

La tradición indiana y la formación del derecho argentino¹

JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO

I. INTRODUCCIÓN

Mediante este estudio 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 solo haremos 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.

Nos interesa señalar esa presencia en la transformación que lentamente se opera después de la Revolución de 1810 en el ordenamiento heredado, tanto en lo referente a la administración del nuevo Estado nacional y de sus provincias, como en los restantes aspectos del ordenamiento jurídico, en el campo del derecho público como del privado.

Antes de considerar la cuestión indicada, estimamos oportuno, a los efectos de limitar el ámbito material de este estudio, formular el alcance que damos a algunos conceptos que vamos a utilizar. 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, que sin negar el futuro y justamente en vista a él, sostiene la historicidad del hombre, lo concibe en un estado cargado de pasado, haciendo por lo tanto de

¹ Este estudio es 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 Hispánicos e Iberoamericanos de la Fundación Carolina de España.

la tradición la expresión de una continuidad. No la confundimos con tradicionalismo ni inmovilidad². 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 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*”. Esta “no solo implica conservación, sino que es inseparable del progreso”³. 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 impresos 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”⁴. Asimismo se ha destacado 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 en base a las costumbres de la comunidad y la tradición cultural en que ellas se sustentan⁵. Esa tradición es una íntima combinación de valoraciones que las generaciones de una comunidad van transmitiendo a las que le suceden. Pero 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.

² Sobre la cuestión ver JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Tomo II, Buenos Aires, 1969, p. 822.

³ JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, 1982, pp. 922 y siguiente. 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...” (Centro de Estudios Históricos Políticos “General Zumalacárregui”, ¿Qué es el Carlismo?).

⁴ HANS NAWIASKY, *Teoría General del derecho*, traducción al castellano de la segunda edición en lengua alemana, Madrid, 1962, pp. 92 y siguiente.

⁵ Cf. ALF ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, edición castellana, Buenos Aires, 1963, pp. 95 y siguiente.

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 cultural⁶.

Pero si bien es exacto que no se integra solo con el contenido del ordenamiento jurídico, entendemos que éste es un componente destacado 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 bibliográficos⁷, 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 solo 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 anteriores⁸, adoptán-

⁶ JOHN HENRY MERRYMAN, *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*, se refiere el autor al sistema jurídico de los países del continente europeo y de la América Latina, sistema fundado en la ciencia desarrollada por los jurisconsultos 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 p. 8.

⁷ Ver VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, 1997, en especial capítulo II, pp. 27-39 y bibliografía indicada.

⁸ JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, "El *ius commune* y los privilegios de los indígenas en la América española", en *Revista de Historia del Derecho*, número 29 (2001), Buenos Aires, 2002, pág. 269. Allí señalamos que "frente al *ius commune*, el sistema jurídico indiano constituyó el *ius proprium* de la 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".

dola 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”⁹; y que constituido por un “entramado de Derecho, con sus modos plurales de creación, era invocado y aplicado conforme a las situaciones y casos”¹⁰.

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

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 solo 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 escena¹¹.

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, exami-

⁹ TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes...*, cit., p. 34.

¹⁰ *Idem*, p. 35.

¹¹ Sobre las críticas ver VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870)*, Buenos Aires, 1977 y *La ideas jurídicas en la Argentina – siglos XIX-XX*, 3ª edición, Buenos Aires, 1999. También, JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “Pensamiento jurídico y renovación legislativa”, en *Nueva Historia de la Nación Argentina*, Academia Nacional de la Historia, tomo 5, Buenos Aires, 2000, pp. 363 y ss.

nando 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 del '30 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 moderadas¹².

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 XIX¹³. 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”¹⁴. De los aspectos que este distinguido 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.

Como adelantamos, 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, man-

¹² Sobre la cuestión ver obras citadas en la nota anterior.

¹³ TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes...*, cit., capítulo VIII, pp. 107-126.

¹⁴ Idem, p. 112.

tienen por mucho tiempo su vigencia disposiciones del derecho y de la costumbre indiano. 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 vigor¹⁵.

Si la nueva Constitución dispone esto [último] expresamente, existe una incontestable 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 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 Constitución¹⁶.

Estos principios expuestos por Nawiasky en la primera mitad del siglo XX, fueron seguidos en la Argentina después de mayo de 1810 como veremos más adelante, pues 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 jurídicas¹⁷, 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 aparen-

¹⁵ Conf. NAWIASKY, *op. cit.*, p. 141.

