

Historia del Derecho Argentino

Ricardo Levene (h)

PROLOGO

De las aulas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales egresé con enérgico impulso para realizar, en larga trayectoria, las tareas universitarias y académicas a mi cargo, preferentemente en la Argentina, Chile, Perú y Brasil.

Desde hace cuarenta años tengo el honor insigne de dictar mis lecciones en la Facultad que formó mi espíritu, como profesor suplente primero —designado en tal carácter en 1912— y como profesor titular después.

Sentí tempranamente la vocación docente y el amor al estudio, sin tiempo para ejercer la noble profesión de abogado, necesitando todas las horas libres para satisfacer las inquietudes de la investigación histórica, política, jurídica, económica y cultural de nuestro pasado. Mi primera palabra en este momento de intensas emociones la dedico a los profesores de mi época de estudiante, sin excepción.

*Retengo la imagen y el gesto de muchos de ellos que en la cátedra impresionaron con su talento y patriotismo, alentando la admiración entusiasta de los jóvenes; y más especialmente pienso en los maestros que me precedieron en la enseñanza de *Introducción al Derecho e Historia del Derecho Argentino*, Juan José Montes de Oca, Juan Agustín García y Carlos Octavio Bunge. A cada uno de ellos les he dedicado estudios especiales sobre su personalidad y la labor docente que realizaron.*

Recibí un gran legado —que dio justo renombre a la cátedra—, y he procurado con afán incesante conservar y enriquecer ese bien científico y espiritual, con el pensamiento puesto en la juventud estudiosa. Los doctores Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becú me acompañan en la tarea docente, con la competencia y elevación de ideas que distinguen los trabajos intensivos de que son autores.

II

Se contribuye a la preparación del estudiante, con la publicación del manual, cuando éste compendia lo sustancial de una disciplina.

El contenido de este "Manual de historia del Derecho argentino" es nuevo en gran parte. En lo referente al Derecho de Indias, mis primeras monografías son de 1946, y ya en 1924 —hace casi treinta años— publiqué la "Introducción a la historia del Derecho indiano", reconocida en España y América como la primer obra orgánica sobre la ciencia de las instituciones jurídicas de Indias. Acerca de esta materia, historiadores de España y de este Continente están consagrados a la investigación en las fuentes originales, concurriendo solidariamente, desde distintos sectores, a la sistematización de este Derecho común hispanoindiano.

Mis estudios sobre la historia del Derecho patrio argentino datan de 1920, con la publicación de "La Revolución de Mayo y Mariano Moreno", y más concretamente desde el establecimiento del Instituto de historia del Derecho argentino que tuve el honor de fundar en 1936. He expuesto los fines superiores del Instituto, tendientes a restaurar la tradición jurídica nacional, la filiación de nuestras instituciones y los antecedentes de grandes codificadores, al publicar en 1939 el texto de "Instituciones elementales sobre el Derecho natural y de gentes", del primer profesor del antiguo Departamento de jurisprudencia, el presbítero doctor Antonio Sáenz, y en 1941, con mi libro "La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro", que fué la primera escuela de leyes de Buenos Aires.*

Las investigaciones que he realizado, progresivamente, de historia del Derecho indiano y de Derecho patrio argentino, con las últimas comprobaciones, se proyectan en mi "Historia del Derecho argentino" que comencé a editar en 1945, y de cuya obra ya han aparecido siete volúmenes. Las conclusiones, expuestas hace años y fundadas en una nueva documentación, están admitidas hoy en universidades, academias e institutos, donde trabajan auténticos historiadores del derecho.

Sobre historia del Derecho indiano, esas conclusiones se refieren a la originalidad de sus instituciones, el ideal ético y el espíritu de justicia social que los alienta, así como también, desde el punto de vista político, el haber sido formadoras de naciones libres e independientes en el Nuevo Mundo. Sobre la historia del derecho patrio argentino la conclusión, evidente hoy, es que se trata de un derecho con personalidad propia, resultante de la experiencia, la lucha, el dolor de los argentinos en el curso de las sucesivas etapas que siguieron al movimiento emancipador de Mayo, en cuya fuente revolucionaria nació ese nuevo Derecho, y no Derecho intermedio como se dijo por quienes algo quisieron reconocerle, sin contar los publicistas que negaron en absoluto

su existencia y proclamaron que nuestro Derecho carece de historia, porque no existe aún nuestro Derecho.

No se trata de satisfacer aspiraciones personales con la comprobación de los puntos de vista que he sustentado desde la iniciación de estos estudios de historia jurídica, sino de destacar el altísimo valor moral que tiene para mí la labor concurrente de mis colegas y discípulos, formados en una escuela de trabajo metódico y de probidad intelectual.

III

Publico este manual —que es síntesis de muchos años de análisis— y lo dedico a mis ex discípulos y discípulos, entre los cuales figura mi hijo, con fe en el triunfo del Derecho y en el porvenir espiritual de nuestra patria, llamada a grandes destinos en la historia de la civilización.

7 de febrero de 1952.

RICARDO LEVENE.

2* Edición de "Historia del Derecho Argentino"

Se incorporan a esta segunda edición, las últimas investigaciones sobre la Historia del Derecho Argentino, ciencia principal como disciplina formativa del espíritu, fundada en la verdad histórica y en el amor a las instituciones libres.

Corresponde dejar establecido el acierto de las nuevas autoridades universitarias en la realización del elevado propósito de erigir la enseñanza de la Historia del Derecho Argentino, con carácter autónomo, como se ha resuelto en la Universidad de Córdoba al restablecerse su enseñanza y como se proyecta llevar a cabo en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, intensificando las investigaciones y su enseñanza en el Instituto de Historia del Derecho.

20 de agosto de 1956.

RICARDO LEVENE.

PRIMERA PARTE

HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

CAPITULO I

DEFINICION, DIVISION E IMPORTANCIA DE LA HISTORIA DEL DERECHO

- I. Definición y contenido de la Historia del Derecho. — La Historia del Derecho como disciplina filosófica, social y cultural.
- II. División de la Historia del Derecho en externa e interna. — Fuentes del Derecho. — Los restos jurídicos. — Las instituciones jurídicas.
- III. Concepciones genética y sistemática de la Historia del Derecho. — Cada época crea su Derecho. — La Historia del Derecho dividida en períodos.
- IV. Importancia científica y práctica de la Historia del Derecho. — La Historia del Derecho, y la lucha por la justicia y la libertad.
- V. La Historia del Derecho argentino, desde sus orígenes: los Derechos castellano, indígena, indiano y argentino propiamente dicho. — Períodos en que se dividen la Historia del Derecho Indiano y la Historia del Derecho patrio argentino.

I

La Historia del Derecho es la disciplina fundamental que estudia uno de los aspectos del Derecho —el origen y proceso formativo del fenómeno y de las instituciones jurídicas—, como la Ciencia, la Filosofía y la Sociología del Derecho tratan otras manifestaciones del mismo fenómeno.

De ahí las estrechas relaciones de la Historia del Derecho con la Dogmática Jurídica, como concepción sobre la unidad o síntesis de las diversas ramas del Derecho positivo y coordinación sistemática de sus principios, con la Filosofía del Derecho, o razón universal del mismo, y con la Sociología jurídica que estudia el derecho en función de la realidad social.

La Historia del Derecho, como ciencia del espíritu, indaga las fuentes del Derecho y todo lo concerniente al desarrollo y transformación de las instituciones jurídicas, formando parte integrante —como la Historia económica, social, ideológica, literaria, artística, etcétera— del dilatado dominio de la Historia Universal y del campo más

circunscripto de la Historia de la Civilización y de la Cultura. Para Benedetto Croce, como se sabe, la ciencia es lo universal y lo necesario —siguiendo a Aristóteles, y como la Historia trata lo individual y empírico, la Historia es conocimiento, pero no ciencia.

El contenido de la Historia de la Civilización es la ordenación de los acontecimientos que se suceden en dirección a ideales superiores, de libertad, paz y justicia, y el de la Historia del Derecho, con sus caracteres específicos, es el estudio de la convivencia organizada, las normas éticas, religiosas, morales y jurídicas que han existido y rigen la conducta humana, el Derecho consuetudinario, la jurisprudencia de los Tribunales y la opinión científica de los tratadistas.

Tal definición de la Historia del Derecho abarca su amplio contenido, pues admite que el Derecho vive en el espíritu del pueblo y en sus hombres superiores, en cuya virtud integra los dominios de la Historia Social. Aun los hechos que no constituyen Derecho precisamente —siendo necesario acudir con frecuencia a las fuentes no jurídicas— y las individualidades ejemplares tienen un valor representativo que integra el conocimiento del Derecho.

La Historia del Derecho constituye una disciplina filosófica y social vigente.

Es una disciplina filosófica porque presupone un conocimiento puro de su naturaleza y finalidad; de la trabazón de los hechos sociales; de la noción de las causas objetivas y subjetivas, así como también el fundamento de las concepciones jurídicas y la unidad de los valores del espíritu de la historia.

Es una ciencia social porque estudia la realidad plena del Derecho y la entidad creadora del pueblo, como sujeto activo y propulsor de la evolución del Derecho —en oposición a la concepción individualista—, o sea el concepto fundamental del Derecho en acción.

Por último, la Historia del Derecho es una disciplina cultural vigente. No es una ciencia de la naturaleza que se explica por las leyes generales de la causación exterior al hombre, sino ciencia del espíritu, que se comprende al evocar los cuadros encendidos de la vida humana. Historia además que tiene presencia, que tiene un elemento en vigor.

El método de la Historia del Derecho no es por tanto un método naturalista, pero son severos los procedimientos que aplica a la investigación de las fuentes, a la crítica del saber histórico y a la restauración auténtica del pasado jurídico.

La Historia del Derecho, como la Historia de la Religión, la Ciencia, el Arte, la Cultura, son manifestaciones de la espiritualización de la Historia, estudiada según la forma y la materia, la norma y la conducta.

A través de esa Historia, la sangre no ha corrido en vano y las luchas no han sido estériles si con ellas se conquistan la paz, la justicia y las libertades.¹

II

La Historia del Derecho se divide en externa o de las fuentes e interna o de las instituciones jurídicas.

La distinción pertenece al filósofo Godofredo Leibnitz (1646-1716), quien en su "Nova methodus diseaendae... " definía la Historia general del Derecho "como la Historia de todo el movimiento social de un pueblo, en tanto que las ideas y los hechos (pie lo constituyen se traducen en la legislación", concepto amplio que afirmaba la necesidad de estudiar todos los hechos, cualquiera fuera su naturaleza, (pie tuvieran repercusión, pero concepto restringido en cuanto sólo se refirió a la repercusión que tendrían los hechos en la legislación principalmente. Tal orientación del pensamiento sufrió una notable variante en los sucesores de Leibnitz, en Heineccio (1661-1741) y expositores de la escuela histórica, que separaron profundamente el estudio de las fuentes del de las instituciones, rompiendo con violencia la unidad de las partes de un todo.

No es posible establecer una diferencia científica entre ambos aspectos de la Historia del Derecho. Pero la distinción tiene importancia didáctica, porque impulsa metódicamente las investigaciones históricas comenzando por las fuentes del derecho y los sucesos políticos y sociales para conocer en seguida las instituciones jurídicas.

También es preciso distinguir las fuentes de producción del derecho de las fuentes del conocimiento del derecho.

Las fuentes de producción del Derecho son la legislación, el derecho consuetudinario, la jurisprudencia de los Tribunales y la doctrina de los tratadistas, y de su simple enunciado se desprende (pie a través de tal Historia externa se penetra en la Historia interna en todo lo que las fuentes conservan vivo el espíritu que trasciende de las instituciones jurídicas.

La heurística es el estudio de las fuentes, de donde se derivan los conocimientos. Son fuentes históricas los restos dejados por los hechos (restos propiamente dichos (pie no tienen un fin conmemorativo, corpóreos e incorpóreos y monumentos que tienen fin conmemorativo) y las tradiciones que suponen intermediarios que las transmiten

¹ Nicolas Avellaneda:: "Disertación en la Academia Teórico-práctica de Jurisprudencia", en Escritos y discursos, Buenos Aires, 1910, t II, Pág. 47

(figurada, oral y escrita) en la clasificación de Ernesto Bernhein. Los periódicos, según el mismo autor, participan del carácter de tradiciones porque trasuntan las tendencias partidarias del momento y de restos, porque permiten apreciar las opiniones de cada época.

Los restos, en la Historia del Derecho, pueden ser jurídicos, los documentos de la literatura erudita y espontánea, leyes, sentencias, netas, formularios, periodismo forense, etcétera; y no jurídicos, que se registran en la literatura general, religiosa, poética, teatral, histórica y moral. Los primeros son fuentes directas y los segundos son fuentes indirectas.

Hay períodos en la Historia del Derecho de los pueblos —especialmente en la etapa de los orígenes— que no se pueden estudiar, a falta de restos jurídicos, sino a través de restos no jurídicos.

La investigación en las fuentes del Derecho debe hacerse con espíritu inquisitivo y crítico, a la vez, para impulsar las investigaciones, por una parte —como ya he dicho—, y con el fin de aplicar a los documentos —tomando esta palabra en su acepción genérica equivalente de restos y tradiciones— la crítica externa o de autenticidad y la interna o de veracidad.

La ley, que en principio es una generalización, estructura la vida jurídica de los pueblos en las instituciones, del Derecho público y privado, en sus diversas ramas.

La Historia de las instituciones jurídicas es el estudio vertebral de las mismas en series ordenadas desde sus orígenes, fijando sus momentos principales y su desarrollo sucesivo, que explican su estado actual.

En la institución —se ha observado— es donde debemos indagar los valores del Derecho, porque en ella es donde se alcanza el equilibrio inestable, donde se encuentran el orden objetivo del Derecho social y el orden subjetivo del Derecho individual, la transformación del hecho en situación jurídica.

III

Como ha dicho Ortolan, el gran romanista, todo historiador debiera ser jurisconsulto y todo jurisconsulto historiador.

En la Historia del Derecho hay un aspecto individual que es la relación jurídica o el Derecho subjetivo estudiado por la Historia genética, pero comprende también una parte general, el de la norma jurídica o el Derecho objetivo, estudiado por la Historia sistemática.

La generalidad del Derecho integra un sistema de leyes y principios con sus caracteres definidos que cambia con las épocas. Cada época crea su Derecho propio.

La Historia genética sigue el curso de los hechos jurídicos individuales, y la Historia sistemática se eleva a la visión de las épocas o períodos en el pasado del Derecho.

La Historia sistemática, por el método concéntrico, abarca el conjunto de elementos que integran el cuadro jurídico —concepto y caracteres del Derecho, las formas de interpretación, integración y aplicación de los textos, etcétera—, y constituye un imperativo categórico de su naturaleza, la adopción de un criterio general para proyectar con el plan cronológico la periodificación del desenvolvimiento histórico.

La Historia del Derecho dividida en períodos no ha de subordinarse precisamente a los períodos de la Historia General, sino distinguir las etapas de su propio desarrollo.²

Al mismo autor pertenece el concepto, que todo sistema jurídico responde a un estado de cultura y no se comprende sin un conocimiento de los rasgos fundamentales de la cultura de un pueblo, que no deben exponerse según nuestra sistemática actual sino conforme a la de cada época.

En ese estudio de la cultura de un pueblo es a su vez fundamental la historia de las ideas jurídicas, a través de sus autores o creadores y su comunión con la sociedad.

IV

La Historia del Derecho como ciencia, ilustra sobre los principios que presiden el desenvolvimiento general del Derecho y el propio de cada pueblo o nación —al decir de Eduardo Hinojosa—, ofreciendo enseñanzas provechosas para la reforma y mejoras progresivas de las instituciones jurídicas. Distingue también el autor citado lo que hay en el Derecho como elementos permanentes y manifestaciones eternas del ideal de justicia y lo que tiene como formas transitorias que ahora carecen de vida porque ha desaparecido el principio que les animaba. Desde este punto de vista científico, la Historia del Derecho de cada pueblo representa, pues, un valor notable como contribución a la evolución integral del Derecho y como conocimiento básico en la evolución nacional de cada país, pues que este último estudio abarca la crónica muerta y también la historia viva del pasado jurídico que sobrevive en la constitución, las leyes, el pensamiento y la creencia del pueblo.

² ALFONSO GARCÍA GALLO: *Curso de Historia del Derecho español*. Madrid, 1947, t. I, pág. 4.

El Derecho contemporáneo es original como el que corresponde a cada época nueva, pero no se comprende sin la indagación de su historia y la comparación con las instituciones pretéritas.

En la importancia práctica del Derecho no debe confundirse —como advertía Rafael Altamira— la idea de utilidad con los derechos positivos del vivir presente, pues aquella idea debe ser amplia y todo conocimiento es útil si satisface una necesidad del espíritu.

Es evidente la importancia práctica de la Historia del Derecho si se tiene en cuenta los resultados que lograron los fundadores de la escuela historicista en cada una de las naciones —fue una etapa en la evolución del pensamiento jurídico— y su influencia decisiva en los cambios operados en la teoría jurídica y en la legislación de los pueblos.

En el plano de la aplicación de la ley, la Historia del Derecho suministra, para la más justa y fundada interpretación, todos los datos sobre el objetivo, fines y resultados de las leyes dictadas.

La Historia del Derecho da al estudioso:

1º Un procedimiento inquisitivo, aplicado a las fuentes del saber histórico y a la valoración o crítica externa de autenticidad e interna de veracidad de los documentos.

2º Un método comparativo sobre la filiación nacional de las instituciones y el desarrollo de instituciones análogas de otros pueblos, para relacionar el pasado con el presente a la luz esclarecedora del proceso histórico.

3º Una noción sobre la fuerza orientadora de la tradición jurídica en la vida del derecho, contraria a la creencia ingenua de que las instituciones extranjeras se imitan y se imponen violentamente a la conciencia de los pueblos.

4º Una concepción del hombre contemporáneo, un hombre eminentemente jurídico conforme al concepto ya enunciado de la espiritualización de la Historia y del Derecho —como ha existido en otro tiempo un hombre eminentemente económico— que se desenvuelve sin perder su personalidad en un mundo en el que la mayoría de las relaciones sociales se han transformado en relaciones de derecho.

5º Un ideal alentador al afirmar que los hechos históricos como tales no se repiten; la Historia es irreversible, la realizan los hombres y cada época crea su historia y aun sus mitos o fábulas y ficciones alegóricas. Da el sentido de lo real y de lo relativo. Admite la existencia de una historia eterna, que viene a nosotros, como fundamento del orden estable, y eleva la Historia del Derecho, en virtud de su propia naturaleza, para la valoración de ese pasado, a la categoría de un tribunal ideal, porque la historia hace justicia a los hombres ilustres en la posteridad.

Se podría afirmar, conforme a los términos de la máxima antigua, que la Historia del Derecho, como parte de la Historia general, es la maestra del legislador, del jurisconsulto, del juez, del letrado, y enseña a todos ellos y al pueblo a luchar con fe en el triunfo del bien, la justicia y la libertad.

V

La Historia del Derecho argentino, desde sus orígenes, comprende el estudio de los Derechos castellano, indígena, indiano y argentino propiamente dicho.

El Derecho castellano y sus instituciones se proyectaron en las Provincias de Indias, y esta penetración jurídica se ha prolongado durante centurias hasta dictarse los Códigos argentinos, en la segunda mitad del siglo xix.

Las Indias, no eran colonias o factorías, se incorporaron a la Corona de Castilla y de León, mandándose aplicar, subsidiariamente, en defecto de las Leyes de Indias, las Leyes de Castilla, según un orden de predación que comprendía desde las más modernas Recopilaciones de Leyes castellanas hasta los Fueros (inclusive el Fuero Juzgo del siglo vn y el Fuero Real del siglo xni) y las Partidas.

No se puede comprender, y por tanto no se logra explicar el nacimiento del Derecho indiano y argentino, sin un conocimiento cabal del Derecho materno, que es el Derecho castellano.

España cumplió en América una misión histórica, por la conversión de los indios al cristianismo, y la legitimación de los matrimonios de españoles y naturales del Nuevo Mundo, que operó el hecho extraordinario de la mezcla de las razas; y porque no abolió el sistema político y económico indígena, cuyas instituciones principales sobrevivieron en la Legislación de indias y en el Derecho patrio contemporáneo.

Tal fué la revelación de su genio jurídico, ya evidenciado en la creación del Derecho Público y Privado, durante los fecundos períodos de la Alta y Baja Edad Media.

Con la Edad Moderna inicia España un nuevo período, el de Estado - Nación. Es la política unificadora de los Reyes Católicos, la formación de un Derecho nacional como resultado de la expansión del Derecho castellano en la Península y su expansión también en Indias. El Derecho indígena fué evolucionando gradualmente por la mezcla de las razas y la penetración de la legislación de Indias.

Esta última es un Derecho genuino resultante de la potestad legislativa de las autoridades e instituciones territoriales.

Aunque la legislación de Indias se proponía continuar en América el espíritu y tendencia del Derecho castellano, empero, la realidad diversa de las razas indígenas y sus distritos geográficos y políticos, elaboraba un Derecho nuevo, con caracteres propios, al que no eran simplemente adaptables las leyes de Roma o España, como observaba Solórzano.

El Derecho indiano, en la extensión de los tres siglos de la dominación española, se constituyó sobre nuevas bases políticas, administrativas, jurídicas, económicas y espirituales, y en cada una de esas ramas se crearon instituciones originales.

Con respecto a Hispano-América, el estudio de la legislación de Indias en general, desde el punto de vista político que considera a las Indias no como colonias o factorías, sino como Provincias integrantes de la monarquía, abarca dos períodos:

1^o) Desde los Reyes Católicos hasta la promulgación de la Recopilación de 1680, que se desenvuelve durante los siglos xvi y xvii. La dinastía austríaca, se caracterizó por la tendencia a la descentralización política en Indias;

2^o) Desde el advenimiento del rey Felipe V hasta la Revolución de la Independencia en 1810, que comprende el siglo xviii, de la dinastía borbónica, caracterizada por la reforma de la Legislación de Indias en todas sus ramas y por su tendencia eminentemente regalista o de centralización política de España e Indias.

La Legislación de Indias, desde el punto de vista del derecho estrictamente, se puede dividir en legislación metropolitana, emanada del Consejo de Indias, y en legislación territorial o provincial, resultante de la potestad legislativa de los diversos órganos o instituciones indianas. Para que se perciba la importancia de esta legislación territorial, baste decir que al dictarse la Recopilación de Indias de 1680, se dejó expresamente establecido (apartado final de la ley I, título I, del libro II) que no se hiciera novedad en las ordenanzas y leyes municipales de cada ciudad, y las que estuvieran dadas por cualquier comunidades y universidades, y las ordenanzas para el bien de los indios hechas o confirmadas por los Virreyes o Audiencias, "que no sean contrarias a las de este Libro", las cuales, pues, continuaban en vigor.

Según José María Ots, no se presenta una diferenciación muy precisa en los períodos históricos del Derecho indiano, pero admite la existencia de una etapa insular —período de grandes experiencias iniciales, muchas veces de carácter contradictorio frente a una realidad geográfica y social desconocida— y de una etapa continental. Distingue en esta última el período heroico de los grandes descubrimientos y conquistas —cuando la acción privada individual predomina todavía sobre la acción oficial del Estado— del

período subsiguiente, en el que se van perfilando las distintas instituciones jurídicas, al acusarse, de una manera enérgica, la presencia del Estado español en estos territorios, por medio de una nutrida burocracia.

Con respecto a las provincias del Río de la Plata, Paraguay y Tucumán, la historia de la legislación de Indias eminente* mente territorial comprende los siguientes períodos:

1^o) Desde los orígenes de las ciudades y fundaciones de las instituciones políticas, municipales y judiciales (Adelantados, Gobernadores, Cabildos), la legislación inicial del puerto de Buenos Aires en el Memorial de Antonio de León Pinelo y la legislación sobre las reducciones de Francisco de Alfaro, la división en dos gobernaciones del Plata y del Paraguay (1617), la Aduana seca de Córdoba (1622), la Primera Audiencia de Buenos Aires (1661) hasta el Tratado de Utrech (1713).

2^o) Desde el Tratado de Utrech, con los cambios profundos introducidos por el asiento de negros en Buenos Aires y las provincias, las guerras con los portugueses, y la nueva legislación sobre los buques de Registro hasta la creación del virreinato del Río de la Plata (1776), que significó la reorganización de los dominios de ultramar.

3^o) Desde la creación del virreinato del Río de la Plata hasta la Revolución de 1810, que comprende las importantes reales cédulas sobre comercio, la fundación de las nuevas instituciones, Intendencias de Ejército y Provincia (1782), segunda Audiencia en Buenos Aires (1783), Consulado de Buenos Aires (1794), entre otras, la guerra con los ingleses, desarrollándose entonces la lucha por el derecho nuevo y la igualdad de España y estas provincias.

El Derecho patrio argentino es un Derecho nuevo, formativo de la nacionalidad, elaborado durante el proceso histórico que se cumplió en el virreinato del Río de la Plata y creado por la Revolución de Mayo, que tuvo fines superiores: la independencia y la libertad.

Desde el punto de vista del Derecho patrio argentino, la Revolución de 1810, que fué sincrónica en toda América Hispánica, es la ruptura con el pasado y la afirmación de los nuevos principios sociales de ese Derecho, en todas sus ramas, que fueron adoptándose progresivamente en el Derecho público y privado, con carácter parcial y con un gran sentido histórico de las circunstancias.

El nuevo derecho político se inaugura con el Primor Gobierno Patrio, cuyos miembros son doctos por el pueblo, conforme a la Petición escrita, figurando en la solicitud las firmas de personas de todos los sectores. El pueblo era el nuevo soberano que sustituía al monarca, como el ciudadano al vasallo.

Los preceptos fundamentales que transformaron el sistema en vigor fueron las declaraciones y las leyes sobre la igualdad y sobre las libertades políticas y civiles, como la libertad de petionar, de escribir, de sufragio, de reunión, las garantías individuales y el libre comercio.

El Derecho patrio argentino comprende dos etapas:

1^o) La etapa del derecho precodificado desde 1810 hasta la Constitución de 1853 y los Códigos nacionales.

2^o) La etapa del Derecho codificado, con los Códigos nacionales: de comercio (1862); civil (1871); penal (1886) y de minería (1887).

En las etapas del Derecho patrio argentino precodificado y codificado, el estudioso, de acuerdo con las modernas investigaciones históricas, puede seguir el proceso de formación del Poder Judicial independiente; las primeras cartas constitucionales y reglamentos de administración de justicia; la Asamblea General de 1813-1815, el Congreso de Tucumán, 1816-1820, y el Congreso Constituyente, 1824-1827, en nuestro Derecho; la creación de la Academia de Jurisprudencia, 1814, y del Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires, 1821; la reforma de la justicia y la legislación durante el gobierno de Martín Rodríguez, 1821-1824 ; el Derecho de Patronato en estos períodos; el Poder Judicial en la época de Rosas y la importante historia en el Derecho procesal del Tribunal de Recursos extraordinarios; los primeros codificadores argentinos y los movimientos de ideas en 1810-1813, 1821-1824, 1827-1829, 1833-1834 y 1837-1838, que señalan el itinerario de la historia jurídica argentina hasta mediados del siglo pasado; los convenios internacionales con Francia e Inglaterra; el régimen de los pactos interprovinciales y la Constitución de 1853, hechos principales todos ellos reveladores de la existencia y personalidad del Derecho Patrio argentino.

Tales los vigorosos antecedentes históricos demostrativos de que la Revolución emancipadora de 1810 no es un epifenómeno de otras revoluciones sino un proceso elaborado durante la dominación española, proceso de formación de naciones independientes y libres, y de que la Constitución y los Códigos nacionales, sin desconocer las influencias exteriores universales, no son copia o trasunto de Cartas y legislaciones extranjeras.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

- BESNIER R.: *Cours d'Histoire du droit*, copia mimeográfica. París, 1948-1949.
- GARCÍA GALLO, ALFONSO: *Curso de Historia del Derecho español*. Madrid, 1947.
- GARCÍA, VILLADA P.: *Metodología y crítica histórica*. Barcelona, 1912.
- HINOJOSA, EDUARDO : *Historia general del Derecho español*. Madrid, 1887.
- LAPLAZA, FRANCISCO P.: "El periodismo forense como fuente de conocimiento de la historia jurídica", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 3. Buenos Aires, 1951.
- OTS, JOSÉ MARÍA: *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1943.
- SMITH, RICARDO: *Función de la Historia del Derecho argentino en las ciencias jurídicas*, edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1942.
- TOURTOULON, PEDRO M. DE: "*Los principios filosóficos de la Historia del Derecho*". Madrid, 1909, t. I.

CAPITULO II

EL DERECHO CASTELLANO Y NUEVAS BASES DEL DERECHO INDIANO.

