

## LA TRADICIÓN INDIANA Y LA FORMACIÓN DEL DERECHO ARGENTINO\*

José María DÍAZ COUSELO\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Continuidad del derecho indiano*. III. *La enseñanza del derecho*. IV. *Organización política y administrativa del Estado*. V. *Continuidad indiana en los otros ámbitos del derecho*. VI. *Consideraciones finales*.

### I. INTRODUCCIÓN

Mediante esta ponencia pretendemos presentar un esbozo sobre la influencia que ejerció la tradición indiana y el derecho que se aplicó en los territorios de la Corona de Castilla en América, en la formación del derecho que regirá en el ámbito geográfico que en definitiva constituirá el de la República Argentina, cuya nueva organización política y jurídica recién comienza a configurarse, con una estabilidad aceptable, a partir de la Constitución dada en Santa Fe en 1853. Debemos destacar que ella constituye un acercamiento al tema, un análisis sintético y general del mismo, sin pretensión de proporcionar un panorama completo y menos aún de agotar la cuestión, pues muchos aspectos analizados podrían ser materia de una extensa monografía, desarrollo que no permite un trabajo destinado a ser presentado en un congreso.

Nos interesa señalar esa presencia en la transformación que lentamente se opera después de la Revolución de 1810 en el ordenamiento hereda-

\* Esta ponencia es una síntesis de parte de la investigación realizada dentro del marco del proyecto *Nuevos campos de investigación en la historia del derecho indiano provincial y local y la pervivencia de la cultura jurídica indiana después de la emancipación iberoamericana*, que cuenta con la subvención del Centro de Estudios Hispanoamericanos e Iberoamericanos de la Fundación Carolina de España.

\*\* Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Buenos Aires) e Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

do, en lo referente a la administración del nuevo Estado nacional y de sus provincias, y en los restantes aspectos del ordenamiento jurídico, tanto en el campo del derecho público como del privado.

Antes de entrar a considerar la cuestión indicada, estimo oportuno formular el alcance que damos a algunos conceptos que vamos a utilizar, a los efectos de limitar el ámbito material de este estudio. En primer lugar, debemos decir que entendemos por tradición el conjunto de normas, creencias y principios transmitidos por las generaciones precedentes, que influyen en un estadio posterior de la cultura de una comunidad como factores determinantes de la evolución histórica. Se trata de una concepción de la cultura del hombre, que sin negar el futuro, y justamente en vista a él, sostiene su historicidad, lo concibe en un estado cargado de pasado, haciendo por lo tanto de la tradición la expresión de una continuidad. No la confundimos con tradicionalismo ni inmovilidad.<sup>1</sup> El señalado es el sentido que más se adecua a la etimología de la palabra, pues *traditio* es la acción de entregar, de transmitir, y en el caso que nos ocupa, la de transferir elementos de la cultura y las valoraciones jurídicas indianas al régimen republicano que se instalará luego de la secesión de esos territorios de la Corona española.

La historia nos ofrece muestras “de la necesidad que existe, para el buen funcionamiento del derecho, de que la *conservación y el progreso sean debidamente conjugados*. En esto precisamente consiste la *tradición*”. Ésta “no sólo implica conservación, sino que es inseparable del progreso”.<sup>2</sup> El ordenamiento jurídico nos entrega supuestos abstractos y conceptos generales, que dan sentido al caso concreto en razón de las circunstancias particulares que concurren a su determinación. Ellos “están contenidos, no solamente en los documentos oficiales escritos o im-

<sup>1</sup> Sobre la cuestión véase Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 822.

<sup>2</sup> Vallet de Goytisolo, Juan B., *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, 1982, pp. 922 y ss. En las páginas precedentes señala algunos ejemplos de esa relación entre conservación y progreso. Allí transcribe una afirmación de F. Elías de Tejada, Rafael Gamba y Francisco Puy en la que expresan: “No existe progreso sin tradición ni hay tradición sin progreso. *Progresar* es —naturalmente— cambiar algo. Ese «algo» es el contenido de la tradición heredada. Faltando éste, que es la materia a reformar, el progreso resultaría imposible, ya que carecería de algo sobre lo cual ejercer sus cambios y sus mejoras. Igualmente una tradición inmutable sería una cosa muerta, arqueológica, petrificada... Si los hombres no transmitieran la tradición recibida adosándole sus personales improntas, la tradición sería un cadáver...” (*¿Qué es el Carlismo?*, Centro de Estudios Históricos Políticos “General Zumalacárregui”).

presos que se denominan Colecciones legislativas, Boletines oficiales o de modo análogo, sino también en las tradiciones y complejos de ideas en que éstos se inspiran o que hay que inferir de ellos”.<sup>3</sup> Asimismo se destacó a la tradición como una de las fuentes del derecho, pues ella determina que la legislación no sea un *fiat* arbitrario emanado de un órgano del Estado, dado que le establece un límite a éste, con base en las costumbres de la comunidad y la tradición cultural en que ellas se sustentan<sup>4</sup>. Esa tradición es una íntima combinación de valoraciones que las generaciones de una comunidad van transmitiendo a las que le suceden. Ello no significa que sea inmutable, pues va evolucionando, con distinta aceleración, en virtud de los factores de cambio que surgen de la experiencia, que denominamos fuentes materiales, las cuales influyen a lo largo del siglo XIX sobre la tradición indiana recibida.

Se ha dicho que

...una tradición jurídica, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre un reflejo de esa tradición. Son más bien el conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca de cómo el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural.<sup>5</sup>

Pero si bien es exacto que no se integra sólo con el contenido del ordenamiento jurídico, entendemos que éste es un componente destacado

<sup>3</sup> Nawiasky, Hans, *Teoría general del derecho*, traducción al castellano de la segunda edición en lengua alemana, Madrid, 1962, pp. 92 y 93.

<sup>4</sup> Cfr. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, edición castellana, Buenos Aires, 1963, pp. 95 y 96.

<sup>5</sup> Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 15. Título en inglés *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. En realidad, con la expresión inglesa *civil law*, el autor se refiere al sistema jurídico de los países del continente europeo y de la América latina, sistema fundado en la ciencia desarrollada por los juristas romanos y por sus herederos medievales y que se cristalizó en la codificación napoleónica. Por ello, en la traducción su título fue cambiado para ajustarlo fuera del mundo del *common law*, al contenido de la obra. Ver sobre ello la nota en página 8.

de la misma y además una fuente importante, aunque no la única, para su conocimiento.

Otra cuestión que debemos aclarar es qué entendemos por derecho indiano. A este concepto se le han dado distintos sentidos y por ende diferentes contenidos, constituyendo la dilucidación del tema un importante problema metodológico. Sobre esta materia existen valiosos aportes bibliográficos,<sup>6</sup> por lo cual nos limitaremos a señalar cuál es nuestra posición, pues ello tiene directa relación con la comprensión de este trabajo. Frente a la corriente que atiende sólo a las normas dadas para el nuevo mundo, que constituyen el denominado derecho indiano en sentido estricto, aparece la que considera la totalidad del ordenamiento o del sistema jurídico vigente en las Indias. De esta última es de la que participamos, como lo hemos destacado en trabajos anteriores,<sup>7</sup> la que hemos adoptado desde hace largo tiempo en las cátedras a cuyo frente nos encontramos y la que seguiremos en este estudio. Ese es el sentido que damos al derecho indiano, que se proyecta en el derecho argentino y cuyo contenido, como indicó Víctor Tau Anzoátegui, está formado por “el derecho de Castilla «como modelo inspirador» y como normativa aplicable; el Derecho común, como saber de los juristas; el derecho natural, como orden indisponible; el Derecho canónico; el Derecho indiano, en sentido estricto; los Derechos aborígenes; y hasta los usos de la gente de raza negra”;<sup>8</sup> y que constituido por un “entramado de Derecho, con sus modos plurales de creación, era invocado y aplicado conforme a las situaciones y casos”.<sup>9</sup>

Por último, señalamos que hemos decidido, dada la amplitud del tema, encarar la proyección de la tradición indiana y del derecho vigente en el periodo hispano, presentando situaciones modélicas.

<sup>6</sup> Véase Tau Anzoátegui, Víctor, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, 1997, en especial capítulo II, pp. 27-39 y bibliografía indicada.

<sup>7</sup> Díaz Couselo, José María, “El *ius commune* y los privilegios de los indígenas en la América española”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 29, 2001-2002, p. 269. Allí señalamos que frente al *ius commune*, el sistema jurídico indiano constituyó el *ius proprium* de las Indias, cualquiera sea el origen o jurisdicción del cual emanaban sus normas, distinguiéndose en el mismo un derecho general que era el de la Corona de Castilla (*lex generalis*) y una pluralidad de derechos particulares (*lex particularis*) dictados especialmente para las Indias por órganos con competencia para ello residentes en Europa y también en el *nuevo mundo*.

<sup>8</sup> Tau Anzoátegui, *op. cit.*, nota 6, p. 34.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 35.

## II. CONTINUIDAD DEL DERECHO INDIANO

Si bien se manifiesta en los años posteriores a la Revolución una crítica al derecho heredado y se trata de introducirle reformas, éstas son sólo parciales, por lo cual, en definitiva, se lo mantiene en todo aquello no modificado por los gobiernos que se instalan luego de ese pronunciamiento, y se lo aplica tanto para regular las instituciones que perduran como las nuevas que aparecen en la escena.<sup>10</sup>

El fervor iluminista alentaba a quienes ejercieron el poder durante los tiempos de la revolución y emancipación. Sin embargo, la ruptura total con el pasado no llegó a producirse pese a las afirmaciones que señalaban que el orden imperante era incompatible con el siglo de las luces, tanto por su técnica externa como por su lenguaje, a lo que se agregaba que había sido sancionado por autoridades de las que no se dependía más, y que toda nación independiente debía formularse su propia legislación. Pero no hay que dejar de observar la existencia de voces contrarias que defendían las sendas tradicionales y que se manifestaban por la continuidad del orden legislativo vigente, cuestionando el fervor reformista de los primeros años posteriores a 1810, y que sostenían que el cambio debía producirse gradualmente, examinando las costumbres y demás circunstancias de nuestras provincias. Asimismo debe resaltarse que el pensamiento ilustrado del Río de la Plata, desde los primeros tiempos, estuvo atemperado con matices historicistas, pues se percibía y señalaba que el nuevo orden jurídico, que debía fundarse en el derecho natural, también tenía que ajustarse a la realidad a regular, aunque, por entonces, no se invocaba una determinada escuela para hacer esta afirmación. En la década de los años treinta se incorporan al ámbito rioplatense los principios del romanticismo y su manifestación jurídica, la Escuela Histórica del Derecho, junto con la introducción del eclecticismo a través de la obra de Víctor Cousin. Mediante el desarrollo del historicismo, la experiencia se constituyó en un valor fundamental y se tendió a establecer un equilibrio entre ella y la razón, perdiendo terreno las doctrinas ilustradas y ganándolo posiciones más moderadas.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Sobre las críticas véase Tau Anzoátegui, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870)*, Buenos Aires, 1977; *id.*, *La ideas jurídicas en la Argentina siglos XIX-XX*, 3a. ed., Buenos Aires, 1999. También, Díaz Couselo, José María, “Pensamiento jurídico y renovación legislativa”, *Nueva historia de la nación argentina*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 2000, t. 5, pp. 363 y ss.