¹⁶ NAWIASKY, *Ibidem*.

¹⁷ CARLOS O. BUNGE, *Historia del Derecho Argentino*, 2ª edición, tomo I, Madrid, 1927, p. 11.

te 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 aun más cuando su titular fue un caudillo que impuso su voluntad al legislativo y al judicial¹⁸.

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 teórico¹⁹.

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”²⁰, aunque como derecho supletorio continúa en vigencia de

¹⁸ DÍAZ COUSELO, “Pensamiento jurídico...”, cit., p. 367. Ver JUAN P. RAMOS, *El Poder Ejecutivo en los Estatutos, Reglamentos y Constituciones de la Nación y de las Provincias (1810-1853)*, Buenos Aires, 1912, p. 9. En el mismo sentido, MARÍA LAURA SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos Constitucionales Argentinos*, Buenos Aires, 1994, p. 452.

¹⁹ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del derecho Argentino*, tomo II, Buenos Aires, 1970, p. 411 y siguiente.

²⁰ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “Las fuentes del derecho argentino (siglos XVI a XX)”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 1 (1973), Buenos Aires, 1974, pp. 331 y siguiente.

acuerdo con el no siempre recordado artículo 21 de la ley 48 del 14 de septiembre de 1863²¹.

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 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 Toro²². 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 veinte 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 perseguía²³.

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”²⁴. El derecho indiano pervivía “pese al cambio político de las independencias, era imposible derogarlo en bloque sin producir consecuencias sociales graves”²⁵. Por

²¹ 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., pp. 333 y 343 y ss.

²² JUAN JOSÉ MONTES DE OCA, *Introducción general al estudio del derecho*, Buenos Aires, 1877, p. 285.

²³ Autos “Sociedad de Beneficencia de la Capital contra Estado Nacional sobre devolución y reivindicación”, sentencia del 29 de septiembre de 1983, *El Derecho*, Tomo 107, Buenos Aires, 1984, pp. 396 y ss.

²⁴ MANUEL IBAÑEZ FROCHAM, *La Organización judicial argentina (Ensayo histórico), Epoca colonial y antecedentes patrios hasta 1853*, La Plata, 1938, p. 50.

²⁵ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, “La crítica póstuma al Derecho Indiano”, en *Derecho y Administración pública en las Indias Hispánicas, Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Toledo 1998), Cuenca, 2002, p. 850.

ello disentimos 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”²⁶.

La pervivencia del derecho indiano es declarada incluso por quienes con más decisión se proclamaban reformistas e inducidos por la corriente 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 quince 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”²⁷. 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”²⁸, 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, surge de los avisos publicados en la Gaceta Mercantil entre los años 1830 y 1852, la gran cantidad de obras relacionadas con la tradición jurídica indiana que se anuncian, entre las que se destacan las Siete Partidas y la Recopilación de las Leyes de Indias²⁹.

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 e importante hombre público 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

²⁶ MIGUEL ANGEL GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, “El elemento indígena en la formación del derecho indiano”, en *Revista de Historia del Derecho*, N° 11 (1983), Buenos Aires, 1983, p. 406.

²⁷ SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos...*, cit., p. 1928.

²⁸ EDMUNDO M. NARANCIO, “Un proyecto de ‘constitución provisoria’ para las Provincias del Río de la Plata-1811”, en *Tercer Congreso Internacional de Historia de América*, Academia Nacional de la Historia, Tomo IV, Buenos Aires, 1961, p. 43.

²⁹ SANDRA LILIANA DÍAZ, “Los libros jurídicos en los avisos de la Gaceta Mercantil”, en *Revista de Historia del Derecho*, N° 29 (2001), Buenos Aires, 2002, pp. 248 y ss.

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”³⁰, con lo cual está reconociendo la subsistencia del derecho heredado.

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 en base a 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 Sarsfield³¹. 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”³². 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 del '30 se abandona esa tendencia y se vuelve a una orientación acorde con aquélla³³.

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 posterior-

³⁰ PEDRO SOMELLERA, *Principios de derecho civil dictados en la Universidad de Buenos Aires por...* [curso del año 1824], Buenos Aires, 1824, párrafo primero del discurso preliminar.