FUENTES DEL DERECHO INDIANO

- I. La Historia del Derecho castellano y leonés, que reveló el genio jurídico de un pueblo. — La legislación de Indias se proponía continuar en América el espíritu y tendencia del Derecho materno. — Nuevas bases políticas, administrativas, jurídicas, económicas del Derecho indiano. — El Derecho privado indiano modificó en aspectos principales el Derecho castellano.
- II. Historia externa del Derecho indiano y el estudio de sus fuentes. — La obligación de cumplir los mandamientos reales y sus excepciones. — El Derecho consuetudinario indiano. — Ley de Indias de 1628 sobre requisitos que debía reunir la costumbre. — Jurisprudencia de los Tribunales. — La opinión de los tratadistas. — Los juristas impulsaron la evolución del Derecho indiano.

I

El estudio del Derecho castellano, es fundamental en el conocimiento del nuevo Derecho indiano. Trátase de la Historia que ha revelado el genio jurídico del pueblo que con tanta personalidad y vigor elaboró el Derecho Foral y las Partidas, además de que Castilla y León, en primer término, hicieron el Descubrimiento y colonización de América. A sus soberanos se incorporaron las Provincias de Indias, formando parte integrante de la Monarquía y se mandó aplicar en ellas la legislación de Castilla y León subsidiariamente.

Sin el propósito de ocuparme del Derecho castellano —materia investigada por escuelas de juristas e historiadores de España—, la obligada referencia señala el punto de partida de esta obra, que es la dominación de los Reyes Católicos de Castilla y León en las Indias. Tal dirección va al encuentro del Derecho aborígen, imperante en los pueblos de América, uniéndose ambos en la fusión de razas y culturas.

Púsose en descubierto el fenómeno de la inaplicabilidad —en términos generales— de la legislación castellana, que no respondía a las exigencias jurídicas y políticas de la nueva sociedad en formación. En su reemplazo, una legislación especialmente dictada para las Indias se enriquecía sin cesar, y modificaba, a veces lenta, pero radicalmente,

el Derecho público y privado castellano. Fecunda y múltiple legislación que brotaba caudalosamente de la fuente de los distintos órganos o instituciones con facultades legislativas.

Téngase presente la inmensidad del escenario hispanoamericano y las profundas diferencias que separaban las culturas de sus pueblos para interpretar el significativo hecho de la legislación indiana, desde los puntos de vista de su ininterrumpida y cambiante sucesión por una parte y de su orientación social por otra. El jurista Pinelo, que llevó a cabo una Recopilación de dichas Leyes, las redujo a diez mil, extrayéndolas de más de veinte mil cédulas reales. Derecho indiano formado y acumulado durante la pacificación y población del Nuevo Mundo y su "reconquista" del poder de los herejes, como el Derecho Foral generóse durante la histórica Reconquista, contra la dominación de los árabes.

La legislación indiana pretendía continuar en América el espíritu y tendencia del Derecho materno, porque "siendo dé una corona los reinos de Castilla y de las Indias, las levas y maneras del gobierno de los unos y los otros, debe ser lo más semejante y conforme que se pueda", según mandaba, a iniciativa del gran jurista Juan de Ovando, una de las prescripciones que debía observar desde 1571 el Consejo de Indias. Empero, la realidad diversa y viva de los hechos en su natural desenvolvimiento, elaboraba un Derecho nuevo, con caracteres propios.

La extensión en América de las Leyes de Castilla —mandada por Real Cédula de 1530—era consecuencia del principio afirmado en 1519 de la incorporación de las indias a la corona de los Reyes de Castilla y León.

Ha existido, en principio, el transvasamiento en Indias de las instituciones castellanas, pero ya he dicho que la legislación dictada especialmente para las Indias emanaba también vigorosa de los órganos locales con potestad legislativa.

El Derecho indiano se constituyó sobre nuevas bases políticas, administrativas, jurídicas, económicas y éticas y en cada una de esas ramas se crearon las instituciones propias.

Fué armándose una compleja estructura política que, hizo imposible el ejercicio del gobierno absoluto. Ninguna autoridad detentaba todo el poder y éste se desprendía de la fuente nominal de la Monarquía, amplificándose en una vasta organización. A medida que se extendía la administración creándose instituciones desconocidas hasta entonces, las leyes arrebatában a los virreyes importantes facultades, para distribuirlas

en las entidades de nueva creación. Las instituciones centrales o metropolitanas y las locales o indianas, se desenvolvían en órbitas propias, en el juego de las funciones respectivas vivificadas a impulso de las corrientes de los sucesos históricos.

Nuevos principios inspiran la aparición del Derecho administrativo indiano, en la provisión de los oficios, las condiciones de idoneidad, el reconocimiento de los derechos de los naturales del lugar y la obligación de hacer inventario jurado de los bienes y haciendas propias antes de entrar en el desempeño de los cargos públicos.

Las Bulas de 1501 y 1508 reconocieron a los Reyes, de Castilla el Patronato Universal de las iglesias de Indias y el derecho de nombrar y presentar Obispos y beneficios, autorizándolos a dividir o restringir la jurisdicción de las iglesias.

Los Reyes de Castilla no eran únicamente patronos de las iglesias que se fundaron, al modo como se llevaban a cabo ordinariamente según los principios del Derecho canónico, sino que por su intervención se realizaba la conversión de pueblos infieles radicados a gran distancia de la Santa Sede. La religión católica se revestía de un carácter distinto en Indias: bajo sus influencias paganas, cumplía una misión histórica. Adquiere forma singular la fundación y privilegios de las Universidades y Estudios generales de Indias, con el fin, entre otros, "de desterrar de ellas las tinieblas de la ignorancia", la conservación de los colegios y seminarios y todo lo concerniente a la publicación de los libros que se imprimen y pasan a las Indias, con severas prohibiciones, que no se cumplieron, pero surgió una nueva legislación para la vida intelectual naciente bajo la potestad del Estado.

El Derecho procesal se impregnó de un nuevo espíritu, particularmente por la gratuidad y el carácter sumario de la justicia para los indígenas. Aparecen asimismo las primeras manifestaciones de la humanización del embargo y las restricciones de la prisión por deudas.

El Derecho penal indiano se hizo más humano y benigno y el Derecho Internacional Público o de Gentes proclamó la abolición de la guerra.

El Derecho indiano no sólo abarca la vasta esfera del derecho público, que tiene más carácter nacional, con sus vigorosas ramas originales —como dejo explicado—, el Derecho político, el Derecho penal, el Derecho internacional y el Derecho público eclesiástico, principalmente, sino también el privado, aunque este último tiene más carácter universal que modificó en aspectos principales el Derecho Castellano.

La diferencia profunda con respecto a la familia peninsular, radicaba en la composición de la familia indiana por el hecho extraordinario de la unión matrimonial del español con las indias y el advenimiento de una nueva raza. Además, las Leyes de Indias reglaron la familia con preceptos sobre la capacidad de las personas según la condición jurídica de los indios, negros y mestizos; sobre la obligación de los castellanos de contraer enlace y la ausencia de los maridos que abandonaban sus mujeres impulsados por el espíritu de aventura y de conquista, ensayo de separación temporal impuesta por los hechos; sobre el derecho sucesorio, como la creación del Juzgado de Bienes de Difuntos y el particular derecho sucesorio de Encomienda, y en fin, las leyes prescribieron lo concerniente sobre la libertad de testar de los indios y las formas y solemnidades, así como también las medidas que tendieron a evitar las disposiciones testamentarias dolosas e involuntarias.

Del mismo modo que surgió en Indias una nueva organización de la familia cristiana, con otra composición social, aparece un régimen distinto del derecho de propiedad, en el continente casi desierto, caracterizado por el principio de la regalía. Tierras, minas, aguas y montes pertenecían al Monarca y derivaban de él, por el sistema de las concesiones de la propiedad, y era el monarca quien imponía la obligación del trabajo y restricciones múltiples al dominio, de la manera de cultivar las tierras y minas, de beneficiar estancias de ganados y en la inversión de las rentas. Era una concepción eminentemente social de la propiedad en Indias, propiedad recibida bajo condiciones múltiples por donación de su propietario el Rey.

Se comprende que todo el Derecho indiano es esencialmente de naturaleza social, pero ninguna de sus ramas tiene un carácter tan entrañable, en ese sentido, como el Derecho del trabajo sobre los indios, de que trata el libro VI de la Recopilación de 1680, gloria jurídica de España.

El espectáculo de la naturaleza y las sociedades aborígenes encendió la imaginación de los legisladores. Las Indias fueron el escenario donde se ensayaron experimentos avanzados que abarcan los planes ideales de la Utopía de Tomás Moro, aplicadas en Nueva España en 1530 por el reformador social, Oidor de México y después Obispo de Michoacán, Vasco de Quiroga; las reducciones creadas por el Solón americano, que fue Francisco de Toledo y la organización de la República cristiana en las misiones jesuíticas.

Las Leyes de Indias, que contienen extensos fundamentos y explican sus motivos, ordenan como todas las leyes, pero persuaden y aconsejan induciendo a los hombres a vivir honestamente, a no hacer mal a nadie, a dar a cada uno lo suyo, conforme a los términos de la defunción antigua del Derecho. La dimensión ética abarcaba en toda su extensión a las Leyes de Indias. En nombre de la moral se castigaban los vicios como el juego, el libertinaje, la codicia, la ociosidad, el alcoholismo, el lujo, la blasfemia, la adulonería.

La inspiración humanitaria de esta legislación alcanzaba hasta ordenar la manera racional de hacer la caridad, estimulando las obras piadosas en beneficio de los pueblos donde habían formado su fortuna en las Indias y no precisamente en el lugar en que habían nacido y se criaron.

La concepción dualista del gobierno indiano proyecta luz para comprender esta legislación.

Las ideas que expresan lo espiritual y lo temporal son creaciones típicas del siglo XVI, que siguieron imperando en el siglo XVII, como ha demostrado Rafael Altamira, afirmando que la materia "espiritual" está en las legislaciones castellanas, pero se perpetuó en las Recopilaciones de Indias.

II

La historia externa del Derecho —en este caso del Derecho indiano— comprende el estudio de sus fuentes de conocimiento y de los sucesos políticos y sociales que lo explican. No abarca, pues, las instituciones jurídicas y principios del Derecho, materias propias de la historia interna.

El estudio exclusivamente externo del Derecho, no sólo es incompleto, por cuanto no refleja las manifestaciones más auténticas del fenómeno jurídico, sino que puede inducir en grave error a quien, sin muñirse de las prevenciones necesarias, considera tal estudio como expresión viva de la historia de un pueblo.

En principio, todas las Cédulas del Rey debían ser obedecidas, respetadas y reverenciadas. El acatamiento se prestaba siguiendo una formalidad. "Abierta la Real Cédula o Provisión, el funcionario, de pie y descubierto, la besaba y, ponía sobre su cabeza, respetándola como emanada del Rey v mandando se guardara v ejecutara De esta formalidad se dejaba constancia.

Una Ley de Indias del año 1528 imponía a los Virreyes, presidentes y oidores, alcaldes del .crimen, .gobernadores, corregidores y alcaldes mayores la obligación, bajo

severas penas, de cumplir y ejecutar los mandamientos reales, pero autorizaba y daba licencia para que se pudiera suplicar de ellos, no pudiéndose suspender su cumplimiento, salvo que siendo el negocio de tal calidad que si se cumpliera se seguiría escándalo conocido o daño irreparable. Los tratadistas se ocuparon con detenimiento de esta importante materia, desarrollando el concepto de que el principio de obediencia y cumplimiento de las leyes admite fundadas excepciones.

El estudio del Derecho indiano desde el punto de vista externo tiene innegable importancia. A su luz puede seguirse el origen y transformación del propósito político que ha inspirado la legislación; puede observarse, el modo peculiar, que le han impreso las costumbres y la época: permite evidenciar sus modestos comienzos, su desarrollo paulatino, su vigoroso enriquecimiento como instrumento de gobierno; trasluce la ignorancia o la clarividencia geográfica, étnica, política y económica del imperio indiano; descubre la orientación de los estudios del Derecho y la influencia ejercida en la redacción de la ley por estadistas y juristas. La noción del proceso histórico de este Derecho es fundamental. Instituciones y costumbres que no están registradas en la Recopilación de 1680 —que sólo inserta las que se declaraban vigentes— fueron autorizadas por leyes anteriores, derogadas después, pero las instituciones y costumbres subsistieron vigorosamente a pesar de, no obstante. Las disposiciones en contrario de las nuevas leyes.

De ahí la trascendencia que tuvo en América la Jurisprudencia de los Tribunales y el derecho consuetudinario. De este último puede decirse que constituye todo un cuerpo de derecho positivo, formado naturalmente y espontáneamente a espaldas de la legislación que se dictaba.

El Derecho indígena sobrevivió después de la colonización española e inspiró la legislación indiana más de lo que comúnmente se admite. Corresponde llamar la atención sobre el fondo de costumbres y prácticas jurídicas y sociales de los aborígenes que sirvió de base a la organización política y social hispano-americana. Hablando de las autoridades de los españoles en el Perú, recomendaba Juan de Matienzo a los gobernantes que no entraran de inmediato a mudar las costumbres y hacer nuevas leyes y ordenanzas, hasta conocer las condiciones y costumbres de los naturales de la tierra y españoles que en ellas habitan.

La Metrópoli sustentó la preocupación por imponer el estudio y aprendizaje de las lenguas indígenas. Razones de orden político, religioso y cultural hicieron necesario crear cátedras para la enseñanza de las lenguas americanas, exigir a los doctores el

dominio del idioma en la región de su enseñanza, redactar catecismos en lenguas castellana e indígenas.

Se advierte la enorme influencia ejercida por el despliegue de las costumbres de los naturales de América, si se tiene presente que no pocas instituciones legisladas por España se refieren substancialmente a modalidades típicas de la organización de los indios, como ya expliqué.

El rey Felipe IV, por decreto del 29 de septiembre de 1628 definió los requisitos que debía reunir la costumbre a que se refieran las mercedes reales.

Cuando nos conformáramos —dice la ley XXI, título II, libro II, de la Recopilación de Indias de 1680— en respuesta de consulta, con lo que parece siendo costumbre: declaramos que ésta no se ha de entender en dos o tres actos solos, sino en muchos continuados, sin interrupción ni orden en contrario. Y para que tengan efecto las mercedes que hiciera se han de fundar en costumbre asentada, fija, sin alteración ni prohibición en contrario y con muchos actos en el mismo género que lo confirmen.

Como se advierte, para las Leyes de Indias eran condiciones esenciales del Derecho consuetudinario "muchos actos", la continuidad de éstos, o sea, sin interrupción, y por último sin prohibición en contrario.

En cuanto a la Jurisprudencia de los tribunales, me referiré a ella, o sea a los casos y litigios sentenciados en tantos juzgados ordinarios, inferiores y especiales, al ocuparme del Derecho procesal y judicial indiano, en el que se podrá apreciar, en parte siquiera, la influencia local y territorial propiamente dicha en autos y provisiones de los magistrados.

Agregúese a lo expuesto la circunstancia de que la Legislación dictada para América de fines del siglo XVI y hasta realizarse la Recopilación al terminar el siglo XVII es obra de juristas, estadistas e historiadores, y que las reformas fundamentales del siglo XVIII fueron en gran parte aconsejadas por hombres de gobierno y economistas en una época en que florecieron los estudios de Derecho patrio. No corresponde hacer mención en esta oportunidad de la obra legislativa de Juan de Ovando, Diego de Encinas, Aguiar y Acuña, Pinelo, Solórzano, que fué a perpetuarse en la Recopilación de 1680, así como tampoco de la labor de Ustáriz, marqués de la Ensenada, Ward, Ulloa, Campomanes, Jovellanos, que proyectaron las vastas reformas de carácter económico de la legislación indiana del siglo XVIII.

Los juristas indianos, aparte haber impulsado la elaboración del Derecho del Nuevo Mundo, intervinieron en su renovación y mejoramiento.

Como hombres de leyes que eran, afirmaron la necesidad de implantar en las Provincias una administración ordenada y bien atendida, una dirección técnica y un gobierno jurídico y no de fuerza.

Matienzo proclamaba la conveniencia de que los gobernantes de las Indias "sean letrados o cavalleros principales, sabios y prudentes, y no principales ni grandes señores, porque estos yendo por virreyes no temen aunque hagan algún exceso por el gran favorr que tienen; Gastan mas de la Real Hazienda lo qual no se atreve a hazer un pobre cavallero o letrado; lleva un virrey muchos cavalleros y personas principales por criados, que cada uno de ellos piensa que el Perú es poco para él".

Consideraba Solórzano que los Virreyes del Nuevo Mundo debían tomar consejos de los hombres "que lo sean de aquella tierra y tengan mas experiencia". Estimaba complejo el gobierno de la sociedad indiana, donde se experimentan "repentinas y peligrosas mudanzas, se ignoran las leyes municipales o no ay las que basten para todos los casos, y si nos queremos valer de las Romanas o de las de Castilla, repugnan con las que de antiguo tuvieron los naturales". Los nombrados juristas afirmaban que debían enviarse al Nuevo Mundo en carácter de virreyes "a hombres Togados, versados y experimentados en los Supremos consejos" y no a "Cavalleros de capa y espada y Señores de Título".

Es más. La influencia de los juristas indianos ha sido grande en la legislación, he dicho, aunque ésta no se desenvolvió por momentos al ritmo del pensamiento de aquéllos.

Llamó la atención acerca de este hecho fundamental: fueron juristas como Matienzo, Ovando, Pinelo, Solórzano, quienes vislumbraron el porvenir revolucionario de las Indias, no sólo porque se enviaban a América muchas veces, personas sin escrúpulos, en vez de magistrados probos, o porque se hablaba y escribía, acerca de algunas regiones de las Indias, sin conocerlas, sino porque se desplazaba a los criollos de la administración.

Los teólogos fueron los defensores de los indios y los juristas fueron los abogados de los españoles americanos y reclamaron la "igualdad" efectiva —reconocida en derecho— con los españoles europeos. Una de las causas más graves de la explosión emancipadora de 1810 fué esta injusta "desigualdad" de hechos entre peninsulares, criollos e indios.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

ALTAMIRA, RAFAEL: *Técnica de investigación en la Tjiftoria del Derecho indiano*. México, 1939; *La costumbre jurídica en la colonización española*. México, 1949.

BOLAÑOS, HEVIA: *Curia Philipica*. Madrid, 1767

BOSADILLA, CASTILLO DE: *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra*. Madrid, 1775.

M.VTIENZO, JUAN DE: *Gobierno del Perú*. Buenos Aires, 1910.

Oís, JOSÉ MARÍA: *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*. Buenos Aires, 1943, edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

SOLÓRZANO PEREIRA, JUAN DE: *Política indiana*, Amberes, 1703. Libro V, Cap. XVI.

ZAVALA, SILVIO A.: *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*. Madrid, 1935.

C A P I T U L O I I I

EL DERECHO INDIGENA Y SUPERVIVENCIA DE SUS INSTITUCIONES EN LA LEGISLACION DE INDIAS

Las sociedades indígenas constituyeron la base de la dominación española. — Fusión de las razas y formación de nuevas clases sociales. — Instituciones indígenas de naturaleza económica y política que sobreviven en la legislación de Indias. — El Derecho en el antiguo Perú y en las instituciones de los indígenas argentinos. — El ayllu. — Obligación colectiva, del trabajo. — La institución de los cacicazgos. — Las reducciones y pueblos de indios fundados por el virrey Toledo. — Las Cajas de Comunidad. — La legislación de Indias no abolió importantes instituciones económicas y políticas indígenas. — Revoluciones indígenas por la independencia.

La colonización ha sido realizada por una minoría y las sociedades indígenas constituyeron la base de la dominación española. De ahí la intervención preponderante aborígen, en virtud de su número, en la primitiva vida económica y social, y de ahí también el aumento paulatino de la población de origen europeo y su descendencia.

El geógrafo López de Velazco, que contaba 160.000 españoles en Indias en la segunda mitad del siglo xvi, como se sabe, describe ocho o nueve mil aldeas indígenas con 5.000.000, si bien esta última cifra es susceptible de ser revisada por la crítica moderna.

Entre las causas de tal despoblación figuraban —aparte los malos tratos— los vicios como la bebida, enfermedades como la viruela, sin contar la falta de higiene, miseria y ociosidad. Los gobernantes se ocuparon de proponer los remedios para contenerla, estimando más precioso su aumento que el descubrimiento de las minas. A este objeto respondía una legislación prohibitiva sobre la venta de alcoholes, combatía el lujo, castigaba los vicios, estimulaba los matrimonios, reglamentaba con humanidad el trabajo del indio y lo hacía propietario. Fecunda legislación, que recuerda la de Augusto en Liorna, destinada al mismo fin y que hacía exclamar con razón a Tácito: antes sufríamos enfermedades, ahora estamos enfermos de remedios.

Planteado el problema de la población en los términos expuestos, despréndese de él la fusión de las razas, la formación de nuevas clases en la sociedad hispano-americana y su incesante renovación.

Si el trabajo del indio es el factor básico en el estudio del descubrimiento y explotación de las fuentes de riqueza del Nuevo Mundo, bajo la dirección de los españoles, su obligada consecuencia consiste en admitir que las instituciones indígenas de naturaleza económica y política fueron utilizadas, adaptándolas y haciéndolas servir a los fines de la administración hispana.

Que, pues, los indios son útiles a todos y para todos, tocios deben mirar por ellos y por su conservación, pues todo cesaría si ellos faltasen, proclamaba una ley de Indias.

Aunque el origen del nombre sea peninsular, la encomienda americana se ha plegado, en cuanto a la distribución de tierras e indios, a la organización preexistente en parcialidades; la Mita, que constituye la institución económica por excelencia en la utilización del trabajo de los indios, es aborígen por su forma y fondo; el sistema tributario de los españoles descansa sobre la base del que practicaban los indígenas; y en fin, las diversas maneras de la socialización de la tierra y el trabajo humano, admitido por los indígenas —particularmente en la institución del ayllu—, sobrevive en la legislación de Indias con nombres nuevos, pero cuyo esencial contenido es antiguo.

Los Incas conocieron un crecido número de especies vegetales (entre las más importantes, el maíz, patatas y juca), pero el desarrollo de la ganadería se limitaba a la domesticación del guanaco y la vicuña. Las especies animales y vegetales más importantes concluían por constituir el símbolo del tótem protector.

El estudio del Derecho indígena, público y privado, es en gran parte una materia nueva entre nosotros. Los investigadores de las culturas "hispanicas de las cuencas del Río de la Plata, central, andina y patagónica¹ han descubierto algunos elementos para este estudio sobre las instituciones de Derecho pnvado, como la familia, relaciones de parentesco, propiedad, y en punto al Derecho público, como el caciquismo, la guerra, la organización de la justicia, sus leyes y costumbres imperantes.

Tales datos y los que exponen los cronistas y la enorme documentación que puede utilizarse van integrando el material (pie servirá para un estudio de síntesis de la vida jurídica y política de los pueblos americanos.²

1 "El estudio de las instituciones sociales de los indígenas argentinos y especialmente de los que habitaron la cuenca del Río de la Plata, no nos ha ofrecido datos concretos —observa Luis María Torres— que pudieran permitirnos la puntualización, diremos, de las prácticas sociales permanentes; y

con respecto a la institución que estudiamos, los que más cerca están de haberla observado son los indios de la Patagonia y litoral del Río de la Plata, habiendo llegado a nosotros sólo las supervivencias de ella. De los habitantes de los valles del noroeste argentino como de otras distintas tribus que presentan semejanzas psíquicas y que tuvieron su "habitat" en la región central de nuestro territorio, las referencias que no tienen sobre la constitución de la familia, el parentesco, etc., no nutren o no son del todo completas como para que permitan la deducción de que entre ellas hayan prosperado las ideas de la organización totémica". El autor citado estudia los ejemplos del tatuaje y las representaciones zoomórficas en cerámica y en piedra, distinguiendo si son o no de valor totémico. Respecto de los indígenas del litoral argentino adonde que en la constitución de la familia ha imperado el régimen de la filiación materna. "La lucha del patriarcado contra el matriarcado hacía la crisis en el momento histórico de la conquista en estas comarcas del Río de la Plata", agrega. Afirmación que permite desprender la siguiente: " Las mismas tribus de litoral argentino que fueron sorprendidas por la conquista europea — como las del Brasil— en el momento histórico de su pasaje del matriarcado al patriarcado, los caracteres esenciales del clan totémico no se destacan muy bien por la aplicación del método histórico ni por el comparativo" (Luis MARÍA. TORRES : *El totemismo: su origen, significado, efectos y supervivencias*, en *Anales de Museo Nacional de Buenos Aires*, t. XX, Buenos Aires, 1911). En cierto modo, es ésta la tesis que sustentó Carlos O. Bunge, al tratar el matrimonio y la familia en los pueblos indígenas del Río de la Plata, *Historia del Derecho argentino en Estudios editados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, t. I, pág. 58. Buenos Aires, 1912.

2 En las naciones indígenas del Río de la Plata, desde el punto de vista de su evolución económica no se logró una profunda distinción entre las tribus que conocían o no conocían una incipiente agricultura, y por tanto, el régimen de propiedad no era sino la posesión de los objetos muebles, armas, utensilios, materiales de la vivienda.

En general, en América, el matrimonio se hacía por compra y era de fácil disolución, y con respecto a la organización de la familia en los pueblos indígenas del Río de la Plata, evolucionaba hacia el tipo patriarcal, pero con indicios de supervivencia del matriarcado, al decir de BUNGE (*Historia del Derecho argentino*, cit., t. I, cap. I sobre el Derecho privado, pág. 54 y siguientes.), como ser la falta de poder en la autoridad paterna, la influencia de la mujer en la familia. En cuanto a las culturas del centro y noroeste argentino, que los primeros arqueólogos consideraban como formando una sola entidad cultural, con la denominación de civilización calchaquí, los estudios subsiguientes fundamentan la opinión de que el cuadro de esos pueblos se agrupan en zonas distintas, y son distintas también las formas concernientes a su religión, gobierno y sacrificios humanos, y culto de los muertos, economía, pintura, decoración, música y danza. La poligamia era la regla general. El tomo primero de la "*Historia de América*" publicada bajo la dirección del autor de este "Manual sobre los aborígenes de América del Norte y Centro" está escrito por Francisco de Aparicio. En esta *Historia de América* el lector encontrará las conclusiones acerca de los principales problemas de la organización social de los aborígenes del Nuevo Mundo.

En seguida de una nueva conquista territorial —recuérdese el carácter imperial de los Incas— se mandaba trabajar las tierras adquiridas y construir las acequias de agua. El dueño supremo de tierras y aguas era el Inca. Con la incorporación de los nuevos territorios, disponía su empadronamiento y distribución.

El reparto se hacía en tres grandes secciones: tierras para la divinidad, cuyos frutos se destinaban al sostenimiento del culto; tierras del Inca, que tenían por objeto atender los gastos del rey, provisión de ejércitos y auxilios de las comunidades en épocas de escasez; y tierras de los habitantes, poseídas en común, que no se podían enajenar ni dividir entre los herederos, que se repartían cada año, variando en extensión según las necesidades de la persona, de su familia y capacidad para sembrar.

El usufructo temporal de la tierra por el sistema de los repartimientos periódicos fue transformándose en definitivo en virtud de las sucesivas confirmaciones en favor de su poseedor. Las aguas se distribuían entre todos, siguiendo un método riguroso. El ganado, que tenía gran importancia para el indio serrano, se repartía, también como las tierras, en las tres secciones conocidas. No se había hecho la división y por tanto no aparece la propiedad individual. Existía un derecho colectivo al suelo, y de este derecho fundamental se desprendían, como accesorios, los derechos al riego, a los frutos, maderas y ganados.

Este fenómeno del comunismo agrario tiene su institución típica: es el ayllu, cuya organización es más amplificada que compleja. Sintéticamente puede afirmarse que el ayllu representa al mismo tiempo el régimen de la comunidad de la tierra, del parentesco y del culto.

Con los Incas, los ayllus se transformaron, agregándose muchos y trasladándose otros, conforme a la institución de los mitimaes. El nuevo carácter esencial que imprimen los Incas a los ayllus es la organización patronímica.

El problema, como se observa, radica en el estudio de la organización preincaica y su transformación bajo los Incas.

En uno y otro momento histórico, el comunismo agrario es la base del ayllu. Se repartían las tierras de cultivo y las de pastoreo quedaban indivisas para el uso común. Los montes le pertenecían si estaban dentro de los límites fijados. La repartición de las tierras se hacía entre las familias del ayllu según el número de personas que la integraban. El número de familias de ayllu, ya en la época de la dominación española, podía oscilar entre 30 y 190.

La obligación colectiva del trabajo explica la realización de monumentales obras públicas, como los caminos, así los que salían del Cuzco a Quito y Chile, que arranca a Cieza de León aquella exclamación según la cual "no fué nada la calzada que los romanos hicieron que pasa por España, para que con ésta se compare".

