

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL  
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

# DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO III

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil  
Editores

## Capítulo 65



*Derecho, Instituciones y Procesos Históricos*

*XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

[ira@pucp.edu.pe](mailto:ira@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/ira](http://www.pucp.edu.pe/ira)

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,*

*total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN Tomo III: 978-9972-42-859-3

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

# CONSOLIDACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO DECIMONÓNICO Y SUBSISTENCIA DEL DERECHO INDIANO. EL CONGRESO DE LA CONFEDERACIÓN ARGENTINA FRENTE AL ORDEN JURÍDICO ANTERIOR A LA INDEPENDENCIA (1854-1861)\*

Ezequiel Abásolo

## 1. INTRODUCCIÓN

Superada por la actual historiografía indianista la idea de que la desaparición de las monarquías ibéricas derivó en el simultáneo e inmediato abandono, por parte de las nuevas naciones hispanoamericanas, de las normas, los métodos y las técnicas jurídicas aplicadas en las Indias durante el período hispánico, en la oportunidad me ocupó de estudiar la situación de algunos elementos indianos en una Argentina como la de mediados del siglo XIX, vale decir plenamente inmersa en el proceso de substitución de la antigua cultura jurídica, hasta entonces hegemónica.<sup>1</sup> En este orden de cosas, mi preocupación por la llamada «pervivencia» del derecho indiano no se reduce al mero estudio de la vigencia de este o aquel instrumento normativo, sino a la de tratar de determinar en qué medida se mantuvieron en la mentalidad de los hombres públicos argentinos, para la fecha en estudio, los rasgos distintivos del mundo jurídico previo a la independencia, vale decir aquellos que, más allá de las reflexiones explícitas, integraban esas «representaciones profundas, espontáneas, [e] impensadas» a las que se refiere agudamente Antonio Manuel Hespanha, y que eran las que organizaban «la percepción, la evaluación, la sensibilidad y la acción en el dominio del derecho».<sup>2</sup>

---

\* Este trabajo integra el Proyecto de Investigación «Nuevos campos de investigación en la historia del derecho indiano: el derecho indiano provincial y local y la pervivencia de la cultura jurídica indiana después de la emancipación iberoamericana». Dirigido por el doctor Víctor Tau Anzoátegui, este proyecto ha obtenido una subvención del Centro de Estudios Hispanoamericanos de la Fundación Carolina (España).

<sup>1</sup> Respecto de la mayor parte del instrumental histórico jurídico específico al que recorro en esta presentación —como, por ejemplo, el concepto de *cultura jurídica*—, me remito aquí a lo que digo en otro trabajo de mi autoría, que se integra en la misma línea intelectual. Se trata de «¿Expresiones del *ius commune* en la apoteosis de la codificación? Las notas de Dalmacio Vélez Sársfield o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la *cultura del código*», presentado en el «II Congreso Internacional sobre unidad de la cultura jurídica. De Roma al tercer milenio», organizado por la Universidad Católica Argentina y celebrado en Buenos Aires durante los días 27 a 29 de agosto de 2003. Dicho trabajo será publicado en la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso), núm. XXVI, 2004.

<sup>2</sup> António Manuel HESPANHA, «Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna»; en *Ius Fugit*, Zaragoza, 1994-1995, p. 63.

En cuanto al tema de estudio considerado, surge del mismo título del trabajo que aquí me ocupo de los intercambios de ideas, de las controversias y de las decisiones desplegadas en el Congreso de la Confederación Argentina —primer cuerpo deliberativo al que le cupo poner en funcionamiento la constitución de 1853—, a partir de su instalación en 1854, y hasta su disolución acaecida en 1861 como consecuencia de la guerra civil que abrió una nueva etapa institucional en el país. Ahora bien, debo aclarar que al margen de la obvia relevancia del material considerado, mi interés en el tema obedeció al carácter transicional de la época sometida a examen —profundamente conmovida por la entonces reciente novedad constitucional—, y a la relevancia de los actores implicados en el curso de los debates, muchos de los cuales llegarían a ocupar luego espectaculares responsabilidades en el diseño y aplicación del derecho argentino.

## 2. EL ORDEN JURÍDICO TRADICIONAL FRENTE AL IMPERIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1853

Consagrada como un «círculo de fierro que no se podía romper»,<sup>3</sup> la constitución argentina de 1853 y su puesta en práctica vinieron a significar el inicio de un nuevo orden,<sup>4</sup> o mejor aún, la definitiva inserción del país en la «era constitucional».<sup>5</sup> Al respecto, cabe aclarar que durante los años inmediatamente posteriores a su aprobación, el régimen constitucional del '53 se caracterizó por su debilidad e inestabilidad,<sup>6</sup> viéndose las autoridades nacionales obligadas a improvisar «un mundo sobre la región de los principios y de las instituciones».<sup>7</sup> En el curso de este proceso, y plenamente identificada la reciente carta magna con las nuevas ideas jurídicas entonces en boga —al punto que resultaba por demás frecuente que se utilizasen como sinónimos de la palabra «constitución» las expresiones «código»,<sup>8</sup> «código fundamental»,<sup>9</sup> o «código

<sup>3</sup> Palabras del Ministro de Justicia en la sesión de la Cámara de Diputados de 12 de julio de 1858; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados* (en adelante, *DSCD*), año 1858, p. 519.