³¹ Ver MARIA ISABEL SEOANE, *La enseñanza del derecho en la Argentina (desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX)*, Buenos Aires, 1981, pp. 58 y ss. ALBERTO DAVID LEIVA, “Las lecciones de derecho civil del profesor Rafael Casagemas (1832-1833)”, en *Revista de Historia del Derecho*, N° 17 (1989), Buenos Aires, 1990, pp. 445-545.

³² JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, *Instituciones de Derecho Real de España, adicionadas con varios apéndices, párrafos, &*, por DALMACIO VÉLEZ, Imprenta del Estado, Buenos Aires, 1834.

³³ Sobre la enseñanza del derecho en la Universidad de Buenos Aires en el siglo XIX, ver TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación...*, cit., pp. 223 y ss; 358 y ss. Así también SEOANE, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

mente 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 período 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 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 Llano³⁴.

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 período 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 en 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

³⁴ Sobre la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba en el siglo XIX, ver Idem, pp. 220 y ss. y 353 y ss. Idem, pp. 53 y ss.

1810. Hubo viejas instituciones que convivieron con los principios liberales y que cumplieron un papel de transición al régimen constitucional moderno³⁵. Lo que hay que destacar es que el 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 solo 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 cuatro décadas. 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 recibirlas. 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 decisiones³⁶.

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 compatibles con las nue-

³⁵ ABELARDO LEVAGGI, *Manual de Historia del derecho argentino*, tomo I, Buenos Aires, 1986, p. 204.

³⁶ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, "La recepción de los derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX", en *Revista de Historia del Derecho*, N° 4 (1976), Buenos Aires, 1977, pp. 332 y siguiente.

vas. 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 ella es solo el primer paso en el largo proceso del desarrollo del nuevo derecho, que puede tener distinto grado de aceleración en cada sociedad. 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 todavía, el que continuó rigiendo, como puso de manifiesto Carlos Octavio Bunge, “han sido eficaces para caracterizar, no solo nuestro derecho público, sino también el derecho privado”³⁷.

No compartimos en consecuencia 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”³⁸. 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”³⁹ 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”⁴⁰.

De los párrafos transcritos se desprende que para García Gallo no mantuvo su vigencia después de la Revolución de 1810 el derecho público en el sentido que le estamos asignado –organización política y administrativa del Estado–, sino que ello solo acaeció con el derecho privado. Entendemos que esa posición no es correcta.

³⁷ BUNGE, *op. cit.*, p. 27.

³⁸ ALFONSO GARCÍA GALLO, “El derecho indiano y la independencia de América”, en *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, p. 560. La primera edición de este trabajo en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1951, pp. 157-80.

³⁹ GARCÍA GALLO, “Génesis y desarrollo del derecho indiano” en *Estudios...*, cit., p. 145. La primera edición es de 1964, en *Atlántida. Revista del pensamiento actual* 2, pp. 339-359.

⁴⁰ Discurso inaugural en *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de México, México, 1976.

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, uno de ellos 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 XIX⁴¹, y el otro sobre la fundamentación de la doctrina del Patronato patrio, vigente hasta más allá de mediados del siglo XX⁴². 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 Guillaumondegui, 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”⁴³. 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 sabida y buena fe guardada*, demostrándose una vez más la importancia de las fuentes indianas en el Derecho Patrio Argentino⁴⁴.

cuando ya regía el código de comercio.

⁴¹ JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “La Real Ordenanza de Intendentes y la Revolución”, en JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO (Director), *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, MARIA LAURA SAN MARTINO DE DROMI, *Intendencias y provincias en la historia argentina*, Buenos Aires, s/f.

⁴² JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “El derecho castellano indiano y la fundamentación del Patronato patrio en la Argentina”, en *Actas de Derecho Indiano - XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, tomo II, San Juan, 2003, pp. 893-933.

⁴³ JULIO CÉSAR GUILLAMONDEGUI, *La justicia consular patria (1810-1862)*, separata del Boletín de la Academia Nacional de la Historia, volumen XXXVI, segunda sección, Buenos Aires, 1964, p. 8.

⁴⁴ *Idem*, p. 36. Ley de octubre 29 de 1862 de la provincia de Buenos Aires.

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 Ejército⁴⁵.

El extracto de la Recopilación de las Leyes de Indias elaborado en 1828 por el entonces joven jurista Valentín Alsina⁴⁶, 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 solo 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 considera, las cuales pertenecen al campo del derecho público.

