

LA JURISDICCIÓN ARBITRAL INDIANA. SU CONTINUIDAD DESPUÉS DE LA REVOLUCIÓN EN BUENOS AIRES (1810-1880)

José María DÍAZ COUSELO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los árbitros en la obra de Castro*. III. *La jurisdicción arbitral en Esteves Sagui*. IV. *La cuestión en Malaver*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho desarrollamos con nuestro colega, el profesor Ezequiel Abásolo, un proyecto relativo a la continuidad de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX en los territorios que integraron la América española. Dentro de esa línea de investigación, en este trabajo se analiza la normativa vigente en la denominada jurisdicción voluntaria o sea la de los árbitros y de los amigables compondores en la Provincia de Buenos Aires desde 1810, y la continuidad con relación a ella de esa cultura y de la vigencia del derecho elaborado acorde con la ella, hasta la sanción del Código de Procedimiento en materia Civil y Comercial de 1880.¹ Durante ese periodo el camino seguido en Buenos Aires pudo ser diverso a los andados por las otras provincias, pues desde la crisis de 1820 se dan su propia legislación con relación a todos los ámbitos del derecho, hasta la organización nacional que normativamente se concreta con la sanción de la Constitución de la

* Catedrático consulto de la Universidad de Buenos Aires; profesor distinguido de la Pontificia Universidad Católica Argentina; miembro titular del Instituto Internacional de Investigaciones de Historia del Derecho Indiano y del Instituto de Investigaciones del Derecho (Buenos Aires).

¹ Suplanta a la Ley de Enjuiciamiento Civil y Comercial, de corta vida, sancionada en 1878.

Confederación Argentina de 1853,² aunque con relación al tema que nos ocupa debe destacarse que esa Constitución establece la competencia de cada provincia para sancionar sus normas procesales y así continúa siendo hasta el presente. Después de 1880 el derecho procesal indiano en la provincia de Buenos Aires es derogado en todo lo que sea contrario a lo dispuesto por ese Código,³ conservando el carácter de legislación supletoria. Quedan así delimitados los ámbitos material, espacial y temporal de este estudio.

Antes de continuar el desarrollo, estimamos oportuno, precisar el alcance que damos a algunos conceptos como tradición, pervivencia y derecho indiano. Tradición en el caso que nos ocupa es la trasmisión de elementos de la cultura y valoraciones jurídicas indianas al régimen republicano que se instalará luego de la secesión de los territorios americanos de la Corona española. Con la expresión pervivencia hacemos referencia a la continuidad del derecho indiano a pesar de los cambios ideológicos que se exteriorizan luego del hecho revolucionario y que venían germinando desde décadas anteriores. Por derecho indiano, frente a la corriente que atiende solo a las normas dadas para el Nuevo Mundo, que constituyen el denominado derecho indiano en sentido estricto, participamos de la que considera la totalidad del ordenamiento o del sistema jurídico vigente en las Indias.⁴

En nuestro intento utilizaremos las obras de doctrina elaboradas con relación al derecho procesal civil durante el periodo, que tienen en mira el ordenamiento jurídico vigente en la provincia de Buenos Aires, por lo cual haremos una breve referencia a esos textos. El primero en aparecer fue el *Prontuario de Práctica Forense* de Manuel Antonio de Castro editado en 1834,⁵ después de su muerte acaecida en 1832, y del cual existe una segunda edición de 1865.⁶ El maestro Ricardo Levene, que dedicó

² Buenos Aires constituida en Estado separado en 1852, recién se incorpora a la Confederación en 1860.

³ Artículo 814 del Código.

⁴ Sobre estas cuestiones nos remitimos a los desarrollos mayores que sobre ellas hacemos en nuestro estudio "La tradición indiana y la formación del argentino", *Temas de historia argentina y americana*, Buenos Aires, núm. 7, julio-diciembre de 2005.

⁵ Castro Manuel, Antonio, *Prontuario de Práctica Forense*, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1834. Hay reedición facsimilar con un apéndice documental y noticia preliminar de Ricardo Levene, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1945.

⁶ *Ibidem*, *Prontuario de Práctica Forense*, 2a. ed. aumentada con notas en que se exponen las variaciones introducidas por las leyes o la jurisprudencia, desde la época en

gran atención a la labor de su autor, nos dice que “el doctor Castro dejó inédita la obra, que dos años después publicó con notas y ampliaciones Dalmacio Vélez Sarsfield”,⁷ quien también fue el autor de las tres páginas dedicadas a dar noticia del autor, que sin firma preceden al texto del *Prontuario*.⁸ Lo mismo sostiene Cháneton cuando señala que la contribución de Vélez a la obra del jurista salteño fue importante y si bien su nombre “no aparece para nada en el libro, ni en la primera edición que él dirigiera, ni en la que, años más tarde, realizaron los herederos del autor, se sabe sin embargo, que fue su editor y que son suyas las notas, las citas de leyes y algunos capítulos nuevos individualizados con asteriscos”.⁹ Coincide con ellos Ricardo Zorraquín Becú.¹⁰ Ninguno de estos distinguidos autores indica la fuente en que apoyan sus afirmaciones. La segunda edición fue actualizada por José Domínguez, según señala Cháneton¹¹ y también se desprende de una cita realizada por Malaver,¹² jurista contemporáneo de aquél. Levene señala que tres obras constituyen el primer sistema de enseñanza del derecho en la iniciación del Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos y una de ellas el *Prontuario* de Castro “representa la corriente del derecho indiano y patrio propiamente dicho”, por lo cual estima que “tiene gran valor para el estudio

que se publicó la primera edición, Buenos Aires, Imprenta de la Nación Argentina, 1865. Un análisis de esta edición la realiza Ezequiel Abásolo, en un estudio titulado *Las sanas doctrinas del doctor Castro en los tiempos de la codificación*, que presentó en el Congreso Internacional “De la Novísima recopilación (1805) al Código de Bello (1855) Bicentenario y sesquicentenario”, organizado por la Universidad de Chile, Santiago de Chile del 3 al 5 de agosto de 2005, que se encuentra inédito y tuvo la gentileza de facilitar una copia.

⁷ Levene, Ricardo, *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1941, p. 115.

⁸ *Ibidem*, p. 15 en texto y nota 1, donde dice *Noticias sobre la vida del autor*, sin firma, pero pertenecientes a Dalmacio Vélez Sarsfield.

⁹ Cháneton, Abel, *Historia de Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, reedición, 1969, p. 561.

¹⁰ Zorraquín Becú, Ricardo, “La formación intelectual de Vélez Sarsfield”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 15, 1964, pp. 164 y ss. Reproducido en Zorraquín Becú, Ricardo, *Estudios de historia del derecho*, Buenos Aires, 1992, t. III, pp. 417 y ss.