<sup>4</sup> Diputado Daniel Aráoz en la sesión de la Cámara de Diputados de 8 de agosto de 1855; en *DSCD*, años 1854-1856, p. 141.

<sup>5</sup> Diputado Manuel Lucero en la sesión de la Cámara de Diputados de 14 de mayo de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 4.

<sup>6</sup> Diputado Calixto González en la sesión de la Cámara de Diputados de 11 de julio de 1856; en *DSCD*, años 1854-1856, p. 336. Diputado Manuel Lucero en la sesión de la Cámara de Diputados de 14 de mayo de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 4. Diputado Saturnino Laspiur en la sesión de la Cámara de Diputados de 14 de agosto de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 197.

<sup>7</sup> Minuta de contestación al mensaje del Poder Ejecutivo Nacional abriendo el año parlamentario 1855, redactada por los senadores Agustín Justo de la Vega, Benjamín Villafañe y Vicente Saravia. En sesión de la Cámara de Senadores de 9 de junio de 1855; en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores* (en adelante, *DSCS*), año 1855, p. 43.

<sup>8</sup> Diputado Bazán en la sesión de la Cámara de Diputados de 6 de agosto de 1860; en *DSCD*, año 1860, p. 227.

<sup>9</sup> Diputado Manuel Lucero en la sesión de la Cámara de Diputados de 20 de julio de 1855; en *DSCD*, años 1854-1856, p. 108. Senador Martín Zapata en la sesión de 18 de agosto de 1857 y en la de 19 de septiembre del mismo año; ambas en *DSCS*, año 1857, pp. 221 y 356. Senador Fernando Arias en la

de mayo»—,<sup>10</sup> se hizo evidente que la sanción de este instrumento normativo había traído aparejado un cambio radical en la administración del país,<sup>11</sup> lo que implicó, a su vez, el consiguiente surgimiento de «un nuevo derecho público», que todavía no se enseñaba «en las universidades ni se practica[ba del todo] en el foro»,<sup>12</sup> pero que colisionaba en más de un aspecto con la tradición jurídica hispánica.

Obviamente, en estas circunstancias las tendencias en pro de la codificación —expresamente impulsadas por el articulado constitucional, y, en cierta medida, asimiladas con el acceso al máximo grado de «civilización» posible—<sup>13</sup> recibieron un impulso significativo.<sup>14</sup> Ahora bien, cabe referir aquí que, acompañando este proceso, la ley se fortaleció en desmedro de las demás fuentes del derecho, y se sentaron las bases de nuevos criterios en materia de interpretación legal. En cuanto a lo primero, debo decir que erigida sobre «principios generales» abarcativos de «todos los hechos particulares»,<sup>15</sup> la ley comenzó a ser identificada, sin más, como la fuente jurídica por antonomasia. De este modo, *v. gr.*, pudo decirse que constituía el único instrumento válido para elevar una costumbre al «rango del derecho».<sup>16</sup> Dicho de otro modo, el prestigio de la ley se consolidó, convirtiéndose su «estricta observación» y guarda en la misión fundamental de la autoridad política.<sup>17</sup> Es que, como se afirmó rotundamente, «donde hay ley, hay justicia».<sup>18</sup> Asimismo, también se fue abriendo paso la correlativa idea de que la judicatura debía limitarse a la mera aplicación de los textos legales,<sup>19</sup> con el

sesión de la Cámara de Senadores de 31 de agosto de 1857; en *DSCS*, año 1857, p. 273. Diputado Emilio de Alvear en la sesión de la Cámara de Diputados de 11 de mayo de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 391. Diputado Ferreira en la sesión de la Cámara de Diputados de 19 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 559. Sesión de 7 de abril de 1861; en *DSCD*, año 1861, p. 29.

<sup>10</sup> Diputado Warcalde en la sesión de la Cámara de Diputados de 14 de junio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 428.

<sup>11</sup> Senador Carlos Calvo en la sesión de la Cámara de Senadores de 21 de agosto de 1860; en *DSCS*, año 1860, p. 321.

<sup>12</sup> Palabras del Ministro de Justicia en la sesión de la Cámara de Diputados de 24 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, pp. 573 y 576.

<sup>13</sup> *Cf.*, *v.gr.*, lo que el diputado Daniel Aráoz dijo en la sesión de la Cámara de Diputados de 8 de julio de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 107.

<sup>14</sup> Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1977, p. 318 y sigs.

<sup>15</sup> Senador Marcos Paz en la sesión de la Cámara de Senadores de 11 de agosto de 1860; en *DSCS*, año 1860, p. 277.

<sup>16</sup> Diputado Manuel Lucero, sesión de la Cámara de Diputados de 11 de julio de 1856; en *DSCD*, años 1854-1856, p. 335.

<sup>17</sup> Palabras del diputado Cáceres en la sesión de la Cámara de Diputados de 14 de mayo de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 12. En el mismo sentido véanse las palabras del diputado Barant en la sesión de la Cámara de Diputados de 17 de mayo de 1860; en *DSCD*, año 1860, p. 18.

