: casada la sentencia en cuanto al fondo, el Tribunal de Casación dictará la corresponda en Derecho.

2ª Se ha simplificado mucho la tramitación del recurso (ya no habrá interposición del recurso ante el a quo y luego expresión de agravios ante el Tribunal de Casación; desechado el recurso en cuanto la forma, en la misma sentencia se resolverá en cuanto al fondo, etc.).

---

[57] Morales M., Hernando. Técnica de Casación Civil, Ediciones Lerner, Bogotá, Colombia, 1963; pág. 187-189.

3ª Desafortunadamente, se mantiene un excesivo formalismo en la invocación de la modalidad de la infracción a la norma, de tal manera que a la larga, la elección equivocada del recurrente en cuanto a alegar violación, aplicación indebida o interpretación errónea llevará al fracaso del recurso, lo que a su vez frustrará la función nomofiláquica y depuradora de la jurisprudencia del Tribunal de casación. En este sentido, creo que debería suprimirse la fracción final del art. 560 CPC, de forma tal que al recurrente le baste la invocación genérica de la infracción.

4ª Sería conveniente dejar más clara la cuestión de la procedencia de la revisión de las cuestiones fácticas, porque, tal como está redactado, el art. 564 CPC abre la puerta a la arbitrariedad judicial.

V. Fortaleza de la casación

La casación todavía tiene una gran fortaleza y es aceptada por muchos de nuestros países: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Colombia, Venezuela, Perú, Chile, Uruguay, Paraguay, Ecuador, República Dominicana, Bolivia y Cuba, en Argentina a nivel provincial y en el Código de Derecho Internacional Privado de Bustamante. Los recursos que la han querido sustituir no son más que casaciones encubiertas y la tercera instancia ya ha sido suprimida.

Por otra parte, se han ido mejorando y superando los inconvenientes de la casación francesa, sin desnaturalizarla.

Por vía de ejemplo podemos citar, entre otras, las siguientes mejoras: se pueden simplificar sus trámites y moderar el formalismo que la rodea; suprimir el reenvío y pronunciarse sobre el fondo del asunto el Tribunal de casación; facultar al Tribunal para conocer sobre el material de hecho cuando existe un error hecho protuberante, como en el supuesto de aceptar como prueba un hecho no probado o ignorar el probado o deducir de la prueba testifical o pericial algo que no se expresa o está reñido con su contenido, y también para corregir el error de derecho por negarle

valor a la prueba legal o darle el que no tiene; se aceptan en casación las pruebas para mejor proveer sin desnaturalizarla[58]; pedir la nulidad de la sentencia de la Corte Suprema cuando no se exprese el cambio de jurisprudencia y sea contraria a la anterior; establecer el interés casacional, como en España y el Anteproyecto del Código Procesal Civil de Nicaragua, con el objeto de uniformar la jurisprudencia cuando: la sentencia del Juez de Distrito o Tribunal de Apelaciones se oponga a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, la sentencia de un Juez de Distrito resuelva cuestiones sobre la que exista contradicción con lo resuelto por otro Juez de Distrito, la sentencia de un Tribunal de apelaciones se contradiga con lo resuelto por otro Tribunal de apelaciones; establecer una causal para recurrir de casación por violación de los derechos fundamentales consagrados en la constitución, como en Nicaragua; facultar al Tribunal de casación para seleccionar a su criterio los casos trascendentales; el amparo y la casación no son incompatibles, pueden funcionar al mismo tiempo, pues son dos instituciones distintas como funcionan en Nicaragua.

Todas estas mejoras pueden servir para mantener la casación y no usar otros recursos para sustituirla o mejorarla.

[58] Hernando Devis Echandía. "Estudios de Derecho Procesal. "Presente y Futuro de la Casación". Ob. cit., págs. 9-104.

HOMENAJES

Acto de Homenaje In Memorian al ex académico de número Dr. Roberto I. Peña *

*Acto realizado en sesión extraordinaria del 20 de septiembre de 2013.

Palabras pronunciadas por el Sr. Director del Instituto de Historia de las Ideas Políticas Roberto I. Peña Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Señor Presidente, Señor Presidente Honorario, Sra. Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Señor Vice- Director Primero del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Miembros de la Junta Provincial de Historia de Córdoba, Miembros del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña, Señores académicos, investigadores, familiares y amigos del Dr. Roberto I. Peña, Señoras y Señores:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba se reúne hoy en sesión extraordinaria para rendir merecido homenaje a la memoria a quien fuera uno de sus ilustres miembros, el Dr. Roberto Ignacio Peña, de cuyo natalicio se cumplió el 23 de abril pasado el primer centenario.

El señor Presidente de esta Corporación ha tenido la especial deferencia, que agradezco profundamente, para que haga uso de la palabra en este homenaje al Dr. Peña.

Evocar a Roberto Ignacio Peña al cumplirse el centenario de su nacimiento constituye para el que habla un alto honor, porque recordar a los maestros resulta siempre una tarea entrañable.

Roberto Ignacio Peña nació en Córdoba, el 23 de abril de 1913. Era el segundo hijo de matrimonio formado por Julia Peñaloza y Roberto Ignacio Peña.

Lo conocí en las aulas de la Facultad de Derecho, fui su alumno en el curso intensivo de 1968, cuyas clases concluían al mediodía, entonces y porque éramos casi vecinos, -yo vivía con mi familia en mi casa natal de calle Hipólito Irigoyen-, lo acompañaba caminando un trayecto de su vuelta a su señorial residencia de la avenida Poeta Lugones; naciendo entonces, una relación de profunda admiración y respeto que perduró y creció con el correr de los años.

El incondicional afecto y admiración que le profesé al Dr. Peña despertaron mi vocación por los estudios ius históricos, entretejiéndose entre ambos, una vieja y correspondida amistad.

Estos paseos escuchando sus observaciones sobre circunstancias y personajes, sobre coincidencias y desafíos, afinaron mi temprana vocación por el cultivo de la historia del derecho.

Años después, cuando Peña ejercía como Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, me incorporé a la Cátedra haciéndome cargo del dictado de los prácticos.

Debo mi formación en Historia del Derecho al Dr. Peña, quien fuera, asimismo mi padrino de tesis.

Fui conociendo entonces a un intelectual de una valía extraordinaria, porque el Dr. Peña, fue un hombre vigorosamente enlazado a la historia de la Universidad, desde sus tempranos estudios efectuados en el tradicional Colegio Nacional de Monserrat del que atesoraría gratos recuerdos de su paso por las aulas coloniales, imborrables recuerdos juveniles que lo acompañarían, luego toda su vida y que solía evocar con nostalgia en reuniones de amigos.

Más tarde, Roberto Peña inició sus estudios universitarios en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en donde se graduó de Abogado, el 16 de abril de 1940.

Su formación universitaria culminó el 23 de marzo de 1952, cuando obtuvo el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, al defender su tesis doctoral titulada: *"El pensamiento político de Deán Funes"*, publicada por la Universidad Nacional de Córdoba en el mes de junio de 1953.

Entre los meses de diciembre de 1947 a agosto de 1948 se desempeñó como Becario en España del Instituto de Cultura Hispánica, realizando trabajo de Investigación Histórica en los Archivos: Nacional de Madrid, de Indias de Sevilla y en el Secreto del Vaticano.

En 1949 presenta su primer trabajo de investigación al Congreso Internacional de Filosofía celebrado en la ciudad de Mendoza. Su ponencia se tituló: *Noticias sobre la enseñanza de la filosofía en la universidad jesuítica de Córdoba. 1614-1767,* inicia el camino del que luego sería uno de los campos de exploración preferido por el Doctor Peña, la historia de la Universidad de Córdoba.

El 25 de marzo de 1952, fue designado miembro del Instituto Belgraniano de Buenos Aires. Tres meses más tarde fue nombrado

Miembro del Consejo de Asuntos Argentinos del Primer Congreso Interamericano de Historia y Arte Religioso.

Un año después, la Junta de Estudios Históricos de Santiago del Estero lo designó Miembro correspondiente.

Ese mismo año, Ricardo Levene lo incorporó al Instituto de Historia del Derecho de la Universidad de Buenos Aires en calidad de Miembro correspondiente en Córdoba. En el acto de incorporación Roberto Peña pronunció una disertación sobre *"labor institucional del Gobernador de Córdoba, General Juan Bautista Bustos",* la que luego fue publicada en la Revista del Instituto, tomo VI.

En 1959, la Institución Alberdi de Buenos Aires lo designó Miembro corresponsal en Córdoba. Ese mismo año, fue nombrado Miembro de la Comisión Directiva del Instituto Sanmartiniano de Córdoba.

En 1966, fundó el Instituto de Historia del Derecho Indiano, donde se desempeñó como Miembro de número y activo organizador de sus primeros Congresos Internacionales. Al respecto, quiero recordar, que Ricardo Zorraquín Becú en uno de sus últimos escritos en *Viajes alrededor de la Historia*, contaba como aprovechó la oportunidad que se le ofrecía "para realizar, simultáneamente, una primera reunión de historiadores especializados en el estudio del Derecho Indiano junto a Don Alamiro de Ávila Martel de Chile y Don Alfonso García Gallo de España, que se reunieron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires lo más notables especialistas".

Trilogía de ilustres historiadores y maestros.

Asimismo, Roberto Peña fue miembro fundador y de número del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, desde el 11 de octubre de 1973.

Desde sus primeras cátedras como Profesor de Castellano, en el Colegio Montserrat y Profesor de Historia Argentina en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba desde 1947 hasta sus primeras clases dadas para los centenares de alumnos de la Facultad de Derecho que cursaban estudios de Historia Jurídica en los Seminarios Anuales que organizaba la Cátedra "B" de

Historia del Derecho Argentino, se cubren varias décadas de abnegada labor.

Recuerdo el entusiasmo con que Roberto, inauguraba con su clase inicial el seminario, aún conservamos las fotos que lo muestran hablando, inclinado sobre el micrófono, aferrado al mismo y preocupado porque su voz, que había empezado a menguar con los años, llegara claramente a todos los jóvenes.

El Dr. Peña, llevó a cabo en la Casa de Trejo una destacada, brillante, rica, multifacética y profunda labor docente, que ejerció con carisma y entusiasmo singular, prácticamente, hasta el inicio de su enfermedad, ocurrida el 16 de septiembre de 1999.

En 1958 fue nombrado Profesor por concurso, en el Liceo Militar General Paz. Cuatro años más tarde, alcanzó también por Concurso, el cargo de Profesor Adjunto de la Cátedra de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho.
Posteriormente, fue designado, también por Concurso, Profesor Titular, de la Cátedra de Historia del Derecho Argentino, en 1962, 1969, 1973, 1976 hasta el 14 de abril de 1986.

En su calidad de Profesor Titular, modificó la orientación a los estudios de Historia del Derecho, logrando que el programa de la materia obtuviese un equilibrio, estudiando tanto el derecho castellano como el indiano y el patrio.

Asimismo, el 11 de marzo de 1971 fue designado Profesor Titular por Concurso con especialidad en Historia de América en la Facultad de Filosofía y Humanidades.

En 1981, su carrera docente culmina con la designación de Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

La gestión propia de la Universidad contó asimismo con el concurso del Doctor Peña. Fue Vice-Rector (1970-1971) y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de esa Alta Casa de Estudios entre los años 1970 a 1973. Dirigió la Cátedra de Historia del Derecho Argentino en la Facultad de Derecho, ejerciendo ininterrumpidamente la docencia durante más de 40 años. Incluyendo sus enseñanzas en la Escuela de Lenguas de la Universidad. Era un profesor severo, pero al mismo tiempo divertido. Sabía combinar las dificultades de un riguroso análisis *ius histórico* con la oportunidad de un recuerdo grato.

Roberto dedicó toda su vida al cultivo de la Historia del Derecho.

Fue Director del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, luego del Centro de Investigaciones de Historia del Derecho hasta su cierre el 13 de Marzo de 1985.

Miembro fundador del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho y del Instituto de Historia del Derecho Indiano, activo organizador de sus primeros congresos internacionales. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de la Historia y de la Academia Chilena de la Historia.

Tres años más tarde, se incorporó como académico correspondiente en Córdoba de la Academia Nacional Sanmartiniana.

Miembro de la Junta Provincial de Historia de Córdoba, del Instituto Belgraniano de Buenos Aires, de la Academia Nacional Sanmartiniana, de la Instituto Alberdi, del Instituto Sanmartiniano Córdoba y de La Junta de Estudios Históricos de Santiago del Estero.

En su calidad de Director del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas (hoy Roberto I. Peña) trabajó y dirigió la publicación de 9 volúmenes de Cuadernos Historia donde se divulgaron investigaciones de diversos temas de Historia Jurídicas y de las Ideas Políticas, construidas por profesores nacionales y extranjeros con trayectoria académica y también iniciales trabajos de jóvenes investigadores que hacían de este modo sus primeras contribuciones a la disciplina.

Recuerdo cuando logró la aprobación de la fundación del Instituto, el 19 de abril de 1989, para comunicarme esta noticia, se trasladó a mi oficina en Av. Colon 56 y como no me encontró, me pasó un papel debajo de la puerta.

Era una boleta de tintorería, escrita al dorso con su letra abierta y cuidada: Decía *"Gringo, sigo sin teléfono, en la sesión de ayer la Academia creo el Instituto de Historia y de las Ideas Políticas y me designo Director. Hay que trabajar mucho. Saludos. Peña"*.

Todavía hoy revisando viejos libros en la Biblioteca Mayor encuentro papelitos con la letra del doctor Peña como este que en-

contré hace tres años que dice: *"No hay que confundir criterios prácticos con verdades absolutas, lo más grave del pensamiento contemporáneo es su agnosticismo y su relativismo."*

Recuerdo con emoción cuando pude hablar con él la última vez, fue en su habitación en el Hospital Privado, atado a una máscara de oxigeno, que le indicó por señas a Martha que le quitara la misma.

Ella lo hizo así por unos instantes, y entonces Roberto con voz firme me dijo "*Gringo cuide al Instituto y saque rápido los cuadernos*". Se refería al número 9 que estaba entonces atravesando su última faz de impresión.

El Instituto ha logrado publicar luego 13 números más, cuyo número 22 hoy presentamos; tengo, entonces, la tranquilidad que la última preocupación de nuestro maestro se ha cumplido y se encuentra en prensa el número 23.

En su vasta y prolífica producción intelectual se destacan las líneas de trabajo dedicada al estudio del pensamiento y la obra de los juristas vinculados a la Universidad de Córdoba, su Casa de Estudio a la que Betín amaba profundamente y a la que dedicó sus mejores afanes.

Principia este género de estudios sus iniciales estudios sobre historia de las ideas jurídicas en Córdoba y el plexo ideológico que aquilató su influencia en nuestro medio.

El pensamiento político del Deán Funes y la Revolución de Mayo.

Vitoria y Sepúlveda y el problema del indio en la antigua Gobernación del Tucumán.

El Deán Doctor Gregorio Funes. Ideólogo de la Revolución de Mayo. investigaciones pioneras que se coronan en su magnífica Tesis Doctoral dedicada a analizar el pensamiento del Deán Funes El Pensamiento Político del Deán Funes publicada por la Universidad Nacional de Córdoba en 1953.

En esta línea se inscriben, asimismo:

Juan Bautista Bustos y el Federalismo doctrinario de Córdoba.

El Deán Gregorio Funes. Teólogo de Córdoba y jurista de Alcalá de Henares (1749-1829).

Los derechos naturales del hombre en la ideología del Siglo XVIII rioplatense.

La teoría teocrática de Fray Bartolomé de las Casas O.P. (1474-1566) y el regnun indiarum.

Utopía y realidad de la Antropología de Fray Bartolomé de las Casas. (1474-1566).

La escuela teológica jurídica de Córdoba: El Dr. José Roque Funes (1782-1862): Sus estudios universitarios.

Fuentes del derecho canónico indiano: los autores Anacleto Reiffenstuel y el jus canonicunt univcrsum.

La República de los Indios y el derecho común.

Las ideas jurídico-políticas de Domingo de Soto y el derecho indiano (1996)

La biblioteca del Obispo de la diócesis de Córdoba del Tucumán Dr. Rodrigo Antonio de Orellana (1810).

La historia de nuestra Universidad fue otro caro motivo de su preocupación intelectual. Publicó:

Noticias sobre la enseñanza de la filosofía en la Universidad Jesuítica de Córdoba, 1614-1767.

Conclusiones jurídicas defendidas en la Universidad de Córdoba a fines del siglo XVIII.

La Universidad Jesuítica de Córdoba del Tucumán 1613-1767.

El P. Domingo Muriel s.j. 1718-1795.

La visita a la Universidad Mayor de San Carlos efectuada por el Doctor don Manuel Antonio de Castro, Gobernador intendente de Córdoba, 1980-1981

El Doctor Manuel Antonio de Castro y el Colegio universitario de Monserrat.

La Facultad de Jurisprudencia de Córdoba. (1791-1807).

Las teorías pactistas vistas desde la Universidad de Córdoba del Tucumán (1613-1810).

La escuela teológico-jurídica de Córdoba. El doctor José Dámaso Xigena 1767-1847. Sus estudios universitarios.

Eruditas investigaciones que concluyeron en su obra cumbre: *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba 1614-1807* editada en 1986, por esta Academia y que muchas veces me confió, pensaba reeditar.