La colonización española no abolió el sistema político y económico de los Incas.

En las cabeceras de los pueblos indios se designaron corregidores españoles, pero los caciques, curacas o principales continuaban gobernando aquellos pueblos. Los excesos de tiranía de los principales se mandaron castigar sin suprimir los corregimientos. La legislación se proponía, en síntesis, respetar en los indios sus costumbres y gobiernos antiguos, transformándolos gradualmente en cuanto lo permitía su capacidad. No sólo subsistió la institución de los cacicazgos (de que se ocupa todo el título VII, libro VI de la Recopilación) sino que se reconocía el derecho de sangre para la sucesión, a imitación de los mayorazgos de España, pero según las formas y la orden que se practicaba en estas Provincias. Por real cédula de 1549 se dispuso que entre los indios debían designarse jueces regidores, alguaciles, escribanos y otros cargos "que a su modo y según sus costumbres administren justicia entre ellos y determinen o compongan las causas de menor cuantía". Con esta acertada medida se arreglaron más de dos mil pleitos sin procesos entre indios del Perú, según informa Polo de Ondegardo. Otra real cédula prohibía a los virreyes que eligieran caciques a su voluntad, vulnerando el derecho existente.

A los caciques debía en primer término ganárseles para la religión, "por estar los demás indios tan sujetos y ser tan amigos de seguirles en todo". Los hijos de los principales debían ser adoctrinados en colegios desde la más tierna edad, donde se les enseñaría la religión, las prácticas políticas de los españoles y el idioma de los colonizadores.

La organización administrativa anterior y el comunismo agrario subsistieron, y sobre tal base, la legislación indiana, especialmente dictada a este fin, fué tejiendo una superestructura social.

Si el virrey marqués de Cañete pacificó el reino, Toledo, el primer virrey del Perú, fué su legislador, el Solón del Perú, como se ha dicho. Toledo realizó la famosa visita que duró cinco años, y con los consejos de Polo de Ondegardo, Juan de Matienzo y Sarmiento de Gamboa, organizó el reino con tal solidez y firmeza, que el indio pedía justicia contra los españoles, contra los padres doctrineros y aun contra los encomenderos, pues el virrey había declarado la necesidad de dictar nuevas leyes

porque las existentes no eran convenientes al bien común, sino al de los ricos. Su obra es enorme, inspirándose en el concepto de que los indígenas estaban sometidos a la esclavitud de curacas y caciques, que debía reformarse, y en el propósito de reducirlos a poblaciones, abriendo calles conforme a la traza de las ciudades españolas, aumentando el número de sacerdotes doctrineros, construyéndose obras públicas como si fueran para españoles, así hospitales, cárceles, casas de cabildo, "porque para aprender a ser cristianos tienen primero necesidad de saber ser hombres". Su gran obra, sintéticamente, consiste en la organización de las comunidades indígenas o reducciones.

El título III del libro VI de la Recopilación de 1680 está dedicado a las reducciones y pueblos de indios, mandándose que en cada uno de ellos haya iglesia, que a los indios reducidos no se les quiten las tierras que antes hubiesen tenido, que se procure fundar pueblos de indios donde hubiese minas, que en las reducciones haya alcaldes y regidores indios, que cerca de las reducciones no haya estancias de ganado, que en los pueblos de indios no vivan españoles, negros, mestizos y mulatos, aunque hayan comprado tierras en sus pueblos, que ningún español que fuese de camino no demore ni esté en los pueblos de indios por donde hiciere el viaje más del día que llegase y otro, que ningún mercader esté más de tres días en dichos pueblos y otras disposiciones.

Desde el primer momento, la legislación indiana contempló y respetó el derecho de propiedad de los indígenas, anterior a la colonización.

En las reducciones se crearon las "chacras de comunidad", o de frutos de la tierra, en previsión de los años de mala cosecha. Los excedentes de la venta de estos frutos trabajados en común ingresaban a la Caja de comunidad del Repartimiento.

En las Cajas de comunidad entraban todos los bienes que el cuerpo y colección de indios de cada pueblo tuviere, para que de esto se gastare lo preciso en beneficio común de todos. Estos bienes sólo podían gastarse en lo que se dirigiere al descanso y alivio de los indios, convirtiéndose en provecho y utilidad. No se podía sacar ningún dinero de estas cajas sin consentimiento de los indios y para distribuir y gastar en sus necesidades, y si no era para estas calidades, aunque ellos lo consintieran, no se podía gastar.

Las Cajas de comunidad se formaban principalmente con los producidos del cultivo de ciertas porciones de tierra que se obligaban a trabajar en común, con las ventas de los obrajes trabajados del mismo modo y con las pensiones de los censos a que daban sus tierras comunes. El desarrollo de estas Cajas, sobre la base del trabajo corporativo y

colectivo indígena, llegó a ser tan poderoso, que concurrían con grandes donativos a las necesidades de la Metrópoli, mencionándose el caso de una de ellas que, en tiempos de Felipe II, entregó hasta la suma de 100.000 ducados.

En síntesis; la precedente exposición ha tenido por objeto provocar la meditación acerca del momento preciso en que se opera el contacto y conflicto de la cultura aborígen con la española, en punto a diversas instituciones y particularmente al régimen de la propiedad mostrando la supervivencia del sistema colectivista de los primeros, que evoluciona sin duda, pero manteniendo su estructura originaria. La legislación india fué creando el nuevo régimen de propiedad individual e impregnando de su espíritu al régimen colectivo de los Incas. Ambos sistemas coexisten, influenciándose recíprocamente en la misma proporción en que las razas se confunden o se separan.

La legislación de Indias contiene las prescripciones del Derecho peninsular, reconociendo el principio de la propiedad para españoles, criollos y mestizos, pero admitía la organización primitiva indígena, sobre cuya base se organizó el nuevo orden económico y político.³

Las revoluciones indígenas tienen singular importancia en la Historia del Derecho americano.

La emancipación no pudo triunfar sino dirigida por los criollos del Nuevo Mundo, pero las revoluciones indígenas contribuyeron a prepararla y tuvieron fecundas consecuencias en la constitución de los Estados.

Téngase presente que el levantamiento de Tupac-Amarú en 1780 comprendió a 60.000 indios, extendiéndose por toda América. En Nueva Granada, en 1781, la rebelión del Socorro alcanzó a abarcar una extensa zona hasta Maracaibo y aun Panamá, y todos los elementos acumulados para el estudio de este hecho tienden a demostrar que sus caudillos tenían connivencias con los que encabezaron la insurrección de Tupac-Amarú. También está demostrado que las consecuencias del levantamiento alto-peruano repercutieron en el Virreinato del Plata.

3 Todavía hoy subsiste el sistema de las comunidades indígenas, con el reparto periódico de las tierras de cultivo de acuerdo con las necesidades de cada miembro de ayllu. La legislación de Indias durante tres siglos y la nacional de más de un siglo de independencia, han rozado periféricamente sin conmover los cimientos de estas instituciones económicas que han sobrevivido con la raza (RICARDO BUSTAMANTE CISNEROS: *Condición jurídica de las comunidades de indígenas en el Perú*, pág. 45. Lima, 1919).

Producida la Revolución de 1810, la condición de los indios fué el motivo constante de una legislación humana, como la de las Leyes de Indias, pero con un nuevo sentido igualitario desde el punto de vista político.

Los gobiernos patrios mandaron desde el primer momento suprimir el impuesto del Tributo, autorizar el nombramiento de diputados indígenas a las Asambleas y extinguir el servicio personal, la Mita y el Yanaconazgo.

Los documentos revolucionarios se publicaban en castellano, y su traducción en guaraní, aymará y quichua, principalmente (el Acta de la declaración de la Independencia en 1816 se publicó traducida al aymará y quichua).

San Martín, antes de emprender la campaña libertadora de Lima, dirigió una proclama a los naturales del Perú —en castellano y en quichua—, invocando la memoria del fundador del Imperio Inca, Manco Capac, y del que encabezó la revolución de 1780, Tupac-Amarú.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

BASADRE JORGE: *Historia del Derecho peruano*, t. I. Lima, 1937.

BUNGE, CARLOS OCTAVIO: *Historia del Derecho argentino*. Buenos Aires, 1912, en *Estudios*, editados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

CÁCERES FREYRE, JULIÁN: *Algunas instituciones indígenas*. Buenos Aires 1943.

ESQUIVEL OBREGÓN, T.: *Apuntes para la Historia del Derecho en México*

t. I. México, 1937. LEVENE, RICARDO: *Las revoluciones indígenas y las versiones a idiomas de los naturales de documentos de la Independencia*. Buenos Aires, 1948.

Recopilación de Leyes de Indias de 1680, Lib. VI, Tits. III, IV y VII. SAAVEDRA,

BAUTISTA: *El Ayllu. Estudios sociológicos sobre América*. París.

SOLÓRZANO PEREIRA, JUAN DE: *Política indiana*, cit. Libro II, Capítulos XXIV, XXV, XXVII.

TORRES, LUIS MARÍA: *El totemismo: su origen, significado, efectos y su pervivencia*, en *Anales del Musco Nacional de Buenos Aires*, t. XX. Buenos Aires, 1911,

VALCÁRCEL, LUIS E.: *La agricultura entre los antiguos peruanos*, en *Revista del Museo Nacional*, t. XII. Lima, 1943.

VÁZQUEZ, RAMÓN F.: *Los aztecas; contribución al estudio de las instituciones precolombianas*. Buenos Aires, 1926.

VEGA, INCA GARCILASO DE LA: *Primera parte de los Comentarios Beales que trata del origen de los Incas*. Madrid, 1723.

CAPITULO IV

INCORPORACION DE LAS INDIAS A LA CORONA DE CASTILLA Y CONDICION LEGAL DE LAS INDIAS-LEGISLACION TERRITORIAL Y METROPOLITANA

- I. La reina Isabel y las primeras Leyes de Indias. — Reales cédulas por cuya virtud se incorporaron las Indias a la Corona de Castilla y León solamente. — Igualdad de Castilla y León y las Indias. — Las Indias eran Provincias integrantes de la Monarquía. — Real Cédula que mandaba excusar la palabra Conquista. — Leyes que fundamentan la concepción de que las Indias no eran Colonias o Factorías.
- II. Reales cédulas, órdenes, pragmáticas, provisiones, autos, resoluciones, sentencias. — Derecho público y Derecho privado indiano. — Potestad legislativa de los distintos órganos de Indias. — La legislación de Indias fué casuista por su origen. — Clasificación de los Cedularios.

I

Los Reyes Católicos impregnaron de su espíritu cristiano las leyes de Indias. Ellos obtuvieron del papa Alejandro VI las tres Bulas de 4 de mayo y de 26 de setiembre de 1493, a la vuelta del primer viaje de Colón, sobre la concesión de los dominios de ultramar para ellos y sus sucesores en Castilla y León.

De ahí el principio, de que estos dominios de las Indias se incorporaban a la Corona de Castilla y León y no podían enajenarse.

El reconocimiento de la libertad de los indios se consagró en la Real Cédula de 20 de junio de 1500. Algunos indios habían sido llevados de las Indias y vendidos por encargo del almirante Colón, y la real orden citada mandaba ponerlos en libertad y enviarlos a las Indias. Eran veintidós indios, uno quedó enfermo en San Lúcar, una india dijo que no quería volver a las Indias por su propia voluntad, y se restituyeron diecinueve, de los cuales dieciséis eran varones.

Destaco asimismo, que en 1501, al nombrarse a fray Nicolás Obando como gobernador de La Española, en las instrucciones se mandaba, no sólo que debía mantener en paz a los naturales sino que se empeñaría en conseguir en forma religiosa el

matrimonio de españoles e indígenas, legitimidad de dicha unión, prescripta después, por Real Cédula de 1514 y recogida en la Recopilación de 1680 (Libro VI, título I, ley II).

En las instrucciones a Colón para el segundo viaje, se ordenó que los indios serían tratados "bien y amorosamente". Así lo encareció la reina Isabel en su testamento, cuya cláusula señala un hecho sin precedente y sin manifestación ulterior, pues se convirtió en ley por la elevada inspiración de los juristas: es la ley I, título X, del libro VI de la Recopilación de 1680, que comienza así: "En el testamento de la serenísima y muy católica reina doña Isabel, de gloriosa memoria, se halla la cláusula siguiente: "Cuando nos fueron concedidas por la Santa Sede Apostólica las Islas y Tierra Firme del Mar Océano, descubiertas y por descubrir, nuestra principal intención fué al tiempo que lo suplicamos al papa Alejandro VI, de buena memoria, que nos hizo la dicha concesión, de procurar inducir y traer los pueblos de ellas, y los convertir a nuestra santa fe católica, y enviar a las dichas Islas y Tierra Firme, prelados y religiosos, clérigos y otras personas doctas y temerosas de Dios, para instruir los vecinos y moradores de ellas a la fe católica, y los doctrinar y enseñar buenas costumbres, y poner en ello la diligencia debida, según más largamente en las letras de la dicha concesión se contiene. Suplico al rey mi señor, muy afectuosamente, y encargo y mando a la princesa mi hija y al príncipe su marido, que así lo hagan y cumplan, y que este sea su principal fin y en ello pongan mucha diligencia, y no consientan ni den lugar a que los indios vecinos y moradores de las dichas Islas y Tierra Firme, ganadas y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas y bienes: mas manden que sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, lo remedien y provean de manera que no se exceda cosa alguna lo que por las letras apostólicas de la dicha concesión nos es inyungido y mandado. Y Nos, a imitación de su católico y piadoso celo, ordenamos y mandamos a los virreyes, presidentes, audiencias, gobernadores y justicias reales y encargamos a los arzobispos, obispos y prelados eclesiásticos, que tengan esta cláusula muy presente, y guarden lo dispuesto por las leyes, que en orden a la conversión de los naturales y su cristiana y católica doctrina, enseñanza y buen tratamiento están dadas.

Explicado el origen de la dominación de los reyes de Castilla y León en Indias, corresponde agregar que se dictaron diversas provisiones en las que expresamente se declara que las Provincias de Indias se incorporaron a la citada Corona y no podían enajenarse, ni parte alguna, ni pueblo de ellas.

La primera, para la isla Española, es de 14 de setiembre de 1519. De 9 de julio de 1520 es la segunda, de carácter general, para todas las Islas e Indias descubiertas y por descubrir.

El enunciado precepto legal —la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla— entraña consecuencias institucionales, conforme a las cuales, las leyes y gobierno castellano modelaron las de América, y los naturales de otras provincias de la Península no ejercieron en algunos momentos todas las franquicias de los naturales de Castilla.

La incorporación de las Indias solamente a la Corona de Castilla y de León —y no a la de Aragón también— es la consecuencia de las Bulas Pontificias por las que se concedía el fominio a los Reyes Católicos "ya sus herederos y sucesores los Reyes de Castilla y León", para cumplir la misión histórica de la conversión de los indios al cristianismo, concesión que a su vez era el resultado de las gestiones realizadas principalmente por la reina Isabel. En su testamento dice la reina católica: "... e porque el dicho reino de Granada e las islas Canarias e Islas e Tierra Firme del Mar Océano, descubiertas e por descubrir, ganadas e por ganar, han de quedar incorporadas en estos mis Reinos de Castilla y León, según que en la Bula Pontificia a Nos sobre ello concedida se contiene..."

No tenía el mismo significado la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla y León, que la incorporación de los reinos de Aragón, Portugal, o Flandes, que eran Estados constituidos y se gobernaban por sus leyes propias, en tanto que las Indias no lo eran en la concepción del Estado europeo y por tal razón se extendían a estos dominios ultramarinos —que no eran colonias— las leyes de Castilla y de León.

El principio de anexión a que me refiero implicaba asimismo el de la igualdad legal entre Castilla e Indias, amplio conceptp que así abarca la jerarquía de sus instituciones — por ejemplo: la igualdad de los Consejos de Castilla y de Indias— como el reconocimiento de iguales derechos a sus naturales.

Conforme a estos preceptos, una ley de Indias mandaba que por justas causas convenía que en todas las capitulaciones que se hicieren para nuevos descubrimientos "se excuse esta palabra conquista y en su lugar se use de las de pacificación y población" para que aquella palabra no se interpretara contra la intención superior.¹

Desde el punto de vista legal, las Indias no eran colonias, por la razón expuesta referente a la incorporación de las mismas a la Corona de Castilla y León y por los siguientes fundamentos legales:

Porque sus naturales los aborígenes eran considerados iguales en derecho a los españoles europeos y se consagró la legitimidad del matrimonio entre ellos;

Porque los descendientes de españoles europeos o criollos y en general de beneméritos de Indias, debían ser preferidos con respecto a los españoles europeos en la provisión de los oficios.

Porque los Consejos de Castilla y de Indias eran iguales como altas entidades políticas;

Porque las instituciones provinciales o regionales ejercían la potestad legislativa y fueron virreyes, audiencias, cabildos, consulados, universidades, quienes dictaron las principales leyes del lugar para su gobierno;

Porque siendo de una corona los reinos de Castilla y León y de Indias, las leyes y órdenes de gobierno de los unos y de los otros debían ser lo más semejantes posible;

Porque en todos los casos en que no estuviese decidido lo que se debía proveer por las leyes de Indias se guardarían las de Castilla conforme al orden de prelación de las Leyes de Toro, orden que comprendía a las Recopilaciones de Castilla, el Ordenamiento de Alcalá, los Fueros y las Partidas, es decir, las leyes que regían en Castilla.

Así se explica que la palabra y la idea de Colonia o Factoría no aparecen en las 6377 leyes de la Recopilación de 1680, ni en los tratadistas de los siglos XVI y XVII. Las Indias no eran Colonias sino Provincias, Reinos, Señoríos o Republicas, esta última denominación en sentido etimológico, partes integrantes de la Monarquía².

2 La afirmación que formulo no tiene propósito ni fin político alguno. Es una conclusión de carácter rigurosamente histórico, respetando la libertad de opiniones y de ideas históricas de los demás, por supuesto.

Declaró en la Academia que la labor de los historiadores contemporáneos está conforme en reconocer el significado jurídico de la dominación española, "todo lo cual no impide afirmar, como se hace en el proyecto, que la Revolución tuvo por fin ya en 1810, la independencia y la organización republicana pues que España ha formado naciones librea⁷, como consta en el acta respectiva.

No se puedo tampoco atribuir propósitos políticos en las obras realizadas por prestigiosos historiadores españoles y americanos. Entre los historiadores españoles que se han referido especialmente al tema, figuran Rafael Altamira, Augusto Barcia, José Ma. Ots y Salvador de Ma-dariaga, que han manifestado su opinión contraria a la denominación período colonial. >("Boletín de la Academia Nacional de la Historia", vol. XXII, págs. 321 y sigts.).

Como digo en el texto, no aparece la palabra y la idea de Colonia o Factoría, en las leyes recopiladas de 1680, pero la palabra Colonia con otra idea, aparece, por ejemplo en la ley 25, título 3º del Libro IV, como ha explicado acertadamente el maestro Altamira en su *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas*, (Madrid, 1951, pág. 66).

La ley de Indias citada se refiere a la concesión de la capitulación para hacer descubrimiento, pacificación o población de Provincia "con título de Alcaldía Mayor o Corregimiento por vía de Colonia de alguna ciudad de las Indias o de estos reinos o por vía de asiento, con título de Alcaldía Mayor o corregimiento..." No se explica en la ley citada, anota Altamira, la diferencia entre la vía de Colonia y la vía de asiento, pero sabemos que asiento equivale a capitulación. Cree como muy verosímil que la frase en cuestión expresa la idea de que el efecto o resultado de viaje y demás actos comprendidos en esa clase de capitulaciones se consideraría no como la creación de una Provincia o Adelantamientos Nuevos —que ocurriría en los más de los casos— sino como la de una Colonia que se suponía proceder de una determinada ciudad ya existente y a la cual se daba tan sólo el título y categoría de Alcaldía Mayor o Corregimiento, categorías inferiores a las de Adelantamientos. Analiza Altamira otros casos de Colonia que aparecen en las leyes confirmando la diferencia específica de las fundaciones como la ley 2º, Título 5º y la ley 20 del citado libro y Título que le hacen opinar con fundamento: "Queda pues, explicada la noción de Colonia que conoció nuestro régimen indiano, y que como se vé sólo constituye una especie de las varias formas de poblar y colonizar propiamente los territorios americanos".

En cuanto a la referencia que hace Pinelo en "Tratado de confirmaciones reales" citada por Juan Canter ("Biblioteca de impresos raros americanos", Montevideo, 1954, vol. II, pág. XL habiéndose "fundado en las Islas como en Colonia primera, el gobierno político y república originaria" está invocada al parecer con el concepto de Solórzano, a que ya me referí, para distinguir la concesión de capitulaciones entre "la vía de Colonia" y "la vía de asiento".

El libro de Lastarria sobre las "Colonias orientales del Río Paraguay o de la Plata" recordado por Canter está estudiado en mi libro "Las Indias no eran Colonias" como está estudiado todo lo referente al hecho del incumplimiento de las leyes por parte de algunas autoridades \ las luchas y aún guerras civiles que se produjeron con tales motivos. (Véase del historiador Raúl Molina, el juicio sobre "Las Indias no eran Colonias" en "Revista de Indias", Madrid, año XIV, nos 55-56, pág. 210 y la publicación "Acerca del término Colonia", realizada por el "Instituto González de Oviedo" de Madrid).

JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA en *Política Indiana* (Amberes, 1703, pág. 133) alude a las Colonias de los Romanos como y para que efecto se hacían en las Provincias conquistadas y de que el nuevo Orbe se debió llamar Colonia o Columbiana, del nombre de Don Cristóbal Colón.

No en la Recopilación de 1680, pero sí en el decreto de la Junta Suprema de Sevilla, de 22 de enero de 1809 se usa la palabra Colonia para significar su condición inferior. Se dice en sus considerandos "que los vastos y preciosos dominios que España posee en las Indias no son propiamente Colonias o Factorías como las de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la Monarquía española" y de ahí que debía tener representación nacional y constituir parte de la Junta Central Gubernativa. Este documento fué estimado en todo su alcance por Mariano Moreno en la "Representación de los Hacendados y Labradores" de ese mismo año de 1809.

II

La legislación de Indias comprende las reales cédulas, órdenes, pragmáticas, provisiones, autos, resoluciones, sentencias y cartas referentes al Derecho público o privado, con lo que he querido expresar que en su elaboración y promulgación han intervenido órganos e instituciones distintas, desde el rey al Consejo de Indias, ministerio de Indias, virreyes, audiencias, cabildos, consulados, intendencias, sin nombrar a la derivada de concordatos y convenios internacionales.

Cédula real es la provisión o despacho que expide el Consejo, concediendo alguna gracia o mandando lo conveniente, o dando providencia útil al público. Los albalaes (documentos de menos importancia que "las cartas plomas", llamadas así por su sello) se iniciaban con la fórmula: "Yo el Rey fago saber", llevando las firmas del rey y su secretario. Las cédulas reales reemplazaron a los albalaes, con la diferencia fundamental de ir escritas en letra cortesana.

Pragmática significa una resolución del rey impresa y publicada con importancia. Por lo común las pragmáticas comprendían leyes de carácter general.

Auto es la sentencia judicial. Provisiones, los despachos expedidos por las Audiencias en nombre del rey, extendiéndose con toda autoridad real, pues se imprime en ellas el sello del soberano.

Carta abierta —que equivale a las modernas circulares— es todo despacho concedido en términos generales, otorgando a alguien cierta gracia o merced, dirigiéndose a todos indefinidamente, para el caso de que el interesado la proponga a alguno y se dé el debido cumplimiento.

En buena parte, la legislación dictada para las Indias era de Derecho público, especialmente político, administrativo y eclesiástico. Aunque en materia de Derecho privado se mandaba aplicar la legislación castellana subsidiariamente, la organización de la propiedad, de la familia, del trabajo, del régimen de sucesión, el derecho de minería, el procedimiento civil, revistieron necesariamente caracteres nuevos, dictándose a tales fines la legislación pertinente.

Señalo la característica fundamental de que la legislación de Indias emanaba de órganos e instituciones distintas. No tienen razón los tratadistas que han considerado toda la legislación de Indias como derivada del Consejo, limitándose a estudiar esta parte que se inserta en las recopilaciones ensayadas o promulgadas, dejando de lado acaso su faz más importante, la legislación que emanaba de órganos o instituciones con potestad

legislativa, como virreyes, audiencias, cabildos, consulados —para no citar sino los más destacados—, que constituyen otras tantas fuentes caudalosas del Derecho indiano, como que las ordenanzas que podían dictar se inspiraban en las necesidades prácticas y más evidentes de las poblaciones a cuyo inmediato cargo estaba el gobierno y la justicia.

Pocos elementos de comprensión suministrará la Recopilación de 1680 al estudioso por conocer la vida de la Legislación de Indias en el Buenos Aires anterior a 1810, por ejemplo; y muchos y muy preciosos sugiere la cautivante lectura de bandos de gobernadores y virreyes, de ordenanzas y actas del cabildo, de la audiencia, del consulado, y sobre todo, el conocimiento de las sentencias judiciales dictadas por los magistrados de tan diversas jerarquías.

Requeríase confirmación real en todas las ordenanzas y estatutos que en las Indias hicieren los virreyes, audiencias, gobernadores, universidades, comunidades, ciudades y villas, hospitales y colegios. Pero los dictados por virreyes y audiencias debían de ejecutarse de inmediato. En cambio, los propuestos por gobernadores, ciudades y demás comunidades no se podían ejecutar sin previa aprobación del virrey o audiencia, debiéndose también enviar al rey para su confirmación.

La legislación de Indias emana, pues, de fuentes diversas y heterogéneas, debiéndose agregar a este antecedente la circunstancia de su profusión. Para corroborar este aserto, baste decir que sólo en la Recopilación de Indias de 1680, donde no aparecen las leyes derogadas o en contradicción con las nuevas, se insertan 6.377 leyes. Ambas dificultades aparecen como invencibles para poder realizar un estudio integral de sus caracteres extrínsecos.

Su conocimiento arranca de las capitulaciones de Santa Fe, firmadas por Cristóbal Colón con los Reyes Católicos, cuando el temerario navegante salió en busca de las islas o tierras nuevas de cuya existencia tenía noticias. Las capitulaciones que hacían a Colón, Almirante, Virrey, Gobernador de las tierras que descubriera y propietario en la décima parte de sus productos preciosos, debieron revocarse cuando los hijos reclamaron la fabulosa herencia ante el espectáculo insospechado de la revelación de un Continente.

La legislación dictada para América respondía de inmediato a las necesidades o reclamos para satisfacerlos. Gradual y progresivamente fué solucionando las innumerables cuestiones jurídicas, políticas, económicas, que planteaba la nueva sociedad en formación y se extendía hasta las regiones donde alcanzaban los más atrevidos exploradores o penetraban los colonizadores para dominar nuevos pueblos.

Desde este punto de vista externo, la legislación de Indias fué particularista y casuista por su origen, es decir, destinada a resolver los casos que se presentaban y abierta a las nuevas prescripciones que sin cesar sucedían a las antiguas para mejorarla; o simplemente complementarlas, en un movimiento de reformas que no terminó sino con la dominación misma.

Insisto en este punto en mérito a la necesidad de destacar tan importante carácter primigenio conforme al cual, la ley nacía de un caso particular, dictada sobre la base de una información y de un conflicto de derechos e intereses.

Las leyes de Indias estaban precedidas en su gran mayoría de las razones que las inspiran, parte suprimida en la Recopilación de 1680, las más de las veces en virtud de su carácter técnico-legal. De ahí la necesidad de investigar en los orígenes de las leyes de Indias, para descubrir la auténtica motivación, las razones por las que los legisladores mezclaban con el texto del precepto la exposición de los fundamentos.

Cabe suponer, se ha dicho, que ha operado el ejemplo de la legislación española medieval, singularmente de "Las Partidas", pero desde un punto de vista general puede haber influido en el ánimo de los legisladores la preocupación de justificar jurídicamente la dominación, preocupación que noblemente caracteriza la actitud de España ante América.

Antes de cumplirse medio siglo de iniciada la legislación era tal su profusión y heterogeneidad que los soberanos y juristas se preocuparon en coordinarla y recopilarla. Aparte de razones superiores de ordenación legal, imperiosas circunstancias de carácter judicial hacían necesaria la Recopilación. Sucedía muchas veces, en efecto, que las leyes no llegaban a noticias de los jueces porque se expedían a favor de particulares, que por cualquier motivo no usaban de ellas, quedando, como dice un jurisconsulto de aquellos tiempos, "en sólo los oficiales de papeles el dar o quitar el derecho a las partes, resucitando la cédula que es en favor del amigo y escondiendo o negando la que no lo es".

Los cedularios han sido clasificados por Rafael Altamira, de acuerdo con estos dos criterios principales:

Según el criterio de procedencia legislativa.