<sup>18</sup> Palabras del Ministro de Justicia en la sesión de la Cámara de Diputados de 14 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 525.

<sup>19</sup> *Cf.* la sesión de la Cámara de Diputados de 14 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 524.

objeto de impedir así el desarrollo de un por entonces denostado arbitrio.<sup>20</sup> Por otra parte, en lo que se refiere a la interpretación legal debo señalar que fueron notorios los esfuerzos desplegados entonces en la materia. De este modo, y contrastando con la tradición indiana, la hermenéutica doctrinal —propia de los jurisconsultos—<sup>21</sup> comenzó a ser dejada de lado, impulsándose, en cambio, una interpretación sistemática de la ley<sup>22</sup> a la que se aspiraba encerrar «en su texto mismo».<sup>23</sup>

Como lógica derivación de lo referido hasta aquí, tras la sanción de la constitución cobraron poderosos bríos las críticas contra diversos aspectos del antiguo derecho hispánico, el cual llegó a ser conceptuado como un verdadero lastre intelectual,<sup>24</sup> del cual debían alejarse los futuros códigos federales.<sup>25</sup> Ahora bien, cabe señalar que no solo se trataba de censurar algún instituto en particular, como sucedió con la categoría «hijos de familia» —a quienes el artículo 18 de la constitución tucumana les privaba del ejercicio del voto,<sup>26</sup> en cláusula que mereció de los legisladores nacionales la tacha de «injusta y opuesta al espíritu democrático de la Carta Nacional—,<sup>27</sup> o de los recursos de nulidad e injusticia notoria,<sup>28</sup> que formaban parte de una «práctica judicial» que se sindicaba de escasa utilidad para los tiempos constitucionales.<sup>29</sup> En efecto, la crítica iba más allá, y se dirigía a denostar aspectos centrales del viejo orden jurídico indiano. Ese fue, por ejemplo, el caso de los antiguos criterios de análisis jurídico, supuestamente responsables de una «forzada» lectura forense de las leyes, dirigida a «evitar el golpe de la justicia».<sup>30</sup> Así las cosas, y en tanto que elemento central de un discutido y «oscuro» mundo judicial,<sup>31</sup> buena parte de los reproches de la hora se dirigieron contra la arbitrariedad de unos magistrados,<sup>32</sup> a los que se acusaba de

<sup>20</sup> Diputado Vicente Quesada en la sesión de la Cámara de Diputados de 12 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 509 y 510. Véanse también las palabras del diputado Emiliano García en la sesión de la Cámara de Diputados de 12 y 14 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 517 y 529.

<sup>21</sup> Diputado Emiliano García en la sesión de la Cámara de Diputados de 14 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 529.

<sup>22</sup> Senador Carlos Calvo en la sesión de la Cámara de Senadores de 11 de agosto de 1860; en *DSCS*, año 1860, p. 284.

<sup>23</sup> Cf. la sesión de la Cámara de Senadores de 4 de noviembre de 1854; en *DSCS*, año 1854, p. 29.

<sup>24</sup> Palabras del Ministro de Justicia en la sesión de la Cámara de Diputados de 24 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 576.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 560.

<sup>26</sup> Sesión de la Cámara de Senadores de 20 de agosto de 1856; en *DSCS*, año 1856, p. 213.

<sup>27</sup> Sesión de la Cámara de diputados de 6 de septiembre de 1856; en *DSCD*, años 1854-1856, p. 465.

<sup>28</sup> Diputado Calixto González en la sesión de la Cámara de Diputados de 16 de agosto de 1856; en *DSCD*, años 1854-1856, p. 423.

<sup>29</sup> Senador Martín Zapata en la sesión de 18 de agosto de 1857; en *DSCS*, año 1857, p. 224.

<sup>30</sup> Senador Marcos Paz en la sesión de la Cámara de Senadores de 5 de noviembre de 1854; en *DSCS*, año 1854, p. 37.

<sup>31</sup> Diputado Vicente Quesada en la sesión de la Cámara de Diputados de 12 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 510.

<sup>32</sup> Diputado Cáceres en la sesión de la Cámara de Diputados de 28 de septiembre de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 351.

«inventar» formas procesales.<sup>33</sup> De este modo, frente a la arbitrariedad de un saber jurídico que, fundado en la «vaguedad de las doctrinas», conducía al desprestigio y lenta anulación de las leyes,<sup>34</sup> se proponía la instauración de una magistratura reducida a la estricta aplicación de la legislación.<sup>35</sup>