¹¹ Cháneton, Abel, *op. cit.*, nota 9, p. 562, nota 18.

¹² Malaver, Antonio E., *Curso de procedimientos judiciales en materia civil y mercantil*, Imprenta de Pablo Coni, Buenos Aires, 1875, t. I, p. 393, nota 2, donde sostiene que “la nota 33, al núm. 147 del *Prontuario* del señor Castro” pertenece al doctor don José Domínguez anotador de la segunda edición.

de nuestra bibliografía jurídica”, aunque admite que constituye “una exposición sintética en 617 párrafos, utilizada por abogados y estudiantes de la Academia”.¹³ Castro fue el principal jurista rioplatense de las décadas iniciales del siglo XIX y su obra tiene la importancia de haber sido la primera que se escribió en estas latitudes sobre procedimiento judicial, pero coincidimos con Zorraquín Becú cuando afirma que “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” junto con otros destacados textos.¹⁴

La segunda obra sobre la materia fue el *Tratado elemental de procedimientos civiles en el Foro de Buenos Aires*¹⁵ de Miguel Esteves Saguí, que presenta una más correcta sistematización y dedica mayor extensión al estudio de las distintas instituciones procesales. Lo finalizó hacia el término de la época de Rosas, pues aunque el pie de imprenta señala el año 1850 en que comenzó a concretarse la edición, de la nota a los suscriptores con que se cierra el libro, se desprende que concluyó y el texto íntegro circuló después del 3 de febrero de 1852, pues de ella surge que su publicación terminó cuando “ese hombre [Rosas] ha concluido de la escena política”.¹⁶ Para Levene el *Tratado* de Esteves Saguí “no logró reemplazar al citado “Prontuario de Práctica Forense”, de Castro”¹⁷ y “con sus nutridas ochocientas páginas casi”¹⁸ y sin lograr “sobrepasar los

¹³ Levene, Ricardo, *La Academia...*, *cit.*, nota 7, p. 115. Las otras obras a que hace referencia, además de la de Castro, son: 1) Sáez, Antonio, *Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes*, correspondiente al curso que dictó en la Universidad de Buenos Aires en 1822 y 1823, que califica de tendencia filosófica, de la cual no existe edición contemporánea al autor, véase Sáez, Antonio, *Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes*, con noticia preliminar de Ricardo Levene, *Instituto de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1939; donde de la primera parte se reproduce el informe de la Comisión nombrada para censurar el curso de 1822 y fragmentos que de ella se conservan, e íntegramente la segunda parte correspondiente al curso de 1823, con base en la copia existente en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Buenos Aires; 2) Somellera, Pedro, *Principios de derecho civil*, tomo primero, Buenos Aires, 1824, al que le achaca de ser una glosa de Bentham, bajo la inspiración de Rivadavia. De esta obra existe reedición facsimilar, con nota preliminar de Jesús, H. Paz, *Instituto de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1939.

¹⁴ Véase Zorraquín Becú, Ricardo, “La formación...”, *cit.*, nota 10, p. 165, nota 28.

¹⁵ Esteves Saguí, Miguel, *Tratado elemental de los procedimientos civiles en el Foro de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Americana, 1850.

¹⁶ *Ibidem*, pp.785 y ss.

¹⁷ Levene, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1958, t. X, pp. 660.

¹⁸ El *Prontuario de Castro*, *cit.*, tenía 264 pp.

méritos” de aquél “tiene el significado de haber afirmado y consolidado la orientación nacional de la nueva legislación argentina a dictarse, ...preparando así la etapa de la codificación propia”.¹⁹ Como único fundamento de que no logró sobrepasar los méritos de Castro, señala que se hizo una segunda edición del *Prontuario* en 1865. En el mismo sentido se expresa Cháneton para quien “el excelente manual del doctor Castro fue, hasta la aparición del libro de Esteves Saguí, el texto obligado para el estudio del derecho procesal, sin que lograra desalojarle en el favor de los maestros y alumnos ni le alcanzara en autoridad, el de este último”,²⁰ dando el mismo fundamento que Levene. La premisa en nuestra opinión carece de suficiente fundamento.

La enseñanza del derecho procesal se desarrollaba en la Academia de Jurisprudencia fundada en 1815 por Manuel Antonio de Castro, teniendo por modelo la Academia Carolina de Charcas. Esta institución pasa a depender de la Universidad de Buenos Aires en 1871 y es suprimida en 1872, año en que se crea la nueva cátedra de procedimientos cuyo primer profesor fue Malaver.²¹ En la advertencia preliminar de su *Curso de Procedimientos Judiciales en materia civil y mercantil*, señala la dificultad que tuvo para redactarlo “en una época en que esta parte de nuestra legislación entraba en la reforma, apenas iniciada con la nueva organización que la Constitución de 1873 ha dado a los Tribunales de la Provincia ...porque nos faltaban, y nos faltan aun, las leyes orgánicas de esos Tribunales y las reglamentarias de los juicios”. Es que el cambio de la tradición indiana y la consiguiente sustitución del derecho indiano en lo relativo a la administración de justicia y al trámite judicial recién se afirma con esa Constitución, las leyes de la Organización de la Justicia de 1881 y de la Justicia de Paz de 1887 en lo concerniente a lo primero; y con los códigos de procedimientos en materia civil y comercial de 1880 y en lo criminal de 1896, en cuanto a lo segundo. A pesar de esa situación, emprende la labor pues los estudiantes carecen de un libro apropiado para la enseñanza de la asignatura “pues no se hallan en venta ejem-

¹⁹ Levene, Ricardo, *Historia...*, *cit.*, nota 17, pp. 661 y ss. Véase Esteves Saguí, Miguel, *op. cit.*, nota 15, p. XIV.

²⁰ Cháneton, Abel, *op. cit.*, nota 9, p. 562.