Hasta su último estudio, publicado póstumamente, en el número 9 de los Cuadernos del Instituto *"La escuela teológico-jurídica de Córdoba. El doctor José Dámaso Xigena 1767-1847. Sus estudios universitarios"*, demuestra acabadamente su inquebrantable voluntad de trabajar hasta el último aliento.

Sus afanes se orientaron, asimismo, al estudio de los aspectos singulares de la vida político- institucional cordobesa. En tal sentido se destacan sus investigaciones referidas a:

Los jueces pedáneos de la provincia de Córdoba (1820-1856). Algunos aspectos de sus atribuciones.

El federalismo doctrinario de Córdoba y el pronunciamiento de Arequito" (1956-1957).

Contribución a la historia del derecho patrio en Córdoba: labor institucional del Gobernador Bustos (1820-1829).

Notas sobre los orígenes institucionales argentinos.

Córdoba, en el plan político de Pavón (1852-1863).

El Doctor Manuel Antonio de Castro: gobernador de Córdoba (1817-1820).

Aporte documental pan el estudio de la Villa de la Concepción del Río Cuarto. (Intendencia de Córdoba del Tucumán).

Otra línea cultivada por el Doctor Peña fue el minucioso estudio de piezas documentales de singular valor, tales como:

Breve noticia sobre archivos cordobeses con fondos documentales para una investiga¬ción de la historia del derecho argentino.

La aplicación del Derecho Castellano- indiano por los tribunales judiciales de Córdoba (1810-1820).

Notas para un estudio del derecho canónico matrimonial Indiano.

Cartas de concierto en el derecho castellano - Indiano a fines del siglo XVI. Córdoba de la Nueva Andalucía.

El derecho penal castellano-indiano: Un caso jurisprudencial de homicidio.

Juicios de declaración de nulidad de matrimonio en Córdoba del Tucumán (Siglo XVIII): Un caso jurisprudencial.

Archivo de la curia eclesiástica de Córdoba. Legajo 194. Divorcios y nulidades de matrimonio. (1688-1745). Tomo 1. Expediente 3 Juana Cabrera y Felipe de León. Nulidad de matrimonio. Fuerza y temor. Falta de licencia eclesiástica.

Intervino en un sinnúmero de congresos nacionales e internacionales de la especialidad. Entre los primeros era un participante asiduo de las Jornadas de Historia del Derecho Argentino organizadas por el Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, cuya celebración continúo el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Entre los congresos internacionales solía concurrir a los congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano que contaron con su participación, desde el II, celebrado en Lima entre el 31 al 6 de Octubre de 1971, hasta el último congreso del mismo Instituto, realizado entre el 19 y el 21 de Octubre de 1998, en Toledo, organizado en San Pedro Mártir por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla La Mancha y que constituyó la última vez que Roberto estuvo en España.

El Doctor Peña fue uno de los ilustres miembros de número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se incorporó a esa Corporación el día 2 de julio de 1977, ocupando el sillón Nicolás Avellaneda en cuyas actividades participó activamente hasta la fecha misma de su fallecimiento, ocurrido el 30 de octubre de 1999.

Hoy tengo el gusto y el honor de ocupar este sillón.

En ocasión de incorporarme a la Academia, al mes siguiente de su fallecimiento, el 23 de noviembre de 1999, dije: "*Al evocar al doctor Roberto Ignacio Peña, no puedo evitar sentirme invadido por un sentimiento de profunda tristeza que sé, comparto con todos ustedes, pues ya no esta con nosotros nuestro Profesor Emérito Roberto Peña*".

"Acude a mi mente el recuerdo imborrable del profesor brillante, el universitario elegante, cabal, generoso, gran caballero, que fue, también, uno de los más destacados maestros de la Historia Jurídica Argentina, gozando siempre del afecto de sus pares, alumnos y discípulos por su genio vivo, ironía sutil, y gran humanidad".

Quiero recordar, además, con emoción que el Doctor Roberto Ignacio Peña y su entrañable amigo, Carlos Luque Colombres ambos miembros de números de esta Academia y de la Junta Provincial de Historia de Córdoba, fueron dos profesores, dos intelectuales y dos hombres extraordinarios que tanto hicieron por la promoción y el cultivo de nuestra disciplina: *"La Historia del Derecho"*.

Su vasta e interesante Biblioteca de más de ocho mil títulos fue donada por su esposa Marta Fábregas a la Biblioteca Mayor de la Universidad Nacional de Córdoba. Esta era la explícita voluntad de Betín quien la había manifestado, más de una vez a familiares y discípulos. Los volúmenes se están actualmente fichando y clasificando para su incorporación a los fondos especiales de la Biblioteca. Pero hay aproximadamente cuatrocientos de sus libros, seleccionados entre las obras más representativas para el cultivo de la Historia del Derecho, y la colección de su *Enciclopedia Hispana-americana* con el precioso mueble que la contiene, que han sido cedidos por Marta a la Biblioteca del Instituto que hoy lleva su nombre.

Su archivo alberga cientos de cartas mantenidas con colegas y amigos, con observaciones agudas e ingeniosas, consejos, notas, recomendaciones, alguna fina ironía deslizada con prudencia.

Es un verdadero placer recorrer sus papeles escritos en todo tipo de pliegos, reutilizando en ocasiones otros textos, utilizando pluma fuente con letra abierta y fresca embellecidos con citas elegantes, enriquecidos a veces con recortes de periódicos, transcripciones literarias, comentarios, apuntes, recuerdos, memorias, que por algún motivo habían suscitado su curiosidad o su interés, todo lo cual nos habla elocuentemente de su pasión cotidiana por el trabajo intelectual.

Su estilo detallista y metódico se traduce en los varios miles de fichas que todavía conservan su orden inicial, con transcripciones documentales en letra pequeña y ordenada.

También es muy significativo la cantidad de más de un centenar de tesis doctorales, tesinas, trabajos de licenciatura, monografías de cursos, jornadas y seminarios, trabajos prácticos y trabajos

de iniciación en la investigación, orientados, dirigidos, evaluados y corregidos minuciosamente por el Doctor Peña a lo largo de su vida. Gran parte de los actuales historiadores de nuestro medio fueron formados por él.

Sus laboriosos y personalísimos índices documentales sobre el material documental existente en el Archivo Histórico de Córdoba y en el Archivo del Arzobispado de Córdoba son un exponente de las muchísimas horas dedicadas al examen prolijo del material documental.

Le preocupaba el crecimiento y la formación de jóvenes, a quienes alentaba, corregía y cuidaba. Acompañaba pacientemente los infinitos trámites de becas, subsidios, proyectos, etc. presentados a las agencias, que sustentan el trabajo de los investigadores y que se transforman, en ocasiones, en un verdadero *via crucis*.

Nos deja un rico legado: líneas de investigación cultivadas con pasión y erudición infinitas, un ejemplo ético de una conducta intachable al servicio de la educación y de la investigación científica, la memoria luminosa de un hombre entrañablemente humano. Nos deja sus consejos, el recuerdo de su afecto, de su inquebrantable voluntad de trabajo, del tesón con que subía las áridas escaleras del Archivo Histórico de la Provincia para espigar en sus fondos documentales en busca de una partícula preciosa del pasado. Pero también nos deja un tesoro concreto para cuidar y multiplicar: el Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, que fundara en 1991 y al cual le dedicara tantas horas de trabajo, y preocupación, esmero y dedicación.

Recuerdo su enorme humanidad, los viajes compartidos, con él y con Luis Zarazaga, y luego, ya casado con Marta., con ella y también con los Luque Colombres, Carlos y Negrina y con Marcela.

Viajes que nos llevaban en el periplo de los congresos de derecho indiano y nuestras Jornadas de Historia del Derecho a distintos países de Europa y América.

Fue testigo de mi casamiento y asistió con Martha a todos los bautismos y comuniones de mis hijos y Martha y Negrina años después, continuarían acompañándonos en todas las fiestas de los

15 años de mis hijas y aun actualmente en los festejos familiares. Y no puedo terminar estas palabras de homenaje a Roberto Peña, sin dedicar unas líneas afectuosas a nuestra querida Martha, fue una devotísima compañera, fue la esposa ideal para Roberto, le ordenaba la agenda, le pasaba los trabajos, organizaba a su par viajes y estancias de investigaciones, los congresos, simposios, seminarios y jornadas, se hacía cargo, con su inspirada mano para la cocina, de toda la parte social que estas actividades implican.

Todavía ella aun nos acompaña con Negrina a las cenas de fin de año de nuestro Instituto y cada vez que recibimos a historiadores amigos.

No se celebra hoy Congreso de Historia del Derecho en nuestra ciudad a los que no acuda Martha y Negrina con interés genuino y envidiable energía.

Si el recuerdo de los hombres virtuosos alienta con su trascendente ejemplaridad el trabajo silencioso y cotidiano de quienes han participado en estos mismos afanes, el Doctor Roberto I. Peña está aún con nosotros, y así lo sentimos todos los que hoy, aquí nos hemos reunido sabiendo que nuestro viejo y entrañable profesor, va a cumplir próximamente, 14 años de su fallecimiento.

Roberto Ignacio Peña falleció el 30 de octubre de 1999.

Pero su luminosa memoria, su ejemplo, su sonrisa, su obra rectora está siempre con nosotros.

Que la memoria imborrable y el ejemplo señero del Doctor Roberto Ignacio Peña permanezca para siempre entre nosotros, que su luz se imponga desde nuestra historia para iluminar a generaciones futuras. Que así sea.

Homenaje al centenario del natalicio del ex académico de número Dr. Francisco Quintana Ferreyra * y Aniversario de cincuenta años de la Escuela Comercialista de Córdoba

* Acto realizado en sesión extraordinaria el día 29 de octubre de 2013.

Palabras del Dr. Francisco Junyent Bas en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

La escuela comercialista de Córdoba, quiere recordar al Dr. Francisco Quintana Ferreyra a cien años de su nacimiento, por haber sido uno de sus catedráticos más relevante y de mayor trayectoria por sus méritos indiscutidos, en el ámbito docente y universitario. La personalidad de "Paco" Quintana impone referirse a sus valores como jurista y hombre de bien, pues en dichas facetas se destacó dando el ejemplo diariamente en sus clases en la Facultad de Derecho, donde se visualizaba no solamente su conocimiento jurídico, sino también su preocupación por la vivencia de valores éticos que permitan construir el orden social.

Francisco Quintana Ferreyra nació en Córdoba, el 31 de octubre de 1913, y fueron sus padres Francisco Quintana Miranda y Juana Ferreyra.

Cursó sus estudios primarios en el colegio Santo Tomás, pasando luego al Colegio Nacional del Monserrat, y realizando la carrera de abogado durante los años 1931-1936, egresando de la Facultad de Derecho de la UNC el 19 de diciembre de 1936, a los 23 años de edad.

Desde sus comienzos, se inclinó por el estudio del Derecho Comercial, y su tesis sobre "Verificación de créditos" fue calificada como "Sobresaliente" por los entonces profesores Santiago Díaz y Mauricio Yadarola.

Con el correr de los años obtiene la titularidad de la Cátedra de Derecho Comercial II en 1957, donde se había incorporado a partir de 1940.

En 1964 fue designado miembro de número de la Academia Nacional de Derecho, y años después ocupó el decanato de la Facultad de Derecho y llegó a ser designado en 1979 Rector de la Universidad Nacional de Córdoba, en una época difícil del país, donde siempre antepuso los valores humanos a cualquier tipo de visión "sectorizada".

Uno de los aspectos más relevantes de la labor de Quintana se reflejó en la dirección del Instituto de Derecho Comercial, que nu-

cleaba a todos los titulares que integraban dicho departamento y donde alrededor de la famosa "mesa oval" se realizaban las reuniones semanales.

Allí, pudimos escuchar las enseñanzas de los comercialistas de la época, titulares, adjuntos, y auxiliares, y advertir la profundidad de los debates e intervenciones entorno a determinados aspectos del ordenamiento jurídico.

En este plano, sus conocimientos científicos y su reconocida especialización en el Derecho Concursal lo llevaron a integrar, conjuntamente con los Dres. Héctor Alegría y Horacio Fargosi, la Comisión de Reforma de la ley Concursal, que se convirtiera en la ley 19.551 en 1972.

Luego de la sanción de la ley, se dedicó con ahínco y perseverancia a explicar dicho ordenamiento y así, publicó su conocida obra sobre Concursos, cuyos dos primeros tomos se editaran en los años 1985 y 1986, y que después de su fallecimiento fuera proseguida por el Dr. Edgardo Alberti.

Quintana Ferreyra vivió para el estudio, el trabajo y su familia y enseñaba el derecho al servicio del hombre y de la comunidad.

"Paco" Quintana fue un verdadero maestro porque creía en la ciencia guiada por la ética, y porque siempre conjugó a la excelencia académica con la proyección de una formación humana construida sobre valores morales.

A nivel personal, nunca buscó honores y, por el contrario, fue una persona sencilla que, más allá de la seriedad con que encaraba su vocación docente y sus funciones académicas, permitían descubrir en él una fuerte vivencia ética que sustentaba sus conocimientos jurídicos.

De tal modo, recordar a Quintana implica tener presente sus enseñanzas y darles "vida concreta" atreviéndose a seguir construyendo una comunidad educativa que, buscando la excelencia académica, tenga presente que ésta última sólo puede tener perdurabilidad si encuentra su eje en la vivencia de las virtudes éticas que integran al ser humano.

No podemos terminar estas palabras sin recordar su fuerte compromiso cristiano, que nunca ocultó, sino que, por el contra-

rio, le sirvió de sustento en su diario vivir, haciendo el bien y comprometiéndose con la labor apostólica, a la que también se dedicó con fervor.

Asimismo, cabe recordar a su querida "Tela" con quien compartió su vida y forjó una familia donde dejó su impronta, sus enseñanzas y donde volcó todo su amor de esposo y padre.

En una palabra, recordar a "Paco" implica "vivir" sus enseñanzas, y de allí, el compromiso que todos los que integramos la escuela comercialista de Córdoba, tenemos que honrar diariamente.

Palabras del Sr. académico de número Dr. Efraín Hugo Richard*

* Académico de número y Director del Instituto de la Empresa de la Academia.

La lectura de las resoluciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba disponiendo este acto y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba adhiriendo y designando al Profesor Dr. Francisco Junyent Bas para que se refiriera al homenajeado, y las significativas palabras de éste, a las que adhiero, imponen que omita toda referencia curricular del distinguido maestro comercialista Dr. Francisco Quintana Ferreyra y me limite a indicar, antes de abandonar el papel escrito para homenajearlo que su perfil pueda verse en el *"Diccionario Crítico de Juristas. Españoles, portugueses y latinoamericanos"* , pues allí escribimos Sobre la vida de un maestro y la Escuela de Derecho Mercantil de Córdoba[2].

Ahora, despojado de toda ceremonia, debo expresar que el mejor homenaje es la presencia de ustedes, estudiosos del derecho de empresa, junto a muchos familiares de Francisco Quintana Ferreyra. La Jornada que acaba de concluir[3] es una muestra de la dinámica que impuso y se impuso ese Maestro.

El Instituto de la Empresa, creado después de su fallecimiento, está íntimamente vinculado a su vida y al legado que nos dejo, como trataré de recordar en un rapidísimo e incompleto vuelo de casi 50 años sobre la Escuela Comercialista de Córdoba.

Cuando me refiero a Quintana Ferreyra vinculándolo a esa Escuela, no puedo dejar de pensar en Héctor Cámara, también nacido en el mismo año y con vidas paralelas en su carrera académica en la Universidad Nacional de Córdoba. A Cámara se le

[2] Hasta noviembre 2006 Vol. II (M-Z), Manuel J. Peláez (editor y coordinador) Editado en Zaragoza 2006, Barcelona. p. 357.

[3] Es la Jornada Interdisciplinaria de Derecho Concursal del Centro de la República en conmemoración de los 25 años del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
Nota del Editor: las referencias a esa conmemoración precedieron a las del homenaje al Profesor Emérito Dr. Fco. Quintana Ferreyra, y por eso las hemos englobado bajo el título "50 años de la Escuela Comercialista de Córdoba".

rendirá homenaje en un mes, pero como muchos otros que le hemos rendido a Quintana Ferreyra, lo hacemos extensivo a Cámara y a esa Escuela Comercialista, a cuyos Maestros fallecidos venimos dedicando los ocho números publicados de "*Ensayos de Derecho Empresario*".

En realidad, en este mes, se produjo hace cien años su nacimiento y hace veintiocho su fallecimiento.

No ejerció cargos públicos ni judiciales. Su pasión fue la Universidad Nacional de Córdoba y sus recursos la actividad profesional responsable. Si intervino en la construcción de diversos proyectos de ley, especialmente la de Concursos y Quiebras.

Inició su tratado de Concursos del que publicó dos tomos, el segundo por edición póstuma. El destacado jurista falleció hace treinta años, el 14 de octubre de 1985 en Madrid, encontrándose en plena actividad académica. Su obra fue continuada por Edgardo Marcelo Alberti. Conferencista de fuste, era un gran pedagogo, transmitía la fuerza de sus argumentos y aceptaba el debate constructivo. Siempre nos acompañarán sus enseñanzas, su con¬ducta, sus ideas, que nos inspiraron y nos guiaron, su método de enseñanza imponiendo el desbroce de problemas desde su inquisición creativa.