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 veinte a los efectos de limitar el ámbito material de este estudio. Esta primera etapa la

⁴⁵ EZEQUIEL ABÁSULO, *El derecho penal militar en la historia argentina*, Córdoba, Argentina, 2002, p. 431.

⁴⁶ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “Un epítome de la Recopilación indiana en el siglo XIX”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 21 (1970), Buenos Aires, 1971, pp. 307 y siguiente. El autor publica el texto del extracto con una nota preliminar de su autoría.

extendemos hasta la crisis del año 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 provincial y, en su caso, también en el privado provincial.

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 autodenomina 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 solo 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 explícita 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.

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*⁴⁷, 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”⁴⁸.

También es significativa las continuas referencias y remisiones que se hacen a las Leyes de Indias y al derecho castellano en disposiciones que dictan los gobiernos patrios y la Asamblea de 1813. Así observamos que en el Reglamento del 27 de junio de 1811, por el cual se determinó “que los recursos de segunda suplicación, querella, queja, agravio, nulidad, o injusti-

⁴⁷ La bastardilla es nuestra.

⁴⁸ SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos...*, cit., p. 1847.

cia 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 [Leyes de Indias y Nueva Recopilación de Castilla] ante esta Junta Superior Provisional⁴⁹.

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 americanos⁵⁰. 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 disuelto⁵¹. 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 [Buenos Aires], 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 eclesiásticas⁵²”.

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 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

⁴⁹ Idem, pp. 1893 y ss.

⁵⁰ Sección primera, art. 1º, ver en SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos...*, cit., p. 1903. La bastardilla es nuestra.

⁵¹ Idem, pp. 1937 y siguiente. Ver artículos 24, 25, 26, 37, 39 y 42. También en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo I, Buenos Aires, 1879.

⁵² Idem, pp. 2048 y siguiente. También en *Asambleas Constituyentes Argentinas* (en adelante A. C. A.), recopilación dirigida por EMILIO RAVIGNANI, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Tomo I, pp. 68 y ss.

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.”⁵³. 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”⁵⁴. 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”⁵⁵, 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 en el Río de la Plata entre los años 1810 y 1817, 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”⁵⁶. Ello también fue observado por Marta María Huertas en un estudio presentado en el Congreso del Instituto Internacional de Derecho Indiano celebrado en Puerto Rico⁵⁷.

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

⁵³ A. C. A., cit., p. 63. Ley del 1º de septiembre de 1813.

⁵⁴ Idem, pp. 76 y siguiente. Ley del 19 de octubre de 1813.

⁵⁵ Idem, p. 87. Ver también en SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos...*, cit., p. 2163.

⁵⁶ Ver SUSANA T. RAMELLA, “Perfil y atribuciones del ejecutivo en los comienzos constitucionales argentinos (1810-1817)”, en *Atribuciones del presidente argentino* (varios autores), Buenos Aires, 1986, pp. 78 y ss.

⁵⁷ MARTA MARÍA HUERTAS, “Pervivencia del Derecho Indiano en los estatutos de 1815 en Argentina”, en *Actas de Derecho Indiano...*, tomo II, cit., pp. 935-957.

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 diez⁵⁸.

Esta norma, que con modificaciones de detalle es la reiteración de una del Estatuto Provisional de 1816⁵⁹ que no tuvo aplicación, se refiere a todo el derecho y por ende alcanza al público y al privado⁶⁰.

Hasta ahora mantenía el derecho indiano 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”⁶¹, 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

La segunda etapa comienza con el alejamiento institucional entre las provincias del interior y la de Buenos Aires que hizo crisis en el año 20, pues al caer las autoridades nacionales cada una de ellas, invocando su autonomía, se fue organizando mediante la sanción de sus textos constitucionales⁶² 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

⁵⁸ Ver SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos...*, cit., p. 2263.

⁵⁹ Idem, p. 2221. Las diferencias con el artículo de 1817 son signos de puntuación y que expresa “del antiguo gobierno” sin el agregado de español.

⁶⁰ 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., pp. 234 y siguientes. Asimismo lo hace MARIO CARLOS VIVAS, “La subsistencia del derecho español a través de los primeros cuerpos constitucionales argentinos”, en *Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e historia contemporánea*, N° 1, Santiago de Chile, 2001, pp. 261-278.

⁶¹ SOMELLERA, *op. cit.*, primer párrafo del Discurso Preliminar.