²¹ Sobre el tema véase Levene, Ricardo, *Historia...*, *cit.*, nota 17, pp. 665 y ss.; *La Academia...*, *cit.*, nota 7, p.122. Seane, María Isabel, *La enseñanza del derecho en la Argentina*, Buenos Aires, 1981, pp. 61 y ss. 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. 25, 1979, p. 245.

plares de la obra del doctor Esteves Saguí, ni de la última edición del *Prontuario* del señor Castro, ni siquiera del Manual”, que en unión con otros profesores había publicado en 1870”.²²

Este *Curso de Malaver* es la tercera obra.²³ Ella debía componerse con dos tomos, pero el segundo no se publicó, tal vez por la proximidad de la sanción del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial para la provincia de Buenos Aires de 1880, que luego se declaró vigente para la justicia ordinaria de la federalizada Ciudad de Buenos Aires, según lo dispuso el artículo 312 de la ley del 15 de diciembre de 1881 de organización de los Tribunales de la Capital de la República. Ese código fue el fruto de una labor que comenzó en 1867, cuando se comisionó a José Domínguez, entonces miembro del Superior Tribunal de Justicia de Buenos Aires, para formular un proyecto de ley de enjuiciamiento civil basado en la Ley núm. 50,²⁴ trabajo que presentó en 1868 junto con otro de organización de los tribunales, aunque con relación al primero siguió otras fuentes además de la señalada y cuya revisión se encomendó a una comisión designada por el poder ejecutivo en 1869,²⁵ que presenta sus modificaciones en 1870.²⁶

El código no fue sancionado, por lo cual retoma la iniciativa la Corte Suprema de la provincia en 1875 formulando un proyecto que dio origen a la *Ley de enjuiciamiento civil y comercial* 1878 y que tiene por base el que había elaborado el doctor Domínguez. Las críticas que esta ley recibió determinó que poco después una comisión de diputados²⁷ lo revisara y el resultado de esa tarea fue el *Código de procedimientos en materia civil y comercial* de la Provincia de Buenos Aires. De ello se deduce que cuando aparece el tomo primero del *Curso de Malaver* (1875) ya estaba muy adelantada la labor para concretar el código, por lo cual no siguió

²² Malaver, Antonio E., *op. cit.*, nota 12, pp. 5 y ss.

²³ Véase nota 12.

²⁴ Ley de Procedimientos ante los Tribunales Federales del 14 de septiembre de 1863.

²⁵ La integraban los doctores Juan Carlos Gómez, Octavio Garrigós y Juan Agustín García.

²⁶ Véase *Proyecto de ley sobre organización de los tribunales y su jurisdicción reformado por la Comisión Examinadora*, Buenos Aires, Imprenta del siglo, 1870. En su segunda parte aunque no aparece en la tapa se transcribe íntegramente el “Proyecto de enjuiciamiento civil y comercial reformado por la Comisión Examinadora” señalando las modificaciones que se introdujeron al proyecto del doctor José Domínguez.

²⁷ La constituían Antonio Bermejo, Ceferino Araujo, Ángel Blanco, E. Casares, José M. Bustillo y Luis Correa Largaía.

con esta obra, tal vez esperando que se sancionaran las leyes de organización judicial y de procedimientos para elaborar una “exposición razonada, estudiándola a la luz de los principios”, en una obra que se había propuesto escribir desde que fue designado profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, según anuncia en la “advertencia” liminar de su *Curso*.²⁸

Consideramos esa obra de Malaver y omitimos su antecedente, el *Manual de procedimientos civiles y comerciales adaptado al uso de los practicantes de jurisprudencia* que publicó en 1870 junto con sus colegas Juan José Montes de Oca, José María Moreno y Juan S. Fernández que está constituido por comentarios exegéticos a las leyes de procedimientos que tenía por destinatarios a los estudiantes de la Universidad de Buenos Aires, y consideramos el *Curso* por ser de mayor mérito científico y de más prolija elaboración. Coincidimos con la afirmación de Levaggi de que esta obra de Malaver “es para la época un estudio profundo del proceso en general y de diversas cuestiones vinculadas al mismo, aunque la advertencia que lo precede dice que es un simple resumen del curso universitario del autor”.²⁹

En la Argentina independiente la esencia del antiguo procedimiento hispano indiano no sufrió ningún cambio de significación hasta fines del siglo XIX. Si en uno de los ámbitos en los cuales con más intensidad y duración se manifiesta la tradición jurídica indiana es el relativo a la administración de justicia, como lo señalamos en un trabajo anterior, a la cual sólo se realizaron los ajustes exigidos por las nuevas y variantes circunstancias políticas, que no implicaron un cambio sustancial cuantitativa ni cualitativamente, pues sus órganos continuaron funcionando con el rumbo que les marcaba la herencia recibida, manteniéndose hábitos y prácticas, a pesar de intentar mediante algunas modificaciones en el lenguaje empleado dar la apariencia de que el nuevo orden se diferencia del anterior.³⁰ Pero si ello fue así con relación a uno de los poderes del Estado, en momentos en que se proclamaba necesidad de su urgente organi-

²⁸ Levene, *op. cit.*, nota 17, pp. 665 y siguiente. Levaggi, *op. cit.*, nota 21, pp. 242 y ss. *Ibidem*, “La codificación del procedimiento civil en la Argentina”, *Revista Chilena de Historia del derecho*, Santiago, Chile, núm. 9, 1983, pp. 225 y ss. Malaver, *op. cit.*, nota 12, p. 5.

²⁹ Levaggi, “Desarrollo del derecho procesal...”, *cit.*, nota 21, p. 246.

³⁰ Sobre la cuestión me ocupo en “Pervivencia indiana y cambio en la organización de la justicia ordinaria en Buenos Aires (1810-1854), trabajo presentado en el XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que tuvo lugar en Córdoba, España, en septiembre de 2005, y que se publicará en las Actas respectivas.

zación de acuerdo con la doctrina de la división e independencia de ellos, podemos afirmar que ese apego a la tradición indiana se manifestó aun con mayor fuerza en el ámbito del procedimiento civil y que en lo concerniente a la regulación de la jurisdicción arbitral puede afirmarse que pasó el derecho indiano incólume hasta la codificación (1880).

II. LOS ÁRBITROS EN LA OBRA DE CASTRO

Castro al tratar la cuestión que nos ocupa no cita ninguna norma de derecho patrio, entendiéndolo por tal al sancionado con posterioridad a la Revolución de mayo de 1810. Su libro se divide en tres “tratados”. En el primero dedica a la jurisdicción arbitral tres pequeños párrafos que ocupan menos de una página³¹ y en el segundo uno solo al considerar los instrumentos que traen aparejada ejecución, carácter que reviste “la sentencia de árbitros iuris, o arbitradores, en quienes las partes comprometieron”, aplicándose a la demanda que exige su cumplimiento las normas del juicio ejecutivo.³² Es evidente que los demás temas relacionados con la jurisdicción arbitral, los considera extraños al objeto de su obra, pues como su título lo señala es un resumen de reglas aplicables a la actividad forense. Con relación al tema tratado en este trabajo, no existe diferencia entre las dos ediciones del *Prontuario* en cuanto al texto, como tampoco entre las notas,³³ que se remiten a las Partidas y a la Curia Filípica.