<sup>11</sup> Sobre la cuestión ver obras citadas en la nota anterior.

Tau Anzoátegui destacó en 1995, durante las sesiones del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano que tuvieron lugar en Buenos Aires, en un meditado trabajo, la necesidad del estudio del papel desempeñado por la tradición jurídica indiana en el siglo XIX.<sup>12</sup> Señaló que “se trata en suma de verificar por entero la persistencia de una cultura jurídica con el juego de la recepción, resistencia y asimilación”.<sup>13</sup> De los aspectos que este autor plantea como objeto de indagación, vamos a referirnos al aparato normativo e instituciones indianas que subsisten en gran parte del siglo XIX con diferente ámbito temporal cada una de ellas, en especial a los cuerpos legales, al antiguo fundamento de las nuevas instituciones patrias y a la recepción del antiguo derecho en la reforma legislativa de la segunda mitad de la centuria.

La Revolución no alteró todo el sistema constitucional indiano, ni ello ocurrió con la posterior independencia, pues no se realizaron modificaciones en gran parte del ámbito administrativo y judicial. En cuanto al resto del ordenamiento, con algunos cambios que no fueron fundamentales, se mantuvo el heredado hasta la tardía codificación, en la cual, también, se encuentra presente la tradición indiana. Así, junto con la subsistencia del derecho administrativo y judicial, en el derecho internacional al lado de la “libre determinación” se afirman los títulos coloniales o sea el *uti possidetis*, y sin pretender hacer una enumeración taxativa, podemos afirmar que en el derecho civil, penal, procesal, mercantil, de minería y rural mantienen por mucho tiempo su vigencia disposiciones del derecho y de la costumbre indianos. Es que sobrevive el pasado en muchos aspectos de la vida y de la cultura, lo que es muy notorio en el campo jurídico dado que en él hubo una evidente continuidad cultural.

Aun cuando por hipótesis admitiéramos la total abolición del sistema constitucional indiano, no desaparece la obligatoriedad de todas las leyes dictadas hasta entonces, pues por lo menos una gran parte de ellas mantiene su vigor.<sup>14</sup>

Si la nueva Constitución dispone esto expresamente, existe una incuestionable legitimación por dicha nueva Ley Fundamental; se puede hablar de una recepción del viejo Derecho por la nueva Norma Fundamental. Esto nos sirve de guía para una recta doctrina en el caso de que la nueva Constitución

<sup>12</sup> Tau Anzoátegui, *op. cit.*, nota 6, capítulo VIII, pp. 107-126.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>14</sup> *Cfr.* Nawiasky, *op. cit.*, nota 3, p. 141.

guarde silencio sobre el particular. Se podría partir entonces de la existencia de una voluntad tácita del nuevo Ordenamiento, fundada en la comprensión de que es imposible derramar de un golpe una cornucopia de nuevas leyes sobre todas las relaciones de la vida. Es imprescindible estimarlo así, para evitar el caos que se produciría [en el] caso de no mantenerse en vigencia por el momento el derecho antiguo. Pero se impone enseguida una importante limitación. En cuanto el cambio constitucional lleva consigo una alteración fundamental de la estructura política, no se puede admitir también la persistencia de las leyes ordinarias que estén en abierta contradicción con la nueva estructura. Respeto a ellas, hay que estimar que existe una voluntad derogatoria en la Constitución.<sup>15</sup>

Estos principios señalados por Nawiasky, en la primera mitad del siglo XX, fueron seguidos en Argentina después de mayo de 1810, como veremos más adelante, aunque en nuestro caso, como hemos señalado, por el solo hecho revolucionario no hubo una derogación total del sistema constitucional indiano. Esto fue consecuencia de que no es posible la existencia de una sociedad sin sus correspondientes instituciones políticas y jurídicas,<sup>16</sup> y es una utopía pretender cambiarlas en su conjunto de inmediato, pues ello requiere de un proceso cuya duración temporal difiere en cada una de las Repúblicas que surgirán a partir de la crisis del régimen indiano.

Al mismo tiempo, constituye un deber subrayar que para estudiar esta cuestión, corresponde tener en cuenta que las ideas que se proclamaban sobre el derecho no se reflejaban en muchos ámbitos del orden jurídico, ni éste marchaba unido con la realidad y muchas veces ni siquiera en aparente armonía, sino por el contrario en discordia, cuando no en divorcio absoluto.

Esa separación entre la teoría, el derecho y la práctica se acrecienta a partir de la anarquía que se desencadena en el año 1820 y se extiende por más de tres décadas, cuando la autoridad del gobernador era de tal intensidad que superaba a los otros órganos, desbordando el molde liberal del poder ejecutivo que determinaban las normas constitucionales y que se acrecentó aún más cuando su titular fue un caudillo que impuso su voluntad al legislativo y al judicial.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> *Cfr.* Bunge, Carlos O., *Historia del derecho argentino*, 2a. ed., Madrid, 1927, t. I, p. 11.

<sup>17</sup> Díaz Couselo, *op. cit.*, nota 10, p. 367. Véase Ramos, Juan P., *El Poder Ejecutivo en los estatutos, reglamentos y constituciones de la nación y de las provincias (1810-1853)*,

Para entender el largo proceso que en el ámbito jurídico se desarrollará en la Argentina luego de la Revolución, hay que tener presente lo que con toda claridad señaló Ricardo Zorraquín Becú:

Los códigos, recopilaciones y ordenanzas de la época hispánica siguieron en vigor después de 1810, con naturales modificaciones impuestas por los gobiernos sucesivos. Durante más de medio siglo no fue posible reemplazar esos vastos conjuntos más o menos sistemáticos, que siguieron siendo aplicados no obstante su carácter vetusto, su terminología anticuada y las dificultades de su interpretación. Las nuevas disposiciones sancionadas después de 1810 fueron casi siempre leyes breves, simples en sus formas, que solo regulaban aspectos parciales de la vida política o social. Con frecuencia se dictaron para resolver problemas transitorios, sin ninguna pretensión de hacer una obra definitiva. Los mismos reglamentos y constituciones, inspirados en motivos ideológicos, adolecieron de graves fallas no solo en cuanto a su falta de adecuación a las realidades de entonces, sino también a su contenido excesivamente teórico.<sup>18</sup>

Sobre ello insiste don Ricardo años después en un estudio sobre las fuentes del derecho argentino cuando afirma que “gran parte del derecho castellano-indiano continuó en vigor durante muchas décadas, hasta que paulatinamente se fueron sancionando las reformas que en definitiva lo derogaron totalmente”,<sup>19</sup> aunque como derecho supletorio continúa en vigencia de acuerdo con el no siempre recordado artículo 21 de la Ley 48 del 14 de septiembre de 1863.<sup>20</sup>

Buenos Aires, 1912, p. 9. En el mismo sentido, San Martino de Dromi, María Laura, *Documentos constitucionales argentinos*, Buenos Aires, 1994, p. 452.

<sup>18</sup> Zorraquín Becú, Ricardo, *Historia del derecho Argentino*, Buenos Aires, 1970, t. II, pp. 411 y 412.

<sup>19</sup> Zorraquín Becú, Ricardo, “Las fuentes del derecho argentino (siglos XVI a XX)”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 1, 1973-1974, pp. 331 y 332.

<sup>20</sup> Esta norma establece: “Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los Tratados con las naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, *las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación* y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido”. La bastardilla es nuestra y en ese párrafo se incluye tanto el derecho sancionado desde 1810 a 1863, como el sistema indiano que permanecía en vigor, y siguiendo el orden de prelación por el mismo establecido. Ver sobre el tema Zorraquín Becú, “Las fuentes...”, *cit.*, nota 19, pp. 333, 343 y ss.

Así, el primer encargado de dictar el curso de “Introducción general al estudio del derecho, o enciclopedia jurídica”, materia incorporada a los planes de estudio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1875, afirmaba que en todo lo no previsto por el derecho nacional, había que recurrir a la Recopilación de las Leyes de Indias y luego en su falta al derecho castellano según lo dispuesto por la Ley 1a. de Toro.<sup>21</sup> Sin perjuicio de ello, corresponde reconocer que a medida que se incorporan nuevas normas al orden jurídico argentino, se reducen las invocaciones al derecho indiano especialmente durante el siglo XX en que se convierten cada vez más en excepcionales. Como ejemplo de la continuidad de su vigencia supletoria, aunque cada vez más limitada, señalamos que en 1983 a través de un famoso fallo, nuestra Corte Suprema de Justicia invocó las Leyes de Indias para determinar la naturaleza jurídica de la Sociedad de Beneficencia de la Capital creada en 1823, como la de los bienes cuya reivindicación ésta perseguía.<sup>22</sup>

Las reformas más importantes se producen en lo político, pero no son totales y “no podían serlo dado el carácter evolutivo impreso a la revolución y, por consiguiente, tenían que reducirse a modificar en cierta medida lo existente. Adaptación al nuevo orden es la norma invariable”.<sup>23</sup> El derecho indiano pervivía “pese al cambio político de las independencias, era imposible derogarlo en bloque sin producir consecuencias sociales graves”.<sup>24</sup> Por ello, disintimos con la afirmación de que el conjunto normativo que llamamos derecho indiano “es el vigente en las Indias desde que se inicia y mientras subsiste, precisamente, la presencia española en aquellas tierras transoceánicas”.<sup>25</sup>

La pervivencia del derecho indiano es declarada, incluso, por quienes con más decisión se proclamaban reformistas, e inducidos por la corrien-

<sup>21</sup> Montes de Oca, Juan José, *Introducción general al estudio del derecho*, Buenos Aires, 1877, p. 285.

<sup>22</sup> Autos “Sociedad de Beneficencia de la Capital contra Estado Nacional sobre devolución y reivindicación”, sentencia del 29 de septiembre de 1983, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 107, 1984, pp. 396 y ss.