I. Cedularios de legislación metropolitana.

II. Cedularios de legislación territorial.

III. Cedularios mixtos.

Y según el criterio de finalidad:

I. Cedulaario de propósito codificador: Compilaciones o Recopilaciones.

II. Cedulaario de finalidad práctica y profesional (judiciales, administrativos, de ejercicio de la abogacía, etc.).

III. Cedulaarios de finalidad erudita o historia (colecciones de documentos inéditos o reimpresos).

Desde los puntos de vista político y jurídico, la promulgación de una Compilación o Recopilación común para las provincias de ultramar pretendería, sin lograrlo, hacer universales las leyes circunscriptas y particulares, reduciendo a una unidad la diversa naturaleza de los pueblos indianos.

El intento de recopilar las leyes de Indias se enuncia a mediados del siglo xvi y la Recopilación promulgóse en 1680, es decir, más de un siglo después. Es fundamental el estudio del largo proceso de los ensayos proyectados en esa extensa etapa histórica y de la labor paciente realizada por algunos juristas y tratadistas que fué a enriquecer la obra de 1680. Existen vacíos que aún no se pueden cubrir en este aspecto del Derecho indiano.

Tal historia externa de la legislación de Indias, de la que la Recopilación de 1680 no representa sino un momento, se dilata en la extensión de tres siglos, durante los cuales se renueva sin cesar.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

ALTAMIRA, RAFAEL : *Los cedulaarios como fuente histórica de la legislación indiana*, en *Revista de Historia de América*. México, N° 10, diciembre de 1940.

LEVENE, RICARDO: *Las Indias no eran colonias*. Buenos Aires, 1951. MANZANO MANZANO, JUAN: *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*. Madrid, 1948, Ediciones Cultura Hispánica. MOLINA, RAÚL A.: *Consideraciones y declaraciones del Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo sobre la tesis "Las Indias no eran Colonias"* en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1954, N° 6.

PINEO, ANTONIO DE LEÓN: *Tratado de las confirmaciones reales, 1630*, edición facsimilar del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires.

C A P I T U L O V

LAS PRIMERAS BULAS PAPALES SOBRE EL DESCUBRIMIENTO Y EL JUSTO TITULO DE DOMINACION DE LAS INDIAS. DERECHO PUBLICO ECLESIASTICO AMERICANO. EL PATRONATO REAL

- I. Examen de los títulos de los reyes de Castilla y León a la dominación de las Indias.
— Teoría de la concesión pontificia. — Las tres Bulas Papales de 1493, concediendo a los Reyes Católicos y sus sucesores el dominio de las tierras descubiertas. — Otros justos y legítimos títulos. — Teorías de Bartolomé de Las Casas y Francisco de Vitoria. — El Derecho de gentes o comunicación natural y la propagación de la Religión cristiana, invocados por Vitoria.
- II. Las Bulas de 1501 sobre renta de los diezmos y de 1508 sobre el Patronato Real.
— La división de los obispados para el gobierno espiritual y el juramento de los altos dignatarios de la Iglesia. — El procedimiento en las apelaciones de las causas eclesiásticas de Indias. — Leyes sobre el Patronazgo de las Indias.
- III. Juan López de Palacios Rubios, autor del Requerimiento. — La concesión pontificia. "I si así lo hicieredes... y si no lo hicieredes... según el Requerimiento. — El cautiverio de los indios vencidos en guerra justa, en opinión de Palacios Rubios. — La teoría de Las Casas sobre la injusticia de la guerra con los indios. — Diferencia de la guerra justa de la injusta, según Vitoria.

I

El examen de los títulos de los reyes de Castilla y León a la dominación de las Indias no es tema desprovisto de «lanificación jurídica. Suscitó pasión en su época, alentando onas polémicas entre teólogos y jurisconsultos, dedicados a buscar el fundamento de la colonización, procurando explicarla en el plano superior del Derecho. Teólogos y jurisconsulto encarnaban el espíritu de una nación cristiana, en posesión de un grande ejército y marina, que deseaba resolver las cuestiones jurídicas derivadas del descubrimiento y la colonización. Tales teorías acerca de que las guerras debían

ajustarse al Derecho tienen su origen en la fecunda Edad Media, principalmente en San Agustín y Santo Tomás. El tema es de los que mejor pueden llevar al espíritu la noción de las formas legales en que nacía envuelto el Nuevo Mundo, el influjo creciente, religioso y moral, principalmente, de la Iglesia Católica y la ardorosa fe del pueblo que hizo efectiva la empresa del Descubrimiento.

Para abarcar la comprensión del tema referente a los títulos de los Reyes de Castilla a la dominación de América, corresponde tener presente los principios del Derecho canónico, la teoría jurídica que negaba al Papado poder universal temporal, y el punto de vista de las Leyes de Indias que admiten la concesión pontificia, pero afirman la existencia de otros justos y legítimos títulos.

Según los principios generales¹, Dios eligió a San Pedro y a sus sucesores en carácter de Ministro o Pastor de todos los hombres en lo tocante a la vida espiritual, confiriéndole los poderes necesarios para el engrandecimiento y dirección de su universal Iglesia. Puede también el Pontífice Romano —por los mismos principios— repartir las tierras en poder de los infieles para la propagación de la fe católica, correspondiendo a los príncipes seculares realizar solamente los actos de descubrir lugares e informarse de sus gentes. El Angélico Doctor Santo Tomás afirmaba que por sentencia de la Iglesia se puede quitar el dominio a los infieles. Otros graves autores entendían que la jurisdicción de las tierras — por derecho divino, natural y de gentes— competía a infieles y a fieles antes de la venida de Cristo, pero después de este extraordinario acaecimiento la Iglesia ejerce aquella suprema jurisdicción, de tal suerte que los infieles pueden ser con justicia despojados de sus tierras si no reconocen la fe católica. Por virtud de tan solemnes declaraciones, el Pontífice había hecho donación del Reino de Jerusalén a Cario Magno, había dividido el Africa entre los reyes de Castilla y Portugal y dio las Indias a los reyes de Castilla y León.

¹ Era la opinión del Ostiense, Cardenal Arzobispo de Ostia, canonista del siglo XIII, y conforme a la cual, desde su advenimiento, Cristo encarnó las potestades temporales y espirituales, delegadas en el Papa, y en consecuencia, los infieles podían ser privados de sus dominios.

En la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino hay también ideas muy claras sobre las relaciones del mundo cristiano con los gentiles, llegando a afirmar que cuando estos últimos posean injustamente, se les podían quitar las cosas, y de este modo limitaban el derecho de los gentiles. "De acuerdo con esta primera distinción, cuando el mundo cristiano se acerca al gentil, lo que tiene que preguntarse es con qué justicia este último goza de sus jerarquías políticas y derechos de dominio". Como se sabe, la doctrina tomista era enseñada en las Universidades y los teólogos y juristas se inspiraban en Santo Tomás (SILVIO A. ZAVALA: *Ensayo sobre la colonización española en América*, pág. 37. Buenos Aires, 1941).

El 4 de mayo de 1493, el Papa español Alejandro VI dictó bula concediendo a los Reyes Católicos y sus sucesores en Castilla y León el soberano imperio y principado de las tierras descubiertas que se encontraran al occidente de una línea imaginaria que pasaría a cien leguas al oeste de las islas Azores y Cabo Verde. La bula nombrada es el punto de arranque de la secular cuestión internacional con Portugal, que tanta importancia tiene en la historia del Plata. Juan II, rey de los portugueses —pueblo que desde comienzos del siglo XV había hecho importantes descubrimientos siguiendo las costas de África—, consideraba que Colón había tocado tierra dentro de la línea de los dominios que el Papa Calixto II le había acordado por bula de 1456.

Otras dos Bulas despachadas por el mismo Papa Alejandro VI —especialmente la última, datada a los seis meses de las ¿los primeras— declaran en forma indubitable el carácter de la concesión del dominio total de las Indias, con la misma amplitud que se había dado a los reyes de Portugal para las de Guinea e India Oriental. ,

Las tres Bulas a que aludo son: "Inter caetera..." de 4 de mayo de 1493, por la que se concede las tierras cien leguas al oeste de las islas Azores; "Eximiae devotionis..." también de 4 de mayo de 1493 —aunque del mismo día, trataba un aspecto distinto—, por la que se concede todas y cada, una de las gracias, privilegios, facultades, letras e indultos otorgados anteriormente al rey de Portugal sobre la India Oriental; "Dudum siquidiam. . . ", de 26 de septiembre de 1493, por la que el Pontífice extiende la donación hecha a los Reyes Católicos a todas y cada una de las Islas y tierras firmes que navegando hacia el Occidente y Mediodía hayan ocupado u ocuparen. Por el Tratado de Tordesillas de 7 de junio 1494 se fijó que la línea divisoria de los descubrimientos españoles y portugueses debía pasar a 370 leguas al oeste de las Islas de Cabo Verde.

Tan amplia concesión pontificia explícate asimismo dadas las excepcionales virtudes de los españoles, que heredaron de sus antepasados el fervor religioso, puesto a difícil prueba durante siete siglos en la guerra con los moros.

Ninguna otra nación cristiana como España se encontraba en mejores condiciones para imponer y conservar la fe católica con tanta pureza y limpieza entre los pueblos infieles de Indias.

Los reyes de Castilla reconocieron el supremo derecho del Pontífice romano, pero alegaron además el propio derecho a la posesión de las Indias, fundado en otros títulos.

La Real Cédula por la que se declaraban incorporadas las Indias a la Corona de los reyes de Castilla —de 14 de septiembre de 1519—, reiterada en diversas oportunidades, comienza diciendo: "Por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos somos Señor de las Indias Occidentales, Islas y Tierra Firme del Mar Océano descubiertas y por descubrir..."

No obstante lo expuesto, algunos teólogos desconocían el supremo derecho pontificio y discutieron, por lo tanto, que el origen de la posesión de las Indias en favor de los reyes de Castilla pudiera fundarse en la mencionada concesión de la Santa Sede. Destácanse entre éstos el Padre Bartolomé de Las Casas y el Padre Francisco de Vitoria, este último autor del fundamental estudio *Belectiones Theologicae*.

Vitoria enseñaba que no era exacto que el Papa tuviera poder universal temporal y que de él procediera el poder de los príncipes civiles.

Si Jesucristo no tuvo dominio temporal, mucho menos lo tiene el Papa, que es su Vicario, decía. El dominio sólo podía corresponderle por derecho natural, por derecho divino o por derecho humano. Y por ningún concepto lo tiene. "Lo que el Señor dijo a San Pedro -.'*Apacienta mis ovejas*, muy claramente muestra que se trata de dominio espiritual, no de dominio temporal. Otra prueba de que el Papa no es señor universal de todo el mundo: el Señor dijo que al fin de los tiempos *se hará un solo rebaño bajo un solo pastor*, de donde sobradamente se ve que ahora no somos todos ovejas de un solo rebaño".

Luego de desarrollar el punto de que no toda la potestad de Cristo la trasmitió al Papa, observa que, supuesto que el Papa tuviera tal poder secular universal sobre todo el mundo, no podría darlo a los príncipes seculares, pues sería anexo al Papado. Pero el Papa goza del poder temporal en orden a su poder espiritual, es decir, en cuanto es necesario para la recta administración del orden espiritual.

En consecuencia, no puede alegarse en favor de la conquista de las Indias que el Papa les haya dado como señor absoluto, y por lo tanto, los españoles que primeramente navegaron hacia tierra de bárbaros, ningún título llevaban para ocupar sus Provincias.

Entre los "otros justos y legítimos títulos" de los reyes de Castilla a la dominación de las Indias, los tratadistas mencionan los siguientes:

Dios —que da y quita los imperios queriendo que sean inestables— otorgó el Nuevo Orbe a los reyes de Castilla, siendo muchos los divinos impulsos, inspiraciones y revelaciones con que fué incitando a los Católicos Reyes a que acometiesen estas

empresas. Tal voluntad divina, para algunos fervorosos autores, fué evidente en la felicidad y facilidad con que se llevó a cabo, entre otras razones, por los muchos y sorprendentes milagros y apariciones (producidos particularmente en lo más difícil de las batallas) de Nuestra Señora, de Santiago y de San Pedro.

El descubrimiento hecho por los castellanos al ocupar estas tierras, título fundado en el Derecho natural. Pero como se encontraban habitadas en el momento del descubrimiento, la cuestión trasladábase a saber y probar las causas justas en virtud de las cuales se puede hacer la guerra a los indios infieles, reducirlos, y por lo tanto poseer por derecho natural, de guerra y de gentes, todo lo conquistado. Son causas justas: si los indios ocupan las tierras de los cristianos; si pecando profanan la fe de Cristo; si blasfeman contra la Iglesia; si impiden la predicación; si atacan para libertar los inocentes cuya defensa exige la ley divina.

La barbarie e incultura de los indios era el tercer título invocado, considerando "que apenas merecían el nombre de hombres" y necesitaban quienes los elevasen a la condición humana. Así también explicaban los autores la justicia de las conquistas de los romanos porque dominaron a los pueblos bárbaros. Vinculada a esta cuestión enlázase otra no menos importante, la de saber si los indios carecían o no de razón, si eran tan bárbaros que debían ser tenidos más como bestias que como hombres, comparándose en la Sagrada Escritura a los que llegan a tanta inferioridad, a los leños y a las piedras.

Los abominables vicios que dominaban entre los indios, como la idolatría, con sacrificios a sus ídolos, la antropofagia, sodomía e incesto, la embriaguez, la tiranía, invocábanse asimismo.

Juan de Matienzo insiste en esto último, afirmando que no obstaba el hecho de que los indios estuvieran contentos y no pidieran ayuda a los españoles, porque como estaban oprimidos no pudieron declarar libremente su voluntad.

Francisco de Vitoria estudió ampliamente este problema. Con razón se le destaca como precursor de la ciencia del Derecho o de Gentes creada por Grocio en el siglo siguiente.

Examina en primer término este eminente teólogo los títulos que él estima ilegítimos, pero comúnmente invocados como justos, entre los cuales alude a los siguientes: Que el emperador es señor del mundo, que el Papa es monarca universal, que la invención da derecho a lo hallado, que se podía hacer la guerra a los indios por pecados mortales.

En cambio, para Vitoria los legítimos títulos a la dominación de las Indias son los dos que se enuncian a continuación, aparte otros de menor importancia.

La sociedad y comunicación natural, la libertad de puertos y de mares, por cuya virtud los españoles tienen derecho de recorrer aquellas Provincias y de permanecer allí, sin que les hagan daño alguno los bárbaros y sin que puedan prohibírsele, pues todas las naciones consideran inhumano recibir mal sin causa justa a huéspedes y peregrinos, a no ser que obraran mal al llegar a tierra ajena. Si los bárbaros quieren impedir a los españoles todo lo que pueden hacer como el comercio y otras cosas, que es de derecho de gentes, deben éstos, primero, evitar el escándalo con razones y mostrarles que no han ido allí para hacerles mal sino que quieren ser sus huéspedes según aquello: de los sabios es intentarlo todo, primero con palabras, y si los bárbaros no se aquietan pueden éstos defenderse, porque es lícito rechazar la fuerza con la fuerza. En consecuencia, si los españoles no pueden conseguir seguridad de parte de los bárbaros, sino ocupando sus ciudades y sometiénolos, también esto les es lícito hacer.

El segundo título es el de la propagación de la religión cristiana, acerca del cual afirma que los cristianos tienen el derecho de predicar y anunciar el Evangelio entre los bárbaros, que aunque esto es lícito a todos, no obstante pudo el Papa confiar el negocio a los españoles y prohibirlo a los demás, porque aunque el Papa no sea señor temporal, sin embargo, tiene poder sobre las cosas temporales en orden a las espirituales, pues correspondiéndole especialmente la divulgación del Evangelio por todo el mundo, si los príncipes españoles podían más cómodamente dedicarse a este objeto, pudo confiárselo a ellos y prohibirlo a los demás.

II

Por su origen y alcances tiene excepcional importancia el estudio de los caracteres del Derecho público eclesiástico americano.

En 1501, el Papa Alejandro VI expidió bula concediendo a los reyes de Castilla la renta de los diezmos, teniendo en cuenta que habían fundado y sostenían las iglesias del Nuevo Mundo, consagrándose a la obra cristiana de convertir a los indios al catolicismo.

Era el principal cuidado de la reina Isabel mantener encendida la fe en Dios. Poco antes de su muerte pidió al Papa le permitiese erigir en la Isla Española un arzobispado y los obispos necesarios. El Papa satisfizo esta petición, no aludiendo en la bula

respectiva al Patronato de los reyes. Tal antecedente explica que el rey —muerta ya la reina— encargara al embajador en Roma, comendador Francisco de Rojas, reclamase la concesión del Patronato, del mismo modo que se había concedido para el reino de Granada. Así se hizo, y en 1508 el Papa Julio II reconoció a los reyes de España el Patronato universal de las iglesias de Indias y el derecho de presentar obispos y beneficios. También se les autorizó por Breve de 1543 para dividir o restringir la jurisdicción de las iglesias, unir las o suprimirlas, con cargo de dar cuenta a la Santa Sede de las causas que a ello le obligaban para que, teniéndolas por legítimas, se aprobasen.

Pertenecía a la Sede Apostólica —como la erección de las iglesias catedrales— la facultad de dividir los obispados, para su mejor gobierno espiritual. Con respecto a las Indias, el ejercicio de esta facultad tenía también excepcional significado por la larga distancia de los lugares o por haberse poblado de tal manera algunos de ellos que no podía ser atendida debidamente por un solo Pastor, mediar entre unas y otras poblaciones "mil despoblados y caminos fragosos é inaccesibles", de donde la gestión iniciada por los Reyes Católicos, que así como se les confiaba la erección de las iglesias se les delegase la facultad para dividir las o restringirlas, unir las o suprimirlas.

Además del juramento que los arzobispos y obispos estaban obligados a prestar al Romano Pontífice, debían hacer otro juramento al rey de no desconocer su jurisdicción y de guardar el Patronazgo, como se mandó desde 1602, reiterándose en 1629, con la advertencia de que antes de hacer este juramento no se les consentiría entrar en la posesión y administración de sus obispados. Aunque se observara que a los prelados no se les podría exigir un juramento por razón de los obispados, que son de orden espiritual, "se les puede y suele pedir y tomar por razón de los bienes temporales y de los lugares y jurisdicción temporal que en algunas partes usan y ejercen en ellos, como lo hacen y deben hacer los señores de vasallos e n cuanto se reputan por tales..."²

La acentuada tendencia del regio patronato indiano muéstrase también en punto a la fundación y privilegios de las Universidades de Indias. Felipe II reclamó toda especie de atribuciones en ese sentido con el fin de constituir las Universidades como instituciones autónomas.

El mismo rey mandó ejecutar la Bula de Gregorio XIII de 1578, en que se dio nueva forma sobre el procedimiento a seguir en las apelaciones de las causas eclesiásticas de

² JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA: *Política indiana*, cit., pág. 280.

Indias para su más rápido y eficaz despacho. Eran famosas las negligencias y tardanzas de los Jueces eclesiásticos, especialmente por las grandes distancias que existían entre los Jueces de unas Provincias a otras, al punto, que, como se ha dicho, en ninguna parte se cumplía mejor que en Indias el proverbio: Si te quieres hacer inmortal hazte pleito eclesiástico. El remedio a este grave mal consistía en poner en vigor la citada Bula.

Conforme a ella, las apelaciones que debían interponerse ante la Sede Apostólica — y con el fin de evitar las grandes distancias que se habían de recorrer si se llevasen las causas a Roma— se harían del sufragáneo al Metropolitano o del Metropolitano, si éste hubiere dado la primera sentencia, al sufragáneo —que significaban profundas reformas al nuevo Derecho Eclesiástico americano—, para abreviar los pleitos. Estos pleitos eclesiásticos de cualquier género y calidad que hubiere en las Indias Occidentales, debían seguirse en todas las instancias y se mandó que fenezcan en las Indias.

Era de gran amplitud el poder temporal. Se establecían severas disposiciones para el pase de los breves o bulas, por el Consejo de Indias, debiendo suspender los que se despacharen en contravención a la real preeminencia y patronazgo, dándose cuenta de ello para interponer los remedios legítimos y necesarios.

Si algunas bulas o breves pasaban a las Indias y se referían al patronazgo y jurisdicción real, materias de indulgencias, sedes vacantes o espolios, si no constare que habían sido presentados al Consejo de Indias, se mandaba a los virreyes, presidentes y oidores de las reales audiencias que debían recogerlos originalmente de poder de las personas que los tuvieran, enviándolos para conocimiento del Consejo de Indias, y vistos por él, se ejecutarían, si no había inconveniente; y mediando circunstancias que obligaran a suspender su ejecución, se suplicaría ante el Santo Padre para que siendo mejor informado los mandara revocar, pero entre tanto no se debían ejecutar.

Tales disposiciones asignan carácter propio al derecho público eclesiástico americano. Para darse cuenta de las profundas diferencias que separaron" este derecho en Indias del de la metrópoli, recuérdese que por una de las bulas aludidas, la Iglesia se sustentaba con las asignaciones que para este fin señalaban los reyes a sus ministros y gastos de culto, a diferencia de lo establecido en España, donde disponían de las rentas especiales de la Iglesia.

Los reyes de España no eran únicamente Patronos de las Iglesias al modo como se realizaba ordinariamente, según los principios del Derecho canónico, sino que por su

potestad se llevaba a cabo la conversión de pueblos infieles radicados a gran distancia de la Santa Sede.

"El Pontífice romano nada podía por sí en este inmenso territorio, mantenía los medios de establecer en él las instituciones necesarias para la propagación de la Religión; ni aun era posible que una orden suya llegara sin que la trajera una costosa expedición. La providencia abría cada día nuevos teatros de acción. A una vasta región sucedía un Imperio poderoso de límites incalculables. Los fieles sacerdotes, únicos que llegaban, tenían que seguir la dirección que les diera la Corte de España o el capitán a que estaban subordinados".³

Era imposible materialmente que por sus propios medios el Papa creara obispados, y se comprende que la Monarquía necesitaba ejercer un poder político influyente, no debilitado por otro poder, para el gobierno del Nuevo Mundo y para cumplir la misión que se le había confiado por concesión pontificia.

El Patronazgo Real de las Indias quedó fijado en las leyes que a l^o de junio de 1574⁴ dictó Felipe II, el rey que fué expresión del sentimiento religioso español, pero que aseguró su preeminencia en la Iglesia americana. La primera de esas leyes comienza estableciendo que el derecho del Patronazgo eclesiástico pertenece a los reyes, así por haberse descubierto y adquirido aquel nuevo mundo, edificado y dotado en él las iglesias y monasterios a su costa, como por haberseles concedido por bulas de los Sumos Pontífices para su conservación. Este derecho, único e insólido, debía siempre ser reservado a los reyes y a la Real corona y no podía salir de ella en todo ni en parte, y por gracia, merced, privilegio o cualquiera otra disposición que los reyes hicieren o concedieren. Por costumbre, prescripción ni otro título, ninguna persona o personas, comunidad eclesiástica ni seglar, iglesia ni monasterio podían usar del derecho de Patronazgo si no fuera la persona que en nombre del rey y con su autoridad lo ejerciera.

Se mandó que no se erijan, instruyan y funden las iglesias catedrales, parroquiales, monasterios, hospitales e iglesias votivas, lugares píos y religiosos donde fueren necesarios para la predicación, doctrina, enseñanza y propagación de la santa fe católica, sin licencia expresa del rey, a quien pertenecía el Patronazgo eclesiástico y el conocimiento de las partes y lugares donde se deben fundar y son necesarios para realizar la antedicha predicación.

3 DALMACIO VÉLEZ SÁRSRIELD: *Derecho público eclesiástico. Eelacio-i i \ del Estado con la Iglesia en la antigua América española*, edición de lli *Biblioteca Argentina*, t. XX, pág. 50. Buenos Aires. 1919.

Los arzobispados, obispados y abadías eran provistos por presentación del rey a Su Santidad, y las dignidades, canonjías, raciones y medias raciones de todas las iglesias catedrales de las Indias se proveían por presentación del rey a sus prelados, librada por el Consejo de Indias y firmada en nombre del rey, por virtud de la cual el arzobispo u obispo de la iglesia donde fuese la dignidad, canonicato o ración, haría colación y canónica institución al presentado, que debía ser por escrito, sellada y firmada.

El rey deseaba que hubiera paz y conformidad entre prelados y seculares, que los prelados y jueces eclesiásticos dieran ayuda y favor necesario a los jueces seculares y que éstos no impidieran a los prelados la jurisdicción eclesiástica y se les dé favor y auxilio conforme a derecho.

El nuevo Derecho eclesiástico que nació en Indias no era únicamente la consecuencia del descubrimiento de un Continente, sino también la resultante de la política que debía desarrollarse en los pueblos aborígenes y en las nuevas razas en formación, labor de conversión, pacificación y elevación moral ai mismo tiempo, es decir, misión espiritual y temporal, estrechamente asociada.

III

El doctor Juan López de Palacios Rubios, escribió "De insulis oceanis". Sus contemporáneos elogian repetidas veces su saber. La obra de que es autor representa un ensayo de interés histórico, pero su renombre procede del "Requerimiento", un documento fundado en los errores del Ostiense, que contiene la teoría de la división del mundo entre cristianos e infieles y del cautiverio de los indios en guerra justa, pero implacable.

Afirmaba el doctor Palacios Rubios la teoría de la concesión pontificia o que las soberanías temporales dependían de Cristo y su Vicario el Papa, extendiendo su poder a los fieles y a los gentiles, estos últimos extraños a la Iglesia. Reconocía el cautiverio de los indios vencidos en guerra justa, pues sólo eran libres los que seguían la fe católica y aceptaban el imperio de las autoridades. Tal fué la tesis de los jurisconsultos que predominó en la primera época de la dominación española.

El tema de la guerra está íntimamente relacionado con la conquista de Indias y los justos y legítimos títulos a su dominación. En los comienzos, la guerra fué la razón misma de dicha conquista, teoría expuesta en el "Requerimiento", importante

antecedente seguido por Gregorio López y sobre todo por Juan Ginés de Sepúlveda, quien llegó a afirmar que siendo los indios naturalmente siervos, bárbaros, incultos e inhumanos, si se negaban, como solía suceder, a obedecer a otros hombres más perfectos, era justo sujetarlos por la fuerza y por la guerra.

Bartolomé de Las Casas sostuvo firmemente la teoría general de la injusticia de la guerra contra los indios porque no era un procedimiento lícito para convertirlos al cristianismo, aun con respecto a los que ofrecían peligro, pues en tales casos habría que levantar fortalezas para que desde ellas se iniciase el trato con ellos, "y poco a poco se fuese multiplicando nuestra religión y ganando tierra por paz, amor y buen ejemplo".

Por último, Francisco de Vitoria estableció la diferencia entre la guerra injusta y la guerra justa, pero no fundándola en la conveniencia del soberano, ni en la diversidad de religión ni en los delitos contra la ley natural. Es lícito oponer la fuerza contra la fuerza, observa, si los bárbaros quieren impedir a los españoles el comercio, que es de derecho de gentes, y no pueden conseguir seguridad de parte de los bárbaros sino ocupando sus ciudades. Si después de demostrado por parte de los españoles, con obras y palabras, que no son obstáculo para que los indios actúen pacíficamente y a pesar de todo perseveran en su malicia, ya entonces podrían los españoles tratarlos como a enemigos y ejercer contra ellos todos los derechos de guerra y reducirlos a cautiverio. Referente al legítimo título de la conversión al cristianismo, observa Vitoria que si los bárbaros impidieran a los españoles anunciar libremente el Evangelio, debían darles las explicaciones convenientes y en caso necesario podrían predicarles por la fuerza, y lo mismo, ni permitiendo la predicación estorbaran la conversión. Otra causa de la guerra justa era la tiranía, pudiendo los españoles apartar a los bárbaros de sus costumbres, y si se negaban, podían obligárseles por las armas, ejercitándose todos los derechos de la guerra.

Mientras Francisco de Vitoria aceptaba diversas causas de la guerra justa, Bartolomé de Las Casas rechazaba en absoluto la guerra con los indios, no admitiendo la diferencia entre la guerra justa e injusta, pero hizo alguna obligada concesión en el caso de que los infieles guerrearan a los cristianos, impidiendo la propagación de la fe o matando a sus predicadores sin causa.

Corresponde decir que en la legislación triunfó el concepto de Bartolomé de Las Casas, consignándose en una ley del año 1523, recogida en la Recopilación de Indias de 1680 (ley IX, Hit. IV del lib. III) que no se pueden hacer ni haga guerra a los indios para que reciban la Santa Fe Católica; y si fueren agresores y con mano armada

rompiesen la guerra contra nuestros vasallos, se les hará antes los requerimientos necesarios una, dos y tres veces y las demás que convengan, hasta traerlos a la paz que deseamos. Si estas prevenciones no bastaren sean castigados como justamente merecieron y no más, termina reconociendo la ley la necesidad de la guerra defensiva una vez bajo su mando el Continente indiano.