### 3. LA SITUACIÓN DEL ANTIGUO DERECHO HISPÁNICO EN LA «ERA CONSTITUCIONAL»

Pese a su virulencia, las críticas propinadas contra el antiguo derecho que menciono arriba no impidieron que buena parte del plexo normativo indiano continuase siendo visualizado por los argentinos como derecho «vigente».<sup>36</sup> De este modo, por ejemplo, se pudo afirmar que «todas las provincias reconocían como propio» el viejo derecho peninsular,<sup>37</sup> que la mayor parte de las sentencias se resolvían «con arreglo a los códigos españoles»;<sup>38</sup> y que las leyes hispánicas previas a la independencia patria, aunque «antiguas», también eran las «del país».<sup>39</sup> Análogamente, mientras que Saturnino Laspiur, un diputado nacional que años más tarde sería designado ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se refirió en 1860 al empleo forense de las viejas cláusulas procesales indianas,<sup>40</sup> Pedro Ávila, otro integrante de la Cámara Baja, identificó las ordenanzas militares de 1768 con «leyes vigentes».<sup>41</sup> En otras palabras, se tratase de las *Leyes de Indias* tomadas en su conjunto, o de algunas disposiciones particulares aplicadas en el Plata durante el período hispánico —tal el caso, *v. gr.*, de las relativas al ejercicio de la abogacía—, lo cierto es que, para los hombres de la Confederación Argentina, de lo que se estaba hablando era, ni más ni menos, que de «nuestras leyes».<sup>42</sup>

<sup>33</sup> Nota del diputado Saturnino Laspiur a la Cámara de Diputados, fechada en Paraná el 5 de junio de 1860. En sesión de la Cámara de Diputados de 6 de junio de 1860, *DSCD*, año 1860, p. 71.

<sup>34</sup> Diputado Vicente Quesada en la sesión de la Cámara de Diputados de 12 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 510.

<sup>35</sup> Diputado Emiliano García en la sesión de la Cámara de Diputados de 12 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, pp. 516 y 517.

<sup>36</sup> Véase, *v.gr.*, la sesión de la Cámara de Diputados de 10 de septiembre de 1859; en *DSCD*, año 1859, p. 286.

<sup>37</sup> Senador Martín Zapata en la sesión de 19 de agosto de 1857; en *DSCS*, año 1857, pp. 230 y 231.

<sup>38</sup> Diputado Emiliano García en la sesión de la Cámara de Diputados de 14 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, pp. 530 y 531.

<sup>39</sup> Expresiones del diputado Cáceres en la sesión de la Cámara de Diputados de 10 de junio de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 60.

<sup>40</sup> Véase la sesión de la Cámara de Diputados de 30 de julio de 1860; en *DSCD*, año 1860, p. 205.

<sup>41</sup> Diputado Pedro Ávila en la sesión de la Cámara de Diputados de 24 de julio de 1860; en *DSCD*, año 1860, p. 193. Me ocupo extensamente de la situación del derecho militar de raigambre hispánica en la Argentina de mediados del siglo XIX en el capítulo V de mi libro *El derecho penal militar en la historia argentina*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002.

<sup>42</sup> Sobre las leyes de Indias como «nuestras leyes», véase la sesión de la Cámara de Senadores de 10 de julio de 1855; en *DSCS*, año 1855, p. 92. En cuanto a lo relativo a la regulación de la abogacía, véanse las palabras del Ministro de Justicia en la sesión de la Cámara de Diputados de 21 de julio de 1858,

Ahora bien, si es cierto que en la Argentina de la época se aceptaba que, en tanto que «actual legislación»,<sup>43</sup> las antiguas disposiciones hispánicas, «buenas o malas, se hallaban vigentes», y que ellas constituían, en efecto, «la base y el fundamento de todos nuestros derechos civiles»,<sup>44</sup> también debe tenerse presente que entre los contemporáneos se suscitaron diversas reflexiones en torno a los motivos y a los alcances de este fenómeno. Así las cosas, en cuanto a las razones de su empleo lo que se afirmaba era que la mayor parte de la legislación española subsistía —fuese por expreso reconocimiento,<sup>45</sup> fuese por omisión en su derogación—<sup>46</sup> como consecuencia de la ausencia de una legislación nacional de carácter orgánico. Por otra parte, en lo atinente a los alcances de esta vigencia el criterio era que la misma se extendía siempre y cuando lo hispánico no colisionase con la nueva normativa patria;<sup>47</sup> en particular, con lo establecido en el articulado de la constitución nacional de 1853.<sup>48</sup> De este modo pudo afirmarse que si las «leyes de España» regían «no solo en la Confederación sino también en todas las repúblicas americanas de origen español», ello no significaba que los estados hispanoamericanos, tal como lo había hecho el Uruguay con respecto a la vocación hereditaria de la mujer viuda, no pudiesen desligarse de sus preceptos a voluntad, «en uso de su perfecto derecho».<sup>49</sup> Asimismo, identificado lo indiano con el pasado patrio, y atribuida a la historia un profundo valor explicativo, no fueron raras las alusiones al antiguo derecho hispánico en tanto que antecedente del nacional. De este modo, por ejemplo, el régimen jurídico imperante bajo el «gobierno colonial» fue invocado en materia de patronato<sup>50</sup> y de rescriptos de legitimación,<sup>51</sup> e incluso se llegó

---

reproducidas en *DSCD*, año 1858, p. 572, y las del diputado Lucas González en la sesión de la Cámara de Diputados de 29 de agosto de 1859, transcriptas en *DSCD*, año 1859, p. 265.

<sup>43</sup> Senador Carlos Calvo en la sesión de la Cámara de Senadores de 21 de agosto de 1860; en *DSCS*, año 1860, p. 321.