⁶² Ellos reciben distinta denominación: Constitución, Código constitucional, Estatuto o Reglamento.

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 autonomía⁶³, 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”⁶⁴.

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 la Administración, en cuanto no estén en oposición al presente Estatuto”⁶⁵, lo cual la Constitución de 1841 de esa provincia reitera⁶⁶. 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”⁶⁷, norma que se incluye en el proyecto constitucional de 1834 elaborado para esa jurisdicción⁶⁸.

⁶³ SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos...*, cit., p. 441.

⁶⁴ JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Derecho Público Provincial*, Departamento Editorial de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1956, pp. 46; 67 y ss.

⁶⁵ SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos*, cit., p. 1234.

⁶⁶ *Idem*, p. 1250.

⁶⁷ *Idem*, p. 1331.

⁶⁸ *Idem*, p. 1346.

También en otras provincias encontramos normas similares que enunciaremos siguiendo un orden alfabético. Así en Córdoba el Reglamento Provisorio (1821)⁶⁹ y el Código Constitucional Provisorio (1847)⁷⁰; en Corrientes el Reglamento Provisorio Constitucional (1821)⁷¹, la Constitución Política (1824)⁷², la Constitución de la Provincia (1838)⁷³ y el Proyecto de Constitución (1847)⁷⁴; el Reglamento Provisional para los pueblos de *Cuyo* (1821)⁷⁵; en Entre Ríos el Estatuto Provisorio Constitucional (1822)⁷⁶; en Jujuy el Estatuto Provisorio (1835)⁷⁷, el Estatuto Provincial (1839)⁷⁸ y el Estatuto Provisorio (1851)⁷⁹; en Mendoza el Reglamento de Administración de Justicia (1834)⁸⁰; en Salta la Constitución (1821)⁸¹ y el proyecto de Constitución (1821-1825)⁸²; y en Santiago del Estero el Reglamento de Organización Política (1830)⁸³.

Pero no solo está presente en el derecho público provincial esa declaración sobre la vigencia del derecho indiano contenida en el Reglamento Provisorio de 1817, sino que también encontramos otras remisiones expresas al mismo. Sin pretender hacer una enumeración taxativa solo señalaremos algunos ejemplos debido a la imposibilidad de hacer un análisis exhaustivo de la cuestión en las catorce provincias. Así existen referencias a la Ordenanza de Intendentes cuando se tratan las atribuciones del gobernador⁸⁴ y a las Leyes de Indias en cuanto a la jurisdicción contenciosa del ministro de hacienda⁸⁵. Al crearse los tribunales de comercio en las provincias, se esta-

⁶⁹ *Idem*, p. 711.

⁷⁰ *Idem*, p. 746.

⁷¹ *Idem*, p. 787.

⁷² *Idem*, p. 804.

⁷³ *Idem*, pp. 829 y 830.

⁷⁴ *Idem*, p. 859.

⁷⁵ *Idem*, p. 1077.

⁷⁶ *Idem*, p. 925.

⁷⁷ *Idem*, p. 975.

⁷⁸ *Idem*, p. 987.

⁷⁹ *Idem*, p. 999.

⁸⁰ *Idem*, p. 1067.

⁸¹ *Idem*, p. 1100.

⁸² *Idem*, p. 1135.

⁸³ *Idem*, p. 1281.

⁸⁴ *Idem*, p. 716, Reglamento Provisorio de Córdoba (1821), sección 6°, cap. 12, art. 6; *Ídem*, pág. 667, Reglamento Constitucional de la Nueva Provincia de Catamarca (1823), art. 83; *Idem*, p. 750, Código Constitucional Provisorio de Córdoba (1847), sección 6°, cap. 15, art. 6°.

⁸⁵ *Idem*, p. 729, Reglamento Provisorio de Córdoba (1821), sección 6°, cap. 24, art. 3°.

blece 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 nombre⁸⁶ y también se remite a las Ordenanzas del Consulado de Bilbao⁸⁷. 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 III⁸⁸ y se hace referencia a la Recopilación Castellana⁸⁹. Además se mencionan conceptos propios del derecho indiano como ser los casos de corte⁹⁰, el juzgado de provincia⁹¹, la alta y baja policía⁹².

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. Solo al final de este período 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 cuestión⁹³.