El principio legal adoptado tuvo amplias aplicaciones. En nueva forma reaparece en la Ordenanza de poblaciones de 1573 (Ley VI, tít IV del lib IV), disponiéndose por justas causas que en todas las capitulaciones que se hicieren para nuevos descubrimientos, se excuse la palabra conquista y en su lugar se use las de pacificación y población.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Ayala, Francisco Javier de: "Iglesia y Estado en las Leyes de Indias", en Estudios Americanos, Vol. I N° 3. Sevilla, 1949.

El Requerimiento, en Cedulaario indiano, de Diego de Encinas, lib. IV.

Frasso, Pedro: De Regio patronato Indiarum. Matrivi. Recopilación de Leyes de Indias de 1680, lib. I, tít VI y IX.

Rivadaneira, Antonio Joaquín: Manual Compendio del Regio Patronato indiano. Madrid 1755.

Rodríguez Casado, Vicente: "Iglesia y Estado en el reinado de Carlos III", en Estudios Americanos, Vol I, N° 1, Sevilla , 1948.

Solórzano Pereira, Juan de: Política Indiana, cit, lib. I, capitulos IX, X, XI, XII.

Vélez Sarfield, Dalmacio: Derecho Público Eclesiastico.

CAPITULO VI

LEYES SOBRE EL TRABAJO DE LOS INDIOS

- I. La legislación sobre el trabajo de los indios y diversos períodos para su estudio. — Prédica de fray Antonio de Montesinos. — Junta de teólogos. — Leyes de Burgos (1512-1513).
- II. Nueva Junta de teólogos en 1523. — La República de los Indios de Vasco de Quiroga, inspirada en Tomás Moro. — El remedio octavo propuesto por el Padre Las Casas. — Las Nuevas Leyes de 1542. — La guerra civil.
- III. Real Cédula de 1601, sobre el trabajo obligatorio de los indios y la libre contratación del patrono.

I

Los repartimientos de indios y las encomiendas constituyen una materia vital del Derecho indiano.

En primer término son las instituciones sobre cuyas bases nuevas se erigió el edificio de Indias, la realidad palpitante humana de trascendencia económica y política. Además, los repartimientos y las encomiendas eran diferentes según el distrito geográfico respectivo, y lo fueron también según el momento histórico, cambiando su estructura en el curso de la dominación española.

El estudio de la legislación sobre los indios impone la necesidad de distinguir los sucesivos períodos históricos cuyos hechos inineipales están señalados por las leyes de Burgos (1513), las Nuevas Leyes (1542-43) en el siglo XVI, la ley de 1601 sobre el trabajo obligatorio, pero de libre contratación durante el siglo XVII y la ley de extinción de las encomiendas en el siglo XVIII (1721).

Los repartimientos de indios continuaron autorizándose durante los gobiernos de Obando y Diego Colón en La Española. Una nueva resolución recaída en esta materia, agravó la condición de los indios. Las autoridades informaron al rey que en las islas vecinas había indios ociosos, apartados de toda Influencia cristiana, pidiéndole licencia —que obtuvieron— para trasladarlos a La Española. Así se llevó a cabo, " como si fueran los hombres racionales alguna madera que se cortara de árboles y la hubieran de traer para edificar en esta tierra o quizá manadas de ovejas u otros animales

cualesquiera", dice con razón el P. Las Casas. En cuatro o cinco años se introdujeron 40.000 indios.

Llegaron a la isla los misioneros dominicos —hacia 1510— quienes consideraron que los repartimientos eran contrarios a los principios de humanidad y de igualdad del derecho natural. Hicieron públicas sus opiniones una vez que se informaron del tratamiento a que se sometía a los indios, la manera que se practicaba en la conversión de los misinos, así como también la forma de gobernarlos. Desde el pulpito y en las confesiones, los religiosos dominicos iniciaron su cristiana prédica Destacóse fray Antonio de Montesinos, "aspérrimo en reprender vicios, y sobre todo, en sus sermones y palabras muy colérico, eficacísimo", como informa Las Casas. Delante del Almirante, oficiales reales, letrados, personas principales y el pueblo, en la ciudad de Santo Domingo, Montesinos expuso aquellas ideas. Reuniéronse en seguida los funcionarios, convenciendo a Diego Colón que era necesario reprender al sacerdote que se había pronunciado con tanta libertad. Fueron al convento, donde el vicario fray Pedro de Córdova les dijo, cuando los vio más serenos: lo que Montesinos había predicado era de común consentimiento y aprobación del convento y que no pensaban que había hecho en ello sino mucho servicio a Dios y al rey. Los funcionarios exigían de Montesinos una retractación, o en contrario, que la Orden abandonase La Española. Como el mismo sacerdote volvería a predicar el siguiente domingo, se creyó que se retractaría. En este segundo sermón, Montesinos refirmó sus puntos de vista, produciéndose el consiguiente escándalo. Se quejaron los oficiales al rey, enviándose a la Península a fray Alonso del Espinal, franciscano, para (pie informara contra la opinión de los dominicos. Enviaron "frailes contra frailes, por meter el juego, como dicen, a barato". Espinal era un virtuoso sacerdote, pero no letrado, y a sus cortas luces se agregaba en este caso cierto interés, porque se había hecho repartimiento de indios para los monasterios franciscanos.

Los dominicos, a su vez, delegaron a Montesinos para que hiciera al rey la exacta relación de los hechos. Montesinos, hincado de rodillas, leyó ante el Rey un memorial sobre los sucesos de lia Española y los fundamentos que había tenido para predicar aquel sermón, con consentimiento de su Prelado y de todos los letrados teólogos de su convento. Se impresionó el rey de oír las cosas inhumanas contadas por Montesinos y con diligencia mandó que con los miembros de su Consejo de Castilla se reuniesen algunos teólogos para considerar tan Importante asunto.

Ya he explicado que el doctor Palacios Rubios formaba parte de la Junta de teólogos, en la que tenía gran ascendiente fray Alonso del Espinal. Montesinos buscó la oportunidad para hablarle. Y un día que el franciscano salía del monasterio llegóse el dominico y díjole con vehemencia: "¿Por qué sois contra aquellos tristes indios desamparados? ¿No sabéis y habéis visto y no dudáis que hoy y cada día los matan en las mmas y en los otros trabajos, con tanto olvido de humanidad que a las mismas bestias no pueden peor tratar?" Esta y otras nonas le dijo, "con las cuales le hizo temblar las carnes". Relata el Padre Las Casas que el cambio producido en Espinal fué tan radical como instantáneo.

De las deliberaciones de la Junta de teólogos resultaron siete proposiciones fundamentales: primera, que debía tratarse a los indios como seres libres; segunda, que sean instruidos en la fe; tercera, que se pueda mandar que trabajen, pero que el trabajo sería de tal naturaleza que no impidiera la instrucción de la fe y fuera provechoso a los indios y a la república; cuarta, que el trabajo pudiera ser sobrellevado por los indios, dandoles tiempo para el descanso, así en cada día como en todo el año; quinta, que tengan casas y hacienda propia, y se les dé tiempo para que la puedan labrar y tener; sexta, que tengan comunicación con los pobladores para su más pronta instrucción; y por último, se les daría salario conveniente por mi trahajo.

De estas proposiciones o reglas universales, podía interpretarse particularmente por la tercera, cuarta, sexta y séptima que los indios continuarían repartidos.

Las Juntas despacharon las leyes en la ciudad de Burgos a 27 de diciembre de 1512, adicionadas y completadas en Valladolid a 28 de julio de 1513.

Las reformas introducidas lo fueron a consecuencia de las observaciones formuladas por fray Pedro de Córdova.

Eran las primeras leyes obreras de carácter general dictadas para los indios y significan una "transacción entre las dos tesis, pero con notoria derrota de la de los dominicos, puesto que las dichas leyes sancionaron con carácter general el sistema de repartimientos, bien que rodeándolos de diversas garantías encaminadas a un trato humano de los indios".¹

1 Rafael Altamira: El texto de las leyes de Burgos de 1512, en Revista de Historia de América, Mexico, N° 4, diciembre de 1938, pág. 68

II

Hacia el año 1523 — antes de crearse el Real y Supremo Consejo de Indias—, el emperador Carlos V —estando reunidas las Cortes en Valladolid mandó hacer Junta de teólogos y letrados para reconsiderar el asunto de las encomiendas. Se había descubierto ya Nueva España —asiento de una raza indígena civilizada— y eran dilatadas las Provincias en Indias, siendo necesario reglamente el gobierno y trabajo de los indios. El pronunciamiento de esta Junta fué contrario a la subsistencia del régimen de las encomiendas.

En 1530, al establecerse la segunda Audiencia de México, se prohibió la esclavitud de los indios en guerra justa, pero cuatro años después se derogaba esta prohibición, autorizándose nuevamente el cautiverio de los indios. Se levantaron voces de crítica contra esta concesión, pero ninguna más fundada que la de Vasco de Quiroga, que escribió en 1535 una importante información sobre los indios abogando por el restablecimiento de la ley de 1530.

Son muchas las razones que aduce Vasco de Quiroga en favor de los indios, de notable analogía con la prédica de Las Casas, defendiendo una tutela "cuya bondad justifica el derecho a imponerla sobre la independencia absoluta del infiel", y aun llega a admitir la fuerza, "acercándose a la doctrina de San Agustín acerca de que la compulsión al servicio del bien ayuda a la libertad del hombre, porque lo aparta de pecar y de la inclinación a las malas costumbres". Estos principios de humanidad y justicia con respecto a los indios reaparecieron en *Las Nuevas Leyes*.

Vasco de Quiroga declara que su pensamiento sobre la república de los indios está inspirado en Tomás Moro, el autor de *La Utopía*, "varón ilustre y de ingenio más que humano".

En 1536 se dictó la ley de sucesión de encomiendas, añadiendo una vida más, y tres años después, en 1539, volvió a la Corte el dominico fray Bartolomé de Las Casas, enviado por el obispo de Guatemala, que propuso al presidente del Consejo de Indias, García de Loayza, algunas reformas fundamentales en el gobierno de los indios y otros negocios de América. García de Loaysa encareció al Padre Las Casas no saliese de España, pues que se proponía reunir nueva Junta, siendo necesaria su opinión. Desde el año 1539 al de 1542 se trataron muy importantes materias de las Indias. Por mandato del emperador, Las Casas presentó un memorial conteniendo los dieciséis remedios que proyectaba. El esencial era el octavo, que sintetizaba todos los demás, y por él afirmaba, fundado en veinte razones, la necesidad de suprimir las encomiendas.

Como consecuencia de las consultas realizadas y Juntas que se llevaron a efecto — en las que había resonado el alegato de LA Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, que escribió en 1540—, dictáronse las Nuevas Leyes, en Barcelona, a 20 de noviembre de 1542, adicionadas en Valladolid en junio de 1543.²

Después de disponer las reglas pertinentes para el gobierno del Consejo de Indias y atribuciones de las audiencias, las Nuevas Leyes se ocupan detenidamente de la condición de los indios. Como dice Pinelo, seis de las cuarenta Nuevas Leyes eran las más rigurosas. La vigésimocuarta mandaba que no se cargasen los indios contra su voluntad ni sin pagárselos; la siguiente, que ningún indio libre fuese llevado a pesquería de las perlas contra su voluntad; mandaba la ley veintiséis que se quitasen los indios a los virreyes, gobernadores y demás ministros, debiéndose incorporar a la corona real; la veintinueve disponía que también se quitasen a las personas principales que habían intervenido en las guerras entre Pizarro y Almagro; la treinta, que ningún virrey o gobernador, audiencia, descubridor ni otra persona alguna pudiese encomendar indios por nueva provisión, ni por renunciación, venta ni otra forma, sino que muriendo la persona que los tuviese, se incorporasen a la Corona. Por último, los descubridores debían tasar los tributos y servicios que los indios pagarían como vasallos del rey.

Con el fin de ejecutar las Nuevas Leyes se nombraron al licenciado Tello de Sandoval, del Consejo de Indias, para Nueva España; al virrey Blasco Núñez de Vela, para el Perú; al licenciado Armendariz, para Tierra Firme, y licenciado Alonzo López Cerrato, en carácter de presidente de la Audiencia de la Española, para la Provincia de Venezuela y otras partes.

Ha podido decirse de las Nuevas Leyes que, tocando a las más delicadas relaciones de la sociedad, destruían los fundamentos de la propiedad y de una pluma convertían en libre a una nación de esclavos.

Bella proclama sobre los principios de la libertad humana la contenida en estas leyes de 1542 que reitera la declaración de principios del año 1500 en favor de los indios. Enérgica la Actitud del rey, enviando a Indias altos funcionarios para que las pusieran en vigor.

² Las *Nuevas Leyes*. Su publicación facsímil, con transcripciones y imiinin, do Antonio Muro Orejón, en *Anuario de Estudios Históricos*, t. II, pág. S12 y Hgtes. Sevilla, 1945.

Pero ineficaz este despliegue de justicia y humanidad —que estaba por encima de su siglo—, pues los encomenderos, con empuje que se nutre en los intereses heridos, se resistieron a disminuir los tributos, a libertar a los indios, a disolver los repartimientos a cargo de funcionarios. Se encendió entonces la guerra civil.

III

Con respecto al régimen del trabajo de los indios, se deben distinguir dos momentos distintos en el siglo XVI. Durante la primera mitad imperaba el régimen del trabajo del indio esclavo, en todas sus aplicaciones, sin retribución alguna. Al suprimirse el servicio general de las encomiendas, surge el nuevo régimen, durante la segunda mitad de la centuria decimosexta, que consistía en el alquiler del trabajo indígena en cierto modo obligatorio, con intervención del Estado, para que no se impusiera un trabajo excesivo y éste fuera debidamente remunerado. En el siglo siguiente se estableció una nueva forma del trabajo. En efecto, a principios del siglo XVII, el rey Felipe III dictó la Real Cédula de 24 de noviembre de 1601 (Lib. VI, tít. XII, ley I de la Recopilación de Indias de 1680), principalmente para los Virreinos de Nueva España y Perú. Por el texto de esta ley, precursora del trabajo obligatorio moderno, se mandaron cesar los repartimientos para los campos, edificios, guarda de ganados y servicios de las casas, pero como eran inevitables estas ocupaciones, se disponía que en adelante los indios se llevaran a las plazas y lugares públicos para que convinieran con los españoles, ministros, prebostes, doctrineros, etc., concertando el trabajo por días o semanas y los indios irían libremente con quienes quisieran. El Virrey y los Gobernadores tasarían con espíritu de justicia los jornales, evitándose que el trabajo fuera excesivo y fiscalizarían para que el pago se hiciera en manos del obrero cada día o por semana. Se prohibía que los indios se cargaran, aun contando con su asentimiento, y se mandaba que la pesquería de perlas se haría con negros y no con indios. Se ha considerado que esta Real Cédula significaba una reforma comparable a la de las Nuevas Leyes de 1542, pero "no se pensaba ingenuamente... que pudiera pasarse inmediatamente al alquiler libre general y por eso se recurría a un alquiler compulsivo en cuanto a la prestación del trabajo y libre en lo que respecta a la elección de patrono. Comparada la ley de 1601 con las medidas del siglo anterior, resulta más cauta, menos crédula y

proyectada sobre un medio social que no presenta las asperezas de aquel que a) calor de las conquistas y del encuentro brusco de clones disímbolas'.³

¹ SILVIO A. ZAVALA: *Fuentes para la historia del trabajo en Nueva España*. México, 1942, pág. XI.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

LAS CASAS, HARTOLOMÉ DE: *Brevísima relación de la destrucción de las Indias... Año 1552*, reedición facsímil en *Biblioteca argentina de libros raros americanos*, t. III. Buenos Aires, 1924. Publicación del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía Letras.

El *Burgos* de 1512, en *Revista de Historia de América*. México, Nv 4, diciembre de 1938.

Nuevas Leyes de 1542, en *Anuario de Estudios Históricos*, t. II. Se-vill..., 1945.

Relaciones de Leyes de Indias de 1680, lib. tit. XII. I.VKDA, JUAN GINÉS DE: *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, con advertencia de Marcelino Menéndez y Pelayo, Inxto latino y traducción al español, reeditado por el Fondo de Cultura Económica. México, 1941.

"A, SILVIO A.: *Fuentes para la historia del trabajo en Nueva España*, México, 1942. Edición del Fondo de Cultura Económica.

CAPITULO VII

EL DERECHO POLITICO Y ADMINISTRATIVO INDIANO

- I. Los organismos centrales. — Formación de la Monarquía castellana. — La Casa de Contratación de Sevilla, de 1503. — Funciones económicas, geográficas y judiciales de la Casa. — Orígenes del Consejo de Indias. — Los asuntos administrativos despachados por el arcediano Juan Rodríguez de Fonseca. — Constitución de un Consejo de Indias dentro del Consejo de Castilla hasta erigirse en 1524 el Consejo Real y Supremo de Indias. — Su jurisdicción y funcionarios que lo integraban. — Ordenanzas de 1542, 1571 y 1636. — La Junta de Guerra.
- II. Desarrollo del Derecho administrativo indiano. — La provisión de oficios se haría en personas beneméritas. — Debían ser preferidos los descendientes de los primeros descubridores y después los pacificadores y pobladores. — Los Virreyes y demás autoridades no proveerían cargos en sus parientes. — Presentación de inventario de bienes al tiempo de iniciarse en los cargos. — Práctica de los oficios vendibles. — La corrupción administrativa.
- III. La organización virreinal. — Cristóbal Colón, Almirante, Virrey y Gobernador. — Creación de los Virreinos de Nueva España y Nueva Castilla. — Los Virreyes representaban la persona de los Reyes. — Funciones de los Virreyes. — Eran Capitanes Generales, Presidentes de las Audiencias y superintendentes en Real Hacienda y Obras Públicas. — Lo que los Virreyes no podían hacer. — La institución de los Virreyes en los siglos XVI y XVII y su evolución histórica.

I

El Derecho político indiano constituye un sistema orgánico de instituciones metropolitanas y provinciales o territoriales destinadas al gobierno de las Indias. Las entidades centrales que irradiaron esa acción gubernativa están representadas por la Monarquía, la Casa de Contratación de Sevilla, el Consejo de Indias y la Junta de Guerra. Conviene definir en primer término la estructura originaria y el desarrollo de estas instituciones.

El proceso de formación histórica de la Monarquía castellana durante la Reconquista en la alta Edad Media descubre su naturaleza, del siglo V al XII, caracterizándose por el predominio del Derecho germánico y los fueros, y en la baja Edad Media, del siglo XII a fines del XV, al producirse la recepción del Derecho romano justiniano y posjustiniano, la consolidación del poder real, la estabilidad de la nobleza por la institución del mayorazgo, que la hace cerrada, el progreso de la clase media y la emancipación de la clase servil.

Los Reyes Católicos realizaron un acuerdo personal, un gobierno doble. Aragón mantuvo sus tradiciones y fueros, como Castilla su autonomía. Castilla constituyó el núcleo vital de España, pues disponía de enormes fuerzas en virtud de tener anexadas a Granada, Navarra y sobre todo las Indias.

En el instante decisivo en que la reina Isabel elaboraba grandes reformas en su reino y exponía su preferente preocupación por los dominios de ultramar, la política fernandina que inspiró el hábil rey aragonés entra como una violenta cuña en la historia de Castilla, impulsándola a iniciar la política europea.

El espíritu de la dinastía de los Austrias en los siglos XVI y XVII fué el de la descentralización de los dominios indianos, y la institución principal es el Cabildo, y el de los Borbones en el siglo XVIII fué la política regalista y su sentido unificador, y la institución representativa está encarnada en las Intendencias.

Desde mayo de 1493, un miembro del Consejo de Castilla venía encargándose de los asuntos de Indias. Era Juan Rodríguez de Fonseca, quien, en unión del almirante Colón, había hecho los preparativos de su segundo viaje. Colón, con sus hermanos Diego y Bartolomé, extendía los descubrimientos hacia el Sur y el Oeste después de fundada La Isabela, mientras el arcediano desde Sevilla ordenaba todo lo necesario. Durante la primera década del descubrimiento, el arcediano Fonseca desempeñó la función de ministro de Indias. Se conviene en reconocer que el arcediano tenía gran influencia política y había actuado con eficacia en altos cargos y misiones oficiales, pero con respecto a su carácter era "muy desabrido obispo", antecedente que explica sus diferencias con el descubridor.

El 20 de enero de 1503 se dictó la Instrucción fundando la Casa de Contratación en Sevilla. En esta primera institución debían depositarse las mercaderías necesarias para su envío a las Indias y recibir las que vinieran de América. Se nombró a este fin un factor, un contador y un tesorero, que se reunirían todos los días para disponer las cosas convenientes a la negociación.

Las primeras ordenanzas de esta Casa son del 15 de junio de 1510, preparadas por el factor Ochoa de Isasaga. Los oficiales debían tratar en las reuniones los asuntos de justicia y hacienda, llevarían un libro de despachos, otros de cuentas para la salida y entrada de bienes reales, de registro de los artículos destinados a Indias y para asentar todas las Reales Cédulas. En ellas se hacía referencia a la preparación de las expediciones colonizadoras, para el comercio de la madera brasil, la Mitrada del oro, el registro y la administración de los bienes difuntos, licencia de pasajeros, función judicial con asesoramiento de letrado.

Las subsiguientes ordenanzas de la Casa, en el siglo XVI son las de 1511, 1539, 1543, 1552 y 1583.

Todo el oro, plata, perlas y piedras preciosas venía directamente a la Casa de Contratación. La Hacienda Real que entraba en la Casa era a cargo de los Jueces oficiales de ella. Había arca de tres llaves de diferentes hechuras, de manera que con una no se podía abrir lo que se cerraba con otra, debiendo estar en poder del tesorero, contador y factor. Todos se obligaban a introducir y guardar en esta arca el oro, plata, perlas y piedras que se traían para los reyes.

Eran limitados los estudios técnicos y de matemática que se desarrollaban en la enseñanza. De ahí la conveniencia de impulsar tales ramos, realizándose en la propia Casa de Contratación con motivo de crearse el primer cargo técnico científico, el de Piloto Mayor del reino, nombrándose a este fin a Américo Vespucio. Corresponde señalar la circunstancia, a que hace referencia el cronista Herrera, de que el momento de la creación del cargo de Piloto Mayor en el año 1508 coincide con el interés del rey en el sentido de que se dilataran los descubrimientos al Sur, hacia el Brasil, con la idea de encontrar un estrecho que facilitase el comercio de la especiería.

Además de la creación del cargo de Piloto Mayor, erigieron los de cosmógrafo, fabricante de instrumentos, encargado de las enseñanzas de cosmografía y matemática.

Los pilotos tenían la obligación de registrar las variaciones de la aguja, fenómenos atmosféricos y marítimos, longitudes y latitudes, y este conjunto de observaciones se entregaba luego al catedrático de cosmografía, aprovechándose tales datos para formar el Padrón Real de las Indias.

Fue notable la labor cartográfica desplegada por la Casa de Contratación y es importante la documentación científica que la comprueba. A Vespucio sucedieron en el cargo de Piloto Mayor, Juan Díaz de Solís, Ambrosio de Morales, Nuño Garcida Torroño, Diego Rivero, bajo cuyas direcciones e inspiraciones no dilataron los

descubrimientos y perfeccionáronse los estudios geográficos. Este aspecto de la Historia Geográfica pone en evidencia que el Descubrimiento de América no se comprende como un episodio aislado, sino que debe situarse en la serie histórica respectiva, como resultado de un proceso de descubrimientos y de cultura técnica en el arte de la navegación.

Por la ordenanza dictada en 1510, se dotó a la Casa de atribuciones judiciales relacionadas con las de los jueces y la Audiencia de Sevilla. En 1511 se dispuso que todos los pleitos originados entre mercaderes o marinos que iban a las Indias debían resolverse por los jueces de la Casa de Contratación. Por tanto, conocían en las diferencias entre tratantes y mercaderes, factores, maestros, contra maestros y marineros; sobre fletes, seguros y contratos de los navios que fueren o vinieren; sobre apremio de herreros y carpinteros y otros oficiales que debían aparejar los navios; en las causas criminales contra las personas que dejaren ir a los navios sin los recaudos que conviene o los abandonaren por lugares peligrosos para perderlos o que echaren en tiempo indebido a la mar las mercaderías y otras cosas o hicieren semejantes fraudes. Esta justicia debía hacerse breve y sumariamente, solamente a verdad sabida.

Los mercaderes de todas las naciones residentes en Sevilla designaron representantes para que se gestionara la creación del Consulado o Universidad de mercaderes, al modo de las existentes en las ciudades de Burgos, Barcelona, Valencia y otras partes, pues a causa de no tenerlo se seguían grandes inconvenientes, disminución y desorden en el comercio y aumento de pleitos. Así se resolvió en 1543, otorgándose licencia y facultad a los mercaderes de las Indias, vecinos de Sevilla, a que se junten en la Casa de Contratación y elijan y nombren un prior y dos cónsules entre los más hábiles y suficientes mercaderes. Estos tres magistrados tendrían jurisdicción para conocer en los pleitos sobre asuntos tocantes a las mercaderías que se llevasen o se trajesen de Indias, y entre mercader, compañía y factores, sobre compras y ventas, cambios y seguros, fletamientos y en todas las otras cuestiones que hasta entonces habían conocido los oficiales de la Casa de Contratación. De la sentencia del Prior y Cónsules se podía apelar ante uno de los oficiales de la Casa de Contratación, que para este fin se nombraba anualmente, oficial designado que debía acompañarse con dos mercaderes tratantes en las Indias. La causa debía ser resuelta sin escritos de abogados, a verdad sabida y buena fe guardada.

En 1552 se dictaron ordenanzas y en 1583 instituyóse la justicia letrada de la Casa de Contratación de Indias.

Tal nombre de Casa de Contratación no expresa adecuadamente las funciones desempeñadas por este enorme organismo, referentes a la colonización oficial, atribuciones judiciales y de orden científico y geográfico relacionadas con los viajes y contrataciones de Indias, tribunal de exclusiva autorilind en dichas materias en que ningún otro funcionario podía intervenir. Con razón Angleria la llama "Casa del Océano" \ el cronista Herrera "Casa de Indias".

Desde fines del siglo XVI fué visible la decadencia de la Casa de Contratación. Influyeron en este hecho un cúmulo de causas. Pero la principal consistía en que había concluido el período floreciente de los descubrimientos y ensayos de la colonización —en cuyo momento histórico la Casa fué su órgano directivo— y se había iniciado ya la época del gobierno jurídico y de la administración orgánica, en cuya oportunidad adquirió indiscutible preeminencia el Consejo de Indias, del que siempre había dependido.

La tarea del arcediano Fonseca y la colaboración señalada a los secretarios se refería a los asuntos administrativos de Indias, pues en lo que atañe a la justicia, la autoridad era el Consejo Real de Castilla, pero como se iban aumentando los dominios, aquel primer gobierno pasó de Sevilla a Madrid y entonces intervenían en las cuestiones de Indias algunos miembros del Consejo del Rey.

Hasta 1516 los asuntos administrativos de Indias se despachaban por el arcediano Fonseca y López Conchillos, y los de orden judicial por el Consejo Real de Castilla. En 1514 se adoptó el sello de armas de Castilla para todos los asuntos de Indias, como fuente de recursos. Se fomentaba el comercio con las ciudades de la Isla Española, pero no se ocuparon cuidadosamente del trato de los indígenas, antecedentes que explica las reuniones de juntas especiales de teólogos o peritos mimbrados por la compañía de los dominicos. Estas juntas especiales continuaron por mucho tiempo, aun después de constituido formalmente el Consejo de Indias. Con la muerte del rey don Fernando, las gestiones de Bartolomé de Las Casas tuvieron éxito ante el joven rey don Carlos y la personalidad influyente del cardenal Jiménez de Cisneros, que no mantuvo buenas relaciones con el arcediano Fonseca.

Aunque desde 1519 ya se llamaba así en los documentos al Consejo de Indias, no se constituyó como institución autónoma, no siendo sino parte del Consejo Real de Castilla, hasta que el 1º de agosto de 1524 "del entonces Consejo de las Indias nacieron el Consejo Real y Supremo de las Indias con Presidente y Consejeros propios,

oficiales de secretaría y jurisdicción autónoma", designándose Presidente pocos días después a fray García de Loayza.

Tal el proceso —brevemente expuesto— de gestación de la más alta potestad legislativa de Indias. Comenzó en la forma de un ministerio que consultaba para los asuntos arduos con miembros del Consejo Real, en tanto se reunían separadamente juntas de teólogos. Se constituyó luego un Consejo de Indias, dentro del Consejo de Castilla, hasta que se erigió el Consejo Real y Supremo de Indias per separado. En vista de estos antecedentes ha podido decir Solórzano que el Consejo de Indias es parte del de Castilla, pues que en su seno había nacido. Con el mismo criterio, el Consejo de Italia, que se separó del de Aragón, conservaba sus primeros derechos y privilegios.