Castro distingue entre la jurisdicción forzosa y la voluntaria. La primera dice que es la que “ejerce actualmente el juez en los súbditos de su territorio” y la segunda “es la que puede ejercer en los que, sin ser sus súbditos, se quieren someter a ella prorrogándola” lo cual implica la extensión de la jurisdicción “al caso o persona, a que por su constitución no se extiende” y en consecuencia “solo puede prorrogarse la jurisdicción al que tiene alguna”.³⁴

³¹ Tratado I. Orden y forma de la del juicio civil ordinario. Capítulo 1o. Del juicio en general y de las personas que intervienen en él, párrafos 33, 34 y 35.

³² Tratado II. Naturaleza, orden y forma del juicio ejecutivo. Capítulo 1o. De la naturaleza y objeto del juicio ejecutivo: de las cosas que traen aparejada ejecución, y de la prescripción de la vía ejecutiva, párrafo 378.

³³ Las notas son cuatro; tres pertenecen al autor y una al anotador.

³⁴ Castro, *op. cit.*, nota 5, párrafos 31 y 33, pp. 12 y siguiente. Las citas que efectúa el autor son Partida III, t. 2, 32 y Curia Filípica Parte 1a. del juicio civil § 4 núm. 27. El anotador agregó además de la ley 32 citada, la 20 de la misma Partida y Recopilación de Castilla, libro II, t. 14, 17.

Luego se ocupa de los “jueces árbitros” a quienes entiende que “la ley de Partida define exactamente *avenidores, que son escogidos y puestos por las partes para librar la contienda que es entre ellos*”, a los cuales considera que se los denomina impropiaemente jueces “porque no ejercen potestad pública judicial conferida por la ley, sino el poder, que les dan las mismas partes para decidir de sus derechos”, los cuales pueden ser árbitros de derecho y árbitros arbitradores o amigables componedores, para los cuales el título de su jurisdicción es el compromiso de las partes.³⁵ De lo expuesto se desprende que no incluye a los árbitros en la jurisdicción voluntaria, pues esta existe cuando las partes de conformidad prorrogan la jurisdicción de un juez al que no se encuentran sometidas. Los árbitros conforman otra categoría, pues su potestad surge del poder que le otorgan los comprometentes, y sería de origen convencional con lo cual no queda clara cual es la naturaleza del arbitraje forzado.

III. LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN ESTEVES SAGUÍ

Mayor es el análisis de la jurisdicción arbitral que realiza Esteves Saguí, a la que dedica veintidós páginas. Considera la cuestión en dos lugares de la obra. En el título primero de la primera parte del *Tratado* rotulado “de la jurisdicción voluntaria” se ocupa en la parte preliminar de cuestiones generales relacionadas con la institución, como ser su concepto y el arbitraje obligatorio, para luego analizar en tres capítulos sucesivos los requisitos que deben reunir los árbitros, los comprometentes y el compromiso. En la sección primera de la segunda parte de la obra se ocupa “del procedimiento ante los árbitros en general”, tratando en un comienzo de manera genérica la cuestión, para luego en tres títulos dedicarse específicamente “del modo de proceder en particular ante los árbitros de derecho”, “del modo de proceder en particular ante los árbitros arbitradores” y al “pronunciamiento del laudo y extinción del compromiso”. A la jurisdicción arbitral dedica en total cuarenta y un párrafos cada uno de ellos notoriamente más extensos a aquellos que Castro dedicó a la cuestión, 21 en la primera parte del *Tratado*³⁶ y 20 en la segunda,³⁷

³⁵ Castro, *op. cit.*, nota 5, párrafos 33, 34 y 35, p. 13. Las citas que efectúa el autor son Partida III, ts. 4o., 23 y ss.; Recopilación de Castilla, libro IV, ts. 21, 4 y Curia Filipica, libro II, cap. 14, núm. 17.

³⁶ Páginas 3-11.

³⁷ Páginas 68-82.

incluyendo 39 y 57 notas en cada parte respectivamente, con las cuales funda su desarrollo, tres de ellas se refieren a las normas del derecho patrio que se señalan en el párrafo siguiente, nueve al derecho romano, cinco de las cuales son compartidas con el derecho indiano y todas las restantes al derecho indiano, en el sentido que le asignamos.

A pesar de la extensión con que trata el tema, el derecho patrio aparece, como señalamos, sólo en tres notas en las que cita únicamente el artículo 7o. del Reglamento de Justicia de 1813, en cuanto establece un arbitraje obligatorio en asuntos que presenten grandes dificultades... siendo la diferencia demasiado difícil, o que no pueda resolverse sin escándalo³⁸ y la ley de aduanas, que establece un juicio arbitral especial cuando se suscita una diferencia entre el vista y el interesado.³⁹ Ambos revisten la categoría de arbitraje obligatorio y no convencional. Salvo estas dos cuestiones, todo el resto del desarrollo lo funda normativamente en las Partidas,⁴⁰ la Recopilación de Castilla,⁴¹ las Ordenanzas de Bilbao,⁴² la Recopilación de las Leyes de Indias,⁴³ el Fuero Juzgo,⁴⁴ el Fuero Real,⁴⁵ las Leyes de Estilo⁴⁶ y el derecho romano.⁴⁷ En cuanto a la

³⁸ Registro Oficial de la República Argentina (en adelante BORA.), t. I, Buenos Aires, 1879, p. 230; “Cuando un asunto presente grandes dificultades, ya sea sobre cuentas o sobre alguna otra cosa que para su decisión requiera la intervención de peritos; en el segundo caso ordenará el juez a las partes que los nombren y de lo que resulte de su operación fallará definitivamente sin mas formalidad. En el primero, siendo la diferencia demasiado difícil o que no pueda resolverse sin escándalo, hará que se comprometan en árbitros arbitradores y amigables componedores, llevando a debido efecto, sin recurso que lo impida, la sentencia arbitral que pronunciaren”.

³⁹ Ley del 18 de diciembre de 1835, capítulo VI, artículos 2o. y ss., BORA, Buenos Aires, t. II, 1880, p. 360.

⁴⁰ Partida III, ts. 2, 18, 19, 20, 24, 35, 36 y 37; ts. 3,7; ts. 4, 4, 6, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34 y 35; ts. 5, 10; ts. 10, 8; t. 16, 33 y 38; ts. 18, 27 (al fin) y 106; ts. 22, 1, 5, 7, 17 y 24; ts. 23, 13 (otro si decimos) y 17 (al fin). Partida V, ts. 14, 49. Partida VII, ts. 7, 8.

⁴¹ Libro II, ts. 4, 5; t. 5, 6, 13 y 17 y ts. 11, 2. Libro III, ts. 9, 3, 7 y 8. Libro IV, ts. 21, 4; ts. 25, 13. Libro V, ts.16, 1 y 2.

⁴² Artículo 16, capítulo 10.

⁴³ Libro II, ts. 16, 81.

⁴⁴ *Ibidem*, ts. 1, 25.

⁴⁵ *Ibidem*, ts. 13, 4.