Es un imperativo de mi reconocimiento testimoniar en torno a la figura de un maestro que, en la recomposición continua de los conceptos jurídicos actuó siempre con humildad, humanidad y cautela; su vida es un ejemplo de rectitud, de entrega a la cultura y al bien común. Es un recuerdo a quién con el rigor que aplicaba para sí mismo en el amor a la verdad, nos recibió como pares; un recuerdo para quien alentó desde la Cátedra y el Instituto de Derecho Comercial la labor de jóvenes docentes e investigadores; es un recuerdo a aquél de quien pudimos abrevar sin egoísmos en diálogo siempre abierto por su permanente disposición de asistencia, ayuda y consejo. Ese Instituto fue elemento agluti¬nante de maestros, docentes y alumnos, en la común tarea de progreso científico y social. El prestigio ganado como jurista y profesor, su equilibrio, capacidad de trabajo y sencillez lo llevaron a desempeñar esos cargos directivos en la Universidad en épocas difíciles,

donde actuó con particular resguardo de lo académico, alejado de cualquier ideología política. Recibió los mayores lauros como reconocimiento directo a su labor desde la Cátedra, siempre con ese rígido patrón de conducta que se imponía para sí como exigencia propia, con una fuerza particular que emanaba de sus conocimientos, de su fe, de su familia, siguiendo un camino de santificación en el trabajo profesional y el cumplimiento de los deberes ordinarios del cristiano. Cuando lo perdimos en la Universidad, de la que se desató con dolor, pero con la decisión propia de haber cumplido su rol, lejos de perderlo lo ganamos en sus libros, que quedan como póstuma prueba de la inmortalidad de las ideas. Su espíritu de investigador, que temprano se puso de manifiesto en tra¬bajos y publicaciones, lo llevó en esa pasión a dedicar hasta sus últimos días a hacernos trascender sus conclusiones de toda una vida de fervoroso estudio. El recuerdo es propicio para identificarlo a la inmortalidad, como hombre, como cristiano y como científico.

En el 2000 en La Cumbre, al abrirse el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, tuve el honor de homenajear a los maestros Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, en cuya Memoria se realizó ese Congreso, del que se imprimieron tres tomos previos a su realización. Y allí, en ese Congreso, nació a la sombra de la inmortalidad de los Maestros el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, con sede en México, por la vocación del también hoy fallecido colombiano Jesús Sanguino Sánchez, y el apoyo que todos brindamos a su generosa gestión. La entrega de ese material bibliográfico se realizó un mes antes en un acto académico solemne de la Universidad Nacional de Córdoba, con la presencia del Rector, el Decano de su Facultad de Derecho, el Presidente de la Academia y el cuerpo docente y académico de Córdoba.

Referirse a la vida académica de Francisco Quintana Ferreyra es hacerlo con experiencia vivencial a la historia de los 50 últimos años de la Escuela Comercialista de Córdoba, en la que aún vive desde la inmortalidad de las ideas.

Lo conocí más a fondo en el año 1964 cuando como Profesor Titular de Derecho Comercial II (Títulos Valores y Quiebras) me recibió como Adscripto y me sugirió asistir a las reuniones semanales de los jueves a las 15 horas del Instituto de Derecho Comercial que conducía honorariamente, pues el Instituto formal centrado en lo aeroespacial lo dirigía el Dr. Alfredo Acuña, a quién rindiéramos este homenaje en su centenario el año pasado. Eran doce –ya los recordaré-, a los que me agregué sobreviviéndolos, y por eso debo formalizar los recuerdos para la posteridad.

En el año 1965 Quintana organizó una de las primeras reuniones después de los alejados Congresos Nacionales de Derecho Comercial, las Jornadas sobre Letra de Cambio, Pagaré y Cheque, que presidió acompañado de toda la Escuela Comercialista de Córdoba y los más importantes referentes del país. Allí conocí a Celestino Araya, padre de Miguel que hoy nos acompaña como Miembro Correspondiente de esta Academia y en este acto.

Ello enlaza con el Congreso Nacional de Derecho Comercial del 69 en Rosario, al que me invitó personalmente su Secretario General el Prof. Dr. Celestino Araya, que pedí extendiera a Samuel Linares Bretón. Al romper el coche en que viajaba solo a Rosario, cargado de ilusiones, ponencias y libros, me aseguró el regreso el Dr. Quintana, que con su señora me pasaron a buscar, por casa de mis tíos, con exactitud a las seis de la mañana del día siguiente a la finalización de ese magnífico Congreso. Manejó todo el camino nuestro homenajeado, sin distraerse, pero analizando entusiasmado las principales facetas de lo tratado, particularmente en orden a los proyectos de Leyes de Concursos y Sociedades que con números sucesivos se promulgarían un par de años después.

Quintana Ferreyra imaginó y fue el Presidente del I Congreso de Derecho Societario del año 1977, realizado en esa localidad de La Cumbre. El año anterior nos convocó para la organización y formalizamos un sólido equipo con Palmero y Romero, aquí presentes y Roitman que se excusó, grupo cuya acción perduró. Tuvo un especial formato en la publicación de las comunicaciones de los asistentes, en ese tiempo en esténcils, disponibles en forma previa a las reuniones para conocer las posiciones que se analizarían,

con relatores y desgravación de todo lo actuado que se editó al año siguiente en dos tomos que se encuentran en las Bibliotecas más importantes.

Este Congreso tuvo una importancia fundamental, que trasciende a Argentina y se habla del modelo cordobés de Congresos, con trabajos anticipados y editados en soporte papel, de internación, que significa la convivencia de los grandes maestros con los jóvenes investigadores en el desayuno, los debates, el almuerzo, la cena y los entendimientos. Donde todos pueden, con respeto, lanzar sus ideas y disentir de las ajenas. El progreso del derecho queda asegurado.

Junto con Cámara fue continuamente proclamado como gestores de la Escuela Mercantilista de Córdoba. Y siempre –con su caracterizada modestia- me reiteraba que esa Escuela no tenía ninguna característica especial, aunque conforme esa idea suya central pergeñamos en común, en el año 1978, el trabajo *La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos*, donde se centraba el eje institucional que nos nucleaba, a lo que se sumaba las particularidades de nuestros Congresos y reuniones. Se impuso el compromiso de la seriedad en las investigaciones y en la apreciación de la realidad, en la unidad del derecho privado patrimonial negocial, no rechazando la normativa pero asumiéndola como un proceso crítico aunque con una característica única: el compromiso grupal en la generación de discípulos, que a su vez generaron un círculo de amigos bajo el mismo compromiso, institucionalizándolo en el mítico Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, hasta la injustificada desactivación de sus reuniones a mediados de la década de los ochenta en el pasado Siglo XX, imponiendo lograrlo por otras vías pues el espíritu de cuerpo y la disciplina impuestas no fueron eliminadas, y constituyeron la muestra del espíritu de la Escuela, su espíritu grupal.

Pero antes, en el año 79, en su Decanato, gestó un trámite inédito conforme su visión académica: evitó toda designación no justificada curricularmente, imponiendo una inscripción de aspirantes a designaciones interinas, en similitud a los concursos tradicionales, some-

tiendo el orden de mérito a la decisión de Tribunales de Profesores Titulares por Concurso, en forma inobjetable. Y así actuó, abriendo también todos los Institutos y Centros de Investigación.

Ello mientras se solidificaba en el ámbito la actividad organizada, la empresa económicamente útil, como centro de la escena del Derecho Comercial moderno frente a la unificación de las relaciones patrimoniales negociales.

Ese compartir fue intenso durante todas las direcciones del Instituto de Derecho Comercial, siempre bajo la cabeza de Quintana salvo cuando él se alejó para asumir cargos directivos como dos veces el Decanato y en una ocasión el Rectorado, en tiempos difíciles.

Fue el tiempo de aquel Primer Congreso de Derecho Societario, del Segundo Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, del Primer Encuentro de Institutos de Derecho Comercial, del Primer Encuentro de Profesores de Derecho Comercial, y de los Primeros Cursos de Post Grado. Tarea ímproba, solo lograble cuando se cuenta con el apoyo de los maestros y se rea¬liza un trabajo grupal. ¡Cómo olvidar Salta, cuando en el 83 en tres días completos Quintana y Cámara me unieron a sus honores –con nuestras respectivas esposas-, exponiendo la totalidad del sistema concursal luego de la reforma, al ser designados Profesores Extraordinarios de la Universidad Católica!

Conservo la esperanza –que me inculcó- en el rol del derecho en el desarrollo del hombre, en la posibilidad del uso de las ciencias jurídicas y sus técnicas para impulsar y apoyar la dignidad del hombre, que hoy afronta una dura crisis por la planetización de las relaciones y un economicismo que margina la ética a través de la supuesta aplicación de las leyes del mercado, sólo concebibles en una competencia perfecta; advirtiéndose que los grandes grupos económicos la excluyen obteniendo ventajas, no sólo de su posición dominante sino de monopolios no vigilados, otorgados por el Estado, no interesándose por esa célula fundamental que lo es la empresa productiva. Esa unidad del derecho privado impone revisar los actuales contenidos del derecho comercial moderno y los planes de estudio. Se trata de la visión a la que los aconteci-

mientos le van dando justificación, de volver a poner la mirada en lo que generó el nacimiento del Derecho Mercantil como categoría histórica: la necesidad de las relaciones del consumo en las Ciudades Estado del Medioevo para reconocer los usos y costumbres de los comerciantes por sobre las normas escritas, y la inmediatez en la solución de los conflictos.

Por eso nuestra Facultad ajustó los planes de estudio, recogiendo ello entre otras modificaciones.

La de Quintana Ferreyra fue una muerte anunciada. En plena lucidez y actividad académica en el extranjero lo alcanzó su desesperanza en los brazos de su querida esposa, en Madrid que siempre lo acogió como amigo y académico, al lado de Angel Rojo, con quién el 22 de octubre de 1989, al incorporarlo a esta Academia, recordáramos una vez más el rol de Quintana. Fue en ocasión de las primeras actividades del Instituto de la Empresa, nacido un año antes.

El Instituto de la Empresa tiene el sello y el impulso de Quintana. Habíamos pergeñado una defensa del Instituto de Derecho Comercial junto con él y Francisco Junyent Vélez. Más que del Instituto de las reuniones semanales. Incluso con Cámara y Antonio Fourcade fundamos el Centro de Estudios Superiores de Derecho Societario a tal fin. Cuando cambió la estructura se desactivaron oficiosamente todas las reuniones. El expediente que inicié de inmediato por el Centro tuvo resolución tres años más tarde en el sentido que nada impedía esas reuniones… Ya era tarde, nos las habían desactivado en el ámbito de la Universidad. Por eso había nacido el Instituto de la Empresa de la Academia, Frías y Cámara lo impulsaron, Quintana ya había fallecido, pero sin duda fue también el generador de ello.

El homenaje de hoy a Francisco Quintana Ferreyra no es una despedida, sino un nuevo punto de partida para encontrarlo renovadamente en el espíritu que sentimos, vivo en nosotros.

Y no conversaremos con él, pero nos acompañarán sus enseñanzas, su conducta, sus ideas, que nos inspirarán y nos guiarán.

Con él se fue una conciencia limpia, sujeta a una alta escala de valores éticos, un ciudadano ejemplar de la República que amó el Derecho y que supo enseñarlo y transmitirlo.

Como olvidar esa reunión en que reasumiendo su rol de Director del Instituto recabó de mí las novedades, y para que pudiera explayarme cerró la puerta del despacho de la Dirección, y a la par de aceptar mi informe académico me formuló una admonición por las telas de araña que podían advertirse detrás de la puerta, y le arranqué una sonrisa cuando le respondí: "es que siguiendo su ejemplo nunca hemos cerrado una puerta a nadie".

Por eso hoy como discípulo y por los otros muchos que deja, me acerco como hijo en sus ideas, al lado de sus hijos por la sangre. El nos acompaña desde su dimensión en la trascendencia, sus ideas vivi¬rán a través de los Institutos que impulso, su alma alienta en las enseñanzas que engarzó en sus libros y en la legislación comercial que colaboró en engendrar. Su familia y nosotros lo perdimos en su diaria presencia, y ese es mucho dolor, pero siegue viviendo on nosotros, maestro Quintana Ferreyra. Lo veremos no en retratos, no en honores que rechazaba, sino en el aliento de su espíritu cuando investiguemos o cuando recorramos las viejas aulas de la Casa de Trejo, o en el recoleto ambiente de la Academia de Derecho, pues los Maestros no se separan de sus discípulos.

Los Directivos del Departamento de Derecho Comercial revivimos las reuniones del Instituto de Derecho Comercial que generaron los maestros comercialistas de Córdoba, y muchas veces –como hoy- lo hacemos con el Instituto de la Empresa de la Academia que nació en su falta.

Es el fuego eterno de las ideas, que contagió mi espíritu cuando en el año 1964 me senté por primera vez alrededor de esta mesa al lado de muchos que siempre estarán sentados en la misma: Quintana Ferreyra, Cámara, Junyent Vélez, Arteaga, Marsal, Laguinge, Agüero Piñero padre, Salomón Roitman, Julio Maldonado, Meirovich, Eduardo Oliva Vélez, Espinosa y nosotros, luego se incorporaron otros distinguidos juristas hasta desbordar la larga mesa rectangular del viejo recinto.

En el encuentro de trabajo, como ellos lo hicieron semana a semana en los 23 años que compartimos inquietudes, vaya nuestro recuerdo emocionado.

En testimonio de ese reconocimiento, impusimos los retratos

de Quintana, Cámara y Junyent, al lado de los de Yadarola y Fontanarrosa, implicando la demostración de nuestro agradecimiento por la fuerza generadora que representaron, y en ese rescoldo podamos reencontrar con nuestros maestros el rumbo digno de repetir... La Facultad también lo honró designando un aula con su nombre.

Varias generaciones de juristas están aquí presentes unidas en su homenaje para seguir avivando esa llama votiva de la pasión por el derecho, como arma incruenta de una revolución en paz para el perfeccionamiento del orden social y de la sociedad en que nos insertamos.

En este recinto y en las personas que lo llenan laten intensamente las ideas que nos unieron gracias a nuestros Maestros, y nos unen en prueba de la inmortalidad de las ideas.

Maestro, que la llama siempre viva de su vocación por el hombre viviendo en paz y prosperidad en una sociedad encaminada por la ética y la norma jurídica nos guié.

¡Misión cumplida Maestro Francisco Quintana Ferreyra!

Homenaje de la Academia a los 400 años de la fundación de la Universidad Nacional de Córdoba*

* Acto realizado en sesión extraordinaria el día 7 de noviembre de 2013.

Discurso en la Academia Nacional de Derecho con motivo del homenaje a la Universidad Nacional de Córdoba por sus 400 años

Dr. Juan Carlos Palmero*

* Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

En un país donde los acontecimientos y recordatorios se miden generalmente por años, la existencia de una Institución educativa que ostenta una trayectoria de cuatro centurias constituye un hecho trascendente que merece una consideración especial.

La Universidad Nacional de Córdoba –más allá del debate existente respecto de la fecha fundacional-, celebra sus cuatrocientos años de vida y ello, además de producirnos una profunda admiración y respeto, ha generado en esta Academia, -por decisión unánime de sus miembros de número-, la necesidad de rendirle en acto público este solemne homenaje que brota espontáneamente de nuestros sentimientos de gratitud, pero a la vez permite brindarle este testimonio público de pertenencia.

La estrecha relación que une y vincula la Universidad con nuestra Corporación, aporta una cuota de mayor emoción a esta ceremonia, por estar convencidos que somos parte de su pasado, abrevamos y nutrimos nuestras convicciones en el presente y careceríamos seguro de rumbo o sentido, con sólo imaginar destinos autónomos o separados.

Descifrar la complejidad de este proceso de gravitaciones recíprocas, demandaría apartarnos del objetivo, pero cabe afirmar que nos consideramos consustancialmente ligados a su historia, tradición y pensamiento, a través de vínculos de filialidad cultural que nos enorgullece de manera especial y transforma al mismo tiempo, en protagonistas necesarios de este Recordatorio.

Debemos hacer presente en este sentido, que esta Academia se crea un 22 de agosto del año 1941 -con motivo de los festejos que realiza la Universidad al cumplirse el sesquicentenario de la creación de la Cátedra de Institutas- por decisión del entonces Rector Rodolfo Martínez, - mucho antes que fuera reconocida como persona jurídica por el Superior Gobierno de la Nación, habiendo desarrollado sus primeras actividades dentro de los claustros centenarios que nos dieran acogida y resguardo por unos años, lo que indudablemente genera una deuda de gratitud invalorable.

En todos los lugares del mundo la existencia de una Universidad proyecta sus efectos benéficos sobre la sociedad que la circunda y en ciertas oportunidades, tales consecuencias se extienden incluso, hasta zonas, regiones o países lejanos.

Si esto es válido en general, Córdoba ha experimentado casi contemporáneamente con su propia fundación en 1573, una constante e intensa interacción entre la Universidad y su pueblo, a punto tal que cualquier observación seria advertirá esta suerte de "*corsi e ricorsi*" -en el decir de Vico-, que a lo largo del tiempo transcurrido ha dado como resultado la creación de un centro cultural de reconocimiento universal.

El fenómeno descripto no solo obedece a esta causa, sino también al hecho de tratarse de un instituto de enseñanza superior, emplazado en un ejido poblacional reducido, carente de riquezas materiales o poderío político-institucional, circunstancia que actuó como factor de estimulo del efecto descripto, adquiriendo niveles de magnitud superior a cualquier otro supuesto de comparación.