<sup>44</sup> Sesión de la Cámara de Diputados de 21 de junio de 1855, en *DSCD*, años 1854-1856, p. 81.

<sup>45</sup> Senador Carlos Calvo en la sesión de la Cámara de Senadores de 21 de agosto de 1860; en *DSCS*, año 1860, p. 320.

<sup>46</sup> Senador Fernando Arias en la sesión de la Cámara de Senadores de 21 de agosto de 1860; en *DSCS*, año 1860.

<sup>47</sup> Diputado Garzón, sesión de la Cámara de Diputados de 21 de junio de 1855; en *DSCD*, años 1854-1856, p. 77.

<sup>48</sup> Al respecto, véase, v.gr., lo dicho por distintos legisladores durante el transcurso de la sesión de la Cámara de Diputados de 20 de junio de 1860; en *DSCD*, año 1860, p. 110 y sigs. También lo expresado por el Diputado Pedro Avila en la sesión de la Cámara de Diputados de 30 de julio de 1860, en *DSCD*, año 1860, p. 201; los dichos del senador Tomás Guido en la sesión de la Cámara de Senadores de 20 de junio de 1860, en *DSCS*, año 1860, p. 141; y los del senador Carlos Calvo en la sesión de la Cámara de Senadores de 21 de agosto de 1860; en *DSCS*, año 1860, pp. 317 y 320.

<sup>49</sup> Sesión de la Cámara de Diputados de 21 de junio de 1855, en *DSCD*, años 1854-1856, pp. 81 y 82.

<sup>50</sup> Cf. la p. 415 de la sesión de la Cámara de Diputados de 13 de agosto de 1856, reproducida en *DSCD*, años 1854-1856. También la sesión de la Cámara de Diputados de 23 de agosto de 1855, en el mismo volumen, p. 168.

<sup>51</sup> Diputado Lucas González en la sesión de la Cámara de Diputados de 29 de agosto de 1859; en *DSCD*, año 1859, p. 265. Véanse, además lo que sostuvo el diputado Vicente Quesada en la página 266



a sugerir que el pasado hispánico ofrecía una especie de mínimo institucional, que debía actuar como referente a la hora de poner en práctica la constitución.<sup>52</sup>

Al margen de lo señalado hasta aquí, no está de más señalar ahora que en el proceso de aceptación argentina del viejo legado hispánico se impuso, como rasgo dominante, la interpretación del mismo —o, al menos, la formal asimilación del mismo— a los criterios jurídicos del siglo XIX. Vale decir, pues, que se pretendió aplicar una visión «codificada» del derecho indiano. Así, motejados los cuerpos del antiguo derecho hispanoindiano como «códigos españoles»,<sup>53</sup> e identificadas sus cláusulas con las de un «código civil»,<sup>54</sup> se aseveró que las *Siete Partidas* eran un «código»,<sup>55</sup> y que las ordenanzas castrenses de Carlos III también formaban «un código [...] en que estaban consignadas las prácticas y reglas que debían observar los militares».<sup>56</sup> De análoga manera, también se sostuvo que las disposiciones del derecho hispánico constituían los «códigos antiguos de la República».<sup>57</sup>

#### 4. LA PRESENCIA DE LA CULTURA JURÍDICA INDIANA EN EL CONGRESO DE LA CONFEDERACIÓN

Más allá de la genérica visión del antiguo derecho español, cabe señalar aquí que, para el período 1854-1861 y en el ámbito del Congreso de la Confederación, se detectan al menos tres aspectos distintos vinculados con la presencia de elementos de la cultura jurídica indiana. De este modo, uno es el de la concreta invocación de la normativa o de los criterios analíticos hispánicos en el curso de los debates parlamentarios; otro lo ofrecen, en el diseño de las nuevas instituciones republicanas, la alusión a ciertas inequívocas reminiscencias indianas; y, finalmente, el último se refiere a la aplicación de arraigados métodos y técnicas derivados del *Ius commune*.

En cuanto a lo primero, vale decir el recurso a las disposiciones y criterios hispánicos en los debates parlamentarios, cabe recordar, en principio, que las *Siete Partidas*,<sup>58</sup> la *Recopilación de Leyes de Indias* y la *Política Indiana* de Juan de Solórzano y Pereira<sup>59</sup>

correspondiente al mismo diario de sesiones, y lo que el senador Saravia dijo en la sesión de la Cámara de Senadores de 7 de septiembre de 1859, lo cual fue publicado en *DSCS*, año 1859, p. 273.

<sup>52</sup> Sesión de la Cámara de Diputados de 23 de agosto de 1855; en *DSCD*, años 1854-1856, p. 166.

<sup>53</sup> Sesión de la Cámara de Diputados de 14 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 531. Senador Fernando Arias en la sesión de la Cámara de Senadores de 21 de agosto de 1860; en *DSCS*, año 1860.

<sup>54</sup> En este sentido, por ejemplo, pueden verse los dichos del diputado Manuel Lucero en la sesión de la Cámara de Diputados de 3 de julio de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 98.