<sup>23</sup> Ibañez Frocham, Manuel, *La organización judicial argentina (Ensayo histórico), época colonial y antecedentes patrios hasta 1853*, La Plata, 1938, p. 50.

<sup>24</sup> Guzmán Brito, Alejandro, “La crítica póstuma al derecho indiano”, *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas, Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano (Toledo, 1998)*, Cuenca, 2002, p. 850.

<sup>25</sup> González de San Segundo, Miguel Ángel, “El elemento indígena en la formación del derecho indiano”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 11, 1983, p. 406.

te racionalista lo criticaban. Un temprano ejemplo de ello es el Proyecto de Constitución rioplatense de 1811, en el cual se manifiesta una neta influencia de Rousseau, cuyo artículo 15, con una redacción cuestionable tanto desde la realidad como por su construcción lógica, declara primero la total abolición de las Leyes de Indias y las de Castilla, para luego proclamar su vigencia en “cuanto sean conformes al derecho natural y de las gentes, al modo que decimos de la Instituta, y del derecho de los romanos”.<sup>26</sup> Además este Proyecto, según Narancio, a pesar de su filiación ideológica, “intenta combinar [...] algunas de las instituciones existentes y el localismo de los gobiernos provinciales con la democracia directa”,<sup>27</sup> de lo cual se estaba muy lejos.

Por otra parte, si la oferta de libros que poseían los comercios es un índice del interés que por ellos tenía la población de Buenos Aires, la gran cantidad de obras relacionadas con la tradición jurídica indiana que se anuncian surge de los avisos publicados en la *Gaceta Mercantil* entre 1830 y 1852, entre las que se destacan las *Siete Partidas* y la *Recopilación de las Leyes de Indias*.<sup>28</sup>

### III. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Otro ejemplo del reconocimiento de la permanencia del derecho indiano lo encontramos manifestado en la segunda década después de la revolución, por el distinguido jurista Pedro de Somellera, quien, partícipe de la filosofía utilitarista y partidario del cambio, señala que sus lecciones tienen por objeto “presentar los verdaderos principios de utilidad, y conveniencia, que sirvan para la formación de nuestra leyes, para su inteligencia, y aplicación”, es decir, que se refiere al futuro ordenamiento jurídico que debía elaborarse. Pero cabe destacar que, asimismo, expresa que “ellos servirán también por ahora para entender, y aplicar las que supletoriamente tenemos adoptadas”,<sup>29</sup> con lo cual está reconociendo la subsistencia del derecho heredado.

<sup>26</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 1928.

<sup>27</sup> Narancio, Edmundo M., “Un proyecto de «constitución provisoria» para las provincias del Río de la Plata-1811”, *Tercer Congreso Internacional de Historia de América*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1961, t. IV, p. 43.

<sup>28</sup> Díaz, Sandra Liliana, “Los libros jurídicos en los avisos de la *Gaceta Mercantil*”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 29, 2001-2002, pp. 248 y ss.

<sup>29</sup> Somellera, Pedro, *Principios de derecho civil dictados en la Universidad de Buenos Aires por... [curso del año 1824]*, Buenos Aires, 1824, párrafo primero del discurso preliminar.

Pero esa posición utilitarista —del primer catedrático de derecho civil de la Universidad de Buenos Aires, fundada en 1821—, será abandonada a partir de 1832 con Rafael Casagemas, cambio de rumbo que se extenderá durante su magisterio a través de un cuarto de siglo y que significa la vuelta a lo tradicional. Su enseñanza se inspiró fundamentalmente en las *Instituciones del derecho real de España* de José María Álvarez, obra utilizada por los alumnos luego de la edición aparecida en Buenos Aires en 1834 y que fuera realizada con base en la española de 1829, a la cual se le habían suprimido todas las referencias al derecho indiano en sentido estricto y que en la nueva se introducen mediante notas y adiciones llevadas a cabo por Dalmacio Vélez Sarsfield.<sup>30</sup> Éste, con relación a ello, en el prólogo de la edición rioplatense señala: “aunque he carecido de la edición de Goatemala, creo haber restituido lo que el autor era probable que dijese, o lo que debía decir en algunas materias sobre el derecho de Indias que aparecía suprimido”.<sup>31</sup> Esto implica, como manifestamos, volver a la tradición indiana en la enseñanza del derecho civil. Si bien la Universidad de Buenos Aires trató de alejarse de ella en un comienzo nutriéndose con ideas innovadoras, no lo logró, y a partir de la década de los años treinta se abandona esa tendencia y se vuelve a una orientación acorde con aquélla.<sup>32</sup>

Por su parte, en la Universidad de Córdoba, cuando comienza a funcionar la Escuela de Leyes al crearse en 1791 la cátedra de *instituta*, el plan de estudios se mantiene dentro del modelo tradicional al permanecer ajeno a las ideas del siglo XVIII, pues no incluía al derecho nacional, aunque posteriormente se agregó el aprendizaje de las Leyes de Toro. Es decir, que los conocimientos en derecho civil eran incompletos, pues se hallaban limitados a una pequeña parte del derecho romano y nacional (Instituta de Justiniano y Leyes de Toro).

Luego, durante las primeras décadas del periodo patrio, se expresa la necesidad de introducir reformas en los estudios, y, como consecuencia de eso, el rector deán Gregorio Funes redacta un nuevo plan que el director

<sup>30</sup> Véase Seoane, María Isabel, *La enseñanza del derecho en la Argentina (desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX)*, Buenos Aires, 1981, pp. 58 y ss. David Leiva, Alberto, “Las lecciones de derecho civil del profesor Rafael Casagemas (1832-1833)”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 17, 1989-1990, pp. 445-545.

<sup>31</sup> Álvarez, José María, *Instituciones de derecho real de España, adicionadas con varios apéndices, párrafos*, por Dalmacio Vélez, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1834.

<sup>32</sup> Sobre la enseñanza del derecho en la Universidad de Buenos Aires en el siglo XIX, véase Tau Anzoátegui, *La codificación...*, *cit.*, nota 10, pp. 223-358 y ss. Así, también, Seoane, *op. cit.*, nota 30, pp. 41 y ss.

supremo aprueba en 1815, en el cual se trata de armonizar la antigua enseñanza (derecho romano y canónico) con una más moderna (iusnaturalismo racionalista y leyes patrias). Si bien como consecuencia de la visita que realiza el gobernador intendente de Córdoba, Manuel Antonio de Castro (1817), y la posterior de José Gregorio Baigorri (1822-1825), se efectúan algunas modificaciones menores y se dictan nuevas constituciones (1824), ellas no introducen innovaciones que permitieran preparar a los juristas para contribuir a la reforma legislativa, pues mantienen los estudios apegados a lo tradicional e indiferentes a los cambios que se producen en otras latitudes. Luego de la reforma de Baigorri (1823), serán los textos de Justiniano a través de los comentarios de Vinio, y los cánones de acuerdo a la obra de Juan Devoti, la base de la formación de los alumnos. El derecho español se enseñaba por *Las instituciones de derecho civil de España* de Asso y de Manuel, y las Leyes de Toro por los comentarios de Antonio Gómez compendiados por Pedro Nolasco de Llano.<sup>33</sup>

El abandono de la enseñanza del derecho en la forma tradicional, recién comienza a operarse contemporáneamente con la tardía codificación.

#### IV. ORGANIZACIÓN POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA DEL ESTADO

Si bien suele admitirse, casi pacíficamente, que la proyección de la tradición indiana y el derecho vigente en el periodo indiano se produjo en el derecho privado, e incluso se coincide en que el mismo continuó en vigor hasta la codificación con las pocas y no significativas modificaciones introducidas por los gobiernos patrios, ello no ocurre siempre con el derecho público, especialmente con lo relativo a la organización del Estado, debido a los cambios operados en cuanto a la forma de gobierno que de monárquica pasó a ser republicana. Es por ello que en esta ponencia prestamos especial atención a esta última cuestión, con relación a la cual se afirmó que “no obstante, no todo el Derecho constitucional castellano-indiano cambió en 1810. Hubo viejas instituciones que convivieron con los principios liberales y que cumplieron un papel de transición al régimen constitucional moderno”.<sup>34</sup> Lo que hay que destacar es que el

<sup>33</sup> Sobre la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba en el siglo XIX, véase Tau Anzoátegui, *La codificación...*, cit., nota 10, pp. 220-353 y ss. Seoane, *op. cit.*, nota 30, pp. 53 y ss.

<sup>34</sup> Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 204.

fenómeno constitucional argentino ha sido estudiado principalmente con los parámetros del constitucionalismo clásico, analizando fundamentalmente la influencia que tuvo en su desarrollo el francés y el norteamericano, como asimismo la Constitución de Cádiz, aunque ésta en mucha menor medida, y las concordancias o no con el mismo desde dos puntos de vista principales que son los derechos y garantías de las personas y la división de poderes, como también las circunstancias que llevan a la adopción de la forma de organización del Estado, es decir la federal. Pero poco se ha insistido en considerar las aportaciones del régimen y la tradición jurídica hispánicos, no sólo para el derecho constitucional, sino también para el administrativo y el judicial.

Con independencia de la posición ideológica que cada uno sustentara y de la que tuviera frente a la estructura del Estado, es decir, si debía ser de unidad de régimen o federal, hubo acuerdo en encarar con cierta urgencia la organización nacional, aunque quienes sostenían lo segundo opinaban que las provincias debían hacerlo primero, es decir antes de sancionarse la Constitución nacional. Pero la discordia entre ambos grupos determinó que se desencadenaran largas luchas civiles que demoraron el logro de ese objetivo por más de tres lustros. Todas las primeras tentativas fueron centralistas y fracasaron.