De ahí entonces que, parafraseando al Génesis de la Biblia, podríamos afirmar, sin temor a incurrir en hesitación alguna, que en el "*comienzo fue el verbo*", y el "*verbo fue su Universidad*", que logra el milagro de transformar a un villorio intrascendente de comienzos del siglo XVII, en un polo intelectual capaz de acordarle identidad como ciudad y consecuentemente, autonomía y gravitación señera dentro del pensamiento nacional.

No sería exacta la descripción de este fenómeno, si no dijésemos que, a la recíproca, y en no pocos casos de su larga vida institucional, fue el pueblo de Córdoba que haciendo gala de su formación académica, como así del alto grado de civilización alcanzado, gravitó de manera decisiva en la organización, gobierno y métodos de enseñanza de esta cuatrisecular casa de estudios superiores.

En definitiva, sería imposible concebir ni imaginar a Córdoba sin su Universidad, o a la inversa, Universidad sin Córdoba, en una suerte de simbiosis existencial que trasciende el campo estrictamente científico o del conocimiento, para llegar a conformar el

sustento ontológico de una Provincia que ha sido y se siente parte integrante de la Nación, pero aportando al mismo tiempo, las improntas y perfiles de su propia e histórica personalidad.

El Homenaje a la Universidad que tributa una Academia de Derecho, exige inevitablemente una parcialización del campo de análisis, para enfocarlo con exclusividad a la enumeración pormenorizada de los grandes aportes efectuados por ella al progreso de las ciencias normativas y a la conformación de una axiología nacional, basada en el respeto irrestricto de la dignidad humana, la libertad de pensamiento y acción, como así al fuerte compromiso con los deberes sociales inferidos del bien común.

De esta manera, formularemos una revista recordando los grandes juristas que egresaron de sus aulas y a través de sus enseñanzas u obras, efectuaron aportes de aspectos relevantes, significativos y muchas veces originales en las diversas disciplinas del derecho, conforme un criterio que deliberadamente excluye los tiempos presentes, para poder disponer de la objetividad propia de un análisis dotado de la distancia necesaria para realizar una tarea de estas características.

Valga una primer e importante advertencia, en el sentido que, si bien la Facultad de Derecho se crea formalmente el 22 de agosto de 1791, la problemática propia de las ciencias sociales fue materia de reflexión, estudio y tratamiento, desde su misma fundación en junio de 1613, cuando en realidad, enseñaba sólo teología, artes y cánones, como disciplinas preparatorias de una vocación religiosa.

Si el derecho -a la luz de las más modernas doctrinas a este respecto-, se expresa a través de una técnica propia, como descripción abstracta de conductas hipotéticas y generales, lo que constituye el objeto de la ciencia pertinente, importaría una verdadera mutilación ontológica, prescindir del estudio de los diversos valores que explican su razón de ser, como sustento moral de las diversas conductas regladas por el mismo.

En este período integrista y religioso, ello no obstante la Universidad de Córdoba formula importantísimos aportes que perfilan su clara postura filosófica en defensa de la dignidad de la persona humana en si misma considerada, con absoluta prescin-

dencia de cualquier referencia o sumisión a la política, la economía o de otros mezquinos intereses o discriminaciones capaces de degradar su natural condición de humanidad.

Según una reciente investigación de la Prof. Dra. Marcela Aspell, -miembro de número de esta Academia-, por la inclaudicable defensa de estos principios, estuvimos a punto de perder en 1610 su radicación actual para trasladarla a la ciudad de Santiago de Chile, cuando Diego de Torres –ese ilustre y valiente jesuita-, enfrentara el chantaje de los encomenderos españoles que querían transformar a los indios en esclavos, negarles sus derechos al salario justo, el merecido descanso semanal y hasta su propia capacidad de derecho, como si se tratasen de una suerte de humanoides.

Esta actitud de resistencia y rebeldía a criterios contrarios a la dignidad de la persona, motivó como inmediata represalia, el retiro completo de las donaciones y aportes económicos que recibían hasta ese momento, coerción moral que fuera subsanada gracias a la generosidad y compromiso de Fray Fernando de Trejo y Sanabria, al disponer la donación testamentaria de todos sus bienes para la asistencia patrimonial de la Universidad, decisión que preservaría obviamente su subsistencia y emplazamiento definitivo en esta ciudad.

En el mismo período que estamos comentando, se incorpora la técnica del "*probabilismo*" – que había desarrollado Francisco De Medina en el siglo XVI-, categoría lógica capaz de introducir una brecha de luz en el pensamiento de la época, frente a la cerrazón del sistema dogmático de "*verdades irreductibles*", abriéndose el camino hacia una moderada secularización, con entidad suficiente para superar los conflictos existentes entre ciencia y religión, que ocuparía la atención de los estudiosos unos siglos más adelante.

Algo semejante ocurriera con la difusión dentro de sus aulas del pensamiento de Suárez, que contradiciendo las concepciones políticas que daban sustento a la monarquía absoluta, abre los espacios para la construcción del concepto de soberanía popular, que recién cobrara entidad a través de las publicaciones y trabajos de la Ilustración, todo, por cierto, mucho más avanzado en el tiempo que estamos analizando.

En definitiva, desde sus mismos comienzos u orígenes, la Universidad de Córdoba construye los grandes enunciados o cimientos morales que luego inspirarían la Constitución Nacional de 1853, basados en el reconocimiento de los derechos humanos, -sin privilegios o discriminación de ninguna clase-, la construcción política del origen del poder basado en la voluntad popular y de manera especial, la más contundente defensa de los aborígenes, reclamando además, su "*status jurídico de personas*", el irrestricto respeto de sus libertades cívicas y laborales, principios que se materializaron en la Ordenanza de Alfaro, elaborada y sancionada como Derecho de Indias, con la inestimable participación de nuestros primeros universitarios del siglo XVII.

Cabe entonces, una primera conclusión: muchos años antes de la creación específica de la Facultad de Derecho, la "*Escuela jurídica de Córdoba*", heredaba ya de sus mayores, una plataforma axiológica merecedora de todos los elogios, ubicada en el camino de los vientos libertarios futuros y que se mantuvo inalterable a través de su largo devenir institucional, situación que la distingue claramente de otros establecimientos de enseñanza de la vieja Europa y otros países que desarrollaron sus actividades académicas en los tiempos aludidos tan lejanos.

Ello no obstante, durante ciento setenta y ocho años –o sea, desde 1613, hasta 1791-, la Universidad careció de una carrera en específica de abogacía, situación que motivó el reclamo del Cabildo de Córdoba – y de manera especial, por el Virrey Sobremonte-, peticionando a las autoridades de España la necesidad de la creación de la "*Cátedra de Institutas*", la que se logra por decisión de Carlos III, el 22 de Agosto de 1791, significando un notable avance en orden a la secularización de la cultura nacional y el progreso en el estudio del derecho universal concebido como ciencia autónoma, e independiente de la filosofía o la religión.

La regia decisión contenía ciertas peculiaridades, a saber: designaba como primer profesor de Derecho Romano, al jurista de mayor relevancia de ese momento, el Dr. Victorino Rodríguez, ocupando por tal motivo un lugar fundacional dentro de lo que luego se diera en llamar la "*Escuela Jurídica de Córdoba*". Indicaba,

además, como texto de estudio, la obra del holandés Arnold Vinnius, con los comentarios de Eineccio, pero todo ello debiendo referenciarse mediante correlaciones y concordancias con el Derecho Indiano, lo que obligaba acercar las soluciones de justicia propuestas, a los requerimientos de la realidad de entonces.

Desde esta oportunidad y hasta la sanción del Código Civil en 1871, transcurrieron ochenta años. Sin embargo, en 1815, siendo ya rector el Dean Gregorio Funes, plantea un cambio significativo en los métodos y planes de estudio, introduciendo diversas reformas, tibias si se quiere en los aspectos estrictamente técnicos, pero de profunda significación moral en otro sentido, ya que implicaba la inmediata actualización y compatibilización de la enseñanza del nuevo derecho, a los valores que inspiraban la ideología libertaria de los movimientos independistas de comienzos del siglo XIX, que dieron motivo al nacimiento de los diversos estados americanos cuando comenzaban a independizarse de sus respectivas colonias.

Al sistema y métodos tradicionales de Victorino Rodríguez, debía agregarse ahora los avances de una "*pedagogía jansenista*", que implicaba la necesaria apertura a la filosofía moderna representada por autores como Descartes, Malebramche, Locke y Leibnitz, cambio drástico que abrió las mentes con relación a la conformación cultural de la época, para un país que acababa de declarar su desvinculación con la corona española y por ende, había que formar –como dijera el propio Funes-, "*abogados para la libertad*".

Juan Antonio de Saráchaga, formado en el más clásico derecho romano, y que fuera el profesor de Institutas de Dalmacio Vélez Sarsfield-, aparece como uno de los primeros auspiciante del cambio, habiendo cumplido destacados servicios a la causa de la Nación, tanto en el plano puramente académico -al desempeñarse como sucesor de Rodríguez-, como incluso haciendo frente a las vicisitudes y desvelos propios de un Estado naciente.

Conviene igualmente recordar que pese a todo lo señalado precedentemente, se siguió dictando sin solución de continuidad –como explica Raúl Orgaz -, la Cátedra de Derecho Canónico o

Cánones, a través de la obra de Domingo Muriel "*Fasti Novis Orbis est Ordenatiorum*" de 1775, junto con las Decretales de Gregorio IX, Bonifacio VII, Extravagantes y otras fuentes de no menor significación, permitiendo que sus egresados lo fuesen entonces en ambos derechos, o sea, en "*utroque iuris*", título de indubitable prestigio académico para el tiempo que nos estamos refiriendo.

Esta Universidad fue la que, sobre las bases científicas, culturales y morales señaladas, transcurridos solo doscientos años de existencia, fue capaz de obtener un egresado con la formación académica del más grande jurista de la historia nacional, nuestro patrono, Dalmacio Vélez Sársfield, que dotado de una preparación completa –tanto filosófica, como científica-, logra la redacción del Código Civil histórico de 1871, que en el decir de Segovia, constituye un "*monumento de sabiduría*" de inigualable comparación con otros semejantes, como ocurriría si la emulación la hiciéramos con el Código italiano de 1865 o de otras naciones europeas contemporáneos.

Como lo hiciera Pothier en Francia, o Winscheid en Alemania, Vélez elabora un proceso de consolidación de la multiplicidad de fuentes que daban sustento a la normativa vigente, para lo cual formula una armónica simbiosis entre el Derecho Romano -que nos conecta con el conocimiento universal-, las disposiciones del Derecho Patrio, como así con la civilística latinoamericana de Texeira de Freitas, Andrés Bello y Tristán Narvaja y que constituye su fuente inspiradora más importante, junto con el Código francés –de influencia inevitable para su tiempo-, todo ello, sin perder jamás los perfiles y la sustancia propia de nuestra identidad nacional.

Por estas razones a este ordenamiento, se lo ha ubicado desde siempre, dentro de la categoría de los llamados "*códigos históricos*", porque a través de una equilibrada conjugación de la anciana legislación, establece las primeras reglas de organización del país en plena etapa fundacional, delineando sus modalidades y costumbres de vida a través del diseño y puesta en práctica de una arquitectura social que ha perdurado por espacios de más de ciento

cuarenta años de vigencia institucional con notable lozanía, todo ello sin perjuicio por cierto, de las innumerables reformas parciales que lo han venido ajustando a las realidades de nuestro tiempo.

El egresado más ilustre de nuestra Universidad, fue además, con Eduardo de Acevedo, coautor del Código de Comercio de 1857 para la Provincia de Buenos Aires y que luego fuera adoptado por la Nación-, sentó las bases del Derecho Público Eclesiástico, estableció los criterios utilizados en las cuestiones limítrofes con Chile y en 1860, redactó las reformas a la Constitución Nacional de 1853, para sellar el pacto de unión nacional y reconciliación entre la Provincia de Buenos Aires y la Confederación.

El Codificador no fue el producto del destino, ni apareció por obra de la casualidad en la vida del país, sino que detrás de cada una de sus indiscutibles cualidades personales de carácter, talento y laboriosidad, aparece la formación que recibiera en su alma Mater, la Universidad de Córdoba, a quien expresara tantas veces su reconocimiento de filialidad intelectual, por haberle suministrado los recursos intelectuales para afrontar la tarea de su obra magna. Corrobora lo dicho una anécdota que el mismo relatara, en el sentido que cuando venían a consultarle problemas de mucha gravedad, repetía en jocoso tono, "*vienen buscando el latín*", en directa alusión a sus estudios en la Universidad de Córdoba.

En 1817 Manuel Antonio de Castro introduce nuevas modificaciones y perfecciona reformas al plan de estudio, sentando ya las bases mismas de una moderna Facultad de Derecho, siendo su trabajo digno del recuerdo y encomio por conformar una valiosísima etapa dentro de su largo devenir.

Por fin, en el año 1854, bajo la Presidencia del General Justo José de Urquiza se decreta la nacionalización de la Universidad Nacional de Córdoba, confirmándose dos años más tarde por Ley de Congreso Nacional, del 11 de setiembre de 1856.

Desde esa circunstancia hasta el presente, ha revestido siempre el carácter de institución de enseñanza superior laica, pública y gratuita, habiéndose transformado no sólo en un excelente y cotizado establecimiento educativo para la formación profesional en diversas disciplinas del saber, sino también se destaca como un

verdadero crisol educativo que acogiera a muchos hermanos latinoamericanos que concurrían a sus aulas en miras al logro de un fácil y valioso acceso a la cultura que ofrece un país generoso, dato que la distingue completamente de sus pares y merece los más entusiastas elogios.

Es importante destacar, a su vez, que más allá de las diversos ofertas académicas que han proliferado a partir de la segunda mitad del siglo pasado, la Universidad pública continúa siendo la protagonista incuestionable de las capacitaciones de excelencia en la preparación de los cuerpos docentes, como así de la investigación científica del derecho, circunstancia que ha transformado a sus diversas institutos y departamentos, en inestimables usinas de preparación intelectual que les ha permitido adquirir un reconocido prestigio.

Llegamos así al año 1871, cuando Rafael García que profesaba en esa oportunidad la Cátedra de Institutas y frente a la reciente sanción del nuevo Código Civil, solicita instrucciones al Consejo Directivo de la Facultad si debía continuar enseñando Derecho Romano como hasta ese momento, obteniendo como única y lacónica respuesta: enseñe el Código Civil, con lo que se iniciaba en ese preciso momento y de alguna manera, una vertiente civilista de afamado predicamento tanto en el país como en el extranjero.

Si bien el Derecho Romano abandona su expectable lugar de conformar el eje central de la enseñanza del derecho, nunca se cortaron los vínculos definitivamente con esta disciplina, ni tampoco perdimos conciencia de su gravitación como fuente común universal. De esta manera, Córdoba dio lugar a grandes romanistas, pero dentro de ellos, merece una mención especial el Prof. Dr. Agustín Díaz Bialet, cuya obra y trabajos por su enjundia y profundidad alcanzaron una magnitud destacada, que las transforma en materia de investigación y análisis en muchas de las universidades europeas.

Para concluir esta recorrida por el campo del Derecho Privado, y como consecuencia inevitable de las limitaciones propias de una expresión oral, dentro de los juristas que a principios del siglo XX hicieron sentir sus influencias decisivas en la enseñanza

del Derecho Civil de la Universidad de Córdoba, cabe mencionar dos nombres incuestionables: Henoch D. Aguiar y Enrique Martínez Paz.

Aguiar, maestro de nuestros maestros, defensor apasionado del Código Civil, frente a los intentos de substitución completa de su texto histórico, desarrolla los estudios de la Parte General, conforme los adelantos modernos que a partir de la sanción los ordenamientos de esa época (alemán e italiano), adquirieron una relevancia significativa, especialmente en la construcción de una "*teoría de la voluntad*", como elemento necesario e imprescindible para la construcción de toda relación jurídica válida.

Contemporáneamente Enrique Martínez Paz, reclama de diversas maneras la necesidad de introducir reformas al Código Civil de 1871, que fuesen capaces de insuflarle el espíritu y la letra de la "*filosofía social*" vigente en pleno siglo XX, sin las cuales, su destino estaría sellado a sufrir una mutilación completa, para de esta manera ajustar su articulado a la nueva axiología imperante en los tiempos señalados.

Debemos igualmente mencionar los aportes de la Universidad de Córdoba al Derecho Comercial nacional. Dijimos que fue Dalmacio Vélez Sársfield coautor del mismo juntamente con Eduardo de Acevedo y más allá de la polémica abierta acerca de la verdadera influencia de cada uno de ellos sobre este ordenamiento, lo cierto es que estudios recientes demuestran que los grandes lineamientos sentados por Einert en la Ordenanza Germana de títulos de crédito de 1848, fueron introducidos por Vélez, mediante la aceptación de los principios de literalidad, autonomía y legitimación para lograr una adecuada circulación comercial, apartándose definitivamente de la tradición francesa que los consideraba como "*contratos de cambio trayecticio*".

Como cabal exponente de las nuevas tendencias en materia mercantil, fue Mauricio Yadarola quien a principios del siglo pasado, comienza la difusión de las enseñanzas de la doctrina italiana, particularmente activa cuando se trata de encontrar sustitutos a la vieja concepción de la "*teoría objetiva del acto de comercio*", científicamente agotada e indefendible, pero de gran predicamento para ese

momento, proponiendo en contraposición un camino moderno hacia la "*teoría de la empresa*", como centro genuino de modificaciones sustanciales que vendrían más adelante, por lo que merece recordarse como un importante precursor.