⁴⁶ Ley 218.

⁴⁷ Todas las citas son del Digesto. Libro 4, t. 2, *Quod metus causa gestum erit*, 21; ts. 8 *De receptis qui arbitrium receptorum, ut sententiam dicta*, 7, 9 § 1, 11 § 1, 32 § 1. Libro 23, ts. 2 *De ritu nuptiarum*, 22. Libro 29, ts. 2, *De acquirenda vel omittenda hereditate*, 85.

doctrina de los juristas se apoya en Diego de Covarrubias,⁴⁸ Juan de Hevia Bolaños,⁴⁹ Eugenio de Tapia,⁵⁰ Luís de Molina⁵¹ y Gregorio López,⁵² sin indicar la edición de las obras que utilizó, por lo cual indicaremos en nota las citas como las realiza el autor.

Para Esteves Saguí la jurisdicción arbitral es jurisdicción voluntaria no siguiendo en esto a Castro, pues sostiene que ella existe “cuando la facultad de conocer y sentenciar no emana de pública autoridad, sino del convenio y consentimiento de los particulares que se hallan en casos litigiosos”, pero agrega que “sin embargo que decimos voluntaria, y que esto mismo supone la existencia de convenio y consentimiento espontáneos, la ley ha creído deber exigir éste, aun coercitivamente, cuando no hay convenio espontáneo, o suplir ese consentimiento y darle por otorgado en caso de renuencia. El bienestar y paz de las familias, el apartamiento de escándalos o de conflictos en la administración de justicia, han sido los fundamentos de una medida semejante. Así es que en esta parte cuadra aquel principio antiguo tan paradójico: “coacta voluntas, voluntas es”.⁵³

Efectúa una severa crítica a la ley de la Nueva Recopilación de Castilla que establece que pueden ser árbitros quienes han cumplido los catorce años y son menores de dieciocho si los comprometedores lo sabían. Afirma que le “parece harto ridículo que a un niño, que puede ser que aun no haya alcanzado ni a la pubertad natural, se le confíe la decisión de un asunto contencioso cualquiera, por la poca importancia que sea, si no es juego de niños. Pero ello es una ley. ¡Extrañas contradicciones en los legisladores españoles! Comparecer en juicio por asuntos propios, no permiten ni al que tenga veinticuatro años; y permiten sin embargo confiar al de catorce la resolución de un asunto que, aunque por juicio arbitral, al fin es punto de justicia... Creemos que entre nosotros y con razón no podría aun en los Tribunales dejarse de mirar con desden semejante

⁴⁸ Libro 2, capítulo 13. Parlad. *Quotid.* Libro 2, capítulo Fin. 1a. artículo § núm. 10.

⁴⁹ Curia Filípica, *Compromiso*, libro 2o. capítulo 14 núm. 11.

⁵⁰ Febrero Novísimo. Libro 3, título 2, capítulo 3, núm. 10, t. 4.

⁵¹ *De iustitia et iure*, t. 6, tratado 5, 44 núm. 5, s/e.

⁵² Glosa 4a. en la Ley 29, título 4, Partida 3a.

⁵³ Esteves Saguí, *op. cit.*, nota 15, pp. 3 y ss. De los cinco supuestos que señala que deben resolverse mediante arbitraje obligatorio, uno solo tiene fundamento en el derecho indiano y se relaciona con las diferencias durante o a la conclusión del contrato entre los que forman compañías o sociedades (artículo 16, cap.10 de las Ordenanzas de Bilbao). Los otros tienen por fundamento las disposiciones del Reglamento de Administración de Justicia de 1813 y la Ley de Aduanas de 1835.

ley, si el caso llegase; porque cuando la ley pugna abiertamente con la naturaleza y la razón, deja de ser ley...”.⁵⁴ Esta es la única crítica destacada que efectúa al derecho indiano, en las partes del *Tratado* dedicadas a la que llama jurisdicción voluntaria y en las cuales se refiere al procedimiento arbitral desde el compromiso hasta su ejecución, tanto se trate de *árbitros de derecho* y *por árbitros arbitradores*.⁵⁵

IV. LA CUESTIÓN EN MALAVER

Cuando Malaver escribe su *Curso* la situación ha cambiado, pues si bien en el campo del derecho procesal continua vigente el derecho indiano, ha comenzado a modificarse la legislación de fondo con la sanción de los códigos comercial⁵⁶ y civil,⁵⁷ y además Buenos se ha incorporado a la Confederación como provincia y esos códigos rigen en todo el ámbito de la Nación. Por ello, tiene que considerar en su obra las normas del primero en cuanto a los casos de arbitrajes forzados que los aumenta en exceso, y del segundo, aquellas relativas a la capacidad para comprometer las partes la solución de sus diferencias al juicio de árbitros o arbitradores, y las que establecen las cuestiones que no pueden ser sometidas a arbitraje. Además, cuando lo escribe está en auge la tendencia que se manifiesta en la Argentina con la codificación y el apogeo del positivismo, según la cual nuestros juristas miran con simpatía a los comentaristas franceses y por eso no extraña que también en las partes del libro dedicadas a la jurisdicción arbitral se los cite, lo que no hizo Esteves Saguí. Pero en Malaver ello no implica el olvido de la tradición jurídica, sino el interés de destacar otras opiniones, pues el origen del tema que consideramos lo remonta en nuestro derecho al Fuero Juzgo y mantiene las citas de los autores que se utilizaban en el periodo hispánico, a los que también había hecho referencia Esteves Saguí en su *Tratado*.

⁵⁴ Esteves Saguí, *op. cit.*, nota 15, p. 5, nota 2.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁶ Sancionado como código del Estado de Buenos Aires por su Legislatura el 6 de octubre de 1859 y convertido en código nacional por ley del 10 de octubre de 1862 por el Congreso de la Nación, comenzó a regir tres meses después de la fecha de su promulgación que tuvo lugar dos días después, excepto en aquellas provincias que ya lo habían adoptado anteriormente como código para sus jurisdicciones, que además de Buenos Aires fueron Santa Fe (1861) y Entre Ríos (1862) en las cuales continuaba aplicándose en su nuevo carácter sin aguardar plazo alguno.

⁵⁷ Sancionado por Ley del 25 de septiembre de 1869, comenzó a regir el 1o. de enero de 1871.

Realiza un análisis muy detallado de la jurisdicción arbitral, comparándolo con los contenidos en nuestra bibliografía jurídica de la época, mejorando con amplitud al efectuado por Esteves Sagui, que a su vez superó con largueza a Castro. Trata la cuestión en dos lugares de la obra, que son el título primero de la primera parte rotulado “De la jurisdicción voluntaria” que abarca cincuenta y un páginas, conformado con una introducción⁵⁸ y siete capítulos,⁵⁹ y en la sección primera de la segunda parte, título único con el epígrafe “Del procedimiento ante la jurisdicción arbitral”, que lo describe en seis capítulos que ocupan veinticinco páginas de la obra.⁶⁰ En total le dedica 96 párrafos.