En octubre de 1524 el rey se enfermó de cuartana y entonces autorizó al Consejo para resolver los negocios judiciales sin consultarle. En 1528 el emperador decidió que el Consejo de Indias —también sin consultarle - expidiese despachos de mercedes y provisiones de gobierno.

La organización y atribuciones del Consejo de Indias complementóse sucesivamente por ordenanzas de 1542, 1571 y 1636, que evidencian su creciente poder y suprema dirección en el gobierno y legislación de Indias.

El emperador Carlos V realizó la primera visita del Consejo de Indias en mayo de 1542; la visita era a modo de una inspección o pesquisa. De ella resultó la cesantía de dos miembros del Consejo, por hechos graves, y la aprobación de las nuevas ordenanzas.

En estas ordenanzas de 1542 se mandaba que el Consejo se reuniría en la Corte, todos los días, de mañana y tarde; para fallar pleitos de más de 500 pesos se requería tres votos y sólo dos para pleitos de menor suma; el presidente y consejeros se abstendrían de entender todo lo que fuera posible en asuntos de justicia entre partes, con el fin de que estuvieren más desocupados para dedicarse en las cosas de gobierno, en virtud de que se habían erigido las Audiencias en las Indias. Por lo tanto, el Consejo solamente debía conocer de las visitas que se tomaban a los virreyes, presidentes, oidores, oficiales reales y gobernadores; de los pleitos de segunda suplicación y pleitos y demandas sobre repartimiento de indios, materia que no podían conocer las Audiencias; de las causas criminales que vinieran al Consejo en grado de apelación, de los oficiales de la Casa de Contratación de Sevilla; de las causas civiles que fueren de la cantidad de 500 pesos arriba; de algún negocio grave, que podría conocer el Consejo mediante cédula real.

En otros capítulos, estas ordenanzas se refieren a las Audiencias en Indias —se creaban las de Lima y Guatemala y se suprimía la de Panamá— y todo lo concerniente al buen tratamiento de los indios.

Desde 1542 se habían dictado numerosas reales cédulas para las Indias y no se había mejorado la administración y el gobierno, objeto logrado en parte durante el reinado de Felipe II.

En este reinado, en efecto, se aumentó la composición del Consejo de cinco a diez consejeros; pero luego, por razones financieras, volvió a reducirse su número. El licenciado Juan de Ovando, que era del Consejo General de la Inquisición, fué encargado en 1569 de realizar la segunda visita al Consejo de Indias a los veintisiete años de la primera. El visitador Ovando enunció este severo concepto respecto de dos cuestiones fundamentales: "la una que en el Consejo no se tiene ni se puede tener noticia de las cosas de las Indias sobre qué puede y debe caer la gobernación, en lo cual es necesario dar orden para que se tenga; la segunda que ni en el Consejo ni en las Indias no se tiene noticias de las leyes ordenanzas por donde se rigen y gobiernan todos aquellos estados; y que poniéndose en orden en estos dos casos y ejecutándose, está puesto en todo lo general". El visitador Ovando, en unión con el Consejo de Indias, preparó un Código de Indias, dejando terminado el Libro primero sobre el gobierno espiritual de las Indias. El título del Consejo de Indias de dicho Libro primero se aprobó en gran parte el 24 de septiembre de 1571, integrando un cuerpo de 122 capítulos, que representa un notable avance comparado con las ordenanzas de 1542.

Por las ordenanzas de 1571 se prescribía la forma que guardaría el Consejo para dictar leyes y provisiones generales. Con mucho acuerdo y deliberación debían ser hechas las leyes. Los miembros del Consejo estarían muy informados, en primer término, de lo provisto con anterioridad, en las materias sobre que hubieren de disponer. Además procurarían las mayores noticias posibles de los asuntos y de los lugares para donde se proveyeren, con información y parecer de los que las gobernaren y pudieren dar alguna luz.

Se trataba de reducir el gobierno de las Indias al estilo y orden de los reinos de Castilla, conforme al principio de que eran partes de una misma Corona.

Las Indias se dividirían, en el orden temporal, en virreynatos, audiencias y provincias de oficiales de la hacienda real, adelantados, gobernaciones, alcaldías mayores, corregimientos, alcaldías ordinarias y de hermandad, concejos de españoles y de indios; y en lo espiritual, en arzobispados, obispados, sufragáneos, parroquias, provincias de las

órdenes y religiones, procurando que las divisiones temporales se vayan conformando y correspondiendo con las espirituales: los arzobispados con los distritos de las audiencias, los obispados con las gobernaciones y alcaldías mayores, los arciprestazgos con los corregimientos y los curatos con las alcaldías ordinarias.

El Consejo de Indias tuvo a su cargo la suprema jurisdicción de las Indias, extendiéndose por más de cuatro mil novecientas leguas, en que la ejerció por mar y tierra, en todos los negocios de paz y guerra, políticos, militares, civiles y criminales, y sobre audiencias de Indias y la de la Casa de Contratación de Sevilla, consultando en lo temporal la provisión de todos sus ministros, virreyes, presidentes, oficiales reales, gobernadores, corregidores y otros innumerables cargos, y en lo espiritual, un patriarcado, seis arzobispados, treinta y dos obispados, doscientas dignidades, trescientos ochenta canonicatos y otras tantas raciones y otros muchos beneficios.

Estaba integrado con un presidente, el gran canciller, los consejeros letrados que la necesidad de los negocios demandaren (eran ocho al dictarse la Recopilación de 1680), un fiscal, dos secretarios, un teniente de gran canciller, tres relatores, un escribano de cámara de justicia, cuatro contadores, un tesorero general, dos solicitadores fiscales, un cronista mayor y cosmógrafo, un catedrático de matemáticas, un tasador de los procesos, un abogado, un procurador de pobres, un capellán, que debía decir misa al Consejo en los días de reunión, cuatro porteros y un aguacil.

Decía Solórzano —en sus mejores páginas de la *Política Indiana*— que los consejeros del Consejo de Indias, debían ser justos e independientes y pronunciarse conforme a la utilidad pública aunque se oponga a la voluntad del Príncipe.¹

Existían dos Juntas especiales, de Hacienda y de Guerra de Indias, desde principios del siglo XVII. Con respecto a la primera, su funcionamiento dependía de la convocatoria del Presidente cuando lo creyera conveniente, y fué reunida pocas veces, dejando de hacerlo hacia 1604. Muy distinta fué la significación de la Junta de Guerra. En efecto, la Real Junta de Guerra de Indias es parte principal del Supremo Consejo que gobierna las Provincias del Nuevo Mundo, porque en ella se trataba y resolvía privativamente la materia militar, de tierra y mar.

Por Real Cédula de 25 de agosto de 1600, se mandó que cuando se ofreciese tratar de negocios y materias de guerra, asistieran, con los de Indias, -dos Consejeros de Guerra, que debían reunirse de tarde, en días extraordinarios.

1 Jean de SOLÓRZANO PEREIRA: *Política Indiana*, cit., pág. 465.

Desde su origen se dio a la Junta de Guerra la jurisdicción de las materias de guerra, como tribunal privativo en lo militar, sucediendo en esta parte en su lugar y jurisdicción al Consejo de Indias. Correspondía también a esta Junta proveer el despacho de las flotas y armadas que debían ir a las Indias y volver con el tesoro real y de particulares.

Los asuntos de guerra terrestre eran pocos y correspondían a los virreyes y gobernadores, y sólo venían a la Junta los casos graves. Pero en la materia naval eran muchos los asuntos; por las invasiones enemigas, guarda de los puertos y seguridad de la navegación.

La Junta de Guerra ejercía sus atribuciones en la provisión de los oficios de las Flotas y Armadas, de los Capitanes Generales y Ordinarios, Alcaldes y otros de guerra y conocía en las causas de justicia militar.

II

El Derecho administrativo indiano adquirió un notable desarrollo en todo lo concerniente a la organización y delimitación de las funciones de las numerosas instituciones y autoridades en Indias, así como también en las constancias documentales que destaca la tarea de los actuarios y explica la riqueza extraordinaria de los archivos públicos, que fueron objeto de una legislación especial. El aumento creciente del expedienteo originó el mal grave de la burocracia.

Debe señalarse la significación política y administrativa de todo lo referente a la provisión de oficios y a la práctica de los oficios vendibles. Son dos aspectos distintos del régimen administrativo indiano, pues mientras la provisión de los cargos trasunta la elevación de miras de la monarquía y evolucionados principios de la ciencia moderna, los oficios vendibles pone en evidencia un hecho grave de la administración.

El rey proveía los cargos y oficios principales de las Indias, como virreyes, presidentes, obispos y demás.

Otros cargos que no eran de tanta jerarquía, como gobernadores de provincia, corregidores, alcaldes mayores de ciudades y oficiales de la Real Hacienda, aunque también los proveía el rey, se permitió que los virreyes y presidentes pudieran hacer las designaciones interinas cuando sucediera la vacante, atentos a la dilación que causaría la distancia de las Provincias con la metrópoli.

Se mandó a los virreyes y presidentes que para los oficios de gobierno, justicia y real hacienda, perpetuos o temporarios se nombren "personas beneméritas, de buenas partes

y servicios, idóneas y temerosas y celosas del servicio de Dios Nuestro Señor y bien de la causa pública, limpias, rectas y de buenas costumbres". Desde 1538 se graduaron los méritos y servicios de las personas, cuando concurrían muchos pretendientes a los oficios, debiendo ser preferidos los descendientes de los primeros descubridores de las Indias y después los pacificadores y pobladores y los que hayan nacido en estas Provincias, "porque nuestra voluntad es que los hijos y naturales de ellas sean ocupados y premiados donde nos sirvieron sus antepasados y primeramente remunerados los que fueren casados". Las cartas de recomendación no debían relevar ni habilitar a ninguna persona de las prohibidas por las leyes y en todos los casos debía cumplirse el orden de mérito referido.

Una de las más notables leyes administrativas era aquella que ordenaba desde 1555 que los virreyes, presidentes y audiencias no proveyeran corregimientos, oficios de justicia, comisiones, negocios particulares o encomiendas a los hijos, hermanos, cuñados o parientes dentro del cuarto grado. Si alguno fuere provisto no usaría del oficio, pena de mil pesos de oro.

Es también de un valor ético excepcional la ley de Indias conforme a la cual todos los ministros, antes de que se les entregara los títulos de sus oficios, debían presentar "la descripción e inventario auténtico y jurado hecho ante la justicia, de todos los bienes y haciendas que tuvieren al tiempo que entraran a servir". Ningún ministro de las Audiencias de Indias sería admitido, aunque tuviese título ¹ firmado de nuestra mano del oficio de que fuere proveído, si no llevare juntamente testimonio de haber presentado en el Consejo de Indias el inventario hecho en la forma susodicha".

Tal el conjunto de prescripciones del Derecho administrativo indiano que, vinculadas a las referentes a las incompatibilidades, que aparecen en distintas leyes, destacan el valor jurídico y ético del libro IV, título II, de la Recopilación de Indias.

La práctica de los oficios vendibles se inició en Castilla con los oficios de Escribanías. Se aplicó en América como fuente de recursos en cargos de pluma que no tenían jurisdicción, vendiéndose los de Escribanos públicos, de los Cabildos y Audiencias y extendiéndose a los Regidores. Fieles Ejecutores, Alguaciles Mayores, Procuradores, Alféreces Reales, Oficiales de las Casas de Moneda, Correos Alcaldes y Provinciales de Hermandad. Al principio se vendían por la vida del primer comprador, y luego se dio licencia por otra vida más, sirviendo con la tercera parte del valor y con que las personas en quien se renunciase fuesen hábiles y suficientes para ejercer los

oficios a satisfacción de las justicias donde fuese su ministerio, y a los tres años siguientes estaban obligados a obtener confirmación real.

Los oficios vendibles constituyen la práctica viciosa que más influyó en la corrupción administrativa indiana.

III

En las capitulaciones de Santa Fe, de 17 de abril de 1492, los Reyes Católicos dieron a Cristóbal Colón los títulos de Almirante, Virrey y Gobernador de las tierras que descubriera. El título de Virrey no tuvo sino valor nominal y no aparece en las subsiguientes capitulaciones hasta que el Estado castellano, abandonando la actitud pasiva ante las empresas particulares de la colonización, con visión del hecho americano y con la experiencia de las Audiencias ya establecidas, creó en la primera mitad del siglo xvi los dos grandes Virreinos de Nueva España y Nueva Castilla.²

Algunos autores pretenden equiparar los Virreyes de Indias a los Procónsules o Presidentes romanos, y otros a los Sátrapas persas y Bajas turcos. ¹ Pero de cualquier suerte que esto sea, ilustra Solórzano, va poco en ello, y lo que yo tengo por más cierto es que a quien más propiamente los podemos asimilar es a los mismos reyes, que los nombran y envían, escogiéndolos de los señores titulados y más calificados de España y de quienes se suelen servir en su Cámara y haciéndolos que en las provincias que se les encargan, representen su persona, y sean vicarios suyos, que eso propiamente quiere decir la palabra latina pro-reges o vice-reges, que en romano se dice virreyes y en Cataluña y otras partes los llaman alternos por esta omnímoda semejanza o representación". Era una aplicación del principio de la igualdad legal de las Provincias Italoiberias e indianas.³

Desde su creación, los Virreyes ejercían múltiples atribuciones en el desempeño del cargo, que se extendía al comienzo a la vida del Virrey, pero se redujo después a cinco años y se limitaron las facultades y el período gubernativo según la etapa histórica respectiva.

2 JOSÉ MARÍA OTS: *Manual de Historia del Derecho español en las indias y del Derecho propiamente indiano*. Buenos Aires, 1943, edición. 4*1 Instituto de Historia del Derecho Argentino, de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, t. II, pág. 153.

3 "¿No había virreyes en Aragón, en Cataluña, en Navarra, en Nápoles, «n Flandes, y no los hubo también en Portugal?" (JERÓNIMO BECKER : *La política española en Indias*. Madrid, 1320, pág. 55).

La institución virreinal, como todas las instituciones jurídicas indianas, va cambiando su estructura y aun sus funciones según los lugares y los momentos políticos e históricos.

Los virreyes debían poner el mayor cuidado en servir a Dios y predicar su Santa Ley y que los naturales y habitantes en estas Provincias fueran gobernados en paz y sosiego, "procurando que sean aumentadas y ennoblecidas", y proveer todas las cosas que convinieren a la administración de justicia. Premiarían y gratificarían a los descendientes y sucesores en los servicios hechos en el descubrimiento, pacificación y población de las Indias, teniendo muy especial cuidado en el buen tratamiento de los indios y recaudo de la real hacienda. En todos los casos y negocios podían proveer aquello que el rey mismo proveería, de cualquier calidad y condición que fuera.

Por otras leyes se dispuso que los virreyes eran capitanes generales de sus distritos, para las ocasiones necesarias de guerra, disciplina y enseñanza en la milicia, presidentes de sus Audiencias —pero intervenían comúnmente en los reales acuerdos y no en los acuerdos de justicia—, debiéndoseles guardar las preeminencias y prerrogativas que les corresponde, y gobernadores de las provincias de su cargo.

Los virreyes eran superintendentes en materia de Real Hacienda, ejercían el gobierno superior en las obras públicas, caminos, acueductos, puentes y puertos, y podían proveer nuevos descubrimientos si fuese necesario y conviniere a la quietud y pacificación de estas Provincias, y los del Perú podían encomendar los indios vacos, y los de Nueva España guardarían el estilo de su distrito.

Consultarían en los acuerdos con los oidores de la Audiencia las materias arduas e importantes para resolverlas con mejor acierto, y en asuntos graves que nuevamente se ofrecieren, informarían primero a los reyes "si el peligro y daño no instaren y fueren evidentes".

Se consideraba inconveniente para la buena y recta administración de justicia que los virreyes llevaran a estas provincias a sus hijos primogénitos casados, y a sus hijas, yernos y nueras. Para que esta ley tuviera puntual y precisa observancia, los virreyes no tan sólo no debían llevar a sus hijos primogénitos, yernos y nueras, sino otros cualesquiera que tuvieran aunque sean menores de edad, prohibiéndose expresamente al Consejo de Indias que pudiera admitirse memorial de ningún virrey en que se pida dispensación de esta orden.

En la Recopilación de Indias de 1680 se incorporó una ley, al igual de lo ordenado para los Presidentes, oidores y llealdes del crimen, considerando que era grave que los

Virreyes traten ni contraten por ser "mayor la dignidad y autoridad" y más inmediata la representación de la real persona. Por tanto se les prohibió expresamente todo género de granjería por sí o sus criados, familiares, allegados u otras cualesquiera personas, directa ni indirectamente, en poca o mucha cantidad, por mar ni por tierra, ni el uno en las Provincias del otro, "pena de nuestra indignación y de las demás que reservamos a nuestro arbitrio".⁴

A medida que fué tejiéndose la organización administrativa y política, con la creación de nuevas instituciones, múltiples y muy importantes eran las facultades que las leyes arrebataron a los virreyes para distribuir las entre los poderes de nueva creación. Recuérdese que la jerarquía de los virreyes adoptóse para México (1535) y Perú (1542) durante el primer medio siglo de la dominación hispana. En el siglo XVII, el virreinato de Nueva Granada fundóse en 1739, y el del Plata, poco más de treinta años antes del término de la dominación (1776).

Aun en el curso del siglo XVI fué más formal que eficiente la omnipotencia de los virreyes. Mientras el de México, como gobernador, quería proveer lo que le parecía más conveniente a la buena administración, la Audiencia, por vía de apelación, anulaba lo que el virrey proveía, según se consigna en un documento de 1552. Con razón reclamaba el virrey "que el que aquí gobernase, tenga más bastante poder que el que V. M. me mandó dar, porque de cada cosa que proveo en casos de buena gobernación, apelan de mí para la Audiencia".

La Audiencia de Charcas se quejaba al rey informándole que los virreyes del Perú designaban corregidores y otros oficios contra las ordenanzas que se debían guardar, hacen nuevas leyes, corrigiendo las del Consejo de Indias, por todo lo cual protesta de tales excesos y pide se deslinden los poderes, de virreyes y Audiencias.

En el Río de la Plata, la institución absorbente, determinante de la ruptura de equilibrio y relaciones con las demás, no fué la del virrey, como pudiera estimarse *a priori*, siguiendo un concepto comúnmente admitido, sino el Cabildo de Buenos Aires, que constituía el poder más antiguo —con profundo arraigo y una sólida tradición histórica de que eran carentes los poderes de reciente data— y que ejercía funciones de institución metrópoli defendiendo los intereses de una vasta zona.

⁴ *Recopilación de Leyes de Indias*, ley LXXIV. tít. III, lib. III.

Es que en el siglo XVIII, los poderes de los virreyes habían disminuido notablemente con la Instrucción de Regentes de las Audiencias (1776) y la Ordenanza de Intendentes de Ejército y Provincia de Buenos Aires (1782).

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

BECKER, JERÓNIMO: *La política eupafíola ra India**. Madrid, 1920.

GARCÍA GALLO, ALFONSO: *Los orígenes de la administración territorial de las Indias*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, t. XV. Madrid, 1944; y *La constitución política de las Indias españolas*, Madrid, 1945.

LA PUENTE Y OLEA, MANUEL DE: *Los trabajos geográficos de la Casa de Contratación*. Sevilla, 1900.

PINELO, ANTONIO DE LEÓN; *Real Junta de Guerra de Indias*, en *Revista Chilena de Historia y Geografía*. Santiago, 1937.

Recopilación de las Lenas de Indias de 1680. Lib. IX, tít. I; Lib. II, Tit II y III; y Lib. III, Tit. II y III.

RADAELLI, SIGFRIDO: *La institución Virreinal en las Indias*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1954, N° 6, página 87, y *La institución de los Virreyes*, Conferencia en el Instituto de Historia del Derecho, en Mayo de 1954.

SCUAFER, ERNESTO: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*. Madrid, 1935, t. I.

SOLÓRZANO PEREIRA, JUAN DE: *Política indiana*, cit, lib. V, caps. XII.

XIII, XV y XVI. ZORRAQUÍN BEÓÚ, RICARDO: *El sistema político indiano*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1954, N° 6, pág. 31.

CAPITULO VIII

EL DERECHO MUNICIPAL. LOS CABILDOS DE INDIAS

El poder municipal castellano renació en Indias con nuevo vigor.— Fundación de ciudades y establecimiento de los Cabildos. — Ordenanzas de los Cabildos. — Para el desempeño de los cargos concejiles se requería tener casa poblada. — Se elegirían anualmente y no podían tener granjerías do labranza, crianza y de alimentos para el abasto común. — Propios y arbitrios de los Cabildos. — Cabildos abiertos, tradicionales y revolucionarios. — Congreso de las ciudades — Procuradores municipales. — El poder municipal indiano, antecedente; histórico del federalismo en Indias.

Los apoderados de las villas de La Española suplicaron al rey —quien accedió a la solicitud— les concediese las facultades que ordinariamente tenían los concejos de las ciudades y villas de Castilla, antes que se introdujese el uso de los corregidores. Constituyéronse así los Cabildos en Indias, cuyos miembros debían ser electos entre los vecinos, con sus jueces o alcaldes ordinarios que ejerciesen la jurisdicción civil y criminal.

El poder municipal castellano — que bacía crisis en la Metrópoli— renació en Indias con nuevo vigor, y su origen y desarrollo se explica con la fundación de las poblaciones o ciudades.

En Castilla, los corregidores eran designados por el rey, en reemplazo de los alcaldes, lo mismo que los regidores, con carácter de perpetuos, nombrados antes por los vecinos.

En Indias, al principio, Colón elegía los alcaldes y proponía al rey los candidatos a regidores. Después de 1507, en virtud de la gestión de los procuradores de La Española, sus habitantes fueron favorecidos, para fomentar las poblaciones, con el privilegio de elegir los alcaldes, y este derecho mantuvo, aunque no sin luchas, durante la dominación española.

Podían fundar ciudades los Adelantados, Alcaldes Mayores y corregidores.

Se debía declarar si la población era Ciudad, Villa o Lugar. Si era ciudad metropolitana, tendría un juez, con título de Adelantado o Alcalde Mayor o Corregidor o Alcalde. Ordinario; dos o tres oficiales de la Real Hacienda; doce Regidores; dos Fieles Ejecutores; un Procurador General; un Pregonero Mayor; un Corredor de Lonja; etcétera; y si diocesana o sufragánea, ocho Regidores; para las Villas y Lugares, cuatro Regidores y Alcaldes Ordinarios

Entre las importantes atribuciones de los Cabildos figuraban las de proyectar las Ordenanzas de buen gobierno, debiéndose elevar a las Audiencias para su aprobación, y éstas al Consejo de Indias para su aprobación definitiva.

Admitían los tratadistas que los pobladores podían por derecho natural elegir los alcaldes ordinarios siempre que, faltare el gobernador, en virtud de la gran distancia en que se encontraba el Rey y el peligro en la demora de proveer el oficio. Solórzano confesaba la opinión de que estos cargos de la república no se repartieran por mitad entre nobles y plebeyos, como se hacía en muchas ciudades y villas de España, "porque esta división de estados no se practica en ellas ni conviene que se introduzca". Comentando la real cédula de 1535, que exigía para el desempeño de esos puestos las condiciones de honradez y habilidad y (que las personas supieran leer y escribir, avanzaba el nombrado jurisconsulto en el sentido de que se pudieran designar los que no eran tan nobles ni tan letrados, y apoyándose en otros autores estimaba que debía autorizarse su desempeño aun para los que no supieran leer y escribir. No es necesario llamar la atención acerca del concepto moderno que sustentaba este jurisconsulto en punto a la naturaleza y origen del gobierno de la ciudad. Ninguna persona sería elegida para los cargos concejiles que no fueran vecinos, y lo era el que tenía casa poblada, aunque no fuera encomendero de indios.¹ Debían elegirse anualmente, para que este honor se repartiera entre más ciudadanos, dejándose en libertad a sus miembros con el fin de designar a sus reemplazantes. Los oidores no intervendrían en las elecciones, y si los virreyes podían hallarse presentes en el Cabildo el día de año nuevo, con motivo de la elección, lo harían para que las elecciones se realizaran "con más quietud y autoridad", pero sin violentar a sus miembros, no debiéndose interponer por sus parientes, mujeres ni otros allegados, "pues en esto se ofende la justicia y buen gobierno".

1 Recopilación *Leyes de Indias*, ley VI, rít. X, lib. IV. En el capítulo sobre el Derecho procesal indiano me ocupo especialmente de la función judicial, de los alcaldes ordinarios y de hermandad.

Como en algunos casos los alcaldes ordinarios y regidores lúlfan tener granjerías de labranza, crianza, bastimentos de pan, carne, fruta y otros que se venden para el abasto común y al tiempo de hacer las posturas procedían "sin la rectitud y limpieza que conviene", se mandó que no pudiesen los funcionarios tratar y contratar en los géneros citados, pena de privación de oficio. También se ordenó que los regidores no podían tratar ni contratar en las ciudades, villas o lugares donde lo fueren, en mercaderías ni otras cosas, ni tener tiendas, ni tabernas de vino, ni por interpósitas personas, "ni han de ser regatones, ni usar de oficios viles".

Las ciudades contaban con sus propios, cuyas rentas atendían los servicios de la república.

El rey mandaba que los Ayuntamientos no hicieran gastos extraordinarios que pasasen de tres mil maravedíes, sin licencia, y que cada año se tomarían cuentas de los propios de las ciudades.

El estudio de los propios y arbitrios permite conocer el mecanismo interno de los cabildos y la acción desplegada en abastos, obras públicas, higiene, policía, justicia y enseñanza primaria. Cada una de estas materias era objeto de una función específica de los Cabildos, que desde los orígenes tenían una alta jerarquía, no sólo cómo poder político, sino como poder social en favor del desarrollo, el bienestar, la justicia y la cultura de las ciudades y las campañas adyacentes.

La historia de este aspecto fundamental de la organización del municipio ilustra sobre la modesta o fecunda obra realizada, así como también sobre la independencia o subordinación de los Cabildos a otros poderes. Para citar un caso, el del cabildo de Buenos Aires, durante el siglo xvñ, sus propios y arbitrios eran miserables: no alcanzaban a quinientos pesos anuales. En la primera mitad del siglo xvñ comienzan a crecer sensiblemente. A principios del siglo xix ascendían a la abultada Mima de trescientos mil pesos casi.

Dos leyes de la Recopilación de Indias se referían especialmente a la reunión de vecinos y convocación de cabildos abiertos. Conforme al texto de una de ellas, si no se hubiese capitulado con los adelantados de nuevos descubrimientos y poblaciones el nombramiento de justicia y regimiento, la elección de los regidores estaría a cargo de los vecinos en el número que til gobernador pareciere, como no exceda del contenido en las leyes antecedentes.

Por otra ley se mandaba que la elección de procuradores se hiciera por voto de regidores y no en Cabildo abierto.

En los comienzos de la colonización y a los efectos de impulsarla, los soberanos concedieron importantes beneficios a los pobladores y vecinos. Recuérdese, con respecto a Buenos Aires, que en 1537 el veedor Cabrera era portador de la real cédula de Carlos V, por la que, en caso de fallecimiento de Pedro de Mendoza sin haber dejado sucesor y para el porvenir, se juntaran los pobladores y eligieran "Persona que según Dios y sus Conciencias pareciere mas suficiente" para cargo de gobernador. La real cédula no dejaba de recomendar que se hiciera en paz y sin bullicio ni escándalo alguno.

Es que la colonización de América fué una obra eminentemente popular.

Aun cuando el código de Indias silencia la reglamentación, pero no la existencia de los cabildos abiertos, la reunión de vecinos expectables, a invitación del cabildo ordinario, se ha llevado a efecto desde los orígenes de la colonización de América, según el modo y forma en que se solían convocar en Castilla.

Algún caso tan grave e importante —dice Bobadilla— se podría ofrecer en que conviniese para mejor acierto, llamar algunas personas de buen celo, parecer y experiencia de fuera del Ayuntamiento, que asistan en él al trato y conferencia del negocio; y en tal caso, no es cosa ajena de razón y de utilidad llamarlos, y que den su voto y parecer, y aunque esto se usa pocas veces, "yo lo he visto y proveído alguna de voluntad y gusto de los Regidores. Y de aquí nace lo que hoy se usa en los pueblos menores, hacer Concejos abiertos... "

En los pueblos hispanoamericanos, mayores y menores, se celebraron cabildos abiertos. Buenos Aires, del siglo xvi o de la centuria decimoctava —cuando tenía apenas 1.000 vecinos, o cuando su población pasaba de 40.000 habitantes— convocó parte de su vecindario para consultarle asuntos importantes, principalmente cuestiones económicas y políticas.