Vaciado que fuera el Código de Comercio por las nuevas leyes centrales en materia de concursos, sociedades, seguros y navegación, aparece la figura señera de Héctor Cámara, jurista completo, genuino exponente de la formación universitaria de Córdoba, quien produce más de una decena de tratados de la especialidad, que sientan las bases del Derecho Comercial de nuestros días.

Merece igualmente un recuerdo especial, el Prof. Dr. Francisco Quintana Ferreyra, por su destacada participación en la redacción de los estatutos concursales que actualizaron este derecho estamentario conforme las exigencias y demandas del tráfico.

Hasta este momento hemos traído a consideración los juristas más destacados del Derecho Privado que diera nuestra Universidad desde sus orígenes.

Corresponde ahora hacer una prieta descripción de lo acaecido en el campo del Derecho Público en general, como así de sus diversas disciplinas en particular.

Resultaría impensable concebir a nuestra unidad académica como un establecimiento con brillo sólo en una de sus ramas, por más importante que parezca. También lo fue con igual identidad en el Derecho Público, conforme los antecedentes más significativos que mencionaremos a continuación.

Corresponde en primer lugar, destacar la obra de los llamados "*doctores de Córdoba*", compuesto por un conjunto de juristas egresados obviamente de nuestra Universidad y que Roberto Peña catalogara con exactitud, como fieles exponentes de la vertiente del "*federalismo ilustrado*", contrapuesto obviamente, al "*federalismo montonero*", que inmediatamente después de la batalla de Cepeda del 1 de febrero de 1820, dieran lugar al dictado del "*Reglamento Provisorio de 1821*", que viene hacer las veces de la primer Constitución de Córdoba, bajo el gobierno del General José María Bustos.

Francisco de Bedoya, Francisco Ignacio Bustos, José Vélez y José Francisco Gigena, constituyen algunos de esos primeros ju-

ristas que lograron proyectar un texto constitucional ponderado y armónico entre la tradición federal, pero con el corazón y el entendimiento puesto en la mira de la consecución de la unidad nacional, ya que aceptaba el dogma tripartito de separación de los poderes del Estado, formulaba importante protección de las garantías individuales, lo que constituyó un precedente republicano significativo, y muchas de sus cláusulas fueron adoptadas "*ad literam*" por la Constitución Nacional de 1853.

El Estudio de las sucesivas reformas constitucionales de Córdoba, introducidas en los años 1847, 1855, 1923 y 1999, muestra a las claras la existencia de una corriente de juristas cultores del Derecho Público, que expresa el genuino pensamiento de la Universidad de Córdoba, con la solvencia y preparación propia de una entidad académica de tanta trayectoria y prestigio.

No parece extraño comprender entonces que fueran los juristas de Córdoba, quienes aportaran su talento y preparación, en defensa de la causa del federalismo y de la autonomía municipal consagradas en la Constitución Nacional, problemas que, pese al tiempo transcurrido, todavía muestran aspectos importantes que perfeccionar y regular para la obtención de su plena vigencia.

Cabe mencionar, en este sentido, que el Dr. Santiago Derqui - cuarto Presidente de la República-, se desempeñó como primer profesor de Derecho Público, jurista egresado de nuestra Universidad en 1831 y cultor de esta disciplina, a quien se le reconoce el merito de haber iniciado el estudio de esta importante asignatura en la década del treinta del siglo XIX.-

Como figura destacada a este respecto, no podemos omitir la figura señera del Dr. Arturo M. Bas, que profesara la Cátedra universitaria desde 1907 hasta 1918 y publicara obras trascendentales sobre estos tópicos de "*Derecho Público Provincial*" en 1908, y en particular, "*Derecho Federal Argentino*" en 1927, trabajos importantísimos que enriquecieron la literatura jurídica de la época sobre asuntos tan complejos y que no habían adquirido una visión técnica hasta la oportunidad señalada.

Más avanzado el siglo pasado, la Universidad de Córdoba y de alguna manera esta Academia Nacional de Derecho, dedicaron

inestimables esfuerzos en miras a la consideración de estas cuestiones, que, si bien revisten un carácter preponderantemente político, lo cierto es que necesitan de un sustento técnico, sin los cuales resultan de difícil implementación. Traemos a consideración en este sentido, los esfuerzos de nuestro Presidente Honorario, Dr. Pedro J. Frías para sentar los lineamientos centrales de una teoría general que afrontara la temática dotada de una visión unitaria, puesta obviamente al servicio del país, lo que constituye otro de los grandes aportes efectuados por la Escuela Jurídica de Córdoba.

Pasamos ahora a otra disciplina. El Derecho Penal no constituye una excepción a lo dicho precedentemente, y debemos mencionar a Cornelio Moyano Gacitúa, profesor titular de la materia entre los años 1885 y 1905, quien es considerado un avanzado para su época y desde una visión atenuada de los postulados de la "*teoría positivista*", formula importantes avances científicos en orden a sentar las bases de una "*criminología moderna*" y por ende más humana, llegando incluso a mantener una fluida comunicación con los grandes maestros europeos en esta especialidad, como Lombroso y otros exponentes de esta vertiente de la teoría penal contemporánea.

Si se avanza un poco en el tiempo, debemos recordar el trabajo definitorio y determinante para esta disciplina de dos eminentes científicos cordobeses desarrollados durante el siglo pasado: nos referimos, en primer lugar, a Sebastián Soler, quien en su "*Tratado de Derecho Penal Argentino*" -obra considerada indiscutidamente como un capolavoro y de consulta permanente hasta la actualidad-, elabora una visión científica integral y completa de las ciencias penales y criminalísticas, imbuidas dentro del ideario de la Constitución Nacional, con lo cual se inicia los grandes parámetros del Derecho Penal liberal, tan diferente de las concepciones integristas o totalitarias.

Ricardo Núñez después, completa esta visión en varios libros publicados sobre esta materia, elaborando con la mayor precisión, el desarrollo técnico de los principios de la "*escuela clásica*" de Francesco Carrara, que demanda un tratamiento riguroso y preciso, tanto del "*bien jurídicamente protegido*" que preside cual-

quier regla de interpretación, como así la necesaria prolijidad del tipo o tabestan, con relación a la indispensable exactitud de los verbos delictivos, como garantía esencial de la libertad de los ciudadanos.

No podríamos silenciar que este destacado jurista en el año 1964 y su afamado Instituto de Derecho Penal de esta Universidad, fue el autor de un estudio completo acerca del contenido y alcance de la legislación represiva dictada en el país durante más de treinta años por los distintos gobiernos de facto, mostrando sus excesos y graves desconocimientos o vulneración de las garantías individuales, trabajo que brindó el fundamento científico y político para su completa derogación por el Congreso de la Nación, como así igualmente fuera quien elabora la figura delictual del "*enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos*" en defensa de la transparencia de la República y que lamentablemente, resulta de frecuente utilización práctica.

En el campo del Derecho Procesal Penal, Córdoba puede mostrarse una vez más encontrarse en la cima de ola, al haber propiciado y puesto en funcionamiento los avances más destacados en esta disciplina, porque resulta una verdad incuestionable que el derecho de fondo funciona y actúa adecuadamente, cuando dispone de normas rituales que lo tornan actual y eficaz para la sociedad.

Alfredo Vélez Mariconde, autor del primer Código de Procedimiento Penales, que termina siendo sancionado en 1940, incorpora por primera vez en el país, la "*oralidad del proceso*", cambio copernicano hasta ese momento, que facilita una relación de inmediatez entre las partes, todo ello en miras a la búsqueda de la "*verdad real*", que la experiencia demostraba tan alejada en los sistemas escritos, dejando una impronta que se proyecta sobre todo el sistema procesal nacional.

Jorge Clariá Olmedo concluye la tarea de su predecesor, y a través de su conocido Tratado, efectúa un desarrollo metódico y completo de esta problemática, que lo lleva a ser requerido por diversas jurisdicciones del país y del extranjero, para la redacción de diversos ordenamientos, produciéndose así una suerte de ex-

pansión legislativa de estas ideas desde Córdoba, hacia el resto de los operadores jurídicos.

En otro orden de cosas, una vez cumplido el proceso de secularización de la enseñanza y muy particularmente durante el siglo pasado, iluminan el pensamiento de la filosofía del derecho de Córdoba, con autoridad indiscutible, Enrique Martínez Paz y Alfredo Fragueiro, cuyos estudios e investigaciones lograron transmitirle a la norma escrita, el espíritu de los valores sin los cuales el derecho se vuelve vacuo y de difícil aplicación, especialmente como instrumento de solución de conflictos en un espacio o lugar determinado.

Estas apreciaciones no constituyen sólo una aprecición subjetiva de orden personal, sino que uno de los más eminentes filósofos del derecho del siglo pasado, el italiano Giorgio Del Vecchio que fuera nuestro profesor en la Universidad de Roma, al conocer nuestra nacionalidad y universidad de referencia, dijo a viva voz y como inmediata respuesta: ¡Martínez Paz y Fragueiro, dos eminentes pensadores argentinos y de los cuales tanto tenemos que aprender¡ anécdota que nos hizo tomar conciencia hasta donde había llegado la valía de estos juristas de la Universidad de Córdoba.

En otro sentido, la sociología -asignatura más moderna dentro del amplio campo de las ciencias sociales-, alcanza con Raúl Orgaz,–en el decir de Alfredo Poviña-, "*el lugar más alto en el historial de esta disciplina*", y sus trabajos y reflexiones constituyen materia de consulta necesaria e imprescindible, en cualquier tentativa de ensayo o abordaje de esta perspectiva, a punto tal, que buena parte de la doctrina lo ha reconocido como punto de partida o referente inicial imprescindible de cualquier investigación o trabajo que se efectúa a este respecto.

A Orgaz debe reconocérsele el mérito de haber perfilado las bases y el sustento científico de una sociología nacional, especialmente a través de su trabajo sobre la "*sinergia social durante el período colonial*", dilucidando el conflicto de valores que prepara el advenimiento de la Nación, que luego completa con el análisis crítico y comparativo del pensamiento de Echeverría, Alberdi, Vi-

cente Fidel López y Sarmiento, tarea que nunca había sido abordada con anterioridad desde esta original cosmovisión y con conclusiones tan significativas.

Poco después merece recordarse a dos sociólogos de gran significación en el estudio e investigaciones de diversas cuestiones vinculadas con la descripción y análisis de nuestra sociedad y sus conflictos: nos referimos al Dr. Alfredo Poviña, autor de una decena de libros, cada uno de los cuales contiene valioso material sobre estas cuestiones, como así Juan Carlos Agulla, que alcanzamos disfrutar de sus agudas reflexiones en nuestra Facultad de Derecho, hasta su injusta y arbitraria separación del cuerpo docente durante la intervención militar.

En lo que hace a la legislación del trabajo, se erige con solvencia propia y carácter de pionero, la personalidad de Juan Bialet Masse, verdadero precursor de esta disciplina y lo que constituye algo mucho más importante aún, logra transmitir una sensibilidad particular frente a la problemática laboral de protección y defensa de sus instituciones, cuyo espíritu permanece a través del dictado de una legislación que acoge buena parte de sus sueños y desvelos, hoy hechos realidad.

No podríamos concluir esta larga enunciación de los aportes que efectuara la Escuela Jurídica de Córdoba al país, e incluso con proyección hacia naciones extranjeras, sin recordar el magno acontecimiento de la Reforma de 1918, como un producto cultural genuino y auténtico de nuestra querida Universidad, que tuvo la capacidad y la fuerza de actualizar tanto su espíritu, como así una indudable corriente de apertura hacia la libertad de pensamiento, al mismo tiempo que obtenía un nuevo orden universitario de organización institucional.

Sería un acto de pequeñez considerar que tal acontecimiento fuera un producto exclusivo de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, porque basta repasar sus protagonistas para advertir la presencia de estudiantes de todas sus unidades académicas, lo que le acordara representatividad completa del claustro pleno de entonces.

Ello no obstante, la fuerte personalidad de Deodoro Roca, el pensamiento siempre lúcido de los hermanos Arturo, Raúl y Alfredo Orgaz, la elegancia literaria de Arturo Capdevila y la profundidad del pensamiento Enrique Martínez Paz, y tantos otros cuyo entusiasmo y verbo encendido aparecen sin la menor duda en la redacción y temperamento de los documentos liminares, nos permite afirmar, que en este magno acontecimiento histórico, es factible también encontrar la mano y el espíritu de los "*doctores de Córdoba*".

Seis presidentes de la República, catorce de los veintinueve convencionales del Congreso de Tucumán de 1816, e innumerable cantidad de abogados y juristas formados dentro de sus claustros que dedicaron su vida a la construcción de este país, constituye otro de sus legados más trascendentes, de los que hoy nos orgullecemos de recordar y homenajear.

Para terminar, cabe hacer estas breves reflexiones: si sus fundadores aspiraron que de sus aulas saldrían profesionales capaces de llevar al mundo su nombre (Ut portet nomen deum coram gentibus), el balance más ajustado y pesimista que pueda efectuarse, arroja resultados encomiables y de grandes contribuciones a la docencia y la cultura nacional.

La "*Escuela Jurídica de Córdoba*" es hoy una realidad cuyo reconocimiento y prestigio se encuentra fuera de toda duda o discusión, a punto tal que ha logrado hasta en lo profano, trasladar sus títulos y diplomas a la identificación misma de la ciudad, que se la conoce popularmente como "*Córdoba la docta*".

La herencia de un prestigio y tradición tan significativa, no debe constituir motivo de jactancia por parte de las generaciones actuales, sino por el contrario, la toma de conciencia que asumimos una responsabilidad muy grande, que a veces se transforma en carga pesada de llevar, porque en todos los foros que asistimos se espera siempre la palabra justa, el estudio profundo o la reflexión señera de los juristas de Córdoba.

Solo cabe entonces comprometernos como una deuda moral con nuestros antepasados, de poner todo el esfuerzo y dedicación que sea menester, para que cuando se festeje el medio milenio

de esta querida Universidad, pueda decirse de los juristas actuales, hemos estado a la altura de tantos oropeles, y que el sueño de los padres fundadores y de tantos destacados políticos, docentes, investigadores y demás personas que se formaron dentro de sus aulas, puedan exhibirse como los resultados que hoy nos complacemos en recordar y homenajear, para bien de la Universidad de Córdoba y de la Nación Argentina.

Homenaje al centenario del natalicio del ex académico de número Dr. Jorge Claría Olmedo*

*Acto realizado en sesión extraordinaria el día 12 de noviembre de 2013.

Palabras de la Dra. Rosa Ávila Paz de Robledo en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

Sr. Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Juan Carlos Palmero,

Sr. Presidente Honorario Luis Moisset de Espanés

Autoridades presentes

Sras. y Sres. Académicos,

Colegas y amigos Profesores, Adscriptos, Ayudantes alumnos, alumnos,

Amigos y querida familia del homenajeado,

Distinguido público,

La Academia hoy celebra este homenaje a la vida y obra de uno de sus miembros de número, Dr. Jorge Clariá Olmedo con motivo de cumplirse el centenario de su natalicio.

Agradezco a la toda familia de mi querido e inolvidable maestro Dr. Jorge Clariá Olmedo que me pidieron que hable en nombre de la familia.

Les agradezco de corazón a sus hijos Estela, Marta, Cristina, Jorge y Julita, y en especial a sus nietos Daniela, Goyo y Jorgito, a quienes los quiero mucho. Es que, por las vueltas de la vida, hoy, ellos son mis jóvenes discípulos en la cátedra universitaria.

Le agradezco mucho a Daniela, quien con todo cariño me brindo los datos de la familia y de su abuelo, quien fue un ilustre jurista y más que todo fue un gran maestro en nuestra Casa de Altos Estudios y desde allí tuvo una reconocida proyección nacional e iberoamericana.

Jorge Clariá Olmedo nació en esta ciudad de Córdoba, la Docta el 18 de abril de 1913 y también falleció aquí, aquel 11 de junio de 1985, con 72 años de edad.

Allá por 1968, conocí a Jorge Clariá Olmedo como alumna en un curso, que dictó sobre “Impugnaciones Procesales”.

Luego – en 1971- como abogados ingresamos con Arturo J. Echenique como Becarios con tareas de aprendizaje docente al Instituto de Derecho Procesal de la UNC.

Fue allí, que empecé a trabajar con Jorge Clariá Olmedo – escritorio de por medio– prácticamente a hasta el final de su vida.

Cierro los ojos y evoco su figura inconfundible albina, con su cabello blanco, su andar inseguro a causa de su vista, porque casi no veía, y como a pesar de ello se superaba en todo momento con éxito.

Así, para trabajar en el Instituto de Derecho Procesal, usaba una lupa grande con luz para alumbrar el centro de la página de un libro, y ese texto alumbrado era lo que podía leer, en tanto que lo que quedaba a los costados, lo tenía que interpretar. Luego, de leer, pensaba, y después con su máquina de escribir, hacía sus trabajos, con todo empeño y disciplina.

Aquí, como dato valioso, quiero rescatar que lo que identificaba a nuestro inolvidable Jorge Clariá Olmedo, era su admirable capacidad de razonar y de pensar en voz alta y de dialogar con cada uno, porque en ese proceso de heteroeducación todos aprendemos y nos formamos como personas humanas de bien.

He querido comenzar pincelando a grandes rasgos la personalidad universitaria de Jorge A. Clariá Olmedo en el Instituto de Derecho Procesal para poder adentrarme desde allí a su hogar y a su familia

Nuestro homenajeado se educó en un caracterizado hogar cordobés católico. Sus padres fueron Dalmira Olmedo de Clariá y Horacio J. Clariá y ambos velaron para formar a sus hijos con su ejemplo en numerosas acciones de bien, porque su vocación de caridad era inagotable y también les prodigaron una educación espiritual y moral.