⁸⁶ Idem, pp. 721 y 730, Reglamento Provisorio de Córdoba (1821), sección 6°, cap. 18, art. 17 y cap. 25, arts. 1° y 2°; Idem, p. 755, Código Constitucional Provisorio de Córdoba (1847), sección 6°, cap. 17, arts. 20, 21 y 24; Idem, p. 1062, Reglamento de Administración de Justicia de la provincia de Mendoza del 1° de agosto de 1824, que también menciona a las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, arts. 58 a 62; Idem, p. 1170, Ley de Organización del Poder Judicial de la provincia de San Juan. Ver sobre este tema JULIO CÉSAR GUILLAMONDEGUI, “Notas para el estudio de la Justicia Mercantil patria en las provincias argentinas”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 20 (1969), Buenos Aires, 1970, pp. 117-135.

⁸⁷ SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos...*, cit., p. 755, Código Constitucional de la provincia de Córdoba (1847), sección 6°, cap. 17, art. 24; Idem, p. 1061, Reglamento de Administración de Justicia de la provincia de Mendoza (1834), art. 59.

⁸⁸ Idem, pp. 971, 983 y 996, Estatutos de Jujuy, Provisorio (1835), art. 37, inc. 14; Provincial (1839), art. 37, inc. 11; y Provisorio (1851), art. 38, inc. 12, Idem, pp. 971, 983 y 996.

⁸⁹ Idem, p. 1067, Reglamento de Administración de Justicia de la provincia de Mendoza, art. 6° en cuanto a los requisitos que deben reunir las demandas por escrito.

⁹⁰ Idem, p. 828, Constitución de la provincia de Corrientes (1838), sección 7ª, art. 2°.

⁹¹ Idem, p. 722, Reglamento Provisorio de la provincia de Córdoba, sección 6°, cap. 18, art. 25.

⁹² Idem, p. 1074, Reglamento Provisional para los pueblos de Cuyo (1821), art. 60.

⁹³ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La administración de justicia en las provincias argentinas (1820-1853)”, en *Revista de Historia del Derecho*, N° 1 (1973), Buenos Aires, 1974, p. 207. Sobre las provincias de Mendoza y Córdoba, ver EDBERTO O. ACEVEDO, “Notas sobre organización jurídica y sociedad en Mendoza hacia 1820” y ROBERTO I. PEÑA, “Los jueces pedáneos en la provincia de Córdoba” (1810-1856), en *Revista de Historia del Derecho*, N° 2 (1974), Buenos Aires, 1975, pp. 9-37 y 121-148, respectivamente.

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 en base a dicho texto fundamental y en las provincias uno local a partir de las constituciones que en ellas se sancionan entre los años 1854 a 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, etc., 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.

1. En materia civil esa vigencia se mantuvo hasta el 1° de enero de 1871 que es cuando entra en vigor el código correspondiente a esta rama del derecho sancionado en el mes de 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 surgieran 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 hasta entonces 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 Castilla⁹⁴. “Por ello no resisten al análisis las críticas de aquellos que, como Alberdi, le reprochan la falta de antece-

⁹⁴ Ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “La formación intelectual de Vélez Sarsfield”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 15 (1964), Buenos Aires, 1965, pp. 156-178. Reproducido en RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Estudios de Historia del Derecho*, tomo III, Buenos Aires, 1992, pp. 407-434.

dentes castellanos, indianos y patrios”⁹⁵. 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”⁹⁶.

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 1783⁹⁷. La Asamblea General Constituyente reunida en Buenos Aires en 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 minera⁹⁸.

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 local⁹⁹. 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 ellas 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”¹⁰⁰. Pero con independencia del acierto o desacierto de

⁹⁵ Idem, p. 176.

⁹⁶ Sobre esta polémica ver ABELARDO LEVAGGI, “Alberdi-Vélez Sarsfield: una polémica trascendental sobre la codificación civil argentina”, en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, 1992, pp. 243-273.

⁹⁷ SAN MARTINO DE DROMI, *Documentos...*, cit., p. 432.

⁹⁸ EDUARDO MARTIRÉ, *Historia del Derecho Minero Argentino*, 2ª edición, Buenos Aires, 1987, pp. 83 y ss.

⁹⁹ Idem, pp. 88-104.

¹⁰⁰ Idem, pp. 102 y ss.

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 período 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 (art. 64, inc. 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 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 1886¹⁰¹.