Expresa que la jurisdicción voluntaria es aquella que “no emana de pública autoridad, sino del convenio y consentimiento de los particulares que se hallan en casos litigiosos” y sostiene que “ningún medio de terminar las diferencias que, con frecuencia se suscitan entre los hombres por razones de interés, pudo tener lugar antes del arbitraje”, remitiéndose a un pasaje bíblico y al derecho romano.⁶¹ Concretándose a la Argentina sostiene que “en nuestros Códigos, empezando por el Fuero Juzgo”, encontramos a los Jueces entre los árbitros “que iudgan... de voluntad de las partes”⁶² y en el Fuero Real que prohíbe juzgar pleitos al que no fuere puesto por el Rey “o a placer de ambas las partes, que lo tomen por avenencia”.⁶³ Agrega que “las Partidas y Recopiladas tienen multitud de le-

⁵⁸ En la introducción trata del concepto de la jurisdicción voluntaria, sus antecedentes históricos en nuestro derecho que considera como tal al indiano, destaca la existencia de opiniones a favor y en contra de la jurisdicción voluntaria y expresa cual es su posición en esa disputa.

⁵⁹ Los capítulos están rotulados: “Naturaleza del juicio arbitral. División en voluntario y forzado. Casos en que éste tiene lugar” (capítulo 1o.); “Árbitros” (capítulo 2o.); “Compromitentes” (capítulo 3o.); “Cosas sobre las que no puede comprometerse en árbitros” (capítulo 4o.); “Del compromiso” (capítulo 5o.); “De la aceptación y renuncia de los árbitros, y de su recusación” (capítulo 6o.) y “Del poder de los árbitros y arbitradores, y de la extensión de su jurisdicción” (capítulo 7o.).

⁶⁰ Los capítulos están titulados: “Procedimiento común ante árbitros y arbitradores” (capítulo 1o.); “Procedimiento ante los árbitros de derecho” (capítulo 2o.); “Procedimiento ante los arbitradores” (capítulo 3o.); “Del pronunciamiento del laudo, su fuerza y ejecución” (capítulo 4o.); “Recursos contra las sentencias arbitrales y efectos que produce su renuncia (capítulo 5o.) y “Honorarios de los árbitros” (capítulo 6o.).

⁶¹ Génesis, capítulo XXX, v. 37; Digesto, libro IV, ts. 8 *De receptis qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicta*, 32 § 6 y 7; Código, libro 2o., título 56 *De receptis arbitris*.

⁶² Ley 25, título 1o., libro 2o.

⁶³ Ley 2, título 7o., libro 1o.

yes, de que más adelante [hará] mención; y por fin el *Código de Comercio* reconoce y hace obligatorio el arbitraje en numerosos casos”.⁶⁴ Este párrafo reviste gran importancia pues demuestra que un jurista de la jerarquía de Malaver, catedrático de la Universidad de Buenos, además de destacado político, reconoce expresamente en 1875 que la legislación indiana sigue siendo nuestro derecho, evidentemente en todo lo que no haya sido modificado por la legislación patria desde 1810.⁶⁵

En cuanto a la naturaleza de la institución afirma que “es una jurisdicción instituida para un negocio particular, y tiene alguna analogía con el *jurado*” y entiende que “es una jurisdicción, puesto que los árbitros son jueces; porque ellos instruyen la causa, y la sentencian; y porque su decisión se lleva a efecto, por regla general, sin que sufra examen en el fondo del derecho”.⁶⁶ Es defensor de la subsistencia del arbitraje voluntario, pero ve con disfavor la imposición del mismo, aunque analiza detalladamente 22 casos de arbitraje forzado vigente en el momento que escribe. Incluso cuando trata del compromiso señala que “es una convención por la cual las partes estipulan alterar el orden de las jurisdicciones para someter sus diferencias a árbitros o jueces privados, obligándose a respetar y cumplir sus fallos”⁶⁷ y “el compromiso es la base indispensable del arbitraje voluntario: su falta haría insanablemente nulo el laudo pronunciado, porque no hay jurisdicción voluntaria cuando las partes no han querido constituirla. Pero en los casos de arbitraje forzado no es indispensable: en ellos el auto judicial que ordena la sumisión a árbitros, comprobado el mandato de la ley, importa el compromiso. De otro modo sería facultativo de las partes dejar sin efecto el arbitraje”.⁶⁸ En consecuencia se deduce que entiende no estamos en el arbitraje forzado ante el clásico arbitraje, y que el mismo no es una jurisdicción voluntaria. Si bien Malaver funda su obra en el derecho vigente que es el indiano, hace con respecto a esta cuestión una referencia a la doctrina moderna.⁶⁹ Así resalta la opinión de Armand Dalloz⁷⁰ favorable a dirimir las diferencias por medio

⁶⁴ Malaver, *op. cit.*, nota 12, pp. 43 y ss.

⁶⁵ Véase Díaz Couselo, *La tradición indiana...*, pp. 46 y ss.

⁶⁶ Malaver, *op. cit.*, nota 12, p. 46.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 76.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 78.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 44 y ss.

⁷⁰ *Dictionnaire Général et Raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, etcétera*, voz “arbitre”.

del arbitraje y cuanto al arbitraje forzado la posición contraria de Raymundo T. Troplong⁷¹ y la favorable de Víctor Alexis Désiré Dalloz.⁷²

El aparato erudito normativo de las partes del *Curso* relacionadas con la jurisdicción arbitral consta de 256 notas a pie de página, en las que se hace referencia a Partidas,⁷³ el Fuero Juzgo,⁷⁴ el Fuero Real,⁷⁵ la Recopilación de Castilla,⁷⁶ Recopilación de Indias,⁷⁷ Leyes de Toro,⁷⁸ en las Decretales⁷⁹ y en el derecho romano.⁸⁰ En cuanto al derecho patrio, además del ya mencionado artículo del Reglamento de Justicia de 1813, cita numerosos artículos del Código Civil⁸¹ al tratar sobre la capacidad para comprometer en árbitros⁸² y las cuestiones con relación a las cuales no se

⁷¹ “Su obra de la Sociedad, t. 2, núm. 520”.

⁷² *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, voz “arbitre”.