De su niñez, puedo compartirles, lo que el propio Jorge Clariá Olmedo nos contaba en las cenas de fin de año del Instituto de Derecho Procesal, él la quería y adoraba mucho a su abuela Dona Rosa Luque de Olmedo. Ella muchas veces lo ayudaba con las tareas cuando estaba aprendiendo a leer en primer grado.

Un día tenía que estudiar una lectura para un concurso escolar y preparó la lectura con su abuelita, ella le leía la lectura y él escuchaba y jugaba. Al día siguiente, participó en ese concurso y lo ganó. Y cuando la Srta. Directora se acercó para entregarle el premio, se río mucho nuestro homenajeado tenía el libro de lectura al revés. En verdad, lo que ocurrió fue que como se le había grabado muy bien la lectura de su abuelita, pudo pronunciarla de memoria, sin leerla.

Cursó sus estudios de abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC y egresó en el año 1937 y en el año 1942, obtuvo su título de doctor. Se identificó con el ejercicio profesional y ejerció como abogado en Córdoba y por algunos períodos en Capital Federal, Provincia de Buenos Aires, Tucumán, Mendoza, Corrientes y Santa Fe y culminó con la profesión, cuando ingresó como Camarista a la Cámara Federal de Córdoba.

Se casó con Estela Achaval y formaron una familia numerosa con 5 hijos Estela, Marta, Cristina, Jorge y Julita que creció y se multiplicó en 19 nietos y hoy sigue creciendo con los bisnietos.

Sigue los pasos de su padre, Julita, quien es abogada y trabaja en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y también siguen los pasos de su abuelo, sus nietos Daniela y Goyo, quienes son egresados de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, en tanto, que actualmente, Jorgito sigue como alumno en la misma Casa de Altos Estudios, y también Consuelo es estudiante de Abogacía.

Cuando estaba en el Instituto de Derecho Procesal, Jorge Clariá Olmedo llamaba por teléfono a su casa y estaba pendiente de toda su querida familia, que siempre lo acompañaba en los congresos y demás eventos y en los actos universitarios y sociales.

Este rasgo de ser familia de Jorge A. Clariá Olmedo también se daba en el Instituto de Derecho Procesal. Cuando cada uno fuimos teniendo nuestros primeros hijos, él, con todos, se reunía para hacernos un regalo para nuestros bebes. Ese gesto de afecto y cariño, era sobre todo un acompañamiento y apoyo a nuestra respectiva familia. ¡Cuánto se lo agradecíamos! Y con cuanta alegría hoy evoco estos gestos de familia.

Otro gesto valioso fue hacernos investigar en el propio Instituto de Derecho Procesal y en una de esas reuniones de una siesta calurosa, en un momento nuestro homenajeado cerró sus ojos. Entonces Roger Garay Murúa le dijo: "*No se duerma doctor Clariá". Y el riéndose le respondió: "Estoy con los ojos cerrados porque estoy pensando, estoy elaborando doctrina*".

Con Jorge Clariá Olmedo aprendimos a investigar, como labor personal, en equipo. Incluso, en 1977, nos incorporó en una investigación de la SECYT. Entonces, fichábamos las "*voces procesales*" de la *Enciclopedia Omeba* y de las valiosas obras de derecho procesal de la Biblioteca de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y del Instituto de Derecho Procesal de la UNC. Allí, había mucho para hacer en investigación, en publicaciones, en extensión y en el dictado nuestros propios posgrados en el Instituto de Derecho Procesal, que los comenzamos a partir de 1975 con "*Sanciones Procesales*".

Cuántos buenos recuerdos se agolpan en mi mente y en mi corazón de aquella época de oro de nuestra formación, más por razones de tiempo les digo que Jorge Clariá Olmedo dejó en nosotros su impronta de maestro como Madre Teresa de Calcuta evoca así:

"Enseñarás a volar, pero no volarán tu vuelo.
Enseñarás a soñar, pero no soñarán tu sueño.
Enseñarás a vivir, pero no vivirán tu vida.
Sin embargo...
en cada vuelo, en cada vida, en cada sueño,
perdurará siempre la huella del camino enseñado"

Jorge Clariá Olmedo inició su carrera en 1943 en la Universidad Nacional de Córdoba, durante 28 años fue Adscripto y Profesor Adjunto en la Cátedra de Derecho Procesal Penal, en la cual, en 1970, asumió por concurso como Profesor Titular, renunciando a mediados de 1972, por exceso de tareas.

También fue Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Procesal Civil y Comercial desde 1955 a 1978. Entonces su Cátedra

era la Cátedra "B" de Derecho Procesal Civil y Comercial, en la cual lo continuó Jorge H. Zinny hasta 1985, quien pasó a ocupar la otra cátedra, y por ello le siguió en la titularidad de la Cátedra "B", Mariano Arbonés hasta 1996. Luego, quien les habla está a cargo de esta misma cátedra "B" y desde allí, todos –con honor y mucho cariño–, seguimos transmitiendo sus enseñanzas.

Así, la vida de estas instituciones universitarias y la de nuestro homenajeado se fueron tejiendo y haciendo camino de historia y realidad y, de ese andar atesoramos hermosos recuerdos que es lo que en definitiva nos deja la vida, hasta que a cada uno le llega la hora y parte a la a la Casa del Padre.

Es así, sin poder evitarlo, cierro los ojos y recuerdo aquel martes 11 de junio de 1985. Habíamos programado, reunirnos en el Instituto de Derecho Procesal, a la siesta, con nuestro homenajeado, para estudiar el nuevo código arancelario de los abogados. Más no pudimos hacerlo porque cuando Jorge Clariá Olmedo cruzó a pie la calle 27 de abril casi esquina Belgrano para ir camino a su estudio jurídico, fue atropellado por un ómnibus. Ello ocurrió alrededor de las 10,30hs.

En ese momento, Dios quiso que fuera caminando por esa vereda, nuestro siempre recordado Mariano Arbonés, quien –de inmediato– nos avisó a todos de esta triste noticia.

Luego, cuando estábamos en su velorio, su esposa Estelita, nos contaba que ella le pidió que no se fuera al estudio jurídico porque hacía mucho frío y como él insistía lo acompañó hasta el ascensor y le colocó una bufanda abrigada en el cuello. En ese momento, ninguno de ellos sabía, que se estaban despidiendo para siempre.

Esa noche, cuando yo salía de su velatorio, como era tarde, tomé un taxi en la calle 27 de abril y el taxista me comento: "*esta mañana hubo un accidente fatal en esta misma calle. Murió un sabio. Un tal Clariá*"[1].

[1] AVILA PAZ de ROBLEDO, Rosa Angélica del Valle "Escuela de Derecho Procesal" en Homenaje a la Escuela Procesal de Córdoba, directora Rosa A. Avila Paz de Robledo, Ed. Lerner, Córdoba, 1995, T. 1 (España, Brasil, Costa Rica y Argentina), p.26.

He compartido este recuerdo muchas veces, porque me motiva reflexionar sobre su mensaje vital de la propia vida y muerte de Jorge Clariá Olmedo, quien nos sigue acompañando porque para Córdoba, fue un sabio cordobés del siglo XX y ello es muy valioso.

Para nuestra Casa de Altos Estudios fue un maestro de generaciones, que, en mi caso, como de muchos de los hoy presentes, nos pudo brindar en forma personal sus enseñanzas en el aula universitaria y particularmente en nuestro querido Instituto de Derecho Procesal. En tanto, que a las nuevas generaciones les sigue prodigando sus ideas y valiosa obra jurídica procesal, plasmada en sus libros y también en nuestras clases universitarias de Derecho Procesal en el grado y en el posgrado.

Esta a la vista de todos que su siembra como maestro fue fecunda y la cosecha de sus frutos se sigue dando de generación a generación, porque como dice el poeta Francisco Luis Bernárdez

"Porque después de todo he comprendido
que lo que el árbol tiene de florido
vive de lo que tiene sepultado"

Es que Jorge Clariá Olmedo fue uno de los grandes maestros clásicos del siglo XX. Y ello, es un merito merecido por su talento.

Mil gracias, catedrático y maestro Jorge Clariá Olmedo, por ese señero horizonte jurídico - procesal que lo construiste desde las cátedras de Derecho Procesal Civil y Comercial y Derecho Procesal Penal y del Instituto de Derecho Procesal de la UNC de modo tal de reelaborar el Derecho Procesal –como una Teoría Uniforme –publicado en el Cuaderno 117 del Instituto de Derecho Procesal, UNC, 1973–. Este valioso aporte, entre otros más, años después sirvió de necesaria premisa para definir con autonomía una parte general del Derecho Procesal, que hoy denominamos Teoría General del Proceso.

En los años que siguieron, bueno es decir que Jorge Clariá Olmedo, mi querido maestro siguió presente en nuestro hacer universitario en el Departamento de Derecho Procesal y Práctica

Profesional, y sobre todo en el aula universitaria donde pude reencontrarlo en una faceta que yo no le conocía. La de ser abuelo, y así fue que volví a conocerlo a través de sus vivencias con sus nietos.

Daniela me contaba que sus padres la dejaban en el piso de Av. Colón al 500 donde vivía nuestro homenajeado, y a ella le encantaba quedarse porque se pasaba jugando de su piso al otro piso donde vivía una hermana de Jorge Clariá Olmedo, Rubia quien estaba inválida. Ambos hermanos se dedicaban a ayudar a gente discapacitada para que terminen sus estudios. También me contaba que nuestro homenajeado para mimarla le tocaba el arpa y de ese modo a través del lenguaje de la música le demostraba su inmenso cariño de abuelo.

En tanto que, con Goyo, que fue ahijado del Payo, cuántas veces y cuánto hemos conversado sobre su muy querido abuelo.

Lo bueno fue que ese cariño grande trascendió y se vivió en el aula universitaria y nuestros estudiantes aprendieron a conocerlo y a quererlo a nuestro homenajeado en su faz humana y de familia, y en ese marco estudiaron, defendieron, debatieron y hasta representaron el pensamiento de Jorge Clariá Olmedo sobre el proceso judicial en la clase, en un concurso de monografías jurídicas, y sobre todo en los Ateneos Permanentes de Derecho Procesal.

Es por ello, que cuando vuelvo a leer esos trabajos de los equipos de estudio de nuestros jóvenes estudiantes universitarios, compruebo que Jorge A. Clariá Olmedo tiene presencia intelectual y evocativa entre nosotros, esto es en el corazón de su familia y en el quehacer universitario.

Esta evocación particular, me trae a la memoria muchos recuerdos que se reflejan con todo acierto en aquellos versos de Arturo Capevilla que dicen:

¡Córdoba azul de la vida, allá en lo azul de los años!

Y es tu Córdoba, la Docta, Jorge Clariá Olmedo, que hace que muchas veces me pregunte como los signos de la historia se anidan en la vida de cada persona y en las instituciones como las cátedras, institutos, equipos de investigaciones en las cuales se forma a

nuestros jóvenes en calidad humana e inteligencia. Y, ello es lo que nos diste Jorge Clariá Olmedo: nos formaste en los valores y nos enseñaste la ciencia procesal y ello hace que te reconozcamos como nuestro maestro.

Es por ello, que cuando en 1913 llegaste al mundo, eras una promesa de persona con las circunstancias de la historia de que nuestra Universidad Nacional de Córdoba, celebraba sus 300 años de vida institucional y nuestra República festejaba el primer centenario de la Asamblea General Constituyente del año XIII que transformó a nuestra amada patria.

Hoy, cien años después, Jorge Clariá Olmedo SOS una realidad de vida fecunda del siglo XX, que pudiste escribir tu nombre en la historia de nuestros tiempos por tu gran talento, inteligencia y vocación universitaria, más también pudiste hacerlo –principalmente- merced al inmenso amor de su querida familia, que fue tu norte y tu paraíso.

Gracias Jorge Clariá Olmedo porque tu semilla sigue creciendo en la vida de tu familia y hoy tiene muchos rostros propios, con muchos nombres, y entre todos con los ojos del corazón te reconocen en tu genio y figura, en tu protagonismo de vida y en tu obra, en los pequeños detalles de cada día y en tus anécdotas que representan encuentros personales.

Gracias a la querida familia de Jorge Clariá Olmedo por abrir con generosidad sus puertas y hacerme sentir familia, siendo su discípula en el Derecho Procesal.

En nombre de toda esta familia, es que en esta ocasión que se celebra el centenario de tu natalicio, con el corazón abierto agradezco a Dios y a María nuestra madre de todos, por este padre, abuelo, esposo, hermano y por nuestro querido e inolvidable maestro, Jorge Clariá Olmedo.

Homenaje al centenario del ex académico de número Dr. Héctor Cámara*

*Acto realizado en sesión extraordinaria el día 12 de noviembre de 2013.

Palabras del Dr. Juan Carlos Palmero en representación de Academia

Nos reunimos hoy en este salón de nuestra Academia para rendir un sentido y justiciero homenaje con motivo de cumplirse el centenario del nacimiento de nuestro ilustre miembro de número el Prof. Dr. Héctor Cámara, ceremonia que al igual que la presente, hemos venido desarrollando como una tradición desde hace mucho tiempo, habiéndose recordado durante el año dos mil trece a los Dres. Roberto Peña y Jorge Clariá.

Es que estamos absolutamente convencidos, tal como lo enseñaban los romanos desde hace casi dos milenios, que las instituciones no son otra cosa que los hombres, con sus vidas y sus realizaciones, con sus sueños y sus desventuras, en definitiva, debajo de esos entes colectivos y abstractos, es factible encontrar al género humano en toda su dimensión existencial.

Hace bien entonces nuestra Academia en tocar las campanas del recuerdo, para traer al presente, aquellos que, con sus talentos y dedicación, dieron brillo y prestigio académico a esta corporación, pero al mismo tiempo, corresponde volver a pensar y sentir en esos lazos invisibles que son capaces de establecer únicamente las relaciones entre amigos o de aquéllos que se encuentran vinculados por afectos especiales.

Por esta razón, cuando hubo que designar el orador para esta solemne ceremonia, no dudamos en asumir esta responsabilidad para hacernos cargo de esta tarea, aún a costa que la emoción nos traicione respecto de la necesaria objetividad que debe asumirse en tales circunstancias, aunque seguramente la fuerza de sus recuerdos actuará como acicate para poder superar estos estados de ánimos propios de quienes estuvieron vinculados en vida por una fuerte amistad.

Cuando asistíamos en Roma a las clases del filosofo de mayor predicamento del siglo pasado, Giorgio Del Vecchio, decía siempre que la más grande responsabilidad que debemos asumir frente a la sociedad y nuestro prójimo, es el de dar testimonio de la verdad, transmitir lo que fuimos capaces de ver y de oír, porque hace a las

obligaciones de esta vida dar fe de aquellas circunstancias que nos tuvieron como protagonistas o con una proximidad particular.

Para hablar en esta oportunidad, sólo ostento como título esta imperiosa necesidad de dar testimonio, transmitir a nuestros colegas y personas en general, las vivencias y esa especie de néctar que queda en el espíritu, como consecuencia de haber compartido muchísimas horas y situaciones que por diversas razones, nos colocaron en una proximidad vital capaz de provocar este sentimiento de responsabilidad para con la verdad.

No debe buscarse otros títulos que no sea esta proximidad, ni otros motivos que no deriven de la imperiosa obligación de dar a conocer y recordar una vida plena, rica y valiosa, tanto en los aspectos estrictamente científicos o técnicos, como así en lo que hace a sus valiosos legados morales e intelectuales que tratamos en lo posible y dentro de nuestras limitaciones proseguir, asimilar y contarle a los demás, para que la comunidad pueda nutrirse y emular tan ricas y valiosas experiencias como las que ofreciera en vida nuestro homenajeado.

¿Cómo hacer para en un reducido espacio de tiempo, transmitir tanta riqueza intelectual y moral?

Comenzaremos afirmando que cuando se trata de los muertos, no debe seguirse el orden lógico del *curriculum vitae,* porque en estos casos se busca fundamentalmente, hacer un recorrido por los antecedentes de una persona en miras a que pueda apreciarse la preparación suficiente para las actividades que debe desarrollar.

Por el contrario, cuando estamos en presencia de los muertos, de aquellos que dejaron esta vida y ya disfrutan de la paz y del descanso eterno, creemos que lo más valioso no está en la enumeración de sus títulos sino muy por el contrario, en el legado espiritual que dejan como una estela invisible detrás de su memoria, pero con la profundidad y eficacia suficiente como para todavía influir sobre otras personas o conductas que logran recibir estos mensajes.

De Cámara no importa ya preguntarnos los pasos de su vida por la universidad, la profesión, la magistratura o como publicista de nota. Lo que interesa en cambio, es lo que nos dejó, su herencia

intelectual y moral, eso que nadie puede hacer desaparecer o menoscabar porque ya pertenece al mundo del espíritu, donde las contingencias propias de nuestra condición de humanidad no llegan a tener significación alguna.

De ahí entonces que sea factible encontrar brillantes *currículum* en vida, pero pobres mensaje después de muertos, porque sólo es posible sobrevivir, superar a la desaparición física, cuando se ha tenido una vida rica, plena y generosa, es decir, capaz de trascender en el tiempo y en el espacio a través de las personas que sienten y son receptivas de estas influencias.