<sup>55</sup> Sesión de la Cámara de Diputados de 22 de agosto de 1859; en *DSCD*, año 1859, p. 252.

<sup>56</sup> Diputado Daniel Aráoz en la sesión de la Cámara de Diputados de 30 de julio de 1860; en *DSCD*, año 1860, p. 201. En el mismo sentido se pronunció el senador Tomás Guido en la sesión de la Cámara de Senadores de 20 de junio de 1860; en *DSCS*, año 1860, p. 141.

<sup>57</sup> Senador Tomás Guido en la sesión de la Cámara de Senadores de 21 de agosto de 1860; en *DSCS*, año 1860, p. 315.

<sup>58</sup> Sesión de la Cámara de Diputados de 22 de agosto de 1859; en *DSCD*, año 1859, p. 252. 1831.

<sup>59</sup> Cf. la sesión de la Cámara de Senadores de 12 de julio de 1855; en *DSCS*, año 1855, pp. 102 y 103.

supieron estar a mano de los legisladores para que estos fundasen sus distintas posiciones. De allí que no sorprenda que la negativa a admitir la incorporación de un diputado suplente a la Cámara —a raíz de su previa destitución como juez de primera instancia—, se basase en el carácter infamante de la referida sentencia, de acuerdo con lo dispuesto sobre el particular por la ley 5, título 6, de la Partida VII.<sup>60</sup> En análogo sentido, también corresponde traer a colación las habituales alusiones a las ordenanzas militares de Carlos III,<sup>61</sup> y la invocación de las leyes 2 y 12, título 6, libro I, de la *Recopilación de Leyes de Indias*, como argumento tendiente a demostrar que «el obispado de Cuyo no ha[bía] sido erigido en la forma prescrita por nuestras leyes». <sup>62</sup> Por otra parte, y en lo que hace a la invocación genérica de añosos criterios, cabe hacer referencia ahora a la subsistencia de concepciones de rancio sabor corporativo,<sup>63</sup> aún bajo el formal imperio del principio de igualdad ante la ley. Así, por ejemplo, se llegó a aseverar que si «los individuos como ciudadanos cuando delinquen son juzgados por las leyes generales», cuando «pertenecen a un gremio o corporación» deben ser «juzgados por las leyes especiales del gremio a que pertenecen». <sup>64</sup> Además, respecto del referido orden de cosas, debo mencionar cómo, en el ámbito del derecho público de algunas provincias —como Córdoba o Corrientes—, permaneció arraigada la idea de que era propio de los gobernadores desempeñarse simultáneamente como capitanes generales.<sup>65</sup> Asimismo, otra cosa que me parece oportuno recordar aquí es la subsistencia de ciertas posturas que parecen remontarse a los tiempos del reformismo borbónico. De este modo, *v. gr.*, cabe evocar los dichos de un Manuel Lucero, según el cual el patronato constituía una «regalía del poder secular»;<sup>66</sup> o los de un Calixto González, quien recordó que era «práctica recibida respecto de órdenes superiores, darles el cumplimiento, sin perjuicio de poner los inconvenientes que de ellas pueden originarse, al Superior de donde emana». <sup>67</sup>

Ahora bien, si la referencia a normas y a criterios jurídicos antiguos no fue infrecuente en los debates parlamentarios, la vitalidad decimonónica del derecho indiano

<sup>60</sup> Véase la sesión de la Cámara de Diputados de 22 de agosto de 1859; en *DSCD*, año 1859, pp. 252 y 253.

<sup>61</sup> Véase un ejemplo en la sesión de la Cámara de Diputados de 20 de junio de 1860, en *DSCD*, año 1860, p. 110 y ss.

<sup>62</sup> Cf. la sesión de la Cámara de Senadores de 10 de julio de 1855; en *DSCS*, año 1855, p. 92 y sigs.

<sup>63</sup> Diputado Saturnino Laspiur en la sesión de la Cámara de Diputados de 14 de agosto de 1857; en *DSCD*, año 1857, pp. 197.

<sup>64</sup> Diputado Pardo en la sesión de la Cámara de Diputados de 17 de agosto de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 210.

<sup>65</sup> Véanse las sesiones de la Cámara de Senadores de 1° de septiembre de 1855 y de 25 de agosto de 1856; en *DSCS*, año 1855, p. 205, y *DSCS*, año 1856, p. 218, respectivamente.

<sup>66</sup> Cf. las palabras pronunciadas por Manuel Lucero en la sesión de la Cámara de Diputados de 20 de junio de 1856.