Hubo un evidente y notorio rechazo de las formas jurídicas extranjeras que se querían imponer a un país que no estaba preparado para recibir las. Los Estatutos, Reglamentos y Constituciones requerían, para que sus normas fueran aplicables, un orden y una disciplina que no existían entonces en sociedades divididas, anarquizadas y más deseosas de combatirse mutuamente que de buscar fórmulas de convivencia. Esos ensayos fueron obra de grupos ilustrados que quisieron convertir a la Argentina, prematuramente, en una Nación moderna y civilizada dirigida por sus elementos más capaces, a pesar de que estos últimos no tenían ni el arraigo necesario ni la fuerza indispensable para imponer sus decisiones.<sup>35</sup>

El cambio del ejercicio de la soberanía, que alteró la constitución sobre la que se fundó el ordenamiento jurídico, no implicó la derogación de éste mientras quienes ejercieron el poder después de la Revolución no lo hicieron en forma directa, y mientras las antiguas normas fueron com-

<sup>35</sup> Zorraquín Becú, Ricardo, “La recepción de los derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 4, 1976-1977, pp. 332 y 333.

patibles con las nuevas. La del Río de la Plata, como toda revolución, se produjo en una sociedad en la que un sistema jurídico se hallaba en vigencia y es sólo el primer paso en el largo proceso del desarrollo del nuevo derecho, que puede tener distinto grado de aceleración. En la Argentina el mismo fue lento, aun en el ámbito del derecho público, y esa permanencia fue reconocida normativamente, aunque con ciertas limitaciones. El nuevo derecho público se formó con materiales extraídos del antiguo derecho y con elementos tomados de otros ámbitos. Es por ello, que el conocimiento de los antecedentes jurídicos del periodo hispánico en sus dos aspectos, es decir el derecho que perdió vigencia y, más aún, el que continuó rigiendo, como puso de manifiesto Carlos Octavio Bunge, “han sido eficaces para caracterizar, no sólo nuestro derecho público, sino también el derecho privado”.<sup>36</sup>

No compartimos lo expuesto, en este sentido, por el maestro García Gallo cuando en 1951 señaló que el derecho indiano, “tras de haber servido para fundamentar la Independencia sucumbió en su contenido político y administrativo ante la Revolución, pero se mantuvo vigente en los restantes aspectos hasta muy avanzado el siglo XIX”.<sup>37</sup> Concepto que repite y amplía en 1964 cuando afirma que “tan solo el antiguo derecho privado se mantiene en vigor [...] en la América independiente, hasta que también al fin, un día u otro, en cada uno de los Estados es desplazado por un nuevo Código”<sup>38</sup> y reitera nuevamente en 1975 al señalar que, pese a los cambios de comienzos del siglo XIX, que afectan a las instituciones políticas, fiscales, económicas y penales, “el derecho indiano subsistirá en los restantes aspectos y continuará rigiendo hasta que los nuevos códigos nacionales lo suplanten formalmente, aunque conservando en buena parte los principios y regulaciones de aquél”.<sup>39</sup>

De los párrafos transcritos se desprende que para García Gallo el derecho público no mantuvo su vigencia después de la Revolución de 1810, en el sentido que le estamos asignando —organización política y

<sup>36</sup> Bunge, *op. cit.*, nota 16, p. 27.

<sup>37</sup> García Gallo, Alfonso, “El derecho indiano y la independencia de América”, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1972, p. 560. La primera edición de este trabajo en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1951, pp. 157-180.

<sup>38</sup> García Gallo, “Génesis y desarrollo del derecho indiano”, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1972, p. 145. La primera edición en *Atlántida. Revista del Pensamiento Actual* 2, 1964, pp. 339-59.

<sup>39</sup> Discurso inaugural, *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, Universidad Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1976.

administrativa del Estado—, sino que ello sólo acaeció con el derecho privado. Entendemos que esa posición no es correcta.

Admitimos que el derecho público tuvo modificaciones, como hemos destacado, y muchas más que el privado, pero gran parte del mismo continuó vigente por largas décadas según creo hemos probado en nuestros estudios con relación a la Real Ordenanza de Intendentes, la cual se utilizó como código político-administrativo en las provincias argentinas hasta el establecimiento de la organización de la nación y de las provincias que se opera en la segunda mitad del siglo XIX,<sup>40</sup> así como para fundar la doctrina del Patronato Patrio, que estuvo vigente hasta más allá de mediados del siglo XX.<sup>41</sup> Además, hay otros ámbitos del derecho público, como el penal y el procesal, que no sufrieron grandes cambios y las antiguas normas mantuvieron su vigor, con algunas reformas introducidas por los gobiernos patrios, hasta la codificación de esas ramas.

También Guillamondegui, en un importante estudio, señaló que la justicia consular en Buenos Aires surgida a fines del Virreinato, conservó su organización y procedimiento hasta casi una década después de sancionada la Constitución argentina en 1853, sin registrar “bruscos cambios o modificaciones fundamentales, si exceptuamos el decreto que en la época de Rivadavia suprime la Junta de Comercio y limita la actividad consular a la administración de justicia”.<sup>42</sup> La estructura jurídica del Tribunal del Consulado de Buenos Aires,

mantenida prácticamente incólume a través de cincuenta y dos años de derecho patrio en formación, no era la más apta para responder eficazmente a las exigencias del tráfico comercial de la organización nacional; y fue entonces suprimido, pasando su jurisdicción a dos jueces en primera instancia en lo comercial. Pero los principios básicos de la *justicia consular* no desaparecen al ser suplantada por la *comercial*, pues los flamantes jueces letrados podían seguir aplicando la cláusula fundamental de la Real Cédula Ereccional, *verdad*

<sup>40</sup> Díaz Couselo, José María, “La Real Ordenanza de Intendentes y la Revolución”, en Mariluz Urquijo, José M. (dir.), *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes*, Buenos Aires, 1995, pp. 231-271. También llega a la misma conclusión, considerando la cuestión desde otra óptica, San Martino de Dromi, María Laura, *Intendencias y provincias en la historia argentina*, Buenos Aires, s/f.

<sup>41</sup> Díaz Couselo, José María, “El derecho castellano indiano y la fundamentación del Patronato patrio en la Argentina”, *Actas de Derecho Indiano—XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, San Juan, 2003, t. II, pp. 893-933.

<sup>42</sup> Guillamondegui, Julio César, *La justicia consular patria (1810-1862)*, Buenos Aires, separata del Boletín de la Academia Nacional de la Historia, 1964, vol. XXXVI, p. 8.

*sabida y buena fe guardada*, demostrándose una vez más la importancia de las fuentes indianas en el Derecho Patrio Argentino,<sup>43</sup>

cuando ya regía el código de comercio.

Por su parte, las ordenanzas militares de Carlos III también tuvieron una larga vigencia después de la revolución, pues, aunque con modificaciones introducidas por exigencias de la guerra de la independencia, siguieron siendo objeto de constante aplicación, dado que recién fueron sustituidas con los códigos de 1895. Ello fue destacado por numerosos autores y recientemente en un excelente estudio sobre el derecho penal militar, aunque

...no significa que su texto y su espíritu hayan permanecido intactos. De este modo, pues, corresponde indicar que buena parte del mecanismo castrense sancionado por el monarca español durante el siglo dieciocho se hallaba profundamente alterado para finales del diecinueve, sea por el dictado de órdenes de los mandos castrenses, sea por el imperio de un verdadero derecho consuetudinario militar nacional, situación que vino a complicar notablemente todo lo relativo a la impartición de la justicia en el Ejército.<sup>44</sup>

El extracto de la Recopilación de las Leyes de Indias elaborado en 1828 por el entonces joven jurista Valentín Alsina,<sup>45</sup> quien luego desarrollaría una destacada actuación pública, nos da una idea de lo que consideraba en ese momento aplicable de ellas. Lo elaboró “para su uso” como abogado y en él señala que: “nada se dirá en este extracto de aquellos títulos, que no tengan cosa importante o aplicable hoy. Cuando se diga algo, de algún título, será sólo lo que expresen aquellas leyes de él, que contengan algo aplicable, o que tal vez pueda hacerlo en alguna ocasión omitiendo las demás: de modo que tal vez se escriba un renglón sobre un título, que tenga 80 o 100 leyes”. Seguramente no tenía la pretensión de hacer un catálogo de todas las leyes sobrevivientes, sino de aquellas que estimaba le fueran útiles a su actividad, pero aun no siendo un trabajo acabado nos demuestra la vigencia y aplicación de las leyes que consideraba, las cuales pertenecen al campo del derecho público.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 36. Ley de 29 de octubre de 1862 de la provincia de Buenos Aires.

<sup>44</sup> Abasolo, Ezequiel, *El derecho penal militar en la historia argentina*, Córdoba, República Argentina, 2002, p. 431.

<sup>45</sup> Tau Anzoátegui, Víctor, “Un epitome de la recopilación indiana en el siglo XIX”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 21, 1970-1971, pp. 307 y 308. El autor publica el texto del extracto con una nota preliminar de su autoría.

## 1. *La primera década de la Revolución*

Esta etapa que abarca de 1810 a 1820 puede subdividirse a su vez en dos periodos, el primero que llega hasta la sanción del Reglamento Provisorio de 1817, y el segundo, partiendo de allí, se extiende hasta el año 20. No entraremos a analizar cuál era el ideario del movimiento de mayo de 1810, es decir, si tendía a la declaración de la independencia, cuestión que no se manifestó públicamente, pues incluso el primer gobierno patrio que asumió el 25 de ese mes, al día siguiente, emitió un bando en el cual se autodenominaba *Junta Provisional Gubernativa de las Provincias del Río de la Plata por el Sr. Dn. Fernando VII*. Lo cierto es que reemplazó al virrey manteniéndose los demás órganos y autoridades del antiguo régimen, y el orden jurídico anterior continuó vigente. Es decir, que se observa sólo un cambio institucional e ideológico, dado que en lo jurídico únicamente se altera la normativa referente al ejercicio del superior gobierno, que no afecta de manera expresa los lazos políticos con España, pues la independencia es un proceso que se irá desarrollando lentamente, del cual existen algunas manifestaciones a partir de 1813 en el contenido de algunas disposiciones que adopta la Asamblea General Constituyente que se reúne en ese año, pero que no declara la independencia ni sanciona una constitución. Más aún, esta Asamblea considera que continúa rigiendo el derecho anterior, ya que si bien no hay una manifestación expresa, existen actos de los que ello surge. La independencia recién se declara formalmente el 9 de julio de 1816. Esta primera etapa la extendemos hasta la crisis de 1820, pues ante la disolución del Congreso que funcionó desde 1816 hasta ese año, y la caída del Directorio, se carecerá de una autoridad nacional y a partir de entonces la cuestión que consideramos deberá analizarse en el derecho público y, en su caso, en el privado provincial.

En este primer periodo existen expresiones oficiales que afirman la subsistencia de ese derecho indiano. La misma Junta Gubernativa, en su proclama del 26 de mayo de 1810, dice que sus intenciones son las de “proveer, por todos los medios posibles, la conservación de nuestra Religión Santa, *la observancia de las leyes que nos rigen*,”<sup>46</sup> la común prosperidad y el sostén de estas posesiones en la más constante fidelidad y adhesión a nuestro muy amado Rey, el Señor D. Fernando VII y sus legítimos sucesores en la corona de España”.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> La bastardilla es nuestra.

<sup>47</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 1847.