⁷³ Ley 48, títulos 6o., Partida 1a. Leyes 18, 19, 20, 24 y 35, títulos 2o.; 4, 6, 7, 22 a 35, títulos 4o.; 19 título 5o.; 38, título 16; 58, 106, 107, 116 y 118, títulos 18; 17, títulos 22; 17 y 22, título 23; 23, títulos 24; 3, 4 y 5 del título 26 de la Partida 3a. Leyes 8, títulos 10 y 7, 16 y 17, título 11 de la Partida 4o. Leyes 28, títulos 11 y 1 y 3, título 15 de la Partida 5o. Leyes 7, título 6o. y 8o., título 7 de la Partida 7a.

⁷⁴ Ley 25, título 1o., libro 2o.

⁷⁵ Leyes 2 y 4 al fin, título 7o., libro 1o. y ley 4, título 13, libro 2.

⁷⁶ Ley 17, título 5, libro 2o. (5, 11, 5 N. R.). Leyes 9, título 6o. y 3 y 7 del título 9o., libro 3o. (4, 35, 11; 3, 1, 11 y 4, 1, 11 N. R.).

⁷⁷ Ley 81, título 16, libro 2.

⁷⁸ Leyes 55 y 58.

⁷⁹ Libro 1, título 43 *De arbitris*, capítulos 4, 8 y 9.

⁸⁰ Véase nota 61.

⁸¹ Vélez Sarsfield en su proyecto de código estableció en forma una numeración particular para cada título, lo cual se mantuvo al ser sancionado. Al reiterarse la numeración, se hacía necesario para indicar un artículo, señalar primero a que título pertenecía y luego su número, lo que dificultaba las citas. Ello fue solucionado por la ley del 9 de septiembre de 1882, que dispuso se publicara una nueva edición del código con la numeración corrida (véase Salvat, Raymundo M., “El código civil argentino (estudio general). Historia, plan o método y fuentes”, *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1913, pp. 420-437. Ello fue posterior a la fecha en que se editó el *Curso* de Malaver, por lo cual las citas las realiza de acuerdo a las ediciones anteriores, pero a los efectos de agilizar las citas utilizaremos la numeración de acuerdo a la ley indicada.

⁸² Determina que los menores de 22 años, cualquiera sea la edad que tengan, no pueden por sí solos comprometer en árbitros, debiéndolo hacerlo su representante necesario (padre, madre en caso de muerte de aquel o de pérdida o del ejercicio, o bien el tutor), ni aun emancipado por matrimonio, supuesto en que necesita la autorización judicial y en todos los casos con la intervención del Ministerio de Menores. Además el padre o en su caso la madre o el tutor para un compromiso, relativo a bienes o derechos de los menores que no pueden disponer sin autorización judicial, necesitan esa misma autorización

puede celebrarse compromiso,⁸³ aunque algunas de ellas, que las trata en base al derecho argentino, estaban resueltas en forma similar en el derecho indiano, como lo señala el mismo Malaver y además Vélez Sarsfield en las notas puestas al pie de los artículos del Código. También se remite a un número apreciable de normas del Código de Comercio para señalar los casos de arbitraje forzado que en él se establecen, aumentando los supuestos contenidos en el derecho indiano.⁸⁴

(artículos 59, 135, 287, 288, 297, 298, 299, 305, 411, 433, 443, 491 y 494). El curador de ausentes o de incapaces no podía comprometer en árbitros, sino en la forma que pueden hacerlo los tutores, esto es, con intervención del Ministerio Público y autorización judicial (artículos 54, 57, 59, 60, 475 y 488). Tampoco poseía capacidad para celebrar el compromiso la mujer casada sin licencia del marido, pero celebrado sin observar ese requisito, puede ser válido si después el cónyuge lo ratifica expresa o tácitamente (artículos 188, 189, 193, 194, 196 y 197). El marido no podía comprometer en árbitros sin autorización de la mujer bienes propios de ella y siendo esta menor de edad necesita autorización judicial (artículos 1243, 1249, 1250, 1252, 1253 y 1277). El administrador de bienes públicos no puede transigir y análogamente no puede comprometer en árbitros, salvo autorización del Congreso o de la Legislatura Provincial, según el caso (Artículo 481), ni los apoderados sin una cláusula expresa que los autorice (artículos 1870 inc. 6o., 1880, 1881, inc. 3o. y 1882), como tampoco el socio, el condómino o el representante de una persona jurídica sin expresa autorización de acuerdo a derecho (artículos 841 inc. 3o., 1694, 1870 inc. 3o. y 2701) o el heredero beneficiario con respecto a asuntos en que la sucesión tenga interés (artículos 3319, 3324, 3358 y 3383).

⁸³ No pueden someterse a arbitraje las cuestiones relativas al Estado y capacidad de las personas (artículos 6, 7, 166, 843, 844, 845, 846 y 847); las causas criminales con relación a la acción pública, aunque si con respecto a la acción civil (artículo 842); los pleitos sobre bienes públicos o intereses fiscales (artículo 841 inc. 1o.); la validez de las disposiciones de última voluntad (artículo 848); las formas de los testamentos (artículo 3625); a la causa lícita, contra las leyes o buenas costumbres en los actos jurídicos (artículo 953). Con relación a cuando se encuentran en juego intereses públicos o fiscales puede autorizarse por el Congreso o por las Legislaturas de Provincia a comprometer en árbitros o a establecer el arbitraje obligatorio por leyes especiales con relación a casos determinados, que si bien Malaver señala que son varias esas leyes señala una de la Nación del 5 de septiembre de 1862 sobre el Ferrocarril a Córdoba y otra de Buenos Aires relativa al Ferrocarril del Sud (véase nota 3, p. 67 del *Curso*).

⁸⁴ El Código de Comercio establece el arbitraje obligatorio en todas las cuestiones que se susciten entre los socios durante la vigencia del contrato o en su extinción, siendo ellas de carácter social (artículos 511 y 512), que ya lo establecían las Ordenanzas de Bilbao. En algunas de las cuestiones que pudieran tener lugar entre barraqueros o administradores de casas de depósito con los depositantes (artículo 120); entre comitente y comisionista (artículo 360); entre el factor o dependiente y su principal (artículos 157 y 159). También lo establece para aquellas derivadas de contratos comerciales en general, compraventa o arrendamiento mercantiles y depósito (artículos 208, 524, 544, 559, 601 y

Como consecuencia de ello en el desarrollo efectuado en el título primero de la parte primera en 175 citas hay 88 remisiones al derecho indiano y 87 al patrio, y en la sesión primera de la segunda parte, que es netamente procesal encontramos que en 81 notas, efectúa 65 citas de derecho indiano. Ello hace que para fundar la vigencia de sus afirmaciones recurra 153 veces al derecho heredado que continúa vigente y 87 al posterior a la Revolución, pero hay que destacar que las cuestiones que funda en el derecho patrio no son de carácter procesal, pues si bien se relacionan con el arbitraje, son normas de derecho de fondo, como indicamos en el párrafo precedente.