Y bien señores, nuestro homenajeado forma parte de ese grupo selecto de seres humanos que han vencido a la muerte y lo han hecho debido a la luminosidad de su vida, por aquello que decía el poeta que sólo el resplandor de una existencia plena, es capaz de hacer desaparecer la oscuridad de la ausencia eterna.

De ahí entonces que nos vamos a circunscribir, fundamentalmente, a recordar aquellos mensajes, enseñanzas o virtudes que sobreviven a la existencia terrenal de nuestro querido amigo y para ello, intentaremos esbozar una suerte de metodología que abarque en primer lugar, su legado intelectual o científico, para después abocarnos a sus condiciones personales, que se podían apreciar dentro del grupo familiar, como así en su relación con sus amigos y discípulos; en definitiva, buscaremos escuchar una vez más el mensaje, su legado intelectual y moral, y de esta manera, entender que así y solo así estaremos rindiendo un homenaje testimonial valedero.

Comenzaremos en primer lugar, por sus grandes enseñanzas frente a la problemática actual del Derecho Privado en general, porque esta fue su principal tarea, la de estudiar sin descanso los cambios profundos y exigencias perentorias de una realidad capaz de mutar en giros copernicanos en muy poco espacio de tiempo, o la de comprender las nuevas tendencias que venían a cambiar muchas instituciones que durante años habían sido concebidas sin mayores dificultades.

Cámara deja un verdadero legado intelectual, a punto tal que resulta factible afirmar la posibilidad de hablar de un antes o un

después de sus obras y eso constituye a nuestro modo de ver, el rasgo sobresaliente de una personalidad descollante capaz de asimilar y explicar las profundas transformaciones experimentadas por la sociedad en general y el derecho en particular en la segunda mitad del siglo pasado.

I. Unificación del derecho privado

Comenzaremos con un primer e importantísimo antecedente. Debido a una formación especial que tuvieron los doctores de Córdoba, nunca quedó atrapado por el provincialismo jurídico de las disciplinas en particular, casi siempre ciego a una visión integradora de la normatividad. Empezó su carrera universitaria con una tesis brillante sobre la "Simulación en los actos jurídicos", y a través de este instituto, la magna tarea de restablecer el principio de la buena fe que preside todas las relaciones jurídicas.

Desde sus comienzos, entendió al derecho como una unidad y esto lo llevo a separarse tanto del llamado *dualismo integrativo* de nuestra tradicional legislación nacional, como así de igual manera con el *dualismo autonómico o separatista*, que abrazaron muchos de los grandes mercantilistas del siglo pasado, que los llevaba a creer que la "*materia mercantil*" no podía recibir el auxilio de la analogía proveniente del Derecho Civil o común, sin incurrir en una grave falla hermenéutica.

Entendió muy rápidamente, que la vieja concepción nacida en las Ordenanzas de Colbert de 1673, que concebían al Derecho Comercial como una derivación de la descripción legal de los actos de comercio, no tenía entidad ontológica como para justificar un tratamiento unitario y por ende, completamente independiente de su tronco histórico.

La crisis vivida por la "*teoría objetiva del acto de comercio*" desata en el Derecho Mercantil un desconcierto profundo que en el decir de Garriguez, no parece haber encontrado solución, pese a los esfuerzos de una doctrina rica y aguda que intentara el hallazgo de fórmulas sustitutivas de la vieja concepción francesa.

Por ello, no es de extrañar que en el Congreso Nacional de Derecho Comercial del año 1940, Héctor Cámara y Mauricio Yadarola presentaran una ponencia reclamando la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, lo que implicaba un avance inusitado para los juristas de la época y que diera motivo a un debate no muchas veces comprendido por sus contemporáneos.

Setenta y tres años después –lo que ya nadie discute-, estamos en las puertas de la derogación del Código de Comercio, para llegar a la unificación del Derecho Privado, decisión que más allá de todas las críticas que le formulamos por el procedimiento seguido y la falta de seriedad en el tratamiento de un tema tan difícil, lo cierto es que las ideas del maestro se han transformado en realidad y este es un legado que permite catalogarlo como un visionario de los tiempos por venir.

De la misma manera que solicitaba la unificación para las obligaciones y los contratos, lo pedía para las sociedades, reclamando un régimen unificado más ajustado a las exigencias del tráfico, refirmando la inconveniencia de crear tipologías sólo en razón del objeto.

II. Aportes a las necesidades de la práctica de la abogacía

A renglón seguido merece recordarse dos obras que han sido y son de consulta obligatoria para toda persona que ejerce la profesión de abogado y no tenemos ninguna duda que esta literatura se transformó en un auxilio eficaz y permanente de los operadores del derecho, sean letrados o magistrados.

Nos referimos a la famosa obra sobre "*Prenda con Registro o Hipoteca Mobiliaria*" (Ediar 1961) que no sabemos todavía el número real de ediciones emitidas por la editorial, porque constituyó una obra de utilización práctica indispensable para una época donde habían proliferado de manera realmente importante en el tráfico de los negocios.

A la par y con no menor gravitación en el uso diario, debemos recordar un libro realmente insubstituible, como lo fue el que trata

el fenómeno de la muerte societaria, es decir, todos los mecanismos técnicos que llevan a la "*Disolución y liquidación de Sociedades Mercantiles*" (TEA 1957), problemática que aún hoy resulta de consulta obligatoria, todo lo que revela su capacidad para facilitar la comprensión de los problemas afines a esta difícil situación que debe enfrentar una sociedad.

III. Aportes hacia una actualización de la teoría general de los Títulos de Crédito

La teoría general de los títulos de crédito constituye una temática que obtuvo una correcta regulación en el Código de Comercio para la Provincia de Buenos Aires del año 1857, el que a instancias de Vélez Sársfield, había recogido las enseñanzas de Einert reflejadas en la "*Ordenanza Germana de Cambio de 1948*", regulándolos bajo los principios de "literalidad" y "autonomía" y no como contratos de cambio trayecticio según la vieja concepción francesa.

Sin embargo, luego de esta regulación surgieron una serie de convenciones internacionales que tendieron a facilitar la circulación universal de los títulos de crédito y en este sentido merece recordarse la "*Conferencia de la Haya*" de 1912 y "*La ley Uniforme de Ginebra*" de 1939, regulación ésta última que ha pasado a conformar la normativa internacional en materia de letra de cambio y títulos circulatorios.

En el año 1963 se dicta el Decreto Ley 5965 que tiene la virtud de ajustar la legislación originaria a todos estos cambios experimentados por el paso del tiempo y la expansión del comercio internacional, circunstancia que permitió el ajuste nacional a estos parámetros de regulación general.

Así las cosas, lo cierto es que faltaba en las doctrinas nacionales, un trabajo que hiciese el estudio completo de esta problemática y en el año 1970 la Editorial Ediar publica "*Letra de Cambio y Vale o Pagaré*" en tres tomos que constituye a no dudar, el trabajo más profundo y completo que se haya escrito a este respecto, el que permanece en su plena vigencia en razón de la ilustración de sus consideraciones como así la practicidad de su método expositivo.

El desarrollo de la obra revela claramente un doble propósito: por un lado, se efectúa un análisis completo de toda la temática bajo una visión eminentemente científica, aportándose antecedentes históricos y normativos, todo lo que lo transforma en una obra obligada para quien quiera abrevar técnicamente sobre los fundamentos y principios que justifican y regulan sus instituciones.

Pero, por otro lado, la manera en que fuera redactada, sobre la base de interrogantes a los que responde de inmediato, dando una solución precisa y certera, constituye un mecanismo de consulta imprescindible para los abogados y operadores jurídicos, que encuentran en este libro la solución a cualquier problema que se plantee en una ejecución individual de títulos de esta naturaleza.

IV. Aportes al Derecho Concursal Nacional

Su agudeza como crítico del derecho, lo llevó en no pocas ocasiones a formular agudos planteamientos sobre aspectos generales y particulares respecto de los principios y soluciones sobre las que se elaboraron los diversos proyectos y reformas legislativas en materia concursal.

En este sentido, y en referencia directa a la problemática de la insolvencia, reclamó la necesidad de buscar una vinculación más estrecha entre el derecho y la economía, o para decirlo con las palabras de Pajardi, frente al dilema entre "*garantismo*" y "*eficacia*", a lo que debía agregarse las constataciones inferidas de las encuestas de Scalera, en Italia, Chevrier en Francia o Rojo España, datos que lo llevaron al convencimiento que nuestro gran déficit estuvo siempre centrado en la necesidad de lograr el perfeccionamiento de este último objetivo, dado el escepticismo general que produce sobre la sociedad los magros resultados concursales, problema que la doctrina universal trata – en el decir de Provinciali -, como "*Il falimento del falimento*", con acreedores que por toda satisfacción cobran un promedio de no más del cinco por ciento del monto de sus créditos, o con procesos liquidatorios que

deben clausurarse por falta completa de activos en porcentajes superiores al setenta y cinco por ciento.

En este mismo sentido también, estuvo convencido - en sus últimos años de investigación -, que la problemática concursal debía partir de un basamento filosófico, que de ninguna manera podía seguir considerándoselo como la contraposición de intereses puramente particulares, sino que, por el contrario, la insolvencia golpeaba por igual y fundamentalmente, intereses generales, a través de la necesidad de la defensa y preservación de la empresa como institución de proyección social, lo que exige cambios necesarios en el tratamiento y regulación de diversos institutos de esta normativa, tema que motivó numerosas reflexiones, sugerencias y propuestas, que aún guardan absoluta vigencia.

Cuando se quejaba de la timidez de las reformas, su crítica estaba inspirada precisamente, en torno a esta gran preocupación, es decir, del hallazgo de instituciones que fuesen capaces de obtener una proyección económica equilibrada entre el interés de los acreedores y el de la sociedad en su conjunto evitando que se transformasen en inmejorables sentencias vacuas y carente de toda significación social.

La obra monumental de seis volúmenes sobre "*El Concurso Preventivo y la Quiebra*" del Editorial Depalma (1978) constituyen el ejemplo más valedero de lo que estamos exponiendo, donde no sólo se aportan estas nuevas ideas y concepciones del Derecho Concursal moderno, sino que también conforma el más acabado estudio de las instituciones de los procesos de ejecución colectiva con aporte de antecedentes nacionales y de derecho comparado que los convierten en una obra de valor insubstituible.

V. Aportes en materia de Derecho Societario

A diferencia de lo que pensaba en materia concursal, en el campo Derecho Societario consideró siempre que el estatuto madre de la Ley de Sociedades N° 19.550, como así la reforma que introdujimos en el año 1983 mediante la Ley 22.903, no merecía de una

crítica general, sino el perfeccionamiento particularizado de diversas instituciones singulares.

En este sentido merece recordarse sus aportes a temas como "*Sociedad entre cónyuges*", "*sociedad unipersonal*", "Intervención judicial", "Prórroga, reconducción y reactivación", "Transformación y fusión", "Los contratos entre la sociedad anónima y sus directores" y otros estudios más que seguramente constituyen valiosos precedentes en orden a una reforma futura de la ley, para ajustarla a los cambios experimentados en el tiempo de su vigencia.

VI. Sus aportes a la investigación del derecho

De todo lo expuesto precedentemente, cabe destacar que Cámara fue uno de los investigadores de fuste que tuvo nuestra Facultad de Derecho, por el manejo inusitado de una bibliografía que por momentos resultaba apabullante, como así en razón de la simplicidad con que trataba las grandes cuestiones o debates de la doctrina universal.

Resulta difícil el hallazgo de trabajos de nuestro homenajeado, que no efectúe nuevos aportes que la literatura no había tratado hasta ese momento, porque siempre decía que había que escribir para aportar algo original y no sólo para la repetición monótona de anteriores comentarios. De esta manera –como es obvio-, se hace difícil producir, porque no sólo es menester la búsqueda del material bibliográfico, sino luego hacer un proceso de síntesis o elaboración sin el cual no es posible transmitir o efectuar nuevos aportes a la ciencia contemporánea.

Conocía las bibliotecas del país a la perfección y era capaz de señalar con la precisión de un experto, el lugar donde se encontraba cada obra o antecedente que fuera necesario consultar en miras al tratamiento de un tema en particular, preparación que resultaba de inestimable ayuda para quienes nos iniciábamos en este tipo de tareas.

VII. Aportes de vida

Pero el Dr. Cámara es mucho más que la biografía brillante de un jurista completo. Por sobre todas las cosas, fue un hombre de bien, que vivió sus vocaciones vitales con intensidad y autenticidad, totalmente despreocupado de las vanidades terrenales, ni de los honores que pudieran sacarlo de su diario quehacer, ni todo lo que a los fatuos… los hace perder hasta su misma conciencia.

No hubo tentación alguna capaz de desviarlo de su derrotero. Ni la Suprema Corte de Justicia de la Nación –que constituiría la aspiración natural de todo hombre de derecho-, menos aún los diversos ofrecimientos que recibiera relacionados con cargos de mando o gobierno, tuvieron entidad suficiente como para aplacar los mandatos de una vocación sin claudicaciones. Solo le interesaba encontrar la tranquilidad necesaria para poder estudiar y escribir, dando rienda suelta al volcán interior que le marcaba constantemente su temperamento.

Lo recuerdo en el fin de su vida buscando excusas pueriles para quedarse sólo en el verano, mientras sus familiares directos y el resto de los mortales se toman justas y merecidas vacaciones, para poder sin que nadie moleste, terminar de pensar determinados temas que precisan de la soledad y el sosiego o de la meditación paciente, para poder encontrar la solución adecuada o la explicación correcta.

Esa autenticidad y sencillez de vida, es lo que potencia la dignidad de su existencia, el motivo de su trascendencia y el ejemplo de quienes compartimos su trabajo y desvelos en su existencia terrena. Pero al mismo tiempo, constituye el más claro y contundente ejemplo de un hombre decente, virtud que en el mundo que nos rodea, se encuentra opacada por las vanidades y la impostura de los mediocres.

Lo recuerdo encerrado en un minúsculo habitáculo de su casona del Cerro de las Rosas, casi literalmente tapado de libros abiertos y superpuestos el uno sobre el otro, y en el medio un escritorio donde se hallaba una pequeña máquina de escribir, que le servía como instrumento para expresar sobre el papel sus pensamientos y reflexiones.

Siempre que al caer la tarde concurría a visitarlo, pensaba como era posible que de un espacio tan pequeño, fuera factible una producción semejante, y la única explicación valedera estaba en la fuerza y clarividencia de su espíritu, ese que hoy recordamos con admiración y respeto, el que trasciende a lo perecedero y permanece para siempre entre nosotros.

No podríamos omitir en esta oportunidad sin recordar sus condiciones personales en el trato cordial con los demás, que detrás de una fachada austera y aparentemente reservada, se encontraba una persona viva, llena de inquietudes, amable y generoso, dispuesto siempre a ayudar y compartir las cosas sencillas de la vida, dando cariño y atención a quienes tuvimos el honor de sentirnos sus amigos.

Fueron estas condiciones humanas de nuestro homenajeado, las que debemos agradecer muy particularmente y de manera especial, por los buenos momentos pasados, el ambiente de camaradería y calidez que reinaba en su famosa Cátedra de Derecho Comercial II de la Facultad de Ciencias Económicas, donde compartimos estas tareas docentes por espacio de más de dos decenios. Cabe acotar en este sentido, que a sus clases –que estaban dirigidas obviamente, a estudiantes de esa carrera-, concurrían abogados, docentes de la Facultad de Derecho y distinguidos juristas debido obviamente, al nivel técnico de sus lecciones famosas por su claridad y consistencia.

Pero Cámara encerraba en sí mismo una contradicción temperamental que inducía al error, porque detrás de la adustez y seriedad de su rostro, era fundamentalmente una persona alegre y graciosa, que vivía haciendo chistes y comentarios risueños de los cuales resultaba difícil controlar. Bastaba que estuviésemos escuchando una conferencia o un discurso solemne, que nos hacía alguna de sus señas ocultas que por cierto nosotros entendíamos a la perfección, situación que nos llevaba rápidamente a la tentación y la risa para terminar en algunas oportunidades hasta el límite de situaciones de compromiso, porque nos divertíamos como chicos.

Qué decir de las anécdotas referidas a sus clásicas y permanentes "*distracciones*" y el poco habilidoso manejo de artefactos o

maquinarias de cualquier especie que se tratara, como ocurriera cuando presidiendo las sesiones del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que se realizara en esta ciudad durante el año 1961, frente a la necesidad de administrar la consola del sonido y el encendido de los micrófonos para cada banca del recinto cuando lo precisaba el orador, entró en una situación de pánico y confusión, ya que concedía o retiraba a la vez el sonido de cada uno de ellos, saliendo al aire conversaciones o acotaciones que no estaban previstas para hacerse públicas, al mismo tiempo que quien lo precisaba se veía afectado por el silencio del suyo, situación que precipitó la abrupta finalización de su tarea por decisión unánime de los organizadores y por cierto, a su propia sugerencia con un lacónico "*no sirvo para estos menesteres*".

Pese a disponer de un grado de concentración intelectual e introspección profunda, que le permitiría escribir nada menos que doce volúmenes abarcativos de los tópicos más diversos del Derecho Privado, nunca perdió su contacto con la vida real, especialmente su vinculación afectiva con sus familiares y allegados, a los que siempre le dispensara esa cordialidad no exenta de respeto, pero que tenía la virtud de acortar las distancias que generaba su incuestionable valía intelectual, además de las que naturalmente generan las diferencias de edades entre sus interlocutores.