También es significativa la continua referencia que se hace a las Leyes de Indias y a la Nueva recopilación de Castilla en el Reglamento del 27 de junio de 1811, por el cual se determinó “que los recursos de segunda suplicación, querrela, queja, agravio, nulidad, o injusticia notoria, y todos los extraordinarios que conforme a las leyes se interponían ante el rey, o su consejo supremo se interpongan, y determinen con arreglo a ellas ante esta Junta Superior Provisional”.<sup>48</sup>

Por otra parte, el Reglamento de División de Poderes del 22 de octubre de 1811 dispone que “los Diputados de las Provincias Unidas que existen en esta capital, componen una Junta con el título de Conservadora de la soberanía del Sr. D. Fernando VII, y de las leyes nacionales, en cuanto no se oponen al derecho supremo de la libertad civil de los pueblos americanos”.<sup>49</sup> Esas leyes son las que formaban el ordenamiento jurídico indiano, que había sufrido un cambio fundamental en cuanto al superior gobierno, pero no así en el resto de su contenido, aun en el ámbito del derecho público.

Lo mismo ocurre con el Reglamento de Administración de Justicia del 23 de enero de 1812, que si bien introduce modificaciones en el sistema existente, dado que entre otras cosas suprime la Real Audiencia y en su reemplazo crea la Cámara de Apelaciones, establece que la competencia de ésta, en general, será la que tenía el tribunal disuelto.<sup>50</sup> El Reglamento sancionado el 1o. de septiembre del año siguiente, en este aspecto, reitera lo dicho en el anterior, pero con algunas variantes, pues determina que “todas las facultades y atributos que concedan las Leyes a las Reales Audiencias quedan desde luego reasumidas en las Cámaras de esta Ciudad, y la de la Plata”, agregando que hasta que se establezca el Supremo Poder Judicial, también conocerán “de los recursos ordinarios y extraordinarios por nulidad o injusticia notoria que antes se llevaban al Consejo de Indias de los Tribunales inferiores, y también de las fuerzas eclesiásticas”.<sup>51</sup>

Estas citas del derecho indiano que aparecen en el Reglamento de Justicia, son una muestra de que los diputados que integraban la Asamblea de 1813 reconocían la vigencia del mismo, pero no la única, por lo que a

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 1893 y ss.

<sup>49</sup> Sección primera, artículo 1o.; ver en San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 1903. La bastardilla es nuestra.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 1937 y 1938. Véanse los artículos 24, 25, 26, 37, 39 y 42. También en *Registro oficial de la República Argentina*, Buenos Aires, 1879, t. I.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 2048 y 2049. También en Ravignani, Emiliano (recop.), *Asambleas Constituyentes Argentinas* (en adelante *ACA*), Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, t. I, pp. 68 y ss.

continuación mencionaremos otros ejemplos. Así, cuando por razones de salud pública dispone ese congreso que se bautice únicamente con agua templada para evitar el “mal vulgarmente llamado de los siete días”, el cual sostiene que es originado por “un espasmo que entre otras cosas lo ocasiona el agua fría”, “se reencarga muy particularmente al Supremo Poder Ejecutivo la vigilancia en el cumplimiento de la Ley 1a., tít. 16, lib. 3o. de Castilla por parte de los protomédicos y sus lugares tenientes en toda la extensión de las Provincias, sin embargo de la ley 2a. del mismo tít. y lib.”.<sup>52</sup> Otro ejemplo significativo lo encontramos cuando la Asamblea establece que el Poder Ejecutivo deberá conocer en todos los casos que ocurran en los consejos de guerra de “oficiales generales”, “aun en aquellos que se había reservado el Rey por el art. 21, tít. 6o. tratado 8o. de las Ordenanzas del Ejército”.<sup>53</sup> Por último diremos que la tradición indiana también se refleja en el “Reglamento Provisional de las Secretarías de Estado del Supremo Gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata”,<sup>54</sup> cuando dispone que cada una de ellas se encargará de las causas de gobierno, hacienda y guerra, que son tres de las que se señalan en la Ordenanza de Intendentes, quedando la de justicia en ejercicio de otros órganos que determinaba el Reglamento de Administración de Justicia al que nos hemos referido.

Como destacó Susana T. Ramella, en un excelente estudio sobre el Poder Ejecutivo entre los años 1810 y 1817 en el Río de la Plata, en el Estatuto Provisorio de 1815, primer texto constitucional de relevancia de las Provincias Unidas del Río de la Plata, se observa un patrón que le sirvió de guía, que no es otro que la Real Ordenanza de Intendentes, pues trata de presentar las instituciones realmente vigentes y por ello “vemos superponerse las antiguas cuatro causas del gobierno indiano con el esquema racionalista de separación de poderes”.<sup>55</sup> Ello lo destacó, también, Marta María Huertas en un estudio presentado en el Congreso del Instituto Internacional de Derecho Indiano celebrado en Puerto Rico.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> *ACA, cit.*, nota anterior, p. 63. Ley del 1o. de septiembre de 1813.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 76 y 77. Ley del 19 de octubre de 1813.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 87. Ver también en San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 2163.

<sup>55</sup> Véase Ramella, Susana T., “Perfil y atribuciones del Ejecutivo en los comienzos constitucionales argentinos (1810-1817)”, *Atribuciones del presidente argentino*, Buenos Aires, 1986, pp. 78 y ss.

<sup>56</sup> Huertas, Marta María, “Pervivencia del derecho indiano en los estatutos de 1815 en Argentina”, *Actas de Derecho Indiano-XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, pp. 935-957.

Asimismo, estas influencias pueden verse en el Reglamento Provisorio de 1816 y en el posterior de 1817. Este último, a pesar de su carácter provisorio, es invocado hasta las vísperas de 1853, y tiene fundamental importancia en cuanto a la pervivencia del derecho indiano pues en su sección segunda, capítulo I (es único), artículo 2o. dispone que:

hasta que la Constitución determine lo conveniente, subsistirán todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos y demás disposiciones generales y particulares del antiguo Gobierno Español, que no estén en oposición directa o indirecta con la libertad e independencia de estas Provincias, ni con este reglamento y demás disposiciones que no sean contrarias a él, libradas desde veinticinco de Mayo de mil ochocientos diez.<sup>57</sup>

Esta norma, que con modificaciones de detalle es la reiteración de una del Estatuto Provisional de 1816<sup>58</sup> que no tuvo aplicación, se refiere a todo el derecho y por ende alcanza al público y al privado.<sup>59</sup>

Hasta ahora, el derecho indiano mantenía una vigencia admitida, a veces, en forma tácita, y otras mediante normas no muy precisas, en cuanto no contradijera la nueva situación jurídica de estos territorios o las disposiciones de los gobiernos posteriores a mayo de 1810. Con el texto de 1817 existe una aceptación explícita, que llevó a Somellera a señalar que ese derecho eran las leyes “que supletoriamente tenemos adoptadas”,<sup>60</sup> las cuales en ese momento eran cuantitativamente de mayor entidad, aunque el nuevo derecho conformado notoriamente por menor cantidad de normas, revestía más relevancia con relación al cambio político institucional operado.

## 2. *El derecho público provincial*

Esta segunda etapa comienza con el alejamiento institucional entre las provincias del interior y la de Buenos Aires que hizo crisis en el año 20,

<sup>57</sup> Ver San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 2263.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 2221. Las diferencias con el artículo de 1817 son signos de puntuación y que expresa “del antiguo gobierno” sin el agregado de español.

<sup>59</sup> Sobre la subsistencia del derecho indiano a través de los textos constitucionales argentinos anteriores a 1853 nos referimos en nuestro trabajo “La Real Ordenanza de Intendentes...”, *cit.*, nota 40, pp. 234 y ss. Asimismo lo hace Vivas, Mario Carlos, “La subsistencia del derecho español a través de los primeros cuerpos constitucionales argentinos”, *Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea*, Santiago de Chile, núm. 1, 2001, pp. 261-278.

<sup>60</sup> Somellera, *op. cit.*, nota 29, primer párrafo del discurso preliminar.

pues al caer las autoridades nacionales, cada una de ellas, invocando su autonomía, se fue organizando mediante la sanción de sus textos constitucionales<sup>61</sup> y leyes orgánicas locales, aunque ya en 1819 hay manifestaciones de ello. Surge así un derecho público provincial, de gran importancia para un Estado que se organizará bajo la forma federal. Ese ordenamiento es “el resultado de fórmulas jurídicas obligadas por la realidad y surgidas, en casi todos los casos, sin la menor influencia de doctrinas extranjeras, como más de una vez se ha afirmado. Así va naciendo un derecho público provincial producto de la experiencia que iba enseñando el principio de la autonomía”,<sup>62</sup> en el cual perdura la herencia jurídica e institucional indiana, reflejada en un poder ejecutivo fuerte, desempeñado por el gobernador o gobernador intendente, que impone su voluntad sobre el legislativo, que muchas veces es una estructura formal, y el judicial.

En esos textos se percibe el difícil proceso de compatibilizar las cuatro causas que legisla la Real Ordenanza de Intendentes de 1782 con la separación de poderes, como también la existencia de presupuestos indianos bajo el manto republicano. La importancia de ese derecho público la destacó Alberdi, quien asimismo señaló como una de sus fuentes a

las leyes y tradiciones políticas procedentes del antiguo régimen, que no estén en oposición con el régimen moderno, pues en la organización de la provincia, como en la organización general de la República, el antiguo régimen español americano debe ser una de las fuentes del nuevo derecho público. Hay mucho que tomar en esta fuente; y no establecería una paradoja si dijese que en ella está la raíz principal de la organización democrática argentina.<sup>63</sup>

Los ordenamientos de las provincias, con iguales o similares términos, reiteran la norma del Reglamento Provisorio de 1817. En el primer cuerpo normativo de carácter constitucional dictado por una provincia, el Estatuto Provisorio de Santa Fe, sancionado el 26 de agosto de 1819, se dispuso que “quedan en vigor todas las leyes, disposiciones y prácticas que hayan regido

<sup>61</sup> Ellos reciben distinta denominación: constitución, código constitucional, estatuto o reglamento.

<sup>62</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 441.