Tales los Cabildos abiertos tradicionales, pero en todo tiempo (a mediados del siglo XVI en el Perú, con motivo de las guerras civiles, y a comienzos del siglo XIX en el Río de la Plata, en seguida de las invasiones inglesas) se reunieron Cabildos abiertos, que por su número, el fin político que les anima y las resoluciones graves adoptadas, se les puede calificar de revolucionarios.

Se ha equiparado los Cabildos abiertos tradicionales a las asambleas populares. Sin desconocer la importancia de tales Cabildos, puede demostrarse que eran reuniones de altos funcionarios de la administración a los que se agregaban algunos vecinos —de la

parte principal y más sana de la población como se decía entonces— que deliberaban sobre asuntos de interés inmediato.

Entre nosotros desde las Invasiones Inglesas, las instituciones, y entre ellas los Cabildos abiertos y juntas generales, se realizaron con frecuencia y asumían un carácter revolucionario.

Los dos Cabildos abiertos revolucionarios, propiamente dichos —no hago mención de las numerosas juntas generales de asesoramiento y consultivas reunidas por el objeto de su convocatoria, y aun por su composición— fueron los de 14 de Agosto de 1806 y 22 de Mayo de 1810.

En el primero, reunido para afianzar la victoria contra los ingleses, concurren 96 invitados, y en la Junta de Guerra de 10 de Febrero de 1807, que declaró la cesantía del Virrey Sobremonte, estuvieron presentes 73 personas.

En el Cabildo abierto de 22 de Mayo habían sido invitados 450 vecinos y sólo votaron 225; y en el Cabildo abierto convocado un año y cuatro meses después, el 19 de Setiembre de 1811, para designar diputados por la Capital al Congreso, se invitaron mil vecinos americanos. Setecientos ochenta y tres sufragantes obtuvo el candidato más votado.

Después de este Cabildo abierto, en la época del derecho Patrio Argentino, se realizaron otros con fines análogos, hasta la supresión de los Cabildos de la Provincia de Buenos Aires en 1821.

Teniendo consideración a los buenos servicios prestados por las ciudades, se concedió en 1596 que tales entidades tuvieran las armas y divisas que hubieren recibido, pudiendo ponerlas en sus pendones, estandartes, escudos y sellos.

También tenían títulos las ciudades, pero por ninguna razón podían concederlos los virreyes, audiencias, gobernadores ni otros cualesquiera ministros de Indias.

Especial interés ofrecen las juntas de procuradores o delegados de las ciudades, las cuales se reunían para pedir en común se satisficieran las necesidades pública. En 1518, por ejemplo, los procuradores de las ciudades solicitaron la libertad de comercio con los puertos de España.

En 1539 se acordó el primer lugar a Nueva España "en los congresos que se hicieren por nuestro mandato, porque sin él no es nuestra intención ni voluntad que se puedan juntar las ciudades y villas de las Indias". Se dispuso en 1540 que la ciudad de Cuzeo fuera la principal y tuviera primer vota entre todas las ciudades de Nueva Castilla,

pudiendo hablar por sí, o concurrir con las otras ciudades, antes y primero que ninguna de ellas.

Más tarde se mandó guardar las exenciones y privilegios i concedidos a la Ciudad de los Reyes, para que esta ciudad, como asiento del Gobierno Superior, "siempre sea ennoblecida |Y aumentada".

En 1562 el virrey del Perú, conde de Nieva, con motivo de la información levantada acerca de la conveniencia de perpetuar las encomiendas o repartimientos de indios — grave asunto que promoviera la guerra civil— informó que había escrito a los Cabildos para que reuniesen cabildo abierto "y juntos todos lo tratasen y nos embiasen el pareecer de la mayor parte y también de la menor", y después de dado el parecer, las ciudades y villas enviaron sus procuradores, y en reunión reiteraron el pedido en favor de la perpetuidad de las encomiendas.

Se realizaron tales Congresos o Juntas en toda América Hispánica, en México, Venezuela, Perú, el Río de la Plata, reuniéndose los diputados que correspondían unas veces al Virreinato, otras a una Provincia del Virreinato, según la importancia de los intereses en cuestión. En Venezuela todavía se citaban tales congresos en el último cuarto del siglo xviii, para tratar un asunto fiscal y administrativo de la mayor trascendencia, como era el establecimiento de un impuesto sobre el tabaco.

Entre nosotros, "cabildo provincial" o reunión de los procuradores de todas las ciudades de la provincia, como lo llama Funes², se reunía hacia 1776 con estos dos objetos: 1^o) Dar al ramo de sisa un reglamento capaz de ponerlo al abrigo de todo cambio violento, y 2^o) Averiguar si sería conveniente trasladar las reducciones de las fronteras cerca de minerales o repartir los indios en encomiendas. "Se deseaba saber el concepto de la Provincia sobre estos puntos para evacuar el informe pedido a Vértiz por la Corte...", agrega Funes.

Conviene llamar la atención sobre estos dos congresos de ciudades que ensayan una forma de gobierno representativo pero que no fueron del tipo de los que después celebraron las Provincias Unidas del Río de la Plata. Son los dos únicos casos de congresos, y en ellos la representación fué por ciudades, cuyo órgano eran los Cabildos, y éstos no eran la expresión de la soberanía del pueblo, y no podían serlo dado el régimen monárquico existente. Desde la Revolución de Mayo, los diputados se designaron -en Cabildos abiertos, y desde 1812 por sufragio universal.

Las ciudades del Nuevo Mundo recibieron autorización para designar procuradores especiales que representaran sus intereses ante el Consejo de Indias, distintos del

procurador general personero de la ciudad, que peticionaba en el mismo Cabildo o se oponía a sus resoluciones llegado el caso.

Por real cédula de 1519, reiterada en 1528, las ciudades, villas y poblaciones de las Indias podían nombrar procuradores que asistan a sus negocios y los defiendan en el Consejo, Audiencias y Tribunales para conseguir su derecho y justicia y las demás pretensiones que tuvieren. Más tarde se mandó a los virreyes, presidentes y oidores que dejaran en libertad a los cabildos para que éstos dieran los poderes para sus negocios a las personas que quisieren, sin ponerles impedimento, no pudiendo ser nombrado agente o procurador de la ciudad ningún deudo de oidores, alcaldes ni fiscales de las audiencias de sus distritos.

Empero, dictáronse reales cédulas restrictivas en esta materia, particularmente las de 1621, que sólo autorizaban el envío de procurador cuando se tratase de asunto grave referente a la ciudad, previa licencia, para hacer esta designación, del virrey o la Audiencia en su defecto, y la de 1623 imponiendo (para la elección de procurador se hiciera por votos de los regidores, como se practicaba en los demás oficios anuales y no por Cabildo abierto, como ya expliqué.

La institución de los Cabildos, por su origen y sus múltiples y activas funciones, que lo elevan a la categoría de un poder municipal, así como también los Cabildos abiertos, los Congresos de las ciudades y los diputados municipales, constituyen antecedentes fundamentales que explican el desarrollo del federalismo en Indias.

2 GEEORIO FUNES: *Ensayo de la historia civil*, 2ª edición, Buenos Aires * 1856, t. II, pág. 180.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Actas capitulares de ciudades argentinas: de Buenos Aires (edición del Archivo General de la Nación) de Santiago del Estero, Corrientes, Mendoza y Río Cuarto (ediciones de la Academia Nacional de la Historia); de Córdoba y Santa Fe.

ALTAMIRA, RAFAEL: *Contribuciones a la Historia Municipal de América*, edición del Instituto Panamericano de Geografía e Historia. México, 1951. \

BAYLE, CONSTANTINO (S. J.) : *Contribución a la historia de los Cabildos abiertos*, conferencia dada en la Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1951.

BOURNE, GAYLORD: *Régimen colonial de España en América*, traducción de Amúnategui del Solar. Santiago de Chile, 1916.

Documentos inéditos de Indias. Madrid, 1878, tomos XXX y XXXII.

MOUCHET, CARLOS: *Contribución del Instituto de Historia del Derecho al estudio de los Cabildos*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N°1. Buenos Aires, 1949; *Las ideas sobre el municipio en el período in diano*, conferencia dada en el Instituto de Historia del Derecho, setiembre de 1952.

OTS, JOSÉ MARÍA; *Apuntes para la Historia del Municipio Hispano-Americano del período colonial*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. I. Madrid, 1924.

Recopilación de Leyes de Indias de 1680, lib. IV, tits. IX, X y XIII; y lib. V, tits. III, V y XV.

SOLÓRZANO PEREIRA, JUAN DE: *Política indiana*, cit., lib. V, cap. I.

CAPITULO IX

EL DERECHO ECONOMICO Y FINANCIERO INDIANO

- I. Política de población. — Repartimiento de tierras. — Restricciones al derecho de propiedad. — Ordenanzas de población de 1523 y de 1573. — Facultades reconocidas a los fundadores de poblaciones con el título de Adelantado, Gobernador y Capitán General.
- II. El derecho del trabajo y el servicio personal de los indios. — El Juez Repartidor de indios. — Indios mitayos y yanaconas. — La obligación del trabajo para todos. — Política obrera. — Gremios y su influencia. — Corporación de la Mesta. — Fijación de precios de abasto. — Función tutelar de los Cabildos. — Casa para Albóndiga.
- III. Ordenanza de Minas.
- IV. Comercio de Indias y régimen rentístico.

I

LA Corriente colonizadora hispánica fué encauzada conforme a los principios de una política de población, que procuraba al mismo tiempo mantener las razas aborígenes, mezclarlas con los españoles para promover su aumento y arraigar en la tierra estos núcleos humanos.

El repartimiento de tierras era uno de los incentivos económicos de las expediciones constituidas y costeadas a iniciativa de los individuos, pero sometidas desde el comienzo a la potestad del Estado castellano.

Las leyes que se dictaron a este fin contienen fundamentales restricciones al derecho de propiedad, exigiéndose, para que el dominio se consolidase, que el favorecido cultivara la tierra, residiese en ella un plazo que variaba de cuatro a ocho años comprometiéndose a edificar las casas. Estos requisitos, y otros como la confirmación real de la concesión de mercedes de tierras hechas por las autoridades de Indias, revelan el fundamento de la teoría jurídica, que esta en las Leyes de Indias, inspirada en el principio de que la propiedad privada de la tierra era considerada en los orígenes como una función social.

Llamábanse de realengo las tierras, aguas, montes y pastos de las Indias, pues que eran de la Real Corona, como anteriormente habían pertenecido a los soberanos de México y del Perú. "Por haber yo sucedido enteramente en el señorío que tuvieron en las Indias los señores de ellas, es de mi patrimonio y Corona Real el Señorío de los baldíos, sueio y tierra", comenzaba afirmando una cédula real.

Por merced del rey se concedían a los indios, a los particulares y a las comunidades. En primer término debía concederse la tierra a los indios. Desde los comienzos de la colonización, se premiaba y remuneraba los servicios de pobladores y pacificadores mediante la concesión de tierras, prefiriéndose a los más dignos.

Las cédulas sobre repartimientos de tierras y ordenanzas de poblaciones constituyen documentos esenciales para el estudio económico y social de Indias. Las más orgánicas dictáronse hacia 1523, en tiempos de Carlos V, y 1573, estas últimas promulgadas por Felipe II.

Ya en 1513 se daba instrucción a Pedrarias de Avila, gobernador de Tierra Firme, declarándose la cantidad y forma de repartimiento de tierras. Las que se daban a los españoles variaban según fueran hombres de a caballo o peones, de donde la denominación de caballería y peonía. Caballería era el espacio de tierra en que se podían señalar doscientos mil montones; peonía el espacio en que caben cien mil. El contar por montones comenzó en la Isla Española porque el sustento, hasta que hubo trigo, fué una raíz, "Yuca", de las que se hacían sementeras. Los montones de tierras redondos eran altos de media vara y de ocho a diez pies de circuito, tan juntos que casi se tocaban.

Las ordenanzas de poblaciones de más carácter orgánico son las de 1573, dictadas por Felipe II, y constan de ciento cuarenta y nueve artículos que integran un verdadero código de colonización.

Ninguna persona podía por su propia autoridad hacer nuevo descubrimiento, entrada o población, sin licencia real. Los gobernadores de Indias se informarían con diligencia si dentro de su distrito existían lugares por descubrir y pacificar, de la calidad de ellos, de la gente y naciones que las habitaren, sin enviarles gente de guerra, que pudieren causar escándalo, sino informándose por los mejores medios posibles. En seguida de tomarse posesión en nombre del rey con la solemnidad y testimonios públicos necesarios, se pondría nombre a la tierra, a cada provincia, montes y ríos principales y a los pueblos y ciudades. Procurarían conocer las costumbres y manera de vivir de la gente, la religión que tienen, cómo se rigen y gobiernan, si tienen reyes, y si

éstos son por elección o por derecho de sangre, o si se gobiernan como república o como aristocracia ; las rentas y tributos que dan y pagan, si en la tierra hay metales, especiería, piedras preciosas, animales domésticos y salvajes, calidad de las plantas y árboles cultivados e incultos.

Elegida la tierra en que se hacía la nueva población, el gobernador declararí si ha de ser ciudad, villa o lugar, formándose de conformidad el consejo, república y oficiales y miembros de ella.

La planta del lugar se repartiría por sus plazas, calles y solares, a cordel y regla, comenzando desde la plaza mayor y de allí sacando las calles a las puertas y caminos principales, dejando compás abierto para el desarrollo futuro de la población. La plaza mayor, siendo en costa de mar, debía hacerse al desembarcadero del puerto, y tratándose de lugar mediterráneo, en medio de la población. En la plaza no se darían solares para particulares, sino para la iglesia, casa real, casa del cabildo, y se edificarían tiendas y casas para tratantes. Los demás solares se podían repartir a los pobladores. Se señalaría ejido a la población "a donde la gente se fuera a salir a recrear y salir los ganados". Confinando con los ejidos, se delimitarían las dehesas para bueyes de labor, ganados de la carnicería, y ganados que los pobladores debían tener. Asimismo se mandaba reservar para propios del consejo. Lo restante se repartiría como tierra de labor en tantas suertes como solares había en la población.¹ Se ordenaba que siempre se llevara hecha la planta del lugar que se ha de fundar.

No es necesario insistir mucho acerca de la amplitud de Mita política de colonización, que igualmente ordena los detalles estéticos de la edificación de las ciudades nacientes, como las complicadas y de trascendencia social,-en punto a la distribución y población de las tierras. Destaco las siguientes prescripciones que traslucen mejor aquella política económica.

Desde 1523 se obligaba a vecinos y moradores a quienes se hiciera repartimiento de tierras, a tomar posesión de las mismas dentro de tres meses y hacer plantíos, pena de perderlas, así como también a tener edificados los solares, poblada la casa, repartidas las tierras de labor, habiéndolas arado, puesto plantas y ganado. Se dispuso que los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores debían procurar que se beneficiare y cultivare la tierra de modo que produjera todos los frutos permitidos. A los indios se les destinaba las tierras necesarias, repartiéndoles lo que buenamente hubieran menester para labrar y hacer sementeras y crianzas.

Tales los antecedentes que sustentan la afirmación, que ya formulé, de que el derecho de propiedad en Indias es nuevo, por su naturaleza predominantemente social, fundado en el trabajo y la ocupación del lugar o la tierra. Esa expresión elocuente de la "casa poblada" que figura en las Leyes de Indias, acusa la preocupación de favorecer al hombre casado y laborioso, estimulando la política del aumento de los matrimonios y el trabajo de la tierra.

1 En la repoblación de Buenos Aires por Garay, en 1580, la traza de la ciudad comprendía 250 manzanas, de las cuales eran urbanas solamente 46 y las restantes destinadas a huertas. Cada manzana urbana se subdividía en cuatro solares, dándose a cada poblador un cuarto de manzana, un sitio para huerta y una suerte de chacra (300 a 500 varas de frente por una legua de fondo) y de estancia (3000 varas de frente por legua y media de fondo). Groussac dice que Garay y el Cabildo "tuvieron en muy poca cuenta" las prescripciones que en 1573 había dictado Felipe II, no creyendo en la eficacia de las descripciones en abstracto de las cosas coloniales (*Anales de la Biblioteca*, t. X, pág. CCXLVII, nota 3). Eizaguirre estima con razón que Garay cumplió lo que disponían estas ordenanzas de poblaciones (*El pasado en el presente* lineas Aires, 1914, pág. 73). El Padre Pablo Cabrera, en su trabajo *Córdoba de la Nueva Andalucía*, juzga acertadamente que Jerónimo Luis de Cabrera, al fundar a Córdoba en 1573, también tuvo en cuenta las anteriores ordenanzas sobre establecimiento de ciudades (*REVISTA de la Universidad Nacional de Córdoba*, diciembre de 1916).

II

El derecho del trabajo impone estimar en toda su importancia el estudio del servicio personal de los indios y las encomiendas.

El repartimiento de indios, iniciado por Colón, trajo aparejado el servicio personal de los mismos. El repartimiento se extendió de La Española a Puerto Rico, Jamaica y luego a Tierra Firme. Cada encomendero pagaría al rey un peso oro por indio. Para el cumplimiento de ese sistema se creó el cargo de Juez Repartidor. En 1514, el Juez Repartidor Rodrigo de Alburquerque repartió catorce mil indios, y algunos autores entienden que se dieron por dos vidas. Pero la ley de sucesión promulgóse recién en 1536.

El servicio personal de indios destinóse a aprovechamientos particulares, obras, labranza, edificación de casas, labores de minas, carga, obrajes, servicio de sus personas y casas, cuidado de sus cocinas y caballerizas. Cuando se repartían indios por semanas o meses, pagándoles el jornal, se llamaban "mitayos" de servicio. Los "yanacunas" eran los indios vagos sin cacique o curaca que los gobernase, que habían

sido repartidos para siempre en favor de los españoles para sus casas y chacras, como adscriptos a sus posesiones. Los encomenderos, atendiendo a su provecho, pusieron a los indios en todos los trabajos, explotándolos como esclavos.

La encomienda era un derecho concedido por merced real a los beneméritos de las Indias para percibir y cobrar para sí los tributos de los indios que se les encomendaren por su vida y la de un heredero, conforme a la ley de sucesión, con cargo de cuidar del bien de los indios en lo espiritual y temporal y de habitar y defender las Provincias donde fueren encomendados, y hacer juramento particular de cumplimiento de este homenaje.

Como se observa, lo que se concedía era la autorización para percibir los tributos de los indios, no teniendo los encomenderos derecho alguno en propiedad, pues el vasallaje de los Indios era pleno y directo con respecto a la Corona.

El servicio personal de los indios, legislado conforme a los más elevados principios, fué en la práctica uno de los medios funestos para instituir su esclavitud.

La legislación, con sabiduría, procuraba arrancar de la vagancia a las razas indígenas, habituadas al ocio, transformando mi naturaleza por el trabajo.

Es absurdo afirmar que los españoles, por sí, realizaran la colonización —como los ingleses en el Norte— con prescindencia de los indios, que constituían la inmensa mayoría. En todo el proceso de la dominación hispana, esta contribución indígena constituye su base.

En la política obrera de inspiración cristiana, España se anticipa a los siglos —por intuición genial de la reina Isabel la Católica— al dictar leyes de protección de los indios contra toda manera de explotación, defendiéndolos de los trabajos excesivos, superiores a la naturaleza de cada uno, llegando a establecer la obligación del trabajo, el descanso hebdomadario, la prohibición del trabajo de los menores de dieciocho años, la jornada de ocho horas, el pago en dinero y no en especies y la curación de los indios enfermos.

Las instituciones corporativas del trabajo o gremios arraigaron en las Provincias hispano-americanas, pero en éstas las industrias fueron embrionarias, aunque no tan pobres como comúnmente se ha afirmado. Constituyéronse corporaciones de *artes* manuales y de profesiones liberales. Aparte su importancia económica, la tuvieron como expresión social. Estudiándolas con detenimiento se vislumbran conflictos reveladores de preocupaciones sociales, de diferenciación de clases dentro de un

mismo oficio y de jerarquía entre los diversos gremios. Estas Instituciones consideraban que su misión consistía en la defensa de sus intereses y en promover el desarrollo de las industrias o artes respectivas. Las autoridades permitían la constitución gremial en mérito de esas razones. Los cabildos, a quienes directamente competía entender en esta materia —como los municipios en España—, y los virreyes, que no pocas veces sustituyeron a los cabildos en esas funciones, creían en efecto propender al desarrollo de las industrias nacientes y proteger, más bien que los intereses de los asociados, los intereses del público, ya sea por la vigilancia en la fabricación del artículo o por la fijación de aranceles.

La corporación de la Mesta tenía particular privilegio. Desde principios de la colonización, los monarcas procuraron implantarla en América. En 1542 el emperador Carlos V confirmaba las ordenanzas que sobre la cría, aumento de ganado, y remedio y castigo de los fraudes y delitos había propuesto el virrey de México, Antonio de Mendoza. Por otras leyes se establecía que los alcaldes de la Mesta fueran nombrados por el alcalde de la ciudad, que se debían hacer dos consejos anuales con asistencia por lo menos de cinco ganaderos o hermanos de la Mesta, cuya condición se adquiría poseyendo trescientas cabezas de ganado o más.²

Los Cabildos que ejercían esta función tutelar en los precios, eran la autoridad que reglamentaba la materia rural. El Derecho rural es una formación jurídica moderna, desprendida del Derecho civil, pero como rama, aunque no autónoma, dedicada a las personas y bienes de las campañas, ha tenido sus orígenes en los tiempos de la dominación española. En el Río de la Plata se debe observar que es una rama vigorosa del Derecho indiano, especialmente en estas regiones dedicadas a la ganadería y agricultura.

El espíritu tutelar de esta legislación explica su tendencia a reglamentar los precios de abastos. Se imponía contrarrestar la explotación que ejercían comerciantes e intermediarios en la fijación arbitraria de los precios de artículos de primera necesidad. En oposición a la libre concurrencia —que facilitaba la unión de los poderosos— el Estado ejercía activa fiscalización en nombre del justo precio.

² En 1790 el Cabildo de Buenos Aires proyectó un plan de organización de la Mesta en el Plata, en momentos en que se iniciaba una crisis en la riqueza ganadera. La Hermandad de la Mesta, decía el Cabildo, no es otra cosa que una asamblea o congregación compuesta de los propios hacendados, autorizada para discurrir sobre los medios de custodiar y aumentar los ganados.

En cambio, los maestros panaderos constituyeron una corporación de acaparadores. Estaban en directa connivencia con los agricultores para ocultar el trigo y simulaban una escasa cosecha para encarecer el artículo. Los pulperos también ensayaron constituirse en gremio y querían que se exigiera, para abrir tienda de pulpería, que el aspirante tuviera mercaderías por valor de quinientos pesos por lo menos, que mediase solicitud del interesado, previos informes del gremio y Cabildo, y que no se admitiese la mezcla de castas y negros.

Tal función fué desempeñada principalmente por los cabildos de las ciudades. Basta hojear las actas capitulares de nuestros cabildos para estimar hasta qué grado sus miembros se apasionaban por estas cuestiones económicas que interesaban al sustento de las poblaciones.³

La ley XVII, título III, libro V de la Recopilación de Indias de 1680, faculta a los alcaldes ordinarios para que puedan visitar las ventas y mesones de su jurisdicción y darles aranceles para que se vendan los artículos a precios justos.

Se había mandado que la justicia y un regidor pongan los precios a las cosas de comer y beber, teniendo presente lo que cuestan y dando alguna ganancia moderada a los vendedores.

Se estableció casa para alhóndiga en México, por cuanto se iban encareciendo con exceso los bastimentos de trigo, harina y cebada a causa de los muchos regatones y revendedores que trataban y contrataban. En ella podían los labradores despachar sus granos y los panaderos proveerse de trigo y harina que hubiesen menester. Al principio de cada año se nombraba una persona en carácter de fiel de la alhóndiga, que debía tomar todos los días cuenta de los precios a que se vendiese el trigo, harina y cebada que entrare. Fuera de la alhóndiga no se vendían aquellos frutos. Se podían fundar alhóndigas para el abasto de las repúblicas y beneficio común en todas las Ciudades y villas principales de Indias donde conviniere.

III

La riqueza minera de Indias había exaltado la imaginación de sus conquistadores. Las páginas de los primeros cronistas adquieren sugestivo brillo en el relato de los descubrimientos de las minas de oro y plata. Recuérdese —para explicar este fenómeno— que únicamente del Cerro de Potosí —la más rica mina de plata, superada después por la de Guanajuato, en México— se habían arrancado, en cuarenta años, ciento once millones de pesos ensayados. Potosí se convirtió en el crisol de América, como dice Lewis Hanke. A mediados del siglo XVII, tenía 160.000 habitantes, era la ciudad mayor en América del Sur. Tal riqueza pasaba de tránsito por

la Metrópoli, como intermediaria, para derramarse en otros Estados. Enrique IV de Francia solía decir, con verdad e ironía, que no necesitaba tener minas mientras las tuvieran los españoles, que eran sus deudores y tributarios.

Con el descubrimiento de las minas de oro, plata y azogue de México y Perú, España promovió un notable desenvolvimiento de la industria minera, ya en decadencia a fines del siglo xv.

El gran descubrimiento de la amalgamación, inventado por Bartolomé de Medina en 1557, consiste en que con azogue y sal común sacaba la plata de los metales, procedimiento adoptado después en Alemania.

El minero de más prestigio fué el P. Alvaro Alonso Barba, sacerdote andaluz del siglo xvii, a quien se lo debe el clásico método para beneficio exclusivo de metales en caliente o para cocimiento, autor del "Arte de los metales, en que se enseña el verdadero beneficio de los de oro y plata por el azogue, el modo de fundirlos todos y cómo se han de refinar y apartar unos de otros", de 1640, traducido a todos los idiomas de Europa.

Regalías eran las minas, pues que pertenecían a los reyes, como príncipes soberanos y dueños universales, lo mismo que se descubrieran en lugares públicos que en dominios privados. También eran regalías el oro que se encontrase en los ríos, las perlas, esmeraldas y otras piedras preciosas y los tesoros ocultos y enterramientos.

En 1504 los reyes Católicos dispusieron que todas las minas fuesen comunes, permitiéndose a todos buscarlas, catearlas y labrarlas dondequiera que las hallaren, siendo estimulados en esta labor con gran incentivo, pues sólo pagaban la quinta parte de lo que sacaren neto. No podían beneficiar estos metales sin pagar el "quinto", marcándose con el sello, reducido después al diezmo y en ocasiones al vigésimo.

Se admitía que en lo referente a canteras y caleras, metales de cobre, plomo, estaño, alumbres, azufres, no se exigiera el "quinto", con el fin de alentar a los que se arriesgaban en estos trabajos.

3 Actas Capitulares del Cabildo de Buenos Aires, publicadas por el Archivo General de la Nación; Actas Capitulares de Córdoba y Santa Fe, Actas Capitulares de las Ciudades Argentinas, publicadas por la Academia Nacional de la Historia. Actas de Santiago del Estero, Corrientes y Mendoza. Véase *Documentos para la Historia Argentina*, cit., IV. *Abasto de la ciudad y campaña de Buenos Aires*, con introducción de Juan Agustín García.

Los virreyes estaban facultados para dictar ordenanzas de minas. Para comprender la organización legal de la actividad minera en Indias es necesario considerar las

ordenanzas dictadas por los virreyes, y en primer término, las de Francisco de Toledo, del Perú, el sabio legislador, de quien me ocupé en otra oportunidad. La reglamentación del trabajo de minería puesto en vigor por Toledo constituye un admirable código por el conocimiento que revela del arte de la minería, por la amplitud y acierto con que legisla las cuestiones de derecho privado, por la previsión con que establece reglas de higiene y seguridad para los obreros. Tales ordenanzas informaron todo el Derecho minero indiano, aplicándose, durante dos siglos casi, en el Perú, Río de la Plata y Chile.

Tratando la materia de los descubridores de minas, se establece en las ordenanzas de Toledo el libre cateo, obligándose los descubridores a dar fianza por el daño que pudiesen ocasionar a los propietarios de tierras. La manifestación del descubrimiento debía hacerse ante la justicia en el plazo de treinta días. Nadie podía reunir más de seis minas, pero se consignan en otro título las reglas a que debía ajustarse para obtener minas excedentes. En el descubrimiento de las minas los extranjeros tenían iguales derechos que los españoles y los naturales. Acerca del modo cómo se labrarían⁴, se disponen una serie de medidas en defensa de la seguridad de los obreros. Las bocas de los pozos debían tener un largo no mayor de tres varas y tales bocas separadas entre sí en diez varas por lo menos. Existen referencias especiales sobre puentes, para garantizar el trabajo y escaleras cómodas con descansos cada quince brazas. Los alcaldes y veedores debían vigilar el cumplimiento de estas prescripciones. Se tenían por "pobladas" las minas cuando trabajaban en ellas por lo menos ocho indios o cuatro negros, no pudiendo interrumpirse el trabajo por más de veinte días en un año. En caso contrario, la mina se consideraba "despoblada" y se adjudicaba al primero que la pidiera. Se creaba un Alcalde de minas, como funcionario judicial, quien llevaba un registro y mensuras y además se pronunciaba como juez en todos los pleitos relacionados con las minas, debiendo proceder sumariamente a verdad sabida y buena fe guardada. De este pronunciamiento se apelaba ante la Real Audiencia.