Han pasado casi veinte años desde que falleciera y sin embargo, todavía sentimos su ausencia, extrañamos esas charlas de última hora, el comentario agudo sobre cuestiones jurídicas y de temas diversos y el paso del tiempo, lejos de aminorar estos sentimientos, parecen potenciarlos, como la pérdida de un referente incuestionable, a la vez que consejero de la vida y del derecho, situación que comparten igualmente, todo el círculo de juristas amigos que estaban alcanzados por su estima y afectos especiales.

Importaría una mutilación imperdonable referirnos a la vida y obra del Dr. Héctor Cámara, sin hacer una alusión directa a su querida y adorable esposa, Susana Goyeneche, con la que lo uniera una relación tan estrecha y vinculante, que aunque personas distintas, podría decirse que prácticamente eran inescindibles, impensable el uno, sin que necesariamente nos lleve al otro, en todos

los aspectos que hacen a la convivencia humana, como si se tratase de una suerte de subsunción esencial unitaria.

Ella fue mucho más que su cónyuge, a punto tal que aún con todos los méritos y condiciones que hemos descripto precedentemente, sería impensable nuestro homenajeado, sin hacer una referencia directa a su mujer, que lo integraba y completaba en tantos aspectos de la vida, que sin ella habría resultado directamente imposible una explicación de su personalidad.

Susana era todo... y hacía todo, desde las tareas más elementales, hasta la corrección de las minutas que enviaban las editoriales y demás preocupaciones que distraen al común de los mortales¡ Correspondía a su talento y generosidad y como parte de la entrega de un amor incondicional al hombre de su vida, cubrirlo en todos los menesteres que no fuera pensar y escribir, a semejanza del monje que decide entregar su existencia al cuidado y funcionamiento del templo, sin otro miramiento que la preservación de su brille o de su mejor esplendor.

Sería una injusticia igualmente, si se siguiese el criterio natural de los gananciales, que le corresponden por derecho propio al cónyuge que apoya al otro en tareas destacables o sobresalientes. Susana fue parte incuestionable, protagonista y artífice de todo el esplendor y brillo de su marido, a quien asistió y atendió desde el primer día, bajo un concepto del amor que resulta difícil entender y sobretodo encontrar en los tiempos actuales.

Por ello que, llegado el momento de los recuerdos, debemos rescatar del silencio -con nuestro testimonio de verdad-, el poder destacar de manera especial, la tarea protagónica de una gran mujer, respecto de los merecimientos y logros obtenidos por un gran hombre, mediante este ejemplo que debería enorgullecernos, en razón de tratarse de situaciones a emular y apreciar en toda su magnitud.

No es extraño entonces que su imprevista e impensada enfermedad que comprometiera su vida terrena, tuvo como en las tragedias griegas, la consecuencia inevitable de la conexidad vital entre dos seres unidos por vínculos superiores a los corrientes o normales, y como todos predijimos -sin necesidad de ser adivina-

dores o profetas-, la muerte de Susana implicaría sin hesitación alguna, el fin de nuestro querido maestro y amigo.

Si bien la vida le fuera benigna y generosa en múltiples aspectos, no podría decirse lo mismo con relación a sus dificultades y la prematura desaparición de la familia de su hija Marcela, puso a prueba la fuerza de sus convicciones y esta pena le resultó imposible de superar, y aun habiendo transcurrido mucho tiempo desde que acaeciera este trágico accidente, muchas veces veíamos a nuestro amigo colocar sus ojos en blanco y mediante un gesto inconfundible, comprendíamos que estaba inmerso en los recuerdos y afectos de esta insuperable aflicción.

Querido Commendatore – como cariñosamente solía llamarnos en alusión a nuestra propensión por la doctrina italiana-, una vida plena, rica en realizaciones y generosa para con los demás, no se apaga jamás, está en nuestros corazones, sin necesidad de esfuerzos de memoria o investigaciones históricas de ninguna especie. Alcanzó el título de maestro de los maestros, esos que en el Parnaso de los dioses griegos no se callaban jamás, porque revivían de discípulo en discípulo por el andar de los tiempos y hasta la misma eternidad.

Más que eso y por sobretodo, fue nuestro amigo, al que no podemos olvidar y de quien llevaremos en nuestra existencia el néctar de un legado inconmensurable, capaz de afrontar el misterio mismo de la ausencia eterna. Hoy no podremos reírnos juntos, pero seguramente lo haremos alguna vez, y en algún lugar, según lo que mandan e indican nuestras creencias pero esa vez reiremos juntos para siempre.

25 Aniversario del Instituto de la Empresa

Palabras pronunciadas por el Sr. Director del Instituto
de la Empresa, Dr. Efraín Hugo Richard

El 6 de junio de 1988, a instancias del entonces Presidente Dr. Pedro J. Frías, propusimos a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales la creación del Instituto de la Empresa, centrado en esa célula de organización y sus instrumentos, para trabajar en aspectos interdisciplinarios más amplios que el Derecho Comercial. La iniciativa tuvo inmediata acogida de la Comisión de Derecho Comercial de la Academia el 29 de junio de 1988-, presidida por el Dr. Héctor Cámara, encargándoseme su Dirección. Se gestaba una política académica congruente, conforme explicitaré al homenajear al Dr. Francisco Quintana Ferreyra, ya fallecido en ese momento.

El Instituto inició de inmediato una intensa gestión que perdura a la fecha, particularmente por la acción de sus sucesivas Secretarias Académicas María Cristina Mercado de Sala, Laura Filippi y Luisa Borgarello, y el activismo de los Miembros locales, nacionales y extranjeros que se fueron incorporando en el tiempo, por decisión del pleno de la Academia.

Así se realizaron continuos Congresos, Jornadas, Cursos y Seminarios, además de las reuniones periódicas. Tres de aquellos con una proyección notable: en el año 1992 el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa de Huerta Grande, a los quince años del Primer Nacional de Derecho Societario de La Cumbre, al que me referiré al final de la tarde; y que repetimos en el ciclo trienal en el 2007 en La Falda; en el año 2000 el Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, también en La Cumbre –en homenaje a los Maestros Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra que ya nos habían dejado-, y cuya continuidad hemos asumido para el 6 de septiembre de 2015 en las Sierras de Córdoba, y respecto al cual la Jornada inmediata es preparatoria del mismo.

Ha sido un continuo apoyo la acción de la Fundación para Estudios de la Empresa, que un grupo de Miembros de este Instituto creáramos en 1990 y que dio cobertura logística a las iniciativas

académicas de este Instituto en todos los acontecimientos, lo que fue reconocido por la Academia otorgándole el Premio Academia, logro que también ostenta otro Miembro del Instituto, Francisco Junyent Bas. Nuestro agradecimiento a los sucesivos Presidentes y Miembros del Consejo de Administración de la Fundación, mucho de los cuales nos acompañan.

Las motivaciones académicas que aconsejaron la creación de este Instituto hicieron que rápidamente se uniera en la gestión a mediados de los 90 el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y luego en la primera década de este Siglo se decidiera la publicación de Ensayos de Derecho Empresario, en un convenio el 12 de octubre de 2006 precisamente, entre la Academia, la Facultad y la Fundación, que ya lleva 8 números dedicados a los Maestros fallecidos de la Escuela Comercialista de Córdoba, abriéndose ahora el segundo número de la Revista Electrónica Estudios de Derecho Empresario. Y en orden a inmediatos futuros estamos pergeñando con Julio Escarguel una mesa mensual sobre Estrategias a la que sin duda él brindará su acreditada experiencia profesoral y profesional.

En el 92 dejamos la Secretaria Permanente de los Congresos de Derecho Societario que cargábamos sobre nuestras espaldas desde el año 1977, generando una Comisión Permanente, que hoy integran tres cordobeses Miembros del Instituto, y la realización anual de las Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, la próxima en Mar del Plata en el mes de diciembre.

Hoy, en recordatorio del largo y corto recorrido de un cuarto de siglo, nos hemos reunido para celebrarlo grupalmente, agradeciendo los rápidos enfoques doctrinarios que harán viejos y nuevos Miembros del Instituto –pues se incorporan varios de ellos-, donando los foráneos sus traslados y conocimientos, hermanados en la vocación común, invitándoles a enviar sus intervenciones en soporte magnético para incorporarlos al n° 2 de la Revista Electrónica "Estudios de Derecho Empresario". Muchas gracias a María Fernanda Cocco y Romina Furiasse que colaboran en la edición y armado de la revista electrónica, y a Sofía Gálvez que lo

hace con la Secretaria Académica. Será esta una reunión inusual, con el ritmo de una empresa productiva, preparándonos para el Congreso de la Insolvencia, que hemos enmarcado en una Jornada Interdisciplinaria –como lo es este Instituto- las del Centro de la República de Derecho Concursal. Por eso nos limitamos en esta breve e incompleta introducción para agradecer el esfuerzo grupal que alienta la perdurabilidad de este Instituto y de enseñanzas como las de Francisco Quintana Ferreyra, dando lugar a las intervenciones de Daniel Pablo Truffat, Miguel Marcotullio, Bernardo Carlino, Laura Filippi, Francisco Junyent Bas, Jorge Fernando Fushimi, Sergio Ruiz y Miguel C. Araya.[1]

[1] Estas intervenciones se publicarán en Estudios de Derecho Empresario, n° 2, Córdoba, Diciembre de 2013, publicación del Instituto de la Empresa de la Academia y del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, al que puede accederse a través del link http://www.revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem

Recensiones

ESPARZA, Gustavo A. - TALIERCIO, Christian A. ACCIÓN DE NULIDAD DE BALANCE, Ed. Legis, Buenos Aires, septiembre 2013, 112 páginas.

Los últimos días de diciembre llegó a mi poder llegó a mi poder el libro del rubro, con un breve pero interesantísimo prólogo del distinguido jurista y amigo Prof. Dr. Jorge Osvaldo Zunino, que apunta a intensificar la controversia sobre la impugnación de la documentación contable, pues de esa amplitud se trata en este interesantísimo ensayo.

Desde esclarecer la naturaleza jurídica de la acción, alejándola de la prevista en el art. 251 de la ley de sociedades, para ubicar en la generalidad de las acciones de nulidad de acto jurídico, brindando así un marco mayor de tiempo para su interposición y de legitimados activos, en cuanto afectados por el resultado económico de esas operaciones. Apuntan, entre otros aspectos al rol del balance como "elemento indispensable para analizar el reintegro de capital o en su caso la disolución de la sociedad…de utilidades repartibles", etc.

Con puntilloso análisis metodológico y dogmático sobre todos los aspectos derivados de su naturaleza y de la normativa específica y general aplicable, en el capítulo V se centran en los casos en que procede: determinación del valor de reembolso al ejercitarse el derecho de receso, ante la exclusión de herederos mediando pacto, por acreedores ante escisión o fusión, por el socio excluido, por acreedores sociales y particulares en caso de liquidación, por el titular de bonos de goce o de participación, por el usufructuario de participaciones sociales, por el titular de obligaciones negociables en caso de pactos con beneficios derivados de posibles ganancias, ante la disolución de la sociedad conyugal, por los acreedores insolutos ante la mora de la sociedad, en el caso de ejercicio de acciones subrogatorias. En el capitulo inmediato abordan las cuestiones procesales derivadas de las referidas legitima-

ciones activas a la acción de nulidad contra la documentación contable.

En este mismo capítulo se refieren a la "Estructura y contenido del balance (Estado de situación patrimonial), refiriéndose no sólo al activo y al pasivo, sino al estado de resultados, estado de evolución del patrimonio neto, estado de flujo de efectivo, la memoria, el informe de auditoría y del trámite de confección y aprobación de los mismos. Aspectos probatorios, procesales vinculantes son traídos cuidadosamente al análisis.

En el capítulo VII formalizan una relación de la acción con otras instituciones, tales como la impugnación de resolución asamblearia, de actos del directorio, de inoponibilidad, de daños y perjuicios contra socios o administradores –en lo que abundan sin tratar el supuesto del art. 99 LS tan vinculado a la pérdida del capital social que pusieron de resalto-, etc. Finalizan con la determinación de la prescriptibilidad de esta acción.

En sus conclusiones, donde lanzan una mirada integradora del sistema jurídico en la formulación de un sistema justo para atender situaciones particulares aconsejan "incluir en los estatutos reglas claras de resolución parcial del contrato de sociedad" y "la necesidad de realizar balances especiales que reflejen los valores de mercado en los supuestos en que se produzca la resolución parcial del contrato de sociedad, o se alteren las condiciones de riesgo y responsabilidad previstas originariamente, y también en los casos de reorganización societaria. Apuntan a su vez a recomendar normas de lege ferenda sobre esos balances y reglas procesales sobre la acción que han tratado.

Se nos ocurre apuntar que la aprobación de un balance implica una declaración de verdad, no de voluntad como la mayoría de las resoluciones del órgano de gobierno societario. Por tanto, acreditada una falsedad el balance podría ser impugnado contemporáneamente con ese descubrimiento que lo desarticula y torna inhábil aquella declaración de verdad. En este libro los autores no cuestionan la falsedad del balance, sino su falta de aptitud para definir ciertos derechos de socios o terceros involucrados: el valor de exclusión. Esto queda claramente aclarado a pág. 99 cuando se

refiere a "Acciones penales": "Entre la acción de nulidad de balance y el delito penal del artículo 300 inc. 3 CP existe o puede existir una estrecha relación, aun cuando no coincidencia plena. Ello es así dado que el ámbito de actuación de la acción de nulidad es más amplio, no exigiendo la existencia de delito, ni siquiera de dolo para la configuración de la infracción".

En suma, un libro que enseña, profundo doctrinariamente y de notable practicidad. Apuntamos que hemos aprendido, nos obligó a repensar situaciones, como lo solemos hacer con uno de sus ilustrados autores, Gustavo A. Esparza, con quién continuadamente compartimos desasosiegos e inquietudes, buscando y aportándonos ideas recíprocamente –pero normalmente en nuestro favor por la visión especial del distinguido amigo-, en los campos poco trabajados del derecho patrimonial negocial.

Bienvenida esa perla jurídica que cubre un área poco trabajada, y lo hace en forma integral, novedosa y de utilidad no sólo para el doctrinario sino particularmente para el abogado litigante y los asesores económicos. Un aporte a la visión constructivista del derecho, que no se agota en las normas de la especialidad –el derecho societario- sino que se integra con las otras que componen el sistema jurídico nacional.

Índice

Exposición de Académicos de Número.....5

El referendo de marzo de 2013 sobre el estatus político de Malvinas
Zlata Drnas De Clément.....7

El trabajo decente y la responsabilidad social empresaria
Raúl Enrique Altamira Gigena.....15

La autoría en los delitos de lesa humanidad cometidos por el terrorismo de Estado en Argentina: dominio de la organización o delito de asociación
Carlos Julio Lascano.....31

Trayectoria y proyección del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (1935-2012)
Ramón Pedro Yanzi Ferreira.....53

Incorporación de académicos de número.....75

Palabras de recepción del académico de número
Guillermo E. Barrera Buteler
La presentación estuvo a cargo del señor académico de número
Ricardo Haro.....77

Estado constitucional, federalismo y Universalización de los derechos fundamentales
Guillermo E. Barrera Buteler.....85

Palabras de recepción de la académica de número
Dra. Marcela Aspell
La presentación estuvo a cargo de la señora académica de número
Zlata Drnas De Clément.....133

El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. Siglos XVII-XVIII
Marcela Aspell.....151

Incorporación de académicos correspondientes nacionales.....251

Palabras de recepción del académico correspondiente en Santa Fe
Edgardo Ignacio Saux
La presentación estuvo a cargo del señor académico de número
Manuel Cornet.....253

Mitología jurídica: ¿indefectible o inconveniente?
Edgardo Ignacio Saux.....261

Recepción del académico correspondiente en Bahía Blanca
El análisis económico Del Derecho
Hugo Alejandro Acciarri.....293

Incorporación de académicos correspondientes extranjeros.....315

Palabras de recepción del académico correspondiente en la República de Nicaragua
Iván Escobar Fornos.....317

El futuro de la casación
Iván Escobar Fornos.....323

Homenajes.....353

Acto de homenaje in memoriam al ex académico de número Roberto I. Peña....355

Palabras pronunciadas por el Sr. Director del Instituto de Historia de las Ideas Políticas Roberto I. Peña Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.....357

Homenaje al centenario del natalicio del ex académico de número Dr. Francisco Quintana Ferreyra y Aniversario de cincuenta años de la Escuela Comercialista de Córdoba.....373

Palabras del Dr. Francisco Junyent Bas en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.....375

Palabras del Sr. académico de número Dr. Efraín Hugo Richard.....381

Homenaje de la Academia a los 400 años de la fundación de la Universidad Nacional de Córdoba.....393

Discurso en la Academia Nacional de Derecho con motivo del homenaje a la Universidad Nacional de Córdoba por sus 400 años
Dr. Juan Carlos Palmero.....395

Homenaje al centenario del natalicio del ex académico de número Dr. Jorge Claría Olmedo.....415

Palabras de la Dra. Rosa Ávila Paz de Robledo en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.....417

Homenaje al centenario del ex académico de número Dr. Héctor Cámara.....427

Palabras del Dr. Juan Carlos Palmero en representación de Academia.....429

25 Aniversario del Instituto de la Empresa.....445

Palabras pronunciadas por el Sr. Director del Instituto de la Empresa, Dr. Efraín Hugo Richard.....447

Recensiones.....453