<sup>63</sup> Bautista Alberti, Juan, *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Departamento Editorial de la Universidad de Buenos Aires, 1956, pp. 46, 67 y ss.

la Administración, en cuanto no estén en oposición al presente Estatuto”,<sup>64</sup> lo cual la Constitución de 1841 de esa provincia reitera.<sup>65</sup> Asimismo, el primer ordenamiento provincial denominado Constitución, el de *Tucumán* de 1820, determina que “siguen en su observancia las Leyes, Estatutos, y Reglamentos que hasta ahora han regido en lo que no hayan sido alteradas, ni digan contradicción con esta Constitución hasta que la Legislatura varíe o reforme lo que crea conveniente”,<sup>66</sup> norma que se incluye en el proyecto constitucional de 1834 elaborado para esa jurisdicción.<sup>67</sup>

También en otras provincias encontramos normas similares, que enunciaremos siguiendo un orden alfabético. Así, en Córdoba, el Reglamento Provisorio (1821)<sup>68</sup> y el Código Constitucional Provisorio (1847);<sup>69</sup> en Corrientes, el Reglamento Provisorio Constitucional (1821),<sup>70</sup> la Constitución Política (1824),<sup>71</sup> la Constitución de la Provincia (1838)<sup>72</sup> y el Proyecto de Constitución (1847);<sup>73</sup> el Reglamento Provisional para los pueblos de Cuyo (1821);<sup>74</sup> en Entre Ríos, el Estatuto Provisorio Constitucional (1822);<sup>75</sup> en Jujuy, el Estatuto Provisorio (1835),<sup>76</sup> el Estatuto Provincial (1839)<sup>77</sup> y el Estatuto Provisorio (1851);<sup>78</sup> en Mendoza el Reglamento de Administración de Justicia (1834);<sup>79</sup> en Salta, la Constitución (1821)<sup>80</sup> y el Proyecto de Constitución (1821-1825);<sup>81</sup> y en Santiago del Estero el Reglamento de Organización Política (1830).<sup>82</sup>

Pero esa declaración sobre la vigencia del derecho indiano contenida en el Reglamento Provisorio de 1817 no sólo está presente en el derecho

<sup>64</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 1234.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 1250.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 1331.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 1346.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 711.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 746.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 787.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 804.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 829 y 830.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 859.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 1077.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 925.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 975.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 987.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 999.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 1067.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 1100.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 1135.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 1281.

público provincial, sino que también encontramos otras remisiones expresas al mismo. Sin pretender hacer una enumeración taxativa, sólo señalaremos algunos ejemplos debido a la imposibilidad de hacer en esta ponencia un análisis de la cuestión en las catorce provincias. Así, existen referencias a la Ordenanza de Intendentes cuando se tratan las atribuciones del gobernador<sup>83</sup> y a las Leyes de Indias en cuanto a la jurisdicción contenciosa del ministro de hacienda.<sup>84</sup> Al crearse los tribunales de comercio en las provincias, se establece que la competencia y funcionamiento de ellos se ajustará a las normas de la cédula de erección del Consulado de Buenos Aires, cuya jurisdicción territorial quedó reducida a la provincia de ese nombre<sup>85</sup> y también se remite a las Ordenanzas del Consulado de Bilbao.<sup>86</sup> Por su parte, al establecerse el Tribunal o la Cámara de Apelaciones en las provincias, se determina que tendrán la competencia de las extinguidas audiencias. Asimismo, se invocan frecuentemente las ordenanzas militares de Carlos III<sup>87</sup> y se hace referencia a la Recopilación castellana.<sup>88</sup> Además se mencionan conceptos propios del

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 716. Reglamento Provisorio de Córdoba (1821), sección 6a., capítulo 12, artículo 6o.; San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, pp. 667 y 750; Reglamento Constitucional de la Nueva Provincia de Catamarca (1823), artículo 83; Código Constitucional Provisorio de Córdoba (1847), sección 6a., capítulo 15, artículo 6o.

<sup>84</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 729; Reglamento Provisorio de Córdoba (1821), sección 6a., capítulo 24, artículo 3o.

<sup>85</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, pp. 721, 730, 755, 1062 y 1170; Reglamento Provisorio de Córdoba (1821), sección 6a., capítulo 18, artículo 17 y capítulo 25, artículos 1o. y 2o.; Código Constitucional Provisorio de Córdoba (1847), sección 6a., capítulo 17, artículos 20, 21 y 24; Reglamento de Administración de Justicia de la Provincia de Mendoza del 1o. de agosto de 1824, que también menciona a las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, artículos 58 a 62; Ley de Organización del Poder Judicial de la Provincia de San Juan. Ver sobre este tema Guillaumondegui, Julio César, "Notas para el estudio de la justicia mercantil patria en las provincias argentinas", *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 20, 1969-1970, pp. 117-135.

<sup>86</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 755 y 1061; Código Constitucional de la Provincia de Córdoba (1847), sección 6a., capítulo 17, artículo 24; Reglamento de Administración de Justicia de la Provincia de Mendoza (1834), artículo 59.

<sup>87</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, pp. 971, 983 y 996, Estatutos de Jujuy, Provisorio (1835), artículo 37, inciso 14; Provincial (1839), artículo 37, inciso 11; y Provisorio (1851), artículo 38, inciso 12.

<sup>88</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 1067; Reglamento de Administración de Justicia de la provincia de Mendoza, artículo 6o. en cuanto a los requisitos que deben reunirse las demandas por escrito.

derecho indiano como son los casos de corte,<sup>89</sup> el juzgado de provincia,<sup>90</sup> la alta y baja policía.<sup>91</sup>

En cuanto a la administración de justicia en las provincias durante el periodo comprendido entre 1820 y 1853, coexisten “la tradición jurídica castellana-indiana y las nuevas teorías, todo ello en un peculiar clima político. Sólo al final de este periodo empezaremos a ver delineadas las triunfantes formas judiciales, luego de un proceso sinuoso, vacilante e incierto”, como señaló Tau Anzoátegui en un estudio sobre la cuestión.<sup>92</sup>

En esta etapa, que concluye con la sanción de la Constitución Nacional de 1853, no debemos dejar de poner de manifiesto que después de ese año comienza un periodo, en el cual, paulatinamente, se va elaborando un sistema orgánico nacional con base en dicho texto fundamental y en las provincias, uno local a partir de las constituciones que en ellas se sancionan entre 1854-1856, cimentadas en los principios de aquélla, en el cual aún conviven el derecho heredado y el nuevo, aunque éste es el que va ocupando mayor espacio dentro del ordenamiento jurídico.

## V. CONTINUIDAD INDIANA EN LOS OTROS ÁMBITOS DEL DERECHO

En los otros campos del derecho, esa tradición indiana es mayor que en lo referente a la organización política y administrativa, pues en el derecho civil, penal, procesal, mercantil, de minería, rural, etcétera, continuará rigiendo por largo tiempo el ordenamiento anterior a la Revolución, hasta que se concrete la codificación, sin perjuicio del carácter de derecho supletorio que conserva hasta el presente.

<sup>89</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 828; Constitución de la Provincia de Corrientes (1838), sección 7a., artículo 2o.

<sup>90</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 722; Reglamento Provisorio de la provincia de Córdoba, sección 6a., capítulo 18, artículo 25.

<sup>91</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 1074; Reglamento Provisional para los Pueblos de Cuyo (1821), artículo 60.

<sup>92</sup> Tau Anzoátegui, Victor, “La administración de justicia en las provincias argentinas (1820-1853)”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 1, 1973-1974, p. 207. Sobre las provincias de Mendoza y Córdoba, véase Acevedo, Edberto O., “Notas sobre organización jurídica y sociedad en Mendoza hacia 1820”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 2, 1974-1975, pp. 9-37; Peña, Roberto I., “Los jueces pedáneos en la provincia de Córdoba (1810-1856)”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 2, 1974-1975, pp. 121-148.

1. En materia civil, esa vigencia se mantuvo hasta el 1o. de enero de 1871 en que entró en vigor el código correspondiente a esta rama del derecho sancionado en septiembre de 1869. Su autor, Vélez Sarsfield, elaboró una obra a la vez conservadora y reformista, pues se mantuvo fiel a su idea de que las leyes deben adecuarse a las costumbres del país en el cual rigen, por lo cual se inclinó por consolidar las leyes existentes siempre que no hubiera alguna necesidad que aconsejara modificarlas, la cual no debía provenir de principios ideológicos, sino de criterios que surgirían de la realidad. Por ello, si bien el código contiene a veces transformaciones importantes con relación al derecho vigente, ellas eran requeridas por el estado de desarrollo de la sociedad.

Esa hábil combinación de elementos tradicionales y de novedades doctrinarias surge claramente del estudio del código comparándolo con la legislación vigente y los autores que contribuyeron a la formación intelectual de su autor, a quienes no dejó de señalar en las notas junto con las leyes romanas o de Castilla.<sup>93</sup> “Por ello no resisten al análisis las críticas de aquellos que, como Alberdi, le reprochan la falta de antecedentes castellanos, indianos y patrios”.<sup>94</sup> Es cierto que cuando remitió el proyecto al Poder Ejecutivo no mencionó entre las fuentes que utilizó a la legislación vigente en el país en ese momento, pues tal vez lo consideró obvio, pero que lo hizo surge de su lectura. Ante la crítica Vélez replicó: “Si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de código, habría encontrado de que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen una nota de una ley de Partidas, del Fuero Real, de las Recopiladas”.<sup>95</sup>

2. En 1810 regían en el territorio argentino las Ordenanzas de Minería de Nueva España del 22 de mayo de 1783, las que fueron extendidas al nuevo Virreinato del Río de la Plata por la declaración 11 a la Real Ordenanza de Intendentes, sancionada por la Real Cédula del 5 de agosto de 1783.<sup>96</sup> La Asamblea General Constituyente reunida en Buenos Aires en

<sup>93</sup> Véase Zorraquín Becú, Ricardo, “La formación intelectual de Vélez Sarsfield”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 15, 1964-1965, pp. 156-178. Reproducido en Zorraquín Becú, Ricardo, *Estudios de historia del derecho*, Buenos Aires, 1992, t. III, pp. 407-434.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>95</sup> Sobre esta polémica ver Levaggi, Abelardo, “Alberdi-Vélez Sarsfield: una polémica trascendental sobre la codificación civil argentina”, *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, 1992, pp. 243-273.

<sup>96</sup> San Martino de Dromi, *op. cit.*, nota 17, p. 432.