En cuanto a la doctrina de los juristas debemos señalar que las citas no son muy precisas pues a veces solo indican el apellido y no siempre el título de la obra, por lo cual nos ceñimos al texto de Malaver al indicarlas. Menciona a Gregorio López,⁸⁵ Joaquín Escriche,⁸⁶ Juan de Hevia Bolaños,⁸⁷ Eugenio de Tapia,⁸⁸ Víctor Alexis Désiré Dalloz,⁸⁹ Armand Dalloz,⁹⁰ Raymond Théodore Troplong,⁹¹ Paul Pont,⁹² Chabot de l'Allier,⁹³ Charle B. M. Toullier,⁹⁴ Boncenne,⁹⁵ Zachariae.⁹⁶ De autores argentinos cita a Carlos Tejedor⁹⁷ y a Miguel Esteves Saguí.⁹⁸

722); la inteligencia de las cartas de crédito (artículo 633) y de la navegación comercial (artículos 1105, 1146, 1240, 1426, 1429, 1450, 1465, 1468 y 1496).

⁸⁵ Glosas 5 y 21 de la Ley 23; 7 de la Ley 24, 4 de la Ley 25; 2 de la Ley 31; 8 de la Ley 32 del título 4o., Partida 3a.

⁸⁶ A la voz "árbitros" del *Diccionario razonado de legislación* de Joaquín Escriche, sin indicar la edición se remite en 23 oportunidades.

⁸⁷ *Curia Philippica*, libro 2, capítulo XIV, números 6, 11, 14, 15, 19 y 26.

⁸⁸ *Sala Novísimo*, t. 1, p. 101.

⁸⁹ Véase nota 72.

⁹⁰ *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile*, voz "arbitre".

⁹¹ Véase nota 71.

⁹² En la nota 1 de la p. 68 dice Malaver: "núm. 910, designa lo que comprende un mandato general". Entendemos que se refiere a *Explicación théorique et pratique du Code Napoléon*.

⁹³ *Commentaire su la loi des sucesions*, t. 2, p. 162.

⁹⁴ *Le Droit civil Français*, tomo 6, núm. 827.

⁹⁵ *Théorie de la Procédure civile*, t. 6, p. 484.

⁹⁶ §221, notas 43 y ss.

⁹⁷ *Curso de Derecho Criminal, segunda parte, Leyes de Forma*, Buenos Aires, 1860, p. 13, núm. 21. Malaver designa a la obra con el título *Procedimiento Criminal*.

⁹⁸ Esteves Saguí, Miguel, *Tratado...*, cit., nota 15.

V. CONCLUSIÓN

Este estudio se encuentra en la misma línea de investigación de otros que hemos realizado, tendientes a acreditar la larga vigencia del derecho indiano luego de la Revolución en un mundo ideológico donde se van desarrollando principios contrarios a aquellos que lo inspiraron. El objeto perseguido es demostrar esa continuidad jurídica y no realizar un análisis histórico detallado de las instituciones procesales, que se consideran solo como el sustrato sobre el cual el derecho operó para darle sentido jurídico. Del análisis realizado se desprende que el procedimiento ante la jurisdicción de los árbitros y de los amigables componedores, desde el momento revolucionario e independentista se mantuvo fiel a la tradición indiana hasta la sanción del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de 1880, y lo hizo con tal firmeza que se rigió por el derecho heredado sin alteraciones.

Los juristas rioplatenses que se ocuparon del derecho procesal en el periodo considerado —Manuel Antonio de Castro, Miguel Esteves Sagú y Antonio E. Malaver— desempeñaron el papel de intérpretes del universo jurídico procesal tradicional vigente, en el que iban apareciendo expresiones modernas en el campo de las ideas y en el ámbito académico, pues el conservador mundo forense se mantenía fiel a las formas heredadas. Además sus obras estaban dedicadas preferentemente a la práctica del proceso judicial, aunque en los dos últimos, además de ello, se manifiesta la intención de darles también un carácter teórico. Pero al tener los textos como fin principal la enseñanza y la consultada por graduados en derecho, en especial abogados prácticos, no podían elaborarse siguiendo ideas no conformes con el derecho vigente.

La primera obra es una manifestación del derecho procesal indiano, sin efectuar ningún rechazo al mismo, a pesar que mostró su autor Manuel Antonio de Castro ser un espíritu liberal como se manifestó en su proyecto de ley sobre la organización de las magistraturas en la Provincia de Buenos Aires,⁹⁹ y en su intervención como diputado en el Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, reunido en Buenos Aires entre los años 1824 a 1827. La segunda, elabo-

⁹⁹ Castro, Manuel Antonio de, *Prontuario de práctica forense*, reedición facsimilar, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1945, véase apéndice documental.

rada por Esteves Saguí sigue la misma senda, elogia la personalidad jurídica de Castro¹⁰⁰ y señala que la “legislación española en punto a los procedimientos es prolija, sobreabundante: ha tratado de asegurar el buen éxito de la justicia a fuerza de una extremada nimiedad de los trámites”.¹⁰¹ Pero agrega que el fin perseguido no se logró y por ello sostiene que “como tuvimos valor para lanzar el grito de libertad o independencia, le tengamos para darnos una legislación propia de nuestra existencia; hija de nuestro suelo; adecuada a nuestras costumbres...”.¹⁰² Es decir la obra se mantiene fiel al derecho indiano, pero su autor le efectúa algunas críticas y señala la necesidad de elaborar un nuevo derecho procesal, acorde con las modernas ideas y las por entonces presentes necesidades de la sociedad. El *Curso* de Malaver escrito en una época más próxima a los cambios de la legislación procesal, cuando ya se habían sancionado dos códigos de fondo para la Nación Argentina, si bien se mantiene fiel a la tradición, en ella aparecen citas de doctrina de autores franceses.

Por espacio de muchas décadas desde la Revolución en materia de procedimientos judiciales, conservan su uso los elementos bibliográficos utilizados en el periodo hispánico, produciéndose como únicas novedades en los setenta años estudiados, la aparición de nuevos libros, de algunos de los cuales se hace eco Malaver como señalamos, sin que ello implicara ninguna renovación significativa, pues tanto el contenido de las obras que se elaboraron en el Río de la Plata, como la práctica procesal se fundaron como se señaló en el derecho indiano, con el agregado de algunas leyes y decretos sancionados por los gobiernos patrios que se refieren en general a la organización judicial y en mucha menor medida a las formas procesales, aunque sin determinar cambios sustanciales, en ninguna de las dos órbitas.

100 Esteves Saguí, Miguel, *Tratado...*, cit., nota 15, p. XI.

101 *Ibidem*, p. XIII.

102 *Ibidem*, p. XIV.