<sup>67</sup> Diputado González, sesión de la Cámara de Diputados de 6 de agosto de 1855; en *DSCD*, años 1854-1856, p. 125.

no se limitó a la mera mención de sus formas pretéritas, sino que no deja de llamar la atención el impulso dado a ciertos anhelos de «retorno» al pasado.<sup>68</sup> Al respecto, entre estas reminiscencias hispánicas pueden mencionarse aquí las siguientes: la aspiración a implantar el recurso de súplica en los casos en los que la Corte Suprema de Justicia conociera por vía de competencia exclusiva y originaria, mecanismo concebido como una forma de «aumentar las garantías de los justiciables»;<sup>69</sup> la pretensión de otorgar al Poder Ejecutivo Nacional la autoridad suficiente como para conceder rescriptos de legitimación, idea que si aceptada por la Cámara Baja<sup>70</sup> y puesta en práctica en otros países de la América independiente, como Chile,<sup>71</sup> sin embargo terminó siendo rechazada unánimemente por los miembros del Senado;<sup>72</sup> la inserción en la ley de organización municipal de la figura de un «síndico procurador», encargado de «hacer personería de la municipalidad en los asuntos contenciosos en que ella se interes[as]e, demandando o defendiendo las acciones y derechos del municipio, denunciar ante la corporación las faltas graves de los empleados municipales en el ejercicio de sus funciones y las infracciones que notase de las leyes y disposiciones municipales»;<sup>73</sup> y la presentación de un proyecto de ley tendiente a establecer un «visitador de los establecimientos de instrucción primaria en el territorio federalizado».<sup>74</sup>

Por último, en lo que hace a la subsistencia de los métodos y de las técnicas surgidos de la cultura del *Ius commune* —herencia que, en mi opinión, fue la que implícitamente permitió sustentar un proyecto dirigido a permitir que todos los graduados en derecho en la península y en la América española pudiesen ejercer la abogacía en el país, lo que implicaba que todavía era dable observar una cierta unidad de cultura jurídica entre los estados hispanoamericanos—,<sup>75</sup> debo señalar aquí que la misma abarcó mucho más que la mera invocación de ciertos principios generales, como aquel según el cual «solo tenía poder de quitar o derogar, el que tenía el poder de crear o establecer»,<sup>76</sup> o aquel otro en virtud del cual se negaba a los magistrados pronunciarse

<sup>68</sup> Al hablar de «retorno» adapto aquí libremente los planteos de René Ortiz Caballero a los que alude Fernando de Trazegnies en «El derecho prehispánico: una aproximación al estudio de la historia del derecho en las culturas sin derecho», *Revista de Historia del Derecho*, núm. 30, 2002.

<sup>69</sup> Diputado Emiliano García en la sesión de la Cámara de Diputados de 19 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 561. Véase también lo que dijo el diputado González en la página 556 de la misma sesión, y las palabras pronunciadas por el diputado Pedro Funes el día 21 de julio de 1858, incorporadas en la p. 563 del mismo volumen.

<sup>70</sup> Sesión de la Cámara de Diputados de 29 de agosto de 1859; en *DSCD*, año 1859, p. 265 y sigs.

<sup>71</sup> Sobre este tema, véase Luis LIRA MONTT, «La legitimación por rescripto real en Indias. Estudio histórico-jurídico»; *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, año LX, núm. 103 (1993), p. 62.

<sup>72</sup> Véase la sesión de la Cámara de Senadores de 7 de septiembre de 1859; en *DSCS*, año 1859, p. 273.

<sup>73</sup> Sesión de la Cámara de Diputados de 25 de septiembre de 1860; en *DSCD*, año 1860, en especial pp. 389 y 390.

<sup>74</sup> Véase la sesión de la Cámara de Senadores de 1° de septiembre de 1857; en *DSCS*, año 1857, p. 279.

<sup>75</sup> Véase la sesión de la Cámara de Diputados de 21 de junio de 1855; en *DSCD*, años 1854-1856, p. 79.

<sup>76</sup> Diputado Navarro en la sesión de la Cámara de Diputados de 12 de julio de 1858; en *DSCD*, año 1858, p. 519.

«en materia civil *ultra petita*».<sup>77</sup> En efecto, amén de lo dicho hasta ahora, he podido detectar el empleo de una argumentación jurídica construida en torno a «disputas»<sup>78</sup> y basada en unas «razones»<sup>79</sup> que no se agotaban en el texto de la ley.<sup>80</sup> De allí que frente a una jurisprudencia como fruto de la decisión tribunalicia,<sup>81</sup> se siguiese hablando de una jurisprudencia como sutil producto que la sabiduría de los autores había edificado a partir de distintos principios jurídicos.<sup>82</sup> Así las cosas, fue reiterada la invocación de las opiniones «de respetables jurisconsultos»<sup>83</sup> dotados de «autoridad»,<sup>84</sup> gracias a las cuales se integraba la «jurisprudencia» del país». <sup>85</sup> De análoga manera también cabe señalar que se reforzaba el prestigio de ciertos juristas modernos, como el norteamericano Story, aplicando el expediente de calificárseles como «autoridad en [la] materia» que abordaban; o que todavía se creía, como en el caso de las ordenanzas militares «de Colón», que la ley alcanzaba su mejor expresión una vez glosada.<sup>86</sup>

Además de lo dicho arriba, otra manifestación de época que también considero ligada a la subsistencia del tejido intelectual del *ius commune* tuvo que ver con el descollante papel asignado a la costumbre, el cual no se vio empañado mayormente pese al aparente triunfo asignado a la ley entre las fuentes del derecho. En efecto, afirmada rotundamente la equivalencia de la costumbre con la ley,<sup>87</sup> se aseguró que no

---

<sup>77</sup> Senador por Córdoba Severo González en la sesión de la Cámara de Senadores de 7 de septiembre de 1857; en *DSCS*, año 1857, p. 316. En cuanto a la vigencia de los principios generales del derecho concebidos por los juristas del *ius commune* en la Argentina posterior a la organización nacional, puede consultarse Abelardo LEVAGGI, «El derecho común en la jurisprudencia de los tribunales de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 15, 1989.