1813, el 7 de mayo de ese año dictó una ley conocida como “Reglamento de Mayo”, que ratifica la vigencia de las Ordenanzas de Nueva España en nuestro territorio, pero aceptando la participación de los extranjeros en la explotación minera.<sup>97</sup>

Perdido el Potosí en 1815, las esperanzas de obtener minerales se centran en los yacimientos de Famatina, en la Provincia de la Rioja, cuyo gobernador, Diego de Barrenechea, dictó un bando o reglamento que según él se ajustaba a las necesidades de esa explotación, con vigencia únicamente en dicho territorio. En él se combinaban normas de las Ordenanzas del virrey Toledo de 1574 con las de Nueva España, agregándose disposiciones de neto corte local.<sup>98</sup> Mediante el Decreto del 21 de mayo de 1819 se resolvía aprobar el bando con escasas modificaciones que no alteraban su contenido, haciéndose referencia también a la legislación general al disponer que se observaran en todo el territorio las Ordenanzas de Nueva España, y en lo que en ella no se previera, las disposiciones de las Ordenanzas del Perú y de la Recopilación de Indias de 1680, lo cual contradice al contenido del Reglamento “que se apartaba fundamentalmente de las primeras, para sujetarse en mucho a las segundas”.<sup>99</sup> Pero con independencia del acierto o desacierto de estas medidas y de su falta de claridad, lo que interesa resaltar es que en ellas se recurre al derecho indiano en forma expresa.

En el periodo que comienza con la disolución de las autoridades nacionales en 1820, rigió la antigua legislación española de 1783 que se comenzó a denominar “Ordenanzas de Méjico”, aunque con algunas modificaciones realizadas por los gobiernos provinciales cuya validez se limitaba al territorio de cada jurisdicción.

Por su parte, la Constitución de 1853 encomendó al Congreso de la Nación sancionar el Código de Minería (artículo 64, inciso 11), pero, mientras tanto, se dictó el Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación que estableció la vigencia en todo el territorio nacional de las Ordenanzas de México, con las modificaciones que establecía el Estatuto, cuyo título X estaba dedicado a la cuestión minera, y las que hubieran introducido las legislaturas provinciales en cuanto no se opusieran a lo determinado por el mismo. Recién en 1886 se sancionó el Código de Minería. Su autor Enrique

<sup>97</sup> Martiré, Eduardo, *Historia del derecho minero argentino*, 2a. ed., Buenos Aires, 1987, pp. 83 y ss.

<sup>98</sup> *Ibidem*, pp. 88-104.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 102 y ss.

Rodríguez, distinguido jurista cordobés, debió, por razones políticas, buscar asilo allende los Andes, donde revalidó su título. Durante los años de actuación ante los estrados chilenos, acumuló experiencia sobre el derecho minero, que luego enseñó en la Universidad de Córdoba hasta 1896. En Chile regían las Ordenanzas de Nueva España, por lo cual Rodríguez llegó a tener un acabado conocimiento de ellas, al igual que de la Recopilación de las Leyes de Indias y de las Recopilaciones de leyes de España de 1567 y 1805, de aplicación subsidiaria en las cuestiones mineras, al mismo tiempo que logró un amplio manejo de los comentaristas y expositores de este derecho. Estos antecedentes los tomó como fuente principal de su tarea por lo que, aunque también se inspiró en la legislación europea de la época, la tradición jurídica indiana se manifiesta en este código de 1886.<sup>100</sup>

3. El procedimiento indiano permaneció incólume y sus características fundamentales no sufrieron cambios sustanciales durante el siglo XIX y primeras décadas del XX, por lo cual existe en él una larga supervivencia de la tradición indiana a pesar de las críticas que se le efectuaron. Ella se manifiesta en el *Prontuario de práctica forense* de Manuel Antonio de Castro, el principal jurista rioplatense de las primeras décadas del siglo XIX, editado en 1834 y escrito para facilitar la enseñanza del derecho procesal en la Academia de Jurisprudencia que él mismo había creado. Al morir, en 1832, había dejado los manuscritos de dicha obra, los que fueron ordenados y corregidos por Vélez Sarsfield, que para ello recurrió no sólo a las leyes, sino también a “los prácticos más clásicos”, como la Curia filípica, el Conde de la Cañada y el Febrero de Tapia.<sup>101</sup> La mayor cantidad de las citas al pie de página se remiten a las Partidas, a la Reco-

<sup>100</sup> Sobre la codificación minera, véase Martiré, *op. cit.*, nota 97, pp. 119 y ss. También Díaz Couselo, *op. cit.*, nota 10, pp. 391 y ss.

<sup>101</sup> Ver advertencia de los editores. Era un pequeño manual que no superaba la clásica obra de Juan de Hevia Bolaños, *Curia Philippica* (1603), de la cual se publicaron varias ediciones y se usaba en la época en Buenos Aires. También eran muy conocidos el Conde de la Cañada; *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 2a. ed., Madrid, 1794, 2 volúmenes; y, del mismo autor, *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza*, 2a. ed., Madrid, 1704; el *Febrero novísimo*, o *Librería de jueces, abogados, escribanos, médicos legistas, etc.*, de Eugenio de Tapia y el *Febrero*, o *Librería de jueces, abogados y escribanos*, de los cuales hay varias ediciones, habiéndose utilizado el último hasta principios del siglo XX. Los estudiantes en estas regiones empleaban el “Cuadernillo de Gutiérrez”, el “que circuló profusamente en forma manuscrita, hasta que se hizo la primera edición en Lima, 1818 (Francisco Gutiérrez de Escobar, *Práctica forense*, escrita hacia 1782 por el relator sustituto de la audiencia de Charcas). Sobre el tema ver Zorraquin Becú, “La formación intelectual de Vélez Sarsfield”, *cit.*, nota 93, pp. 164 y 165, nota 28.

pilación de Castilla y a la Recopilación de Indias. En 1865 aparece una segunda edición en la que se aclara que ha sido aumentada con las notas en que se exponen las variaciones introducidas por las leyes o la jurisprudencia desde la época en que escribió el autor.

El primer tratado de derecho procesal argentino fue realizado en 1850 por Miguel Estéves Saguí, adaptado para el uso de los estudiantes de derecho, elaborándolo el autor con base en el sistema indiano vigente y las pocas modificaciones introducidas después de la Revolución, que no revisten importancia fundamental, lo que surge de su texto y sus notas.<sup>102</sup> Tanto esta obra como la de Manuel Antonio de Castro se refieren al procedimiento civil, y en ellas, salvo cambios anteriores a 1820 establecidos por los gobiernos nacionales, sólo se consignan los determinados por la provincia de Buenos Aires. No se encararon obras de esta naturaleza en las que se registraran las alteraciones operadas en las otras provincias.

Por otra parte, la primera ley procesal moderna fue la Ley nacional número 50 cuyo proyecto fue redactado por la Corte Suprema de Justicia, que se refiere fundamentalmente al procedimiento civil y comercial, pues de sus 31 títulos sólo dedica uno al criminal. Si bien no sigue en forma directa la tradición indiana, su principal fuente será la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, y hasta fines del siglo XIX, aquélla y el modelo indicado fueron considerados como antecedentes por las provincias para la elaboración de sus códigos procesales. Pero “si el derecho argentino en general reconoce un origen hispánico, en el caso del derecho procesal este parentesco sigue siendo muy estrecho al empezar la centuria [siglo XX]. Salvo modificaciones parciales —de ascendencia anglo-sajona y francesa— registradas a lo largo del XIX, nuestro procedimiento se mantiene dentro de la tradición jurídica española”<sup>103</sup>

En este campo, los juristas para introducir reformas generales o parciales del ordenamiento vigente toman como fuente a las leyes españolas más modernas, “convencidos de que no es posible inyectarles otra sangre a nuestras instituciones procesales sin ocasionar graves trastornos a la administración de justicia”.<sup>104</sup> Ello se manifiesta en los tres ordenamientos procesales más

<sup>102</sup> Esteves Saguí, Miguel, *Tratado elemental de los procedimientos civiles en el Foro de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1850.

<sup>103</sup> Levaggi, Abelardo, “Desarrollo del derecho procesal argentino en la primera mitad del siglo XX”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 2, 1979-1981, p. 242.

<sup>104</sup> *Idem*.

importantes de la segunda mitad del siglo XIX, la ya citada Ley 50; el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires de 1880, luego declarado vigente para la capital federal en 1881; y el Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal, la Capital de la República y los Territorios Nacionales, de 1888, pues ellos “se basan fundamentalmente en dos leyes españolas: la de enjuiciamiento civil de 1855 y la de enjuiciamiento criminal de 1872, respectivamente”.<sup>105</sup> Las provincias van sancionando sus códigos procesales hacia fines de la centuria, pues es atribución de cada una hacerlo, pero al tener como modelo la legislación precedentemente indicada, esa aparente pluralidad no es tal, pues se inspiran en los mismos principios.

En cuanto a las obras de doctrina, continúan utilizándose los prácticos españoles desde Juan de Hevia Bolaños hasta Joaquín Escriche, junto a los argentinos Manuel Antonio de Castro y Miguel Estéves Saguí, pero se introduce el uso de autores españoles más modernos.<sup>106</sup>

4. En 1794 se creó el Consulado de Buenos Aires cuya cédula ereccional estableció en cuanto a su composición, atribuciones y funcionamiento normas especiales, pero dispuso que en su actuación debía observar las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737.<sup>107</sup> Así, al producirse la Revolución el derecho vigente en el Virreinato del Río de la Plata, para regular las relaciones entre comerciantes derivadas del tráfico mercantil, seguía el siguiente orden de prelación: 1) las leyes expedidas después de 1794; 2) las normas contenidas en la cédula ereccional de la corporación; 3) las Ordenanzas del Consulado de Bilbao señaladas; 4) las leyes de Indias; y 5) las leyes de Castilla, de acuerdo con el orden de prelación vigente para éstas. La fuente principal la constituyeron las normas contenidas en las Ordenanzas de Bilbao, junto con la costumbre y los usos comerciales, que tuvieron importancia como reguladores de la vida mercantil.