3. Por su parte 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, 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 ordena-

¹⁰¹ Sobre la codificación minera, ver MARTIRÉ, *op. cit.*, pp. 119 y ss. También DÍAZ COUSELO, “Pensamiento jurídico y renovación legislativa”, *cit.*, pp. 391 y ss.

dos y corregidos por Vélez Sarsfield, que para ello recurrió no solo a las leyes sino también a “los prácticos más clásicos”, como la Curia Filípica, el Conde de la Cañada y el Febrero de Tapia¹⁰². La mayor cantidad de las citas al pie de página se remiten a las Partidas, a la Recopilación de Castilla y a la Recopilación de Indias. En 1865 aparece una segunda edición en la que se aclara que ha sido aumentada con 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 Esteves Saguí, adaptado para el uso de los estudiantes de derecho, elaborándolo el autor en base al 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 notas¹⁰³. 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, solo se consignan los determinados por la provincia de Buenos Aires. No se encararon obras de esta naturaleza en las que se registrarán 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 solo 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

¹⁰² 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*, en 2 volúmenes (2ª edición, Madrid 1794) y, del mismo autor, *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza* (2ª edición, 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., pp. 164 y siguiente, y nota 28.

¹⁰³ MIGUEL ESTEVES SAGUÍ, *Tratado elemental de los procedimientos civiles en el Foro de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1850.

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”¹⁰⁴.

En este campo los juristas para introducir reformas generales o parciales al 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”¹⁰⁵. Ello se manifiesta en los tres ordenamientos procesales más 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”¹⁰⁶. Las provincias van sancionando sus códigos procesales hacia fines de la centuria, pues es atribución de cada una hacerlo, pero al tener como modelos la legislación precedentemente indicada, esa aparente pluralidad no es tal ya que 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 Esteves Saguí, pero también se introduce el uso de autores españoles más modernos¹⁰⁷.

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 1737¹⁰⁸. 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 si-

¹⁰⁴ ABELARDO LEVAGGI, “Desarrollo del derecho procesal argentino en la primera mitad del siglo XX”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 25 (1979), Buenos Aires, 1981, p. 242.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 243.

¹⁰⁷ Sobre el tema ver *Idem*, p. 244.

¹⁰⁸ Para un análisis más detenido de la cuestión, ver JULIO CÉSAR GUILLAMONDEGUI, “La justicia consular en Buenos Aires (1794-1810)”, en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, volumen XXXIII (1962), 2ª sección, Buenos Aires, 1963, pp. 795-838 (hay separata).

guiente 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 del derecho mercantil fueron las normas contenidas en las Ordenanzas de Bilbao, junto con la costumbre y los usos comerciales, que tuvieron importancia como reguladores de esta rama del derecho.

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, se mantuvo casi sin modificaciones hasta la vigencia del Código de Comercio sancionado en 1859 para el Estado de Buenos Aires, el cual se aplicó en toda la Nación según lo establecido por el Congreso de la Nación en 1862¹⁰⁹.

Después del año 1820 el Consulado, cuya jurisdicción abarcaba todo el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, la tendrá solo 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 realiza¹¹⁰.

Como consecuencia de la inexistencia de una autoridad nacional, las provincias van creando juzgados o tribunales de comercio que se registran 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 período 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”¹¹¹.

En este período de disolución nacional tiene gran difusión el Código de Comercio español de 1829, que es adoptado como derecho vigente por tres

¹⁰⁹ Sobre un panorama de la evolución del derecho comercial después de 1810 y el proceso codificador de esa rama en la Argentina, ver JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, *Código de Comercio Argentino. Estructura. Relaciones con el Código Civil. Unificación*, Buenos Aires, 1988.

¹¹⁰ Decreto del 25 de abril de 1822, *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*, año 1822, p. 171.

¹¹¹ GUILLAMONDEGUI, “La justicia consular...”, cit., p. 13. Ver del mismo autor “Notas para el estudio de la justicia mercantil patria en las provincias argentinas”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 20 (1969), Buenos Aires, 1970, pp. 117-152.

provincias, la de Mendoza (1845) y las de Corrientes y San Juan (1862)¹¹², el cual además de la influencia francesa, recibió la de las Ordenanzas de Bilbao y otros precedentes hispanos. Por su parte el Código sancionado 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”¹¹³. 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 solo 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 medioevo 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 demorada codificación mantuvo su vigencia el derecho penal indiano, caracterizado por la severidad de los métodos inquisitivos y las penas legales. Así se continuaron aplicando 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