<sup>78</sup> Diputado Ramón Gil Navarro en la sesión de la Cámara de Diputados de 8 de junio de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 55. Diputado Wenceslao Díaz Colodrero en la sesión de la Cámara de Diputados de 18 de junio de 1860; en *DSCD*, año 1860, p. 102.

<sup>79</sup> Senador Carlos Calvo en la sesión de la Cámara de Senadores de 21 de agosto de 1860; en *DSCS*, año 1860, p. 320.

<sup>80</sup> Diputado Ramón Gil Navarro en la sesión de la Cámara de Diputados de 8 de junio de 1857; en *DSCD*, año 1857, pp. 42 y 43.

<sup>81</sup> Véase un ejemplo en lo que dijo el senador Martín Zapata en la sesión de 31 de agosto de 1857; en *DSCS*, año 1857, p. 273.

<sup>82</sup> Véase un ejemplo de esto en las palabras del Diputado Daniel Aráoz en la sesión de la Cámara de Diputados de 8 de julio de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 112.

<sup>83</sup> Diputado Calixto González en la sesión de la Cámara de Diputados de 16 de agosto de 1856; en *DSCD*, años 1854-1856, p. 423.

<sup>84</sup> Sesión de la Cámara de Diputados de 25 de junio de 1860; en *DSCD*, año 1860, p. 139.

<sup>85</sup> Véase un ejemplo en las palabras del senador Carlos Calvo en la sesión de la Cámara de Senadores de 21 de agosto de 1860; en *DSCS*, año 1860, p. 320.

<sup>86</sup> *Idem*. Respecto de la circulación de los comentarios de Colón de Larriátegui en el mundo hispanoamericano, puede verse Ezequiel ABÁSULO, «La transformación de las ideas jurídicas hispanoamericanas en el tránsito del régimen indiano a la modernidad política. El caso del derecho militar rioplatense», *Vínculo Jurídico*, núms. 49-50, enero-junio 2002, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas.

<sup>87</sup> Senador Marcos Paz en la sesión de la Cámara de Senadores de 5 de noviembre de 1854; en *DSCS*, año 1854, p. 37.

era necesario que dicha equiparación «estuviera escrita en algún código».<sup>88</sup> Pero esto no es todo, ya que, además, se sostuvo que por aplicación de la costumbre no solo se podían derogar las leyes<sup>89</sup> sino hasta «anular la Constitución en su fundamento».<sup>90</sup>

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Más allá de las apariencias formalmente «modernas», y en tanto que evidente expresión de una época marcada por su carácter transicional, las mentalidades de los legisladores de la Confederación reflejan la ecléctica aceptación que los elementos hispánicos aún merecían en el obrar jurídico argentino de mediados del siglo XIX. De este modo, en un mundo plagado de ambigüedades y en el cual la articulación profunda del mecanismo jurídico fue el privilegiado escenario en el que se impuso la resistencia de creencias varias veces seculares, distintos caracteres gestados bajo el imperio del derecho indiano continuaron dando muestras de notable vitalidad, y todo ello aún a pesar de los acres denuestos propinados por los corifeos de la transformación. En este sentido, la simple constatación de que las críticas debieron reiterarse una y otra vez así lo demuestra.

Ahora bien, más que la defensa consciente de un modelo alternativo, opuesto a la avasallante marcha de la *cultura del código*, la subsistencia de lo indiano da la impresión de haber sido motivada —al margen de la inercia impuesta por las rutinas—, por la solidez que transmitía su integración en un entramado orgánico. A la postre, este solo sería desplazado como derivación de la sanción de los códigos, o, dicho con más precisión, como consecuencia de la aplicación de un método jurídico que, fundado en el código como máxima expresión de la ley, evitó ir más allá de la contemplación de los textos legales, eludiendo, así, el inquietante contacto con la costumbre y con la doctrina de los autores. A partir de entonces el derecho indiano solo sería invocado en forma fragmentaria, como mero objeto de curiosidad arqueológica, o para ser analizado descontextuadamente, una vez inserto en el sistema del código.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Diputado Manuel Lucero en la sesión de la Cámara de Diputados de 8 de julio de 1857; en *DSCD*, año 1857, p. 112.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>90</sup> Cf. la sesión de la Cámara de Diputados de 14 de mayo de 1857; en *DSCD*, años 1854-1856, págs. 7 y 8. Véase también lo referido por el diputado Wenceslao Díaz Colodrero en la sesión de la Cámara de Diputados de 18 de junio de 1860; en *DSCD*, año 1860, pág. 102.

<sup>91</sup> Respecto de la inserción descontextuada de lo indiano en el sistema del código, puede verse un ejemplo en mi trabajo «Ponderación del derecho indiano en la jurisprudencia argentina (1946-1955)», en *Actas del XIII° Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, San Juan, 2003.