Este sistema, de acuerdo con lo dispuesto por el Reglamento de 1817 y las normas que las provincias establecen en el mismo sentido que la nacional después de la crisis de 1820, a lo cual hicimos referencia más arriba, y casi sin modificaciones, se mantuvo hasta la vigencia del Código de Comercio sancionado en 1859 para el estado de Buenos Aires, el

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>107</sup> Para un análisis más detenido de la cuestión, véase Guillamondegui, Julio César, “La justicia consular en Buenos Aires (1794-1810)”, *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, Buenos Aires, vol. XXXIII, 2a. sección, 1962-1963, pp. 795-838 (hay separata).

cual se aplicó en toda la nación de acuerdo a lo dispuesto por el Congreso en 1862.<sup>108</sup>

Después de 1820, el Consulado cuya jurisdicción abarcaba todo el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, la tendrá sólo con relación al de la provincia de Buenos Aires. En ella, el cambio más importante se produce en 1822 cuando para determinar la jurisdicción y la aplicación de normas mercantiles se abandona el criterio subjetivo y se adopta el objetivo, es decir, que se tiene en cuenta el acto de comercio y no la persona que lo realiza.<sup>109</sup>

Como consecuencia de la inexistencia de una autoridad nacional, las provincias van creando juzgados o tribunales de comercio que se registrarán por el sistema normativo indiano, salvo algunas modificaciones que no revisten mayor trascendencia. Así, se ha sostenido que “a partir de 1810, a las normas conservadas desde el periodo hispánico sumáronse las provenientes de los nuevos órganos jurisdiccionales que anunciaban la aparición de un derecho patrio argentino que no desconocía los tres siglos de instituciones indianas y los muchos más de experiencias jurídicas peninsulares”.<sup>110</sup>

En este periodo de disolución nacional tiene gran difusión el Código de Comercio español de 1829, que es adoptado como derecho vigente por tres provincias, la de Mendoza (1845) y las de Corrientes y San Juan (1862),<sup>111</sup> el cual además de la influencia francesa, recibió la de las Ordenanzas de Bilbao y otros precedentes hispanos. Por su parte el Código san-

<sup>108</sup> Sobre un panorama de la evolución del derecho comercial después de 1810 y el proceso codificador de esa rama en la Argentina, véase Díaz Couselo, José María, *Código de Comercio Argentino. Estructura. Relaciones con el Código Civil. Unificación*, Buenos Aires, 1988.

<sup>109</sup> Decreto del 25 de abril de 1822, Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires, 1822, p. 171.

<sup>110</sup> Guillamondegui, *op. cit.*, nota 42, p. 13. *Id.*, “Notas para el estudio de la justicia mercantil patria en las provincias argentinas”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 20, 1969-1970, pp. 117-152.

<sup>111</sup> Véase Guillamondegui, *op. cit.*, nota 42, p. 12. Acevedo, Carlos A., *Ensayo histórico sobre la legislación mercantil argentina*, Buenos Aires, pp. 53-55. Cháneton, Abel, *Historia de Vélez Sarsfield*, 2a. ed., Buenos Aires, 1978, t. II, p. 79. Levaggi, *Manual...*, *cit.*, nota 34, t. III, p. 191, donde sostiene que por ley lo adoptaron cinco provincias, agregando a las citadas por Cháneton, las de Santa Fe y Córdoba, sin indicar fecha. Véase Vivas, Mario Carlos, “El Código de Comercio español de 1829 y su vigencia en Córdoba”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 8, 1980-1981, donde indica que se adoptó mediante la Ley del 13 de octubre de 1857.

cionado para el estado de Buenos Aires, que luego será promulgado para toda la nación, si bien tiene como fuente legislaciones más modernas, no dejan de estar presentes en su contenido las antiguas ordenanzas vigentes en el Río de la Plata y los usos y costumbres comerciales de esta tierra, pues “sus autores, Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sarsfield, no quisieron alterar en forma fundamental las instituciones y el contenido del derecho mercantil, pero también pensaron que el nuevo régimen legal debía servir para las previsibles necesidades de una futura expansión del comercio”.<sup>112</sup> A pesar del cambio notable que establece en la legislación mercantil el Código de Comercio, en muchas de sus normas se percibe aún la tradición indiana.

5. La historia del derecho penal argentino sólo ha sido objeto de estudios parciales por parte de los historiadores del derecho, faltando la realización de uno general. Desde el siglo XVIII se manifestó que la parte del orden jurídico que con más urgencia necesitaba ser reformada era la criminal, requiriéndose una revisión de los delitos y de las penas que desde el medievo formaban parte de esta rama. Así lo proclamaba Manuel de Lardizábal en su *Discurso sobre las penas* (1782). Sin embargo, fue tardíamente sancionada la nueva legislación referente a este ámbito del orden jurídico.

Desde la Revolución y hasta la tardía codificación, mantuvo su vigencia el derecho penal indiano, caracterizado por la severidad de los métodos inquisitivos y las penas legales. Continuó la aplicación de las Recopilaciones de Castilla y de Indias, y supletoriamente las Partidas. Pero

sin perjuicio de la vigencia de esos cuerpos legales, a partir de 1810 se fueron sancionando dos grupos de disposiciones en cierto modo contradictorias: las que tendían a reprimir con firmeza ciertos delitos, creando incluso tribunales especiales, y las que aspiraban a transformar el derecho penal respetando los derechos humanos. Aparecieron así, de acuerdo con este último criterio, declaraciones y garantías que luego serían incorporadas a la ley suprema de 1853.<sup>113</sup>

Sin embargo, la práctica de los tribunales atenuaba el rigorismo de la legislación, dejando amplio margen al arbitrio judicial siguiendo de esta forma la tradición indiana. De acuerdo con el principio liberal de la supremacía de la ley, se establece que para ser válidas las sentencias en las

<sup>112</sup> Zorraquin Becú, *Historia del derecho argentino, cit.*, nota 18, p. 311.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 276.

causas criminales, ellas deben ser pronunciadas por su texto expreso y la infracción a ello constituía un crimen para el magistrado a cuyo cargo, de darse ese supuesto, se le imponía el pago de las costas y los daños y perjuicios causados. Pero al mismo tiempo, se autoriza al juez a apartarse del texto legal, pues le es permitida la imposición de las penas a su arbitrio según la naturaleza y circunstancias de los delitos, eximiéndolo de la observancia de ellas cuando por atroces e inhumanas han sido proscritas o moderadas por la práctica de los tribunales superiores.<sup>114</sup>

Sólo con el Proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor de 1868 se inicia la modernización de esta rama del derecho,<sup>115</sup> que si bien no es aprobado como ley nacional lo adoptarán como derecho positivo ocho provincias,<sup>116</sup> y otra hará suyo el posterior proyecto de Villegas, Ugarriza y García.<sup>117</sup> El Código nacional recién se sanciona en 1886 y comienza a regir el 1o. de marzo de 1887. El tema de los antecedentes del proyecto de 1868 es una cuestión compleja, pero nos interesa señalar que “las fuentes españolas no son dejadas de lado. Se utilizan las Partidas, las Leyes de Estilo, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, así como los Códigos españoles más recientes, en particular, los de 1848 y 1850”.<sup>118</sup> Hasta 1887, en las provincias de Jujuy y Santiago del Estero, estuvo vigente el derecho penal indiano.<sup>119</sup>

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Un tema que corresponde analizar y que sólo lo dejo planteado es el referente a si esa cultura y ese derecho indiano eran interpretados a la luz de los nuevos principios que se proclamaban, si por lo contrario se lo hacía conforme a la tradición indiana, o bien cómo jugaban ambas influen-

<sup>114</sup> Reglamento Provisorio de 1817, sección cuarta, capítulo tercero, artículos 13 y 14.

<sup>115</sup> Ver Álvarez Cora, Enrique, “La génesis de la penalística argentina (1827-1868)”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 30, 2002-2003, pp. 13-86.

<sup>116</sup> Nilve, Moisés, “El Proyecto Tejedor en la historia del derecho argentino”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 7, 1956-1957, pp. 56-64.

<sup>117</sup> Villegas, Sisto *et al.*, *Proyecto de Código Penal*, Buenos Aires, 1881. Véase Vivas, Mario Carlos, “El proyecto nacional de 1881 como Código Penal de la provincia de Córdoba”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 4, 1976-1977, pp. 305-323.

<sup>118</sup> Laplaza, Francisco P., “El proceso histórico de la codificación penal argentina”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 24, 1978-1979, p. 78.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 85.

cias y en qué medida cada una. Es una cuestión difícil de determinar y estimamos que no puede establecerse una regla para toda la extensión del territorio de la Provincias Unidas. Un ejemplo de ello es la libertad de cultos que es declarada en Buenos Aires sin mayores inconvenientes a pesar de algunas críticas, las cuales en su mayor parte provienen de hombres del interior.<sup>120</sup> Otra fue la situación en la provincia de San Juan cuando se la proclama en la Carta de Mayo, que determinó la caída del gobernador que la inspiró, la cual fue quemada públicamente en virtud de una disposición aprobada por la legislatura, como también la que se planteará en el Congreso General Constituyente de 1824-1827, que declara, al igual que los textos constitucionales anteriores y el de las otras provincias, religión del Estado a la católica y elude tratar la cuestión de la libertad de cultos.

Además, debemos determinar qué parte del aparato normativo e instituciones indianas subsisten en el periodo, hasta qué momento, con qué condicionamientos y alcances, como asimismo en qué medida aparecen nuevas instituciones con fundamento en el antiguo derecho o en la tradición jurídica indiana. El problema es complejo y más aún en un Estado como el argentino que a partir de 1820 carece de una autoridad nacional, y donde las provincias se declaran “soberanas” hasta la reunión de un congreso general al que concurran sus representantes, formando luego todas ellas un Estado federal a partir de 1853, coexistiendo de esta manera ordenamientos locales junto al nacional, por lo cual la respuesta a esos interrogantes no es uniforme. A pesar de lo intrincado, deben encararse esos estudios con relación a las instituciones que no han sido aún consideradas y ampliarlo con respecto a las que lo fueron.

Entendemos que la cuestión no ha sido suficientemente analizada y cuando se trató de hacerlo fue generalmente buscando el cambio y no para determinar si existió una permanencia de las antiguas valoraciones. A ello corresponde agregar que los estudios sobre el particular tuvieron por lo general el ámbito porteño, sin introducirse o haciéndolo notoriamente en menor medida en las ideologías que predominaban en las provincias. Si bien no participamos de la tajante división entre historia externa e interna del derecho, pues toda indagación reviste los dos caracteres, aunque predomine uno de ellos muchas veces en proporción notable, en

<sup>120</sup> Véase Sierra, Vicente D., *Historia de la Argentina (1819-1829)*, 2a. ed., Buenos Aires, 1970, t. VII, pp. 463 y ss.

nuestra opinión, en la Argentina ha prevalecido el examen externo de las instituciones y del ordenamiento jurídico, y ello es el origen de las objeciones señaladas, estudiar los cambios y omitir analizar la tradición, sin apreciar que se encara el estudio de un proceso de lenta transformación mediante el cual debe determinarse, evidentemente entre otras cosas, en qué medida persisten las antiguas valoraciones y cómo influyen las nuevas corrientes ideológicas.

También somos conscientes de que la indagación presenta problemas derivados de la coexistencia de ordenamientos jurídicos de catorce provincias con el de la nación, a lo que debe agregarse que no se conserva mucha documentación con la que sería necesario contar. Por último, corresponde señalar que esta ponencia es un adelanto de parte de un proyecto de investigación de tres años, plazo que podrá extenderse, del cual recién han transcurrido sólo ocho meses y cuyo primer año tiene por objeto determinar el estado de cuestión.