¹¹² Ver GUILLAMONDEGUI, “La justicia consular...”, cit., p. 12. CARLOS A. ACEVEDO, *Ensayo histórico sobre la legislación mercantil argentina*, Buenos Aires, pp. 53-55. ABEL CHÁNETON, *Historia de Vélez Sarsfield*, 2ª edición, tomo II, Buenos Aires, 1978, p. 79. LEVAGGI, *Manual...*, cit., tomo 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. Ver MARIO CARLOS VIVAS, “El Código de Comercio español de 1829 y su vigencia en Córdoba”, en *Revista de Historia del derecho*, N° 8 (1980), Buenos Aires, 1981, donde indica que se adoptó mediante la ley del 13 de octubre de 1857.

¹¹³ ZORRAQUIN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, tomo II, cit., p. 311.

derechos humanos. Aparecieron así, de acuerdo con este último criterio, declaraciones y garantías que luego serían incorporadas a la ley suprema de 1853¹¹⁴.

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 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 superiores¹¹⁵.

Solo con el proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor de 1868 se inicia la modernización de esta rama del derecho¹¹⁶, que si bien no es aprobado como ley nacional lo adoptarán como derecho positivo ocho provincias¹¹⁷ y otra hará suyo el posterior proyecto de Villegas, Ugarriza y García¹¹⁸. El Código nacional recién se sanciona en 1886 y comienza a regir el 1° 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”¹¹⁹. Hasta 1887, en las provincias de Jujuy y Santiago del Estero, estuvo vigente el derecho penal indiano¹²⁰.

¹¹⁴ Idem, p. 276.

¹¹⁵ Reglamento Provisorio de 1817, sección cuarta, capítulo tercero, artículos 13 y 14.

¹¹⁶ Ver ENRIQUE ÁLVAREZ CORA, “La génesis de la penalística argentina (1827-1868)”, en *Revista de Historia del Derecho*, N° 30 (2002), Buenos Aires, 2003, pp. 13-86.

¹¹⁷ MOISÉS NILVE, “El proyecto Tejedor en la historia del derecho argentino”, en *Revista del Instituto de historia del derecho*, N° 7 (1955-56), Buenos Aires, 1956, pp. 56-64.

¹¹⁸ SISTO VILLEGAS, ANDRÉS UGARRIZA y JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *Proyecto de Código Penal*, Buenos Aires, 1881. Ver MARIO CARLOS VIVAS, “El proyecto nacional de 1881 como Código Penal de la provincia de Córdoba”, en *Revista de Historia del Derecho*, N° 4 (1976), Buenos Aires, 1977, pp. 305-323.

¹¹⁹ FRANCISCO P. LAPLAZA, “El proceso histórico de la codificación penal argentina”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, número 24 (1978), Buenos Aires, 1979, p. 78.

¹²⁰ Idem, p. 85.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Un tema que corresponde analizar y que solo 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 influencias 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 interior¹²¹. En cambio otra fue la situación en la provincia de San Juan cuando se la proclama en la Carta de Mayo, lo cual determinó la caída del gobernador que la inspiró y fue quemada públicamente en virtud de una disposición aprobada por la Legislatura. Por su parte el Congreso General Constituyente de 1824-1827 declara, al igual que los textos constitucionales nacionales y provinciales anteriores, religión del Estado a la Católica, eludiendo 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 concurren sus representantes, formando luego todas ellas un Estado federal a partir de 1853, coexistiendo de esta manera ordenamientos locales junto al nacional, razón por la 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

¹²¹ Ver VICENTE D. SIERRA, *Historia de la Argentina (1819-1829)*, tomo VII, 2ª edición, Buenos Aires, 1970, pp. 463 y ss.

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 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. Somos conscientes de que la indagación presenta no solo problemas derivados de la coexistencia de ordenamientos jurídicos de catorce provincias con el de la Nación, sino también de la falta de documentación con la que sería necesario contar.

ABSTRACT

In a moment when the new juridical modernity ideas express criticism against the Old Hispanic Juridical Normative, this article shows how the Spanish juridical tradition in Indias is present in the evolution and development of Argentina's public and private Law from 1810 until the end of the XIX Century.

PALABRAS CLAVE:

Tradición jurídica indiana, Derecho indiano, Pervivencia, Formación del Derecho argentino, Historia del derecho, Siglo XIX.