Corresponde advertir que posteriormente se ordenó que fueran reservadas para el Estado todas las minas consideradas como "minas ricas o de nación", distinguiéndolas de las orinas, que se continuaban beneficiando libremente por el pago de impuestos.

⁴ CARLOS E. VELABDE; *Historia del Derecho de minería hispano-americano y estado de la legislación de minas y petróleo...*, pág. 51. Buenos Aires, 1919.

El Derecho de minería indiana adquiere caracteres más técnicos y una legislación de más amplio espíritu en el siglo XVIII.

Francisco Javier Gamboa, de la Audiencia de México, hizo en 1761 la recopilación de las Leyes de Minas dictadas hasta entonces, dejando establecido el principio fundamental de que las minas pertenecían a la Corona, y no pudiéndolas trabajar por sí, concedió el dominio a los particulares "por participación y no por traslación absoluta".

Por real cédula de 1^o de julio de 1776, se resolvió que el gremio de Minería de Nueva España se erigiese en cuerpo formal, como los Consulados de Comercio. El nuevo Tribunal de Minería fué encargado de presentar las Ordenanzas, que elevó en 1779. Enterado de todo el Rey y después de haber oído en este importante asunto a Ministros competentes, se aprobaron las "Ordenanzas de Minería de Nueva España", expedidas por el Rey Carlos III a 2 de mayo de 1783.

En 1785 se dio la Real Orden para adaptar la Ordenanza de Minería de Nueva España al Virreinato del Perú, que se regía aún por las antiguas ordenanzas de Todelo, sin la amplitud de vistas y los estímulos necesarios de la de México.

IV

Constituye grave error ocuparse del derecho indiano durante los tres siglos de la dominación española como si se tratara de una organización invariable.

El estudio de las formas políticas, jurídicas y económicas de Indias cambia según las épocas y muy particularmente la política comercial y rentística.

El régimen comercial de España en Indias se modifica en 1561, estableciéndose sólo a partir de entonces la llamada política del monopolio, que se prolonga hasta el tratado de Utrecht (1713). Un nuevo y distinto carácter asume esta política comercial y rentística en el siglo xvnx, durante el gobierno de los Borbones.

Esta liberal política relacionada con el comercio indiano, modifícase en 1543 con la creación del derecho de almojarifazgo, pero particularmente en 1561, estableciéndose el régimen de flotas y galeones de que se ocupa el libro IX, título XXX de la Recopilación de Indias de 1680.

Se fijaba por año la salida °de Sevilla y puertos de Cádiz y Sanlúcar, de dos flotas y una armada real, que se destinaban una a Nueva España y otra a Tierra Firme. La armada debía hacerles escolta y guarda, y traer el tesoro real y de los particulares. En cada flota iría un capitán y un almirante, y en la armada, un gobernador. Las naves debían estar guarnecidas, artilladas y pertrechadas, provistas de las fuerzas necesarias para castigar enemigos y piratas que los atacaren. Ningún navio podía separarse de la

flota y todos seguirían viaje en conserva. La carga se destinaba a Cartagena y Portobelo, donde se organizaban ferias.

Este régimen de monopolio, con ser absurdo, se explica en su época por las razones que paso a exponer.

El concepto imperante, en materia de comercio exterior, era el de monopolio, adoptado por Francia, Portugal, Holanda, Inglaterra y España.

No es necesario llamar la atención acerca de que el monopolio comercial, beneficioso para Inglaterra, en próspera situación económica, entrañó la ruina de España, que veía paralizadas las industrias y el comercio.

Influyó asimismo en la adopción del monopolio la guerra de corsarios y filibusteros. Eran famosas las agresiones de corsarios ingleses, holandeses y franceses. Los hechos más salientes de la piratería del siglo XVII tuvieron por escena el mar Caribe.

Débase tener presente, para explicar tales hechos, la técnica de la industria naval y los procedimientos empíricos de navegación oceánica que se iniciaron con la brújula. Eran construcciones deficientes que dificultaban la actividad del tráfico.

Por último, ilustra, en punto a la organización de flotas y galeones anuales, la conmoción industrial que sé inicia en España a fines del siglo xvi, pues las Cortes, desorientadas ante el excesivo precio de los artículos de primera necesidad —admitiendo arbitrariamente que tal crisis obedecía a la demanda de Indias— propusieron a los reyes que se limitaran las exportaciones a los puertos americanos.

En el siglo XVIII, durante el Reinado de los Borbones, se modificó la legislación, dictándose en 1778 el Reglamento de Comercio libre de España e Indias, por el que se abrieron todos los puertos peninsulares al comercio directo con todos los puertos de Indias.⁵

Con el propósito de sugerir el tema del régimen rentístico de Indias, diré con brevedad que los impuestos se distinguían entre los que eran de la Real Hacienda o de primera categoría, de los que, pertenecientes también al rey, no se les llamaba así por haber tenido en el orden económico diversos y especiales destinos y aplicaciones.

Los más importantes impuestos de la primera clase eran los siguientes:

Diezmos y cobos. El primero se debía al soberano, de las minas de plata, por razón de su regalía y señorío. Nunca había excedido del quinto.

⁵ Hago referencia a esta legislación comercial del siglo XVIII en el Capítulo XVI.

En 1735 se redujo a la mitad, que constituye el diezmo. Se cobraba asimismo el uno y medio por ciento de Ensayador o de Cobos, porque el emperador Carlos V hizo merced a Francisco de los Cobos y después se reintegró a la Real Hacienda.

Minas de la Corona. Eran las inmediatas a la mina descubridora. En una extensión de setenta varas de largo, los productos de esta mina o estaca componían tal derecho.

Quintos de azogue. Para promover los descubrimientos de este metal, se dispuso en 1568 que no se cobraría otro gravamen que el cinco por ciento. Las únicas que se trabajaban en Indias eran las de Guancavélica. El virrey Toledo las incorporó a la Corona.

Tesoros y guacas. Recibían estos nombres los tesoros ocultos. Pertenecía al rey la quinta parte si eran hallados en tierras ajenas.

Almojarifazgo. Constituían los derechos aduaneros que se pagaban a la entrada y salida de las mercaderías en los puertos. Las que venían de España pagaban el diez por ciento, reducidos el cinco por cédulas posteriores. Su reducción se produjo en el siglo xviii, con la política comercial de los Borbones.

Alcabala y unión de armas. Se cobraba este derecho en toda transacción y venta de efectos. Establecióse en 1591, subiendo hasta el dos por ciento. Aumentóse luego otro dos por ciento, de la unión de armas, conforme a las reales cédulas de 1627 y 1633, que suman el cuatro por ciento de este derecho denominado a veces alcabala antigua y moderna. En el siglo xviii se elevó al seis por ciento.

Oficios vendibles. Consiste este impuesto en el que se percibía por los oficios vendibles y renunciables. Al principio eran temporales, pero se hicieron vitalicios en 1606, permitiéndose que el poseedor pudiese renunciar en persona hábil. Se prevenía que por la primera vez se contribuía con la mitad del valor del oficio, y después, por cada una que se renunciara, la tercera parte.

Tributos. Se exigía solamente a los indios. Era un impuesto moderado y se pagaba en las especies más cómodas que el indio podía ofrecer. La cuota variaba según la riqueza de las Provincias. En su percepción se interesaban los curas por sus sínodos; los salarios de justicia: la fábrica de las iglesias. La tasa no se hacía por partidos o pueblos, sino individualmente, por personas. En el Plata, los tributos alcanzaban a ocho, nueve o diez pesos por persona.

Encomiendas de la Corona. Terminadas las encomiendas conforme a las leyes especiales, su importe volvía al Rey como a su natural señor. Así se dispuso en 1552.

Tercios de encomiendas. Se gravaron las encomiendas en la tercera parte, por cédula de 1615, previniéndose que no sólo se cobrase de las ya encomendadas, sino de las que de allí en adelante se encomendaren.

Vacantes de encomiendas. Se llamaba así a los productos que rendían las encomiendas desde el fallecimiento del poseedor hasta su nueva provisión.

Ventas y composiciones de tierras. Como ya se ha explicado, IIIH tierras se repartieron a indicación de las autoridades de Indias, sin ingreso alguno para la real hacienda, hasta que en 1591 se mandó componer las que estuviesen vendidas y vender de cuenta de la real hacienda las que IIIH se hiciesen en adelante.

Entre los impuestos de la segunda clase, menciono los siguientes:

Penas de cámara, son las condenaciones y multas que imponen los tribunales de justicia como pena por algún delito, tve reservaba para la cámara y el fisco la mitad. La otra mitad quedaba facultado el juez para aplicarla a gastos de justicia O cualquier obra pública o de piedad.

Novenos. De la mitad de los diezmos que el Pontificado había concedido a los Reyes de Castilla, reducido a nueve partes, se reservaban dos para el soberano en reconocimiento del Patronato.

Cruzada. Era el producto de la limosna de esta bula concedida a los Reyes de Castilla en 1509.

Mesadas eclesiásticas. Los eclesiásticos pagaban a S. M. la renta de un mes. Otorgó esta gracia el papa Urbano VIII, en 1626, sin embargo, de que pudo hacerlo por sí solo, en virtud de las anteriores concesiones pontificias relativas a los diezmos e impuestos de origen eclesiástico.

Media annata eclesiástica. Constituye el derecho que S. M. percibía, de seis mesadas eclesiásticas de todos y cada uno de los provistos, siempre que lleguen sus frutos al valor anual de trescientos ducados.

Vacantes mayores. Era el producido de los arzobispados vacantes, por ascenso o muerte de los que lo desempeñaban y Intuía tanto se verificaba su provisión. Se aplicaba regularmente para viático del prelado sucesor, y para limosnas y obras públicas.

Vacantes menores. Esta renta estaba integrada por el producido vacante de las dignidades en las iglesias catedrales tardo se proveyesen.

Expolios. Eran los bienes que quedaban vacantes por muerte de arzobispos y obispos.

Media annata. Es el derecho que se impuso a todos los oficios, gracias, mercedes y cargos que no fuesen eclesiásticos, pagándose en su virtud la mitad del salario de un año.

Lanzas, o servicio pecuniario que debían a S. M. los títulos de Castilla. Llamábase de este modo por haberse reducido a dinero el número de lanzas o soldados con que tenían obligación de servir a los reyes en las ocasiones de guerra.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

CAPPA, RICARDO: *Estudios críticos acerca de la dominación española en América.* Madrid, 1891, t. VII.

Documentos para la Historia Argentina, Abastos de la ciudad y campaña de Buenos Aires, con introducción de Juan Agustín García, edición del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras. Buenos Aires, 1916.

HANKE, LEWIS: *La Villa Imperial de Potosí.* Un capítulo inédito en la Historia del Nuevo Mundo. Sucre, Bolivia, 1954.

LEVENE, RICARDO: *Investigaciones acerca de la Historia Económica del Virreynato del Plata,* 2ª edición, Buenos Aires, 1952.

Seeopilación de Leyes de Indias de 1680, lib. IV, tits. V, VI, VII, XII y XIV; lib. VI, tít. XII, y lib. VIII, tít. VIII.

VELARDE, CARLOS E.: *Historia del Derecho de minería hispano-americana y estado de la legislación de minas y petróleo.* Buenos Aires, 1919; *La metalurgia colonial y la obra del Padre Barba,* en IIº Congreso Internacional de Historia de América, Buenos Aires, 1938, t. III.

CAPITULO X

EL DERECHO PROCESAL Y PENAL INDIANO. TRIBUNALES ORDINARIOS INFERIORES Y ESPECIALES. EVOLUCION DEL DERECHO PENAL INDIANO

- I. La función, judicial, ejercida por diversos órganos. — Influencia de la justicia indígena en la justicia indiana. — Establecimiento de una jurisdicción especial indígena. — Normas progresistas respecto del procedimiento judicial indiano.
- II. Tribunales ordinarios inferiores y especiales. — Tribunales ordinarios: El Consejo de Indias y sus funciones judiciales. — Recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria. — Visitas y juicios de residencia. — Audiencias de Indias. — Nuevas funciones desempeñadas por las Audiencias en Indias. — Juzgado de Provincia. — Jueces de Comisión. — Juzgado de Vigilancia política. — Juzgado de Bienes de difuntos. — Influencia de las Audiencias en la formación de Estados autónomos. — Facultades judiciales de los Virreyes. — El Ministerio público en el Derecho indiano.
- III. Tribunales inferiores: Alcaldes ordinarios. — Las apelaciones ante los Cabildos. Alcaldes de Hermandad. — Corregidores, Gobernadores y Alcaldes Mayores.
- IV. Tribunales especiales: Eclesiásticos, Santo Oficio de la Inquisición, Militares, Comerciales, de Minería, Universitarios, de la Mesta, de Cuentas, etcétera.
- V. Evolución más humana del Derecho penal indiano. — Carácter social preventivo de la legislación. — Leyes contra los vagabundos ociosos. — Pena capital. — Pena infamante de azotes. — El tormento. — Régimen carcelario.

I

DURANTE los siglos XVI, XVII, y XVIII, no se había adoptado aún la estructura institucional de la separación y equilibrio de los poderes, y por tanto, los órganos de la Justicia de Indias no constituían un Poder independiente. Las facultades y atribuciones de naturaleza judicial eran ejercidas por los órganos judiciales y políticos, así como también las de naturaleza política eran desempeñadas por órganos judiciales y políticos. Además eran minuciosos y complicados los Tribunales especiales, aunque no pocos de ellos constituían una alta expresión judicial. Lo expuesto explica que uno de

los fines propios de la Revolución de 1810 fué el de lograr la organización autónoma del Poder Judicial (iniciada en cierto modo con la Instrucción de Regentes de 1776, de que ya hablaré), así como también procuró la supresión de los Tribunales especiales.

Las magistraturas creadas por España en Indias, aunque muchas de ellas se conocían con igual nombre que las peninsulares, eran nuevas en su estructura y funciones, y nuevo el Derecho procesal formado en torno a estos órganos judiciales.

En principio, el procedimiento se caracterizó por ser escrito y de doble instancia, revistiéndose de formas solemnes. El nuevo espíritu del Derecho judicial se explica, en parte, por la influencia de la justicia indígena, en la que imperaba el concepto de la semigratuidad, uno de los ideales del Derecho moderno, y en parte, por las exigencias de aplicar penas pecuniarias en vez de las de prisión, impuestas por la necesidad de dedicar las gentes al trabajo. Se procedería en los pleitos, simple y sumariamente, no se les exigiría derecho alguno a los indios en carácter de servicio de escribano o relator, y en cuanto a los abogados, se disponía que debían ser, respecto de ellos, verdaderos defensores y protectores de sus personas, intereses y bienes.

Ensayóse el establecimiento de una jurisdicción especial para los naturales. En las Ordenanzas de Alfaro, sobre las reducciones de indios, cuando el pueblo tuviere cuarenta casas habría un Alcalde indio, y si tuviera ochenta, dos Alcaldes y dos Regidores. Los Alcaldes tendrían jurisdicción para poner preso al indio que faltare a la mita o la doctrina o se emborrachase y aun aplicarle seis u ocho azotes por mano de otro indio, pero cuando el indio cometiera delito de consideración, debía llevarse a la ciudad y entregarlo a la justicia. El sistema de la justicia de los naturales funcionó más regular y eficazmente en las misiones jesuíticas que en las reducciones del virrey Toledo o el visitador Alfaro.

En la legislación de Indias se adoptaron normas progresistas respecto del procedimiento judicial, especialmente sobre el embargo, con importantes exenciones de carácter humano y económico a la vez y sobre la prisión por deudas que tenía por fin dejar a salvo, por ejemplo, los instrumentos de trabajo y la libertad del hombre, que era necesaria para sus aplicaciones útiles, prefiriéndose la pena de indemnización pecuniaria a la prisión en muchos casos.

La institución del Registro Público es una creación de las Leyes de Indias, de excepcional valor jurídico y económico. Se mandaba explícitamente que los escribanos guarden y tengan siempre en su poder registros de todas las escrituras, autos e informaciones, y los demás instrumentos públicos que ante ellos se hicieren y se

otorgaren, aunque pretendan las partes o sus procuradores que no quede registro, pena de un año de suspensión en el oficio y diez mil maravedís.

II

Los órganos de la justicia de Indias se pueden clasificar en Tribunales ordinarios, inferiores y especiales.¹

Entre los Tribunales ordinarios, corresponde estudiar el Consejo de Indias, las Audiencias, los Gobernadores Intedentes y el Ministerio Público, el Virrey Presidente de la Audiencia (cuyas facultades judiciales disminuyen a fines del siglo XVIII, con la Instrucción de Regentes) y los justicias mayores.

Los Tribunales inferiores estaban representados por los alcaldes ordinarios y Cabildos.

Los más importantes Tribunales especiales fueron creados como expresión del progreso judicial, tales los Juzgados de Bienes de difuntos, Tribunales de Cuentas, Tribunales Indígenas, Tribunales de Comercio y de Minas, de Aguas, Jueces Pesquisadores y Residenciadores, Jueces Hacedores de diezmos y oíros que representaban la organización de los fueros, como los Tribunales Militares, Eclesiásticos, Universitarios, de Pro-lomedicato, de Comedia y Administrativo.

Inicio esta síntesis con el estudio del Consejo de Indias, desde el punto de vista judicial, que ejercía la suprema jurisdicción y de él dependían las Audiencias de América. En el año 1524 el Rey había autorizado al Consejo de Indias a resolver todos los asuntos judiciales sin consultarle.

¹ Esta clasificación, aunque no está sino esbozada, pertenece al profesor JAVIER MALAGÓN BARCELÓ: *Teoría general del Derecho procesal en las Leyes de Indias*, Madrid, 1936, y es sencilla y explicativa del 'DERECHO judicial.

El doctor RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, ha adoptado la siguiente clasificación de un valor didáctico indudable: Jueces capitulares (alcaldes ordinarios, de la Santa Hermandad, indios, de aguas, jueces de menores, escribanos del Cabildo, todos ellos de origen electivo, que no recibían sueldo de la corona y era justicia legal); jueces reales propiamente dichos (Gobernadores y sus tenientes, Capitanes generales, oficiales reales, gobernadores Intendentes y sus asesores letrados, jueces de residencia, todos ellos con sueldo, nombrados directa o indirectamente por el soberano, ejerciendo al mismo tiempo funciones ejecutivas más que judiciales); jueces eclesiásticos, que debían ser religiosos, por lo general no pertenecientes a órdenes monásticas, eran jueces legos, se les llamaban comúnmente jueces seculares (Obispos, Arzobispos, vicarios generales, tribunal de la Santa Cruzada, Tribunal de la Inquisición); y Jueces de la Audiencia eran los supremos tribunales indianos. Aparte estas cuatro categorías existían los fueros especiales: el Consulado, protomedicato y el fuero universitario. (*La organización Judicial Argentina en el período Hispánico*, Buenos Aires, 1952, pág. 20).

Se mandó, desde las Nuevas Leyes de 1542, que el Consejo de Indias se abstuviera de ocuparse en negocios particulares y de justicia entre partes, pues para ello existían las Audiencias y Cancillerías reales y que solamente conocerían de las visitas y residencias de los virreyes, presidentes, oidores y oficiales de las audiencias, contadores y oficiales de tribunales de cuentas, de los oficiales de hacienda y de los gobernadores. Debía conocer en los pleitos y demandas sobre repartimientos de indios, de que no podían conocer las audiencias y de todas las causas de comisos y de las arribadas de navios de esclavos; en las causas criminales en grado de apelación de los jueces oficiales y letrados de la Casa de Sevilla y también de las causas civiles que vinieren de dicha casa, siempre que excedieren de seiscientos mil maravedís; en todas las residencias y visitas de generales, almirantes, capitanes y ministros y oficiales de las armadas y flotas de Indias. No entendería en los pleitos y negocios de las Audiencias y Cancillerías reales de las Indias, salvo si fuera de algún negocio grave y de calidad que al Consejo de Indias pareciera que debe tratarle, en cuyo caso podía hacerlo por cédula real.

El recurso extraordinario de segunda suplicación se elevaba ante el Consejo de Indias contra los fallos de la Real Audiencia. Se refería a materias civiles y criminales, conocidos por el nombre de Casos de Corte, instituido por Carlos V.

En materia civil, contra menores, viudas, desvalidos, y en materia penal, procesos por falsificación de moneda, traición, incendio de edificios, muerte alevosa, mujer forzada. Tales casos de Corte, las Audiencias los resolvían en "vista" y "revista" y se autorizó la apelación ante el Consejo de Indias. Si el pleito era de tanta cantidad e importancia, que el valor de la propiedad fuera de seis mil pesos ensayados de cuatrocientos y cincuenta maravedís cada uno o más, se podía suplicar por segunda vez de la sentencia de revista pronunciada por la Audiencia, la cual debía ser ejecutada sin embargo de la segunda suplicación.

Los recursos de nulidad e injusticia notoria no fueron introducidos por las leyes, sino por autos, y correspondía en los pleitos que no eran casos de Corte (y por tanto no admitían la segunda suplicación). No correspondía para la simple injusticia sino por injusticia notoria o manifiesta, reconociéndose que existían precedentes en las Partidas.

El título XV, del libro V, de la Recopilación de Leyes de Indias, trata de las resoluciones y jueces que las han de tomar en residencia.

Se resolvió —por la ley primera del citado título y libro— que los jueces de residencia a los virreyes tendrían seis meses de término, que se consideraba bastante para la conclusión del juicio y satisfacción de la causa pública. La residencia de los

demás funcionarios era de sesenta días. Convenía "saber y averiguar toda especie de exceso" que hubieren cometido los Virreyes. Daban las leyes a los jueces de residencia la jurisdicción necesaria que en tal caso se requería.

El origen del Juicio de residencia, y las Visitas en América, en la designación en 1499 de Francisco de Bobadilla como Juez pesquisador de Cristóbal Colón.

Tenían por objeto estas instituciones asegurar el recto cumplimiento de los deberes de los funcionarios, creándoles la responsabilidad consiguiente.

La diferencia entre la Residencia y la Visita consistía en que en el primer caso se trataba de un juicio público, y en el segundo de una inspección con aplicación de procedimientos generalmente secretos. Además el Juicio de Residencia que se refería siempre a un solo funcionario tenía lugar al término del período de sus funciones, en tanto que en la Visita el funcionario continuaba en el cargo y se refería generalmente a un organismo público.

Como se ha dicho, la Residencia no era considerada lesiva al prestigio de ninguna autoridad, y en cambio la Visita, rigurosa en el procedimiento, aparecía motivada comúnmente por quejas o denuncias graves.

Las Visitas de oidores a la tierra estaban mandadas en las Leyes de Indias (como la Visita del licenciado Alfaro a principios del siglo XVII, a los gobiernos de Córdoba del Tucumán, Buenos Aires y Paraguay).

Pero la forma más amplia era la Visita general a un virreinato o capitanía general (como la visita de Gálvez al virreinato de Nueva España y la de Areche al virreinato del Perú en la segunda mitad del siglo XIII) que procuraban corregir abusos y errores, pero que tenían un objetivo político de mayor alcance, pues se proponían implantar grandes reformas en Indias.

Por último, se designaba juez pesquisador, para investigar e informar sobre un determinado asunto. Las facultades del juez pesquisador se referían a la instrucción del sumario que se elevaba generalmente a la Audiencia para su resolución.

El Tribunal ordinario que sigue en orden jerárquico al Consejo de Indias es la Audiencia.

En 1526 se creaba la Audiencia de Santo Domingo, y dos años después se dictaron las ordenanzas que siguen en gran parte a las de las cancellerías de Valladolid y Granada. Eran necesarios tres votos de acuerdo para dar sentencia, exceptuándose los juicios inferiores a doscientos mil maravedís, en que bastaban dos. Las sentencias se

despachaban en nombre del Rey y con el sello real. En lo posible, el Presidente y los Oidores procurarían vivir en un mismo edificio.

En 1527 se erigió la Audiencia de México; en 1535 la de Panamá; en 1542 la de Lima; en 1559 la de Charcas, y más tarde las de Quito, Manila en las Filipinas, Santiago de Chile y Buenos Aires.

Las Audiencias desempeñaron superiores funciones a las similares de España. Solórzano hace detenido examen de tal hecho que acentúa el carácter propio que adquirieron estos tribunales en Indias. Así, el conocimiento de las causas de residencia de corregidores y otras justicias, la facultad de enviar jueces pesquisadores, que en España corresponde al Real Consejo de Justicia, en las Indias están encomendadas a las Audiencias. Atañe asimismo a estos tribunales velar por el buen tratamiento de los indios, entender en los recursos de fuerza contra las extralimitaciones de la justicia eclesiástica, sin apelaciones ni suplicaciones, intervenir en las causas sobre diezmos, patronazgo real, defensa de la jurisdicción real, tasa de los derechos o aranceles, bienes y espolios que dejan los obispos a su muerte, retención de las bulas apostólicas que pudieran ser perjudiciales al real patronazgo, concurrencia con virreyes y gobernadores para solucionar asuntos arduos, conocer en grado de apelación los autos y decretos de virreyes y gobernadores cuando alguna parte se sintiera agraviada, integrar los acuerdos generales de hacienda para tratar de los gastos extraordinarios que se hubieren de hacer y para resolver las dudas que se ofrecieren en materia de la real hacienda, asumir el gobierno general, así en lo espiritual como en lo temporal; en lo civil, criminal, y militar en casos de muerte o ausencia del virrey o gobernador; y no sólo limitarse a sentenciar en los pleitos sino turnarse entre ellos, unos para visitar la tierra, y otros para asesor del comisario subdelegado general de la Santa Cruzada, juez de bienes de difuntos, visita de las armadas, juez de las ejecutorias que se envían del Consejo de Indias, auditor del virrey en lo tocante a lo militar, y muchas veces su asesor general, juez de las apelaciones del consulado de los mercaderes o tribunal de alzada.

Es posible que el cúmulo de labor concentrada en la Audiencia ha contribuido a perturbar el desarrollo regular de la función judicial a su cargo. La Audiencia de Santo Domingo tenía presidente, cuatro oidores y un fiscal. Las de México y Lima, presididas por el virrey, tenían ocho oidores, cuatro alcaldes del crimen y dos fiscales.

En materia civil entendían en los juicios de menor cuantía. En las Audiencias se tenía por menor cuantía para la vista o apelación y determinación de los pleitos, trescientos mil maravedís, y que no excediendo de esta cantidad los podían ver y

determinar dos oidores por votos conformes y también podían conocer y determinar en todas las instancias los pleitos de mayor cuantía, superiores a trescientos mil maravedís que se determinaban en vista y revista por la Audiencia. Pero estos últimos no eran objeto de segunda suplicación. En los asuntos de superior cuantía, que excedían de seis mil pesos, se admitía la segunda suplicación ante el Consejo de Indias. En materia criminal, los oidores reemplazaban a los alcaldes de crimen y conocían en primera instancia en dichas causas que sucedieren «n la ciudad, villa o villas donde residiere, con cinco leguas en contorno, según y como pueden conocer los alcaldes de las Audiencias de Valladolid y Granada, y las sentencias así dictadas se ejecutarían sin más grado de apelación ni suplicación, ni otro medio, ni recurso alguno.

Hacia 1567 se crearon los Juzgados de Provincia. Los oidores de las reales Audiencias constituían el Juzgado de Provincia, los martes, jueves y sábados de cada semana por las tardes en las plazas de las ciudades donde residiere la Audiencia —para enjuiciar en la calle y no en sus posadas— y debían conocer en todos los pleitos civiles que ante ellos se presentaren, dentro de las cinco leguas, y cada oidor tomaría a su cargo el juzgado por su turno tres meses del año. De las sentencias de este oidor se podía apelar ante la misma Audiencia, pero no tendría voto en los pleitos que como juez de Provincia hubiere sentenciado, ni se hallaría presente cuando se votara y determinara el pleito. "Mandamos que los Alcaldes del Crimen de Lima y México, hagan Audiencias de Provincias en las calles", mandaba una ley de Indias.

Las Audiencias podían nombrar "jueces de comisión", para atender en asuntos graves o complicados, en otros lugares. El ejercicio de esta atribución se convirtió en un abuso censurable, pues los tales jueces recibían altas compensaciones pecuniarias, lo que dio motivo a que el Rey mandara cesar, más de una vez, a estos jueces de comisión. En algunos casos, la Audiencia nombraba a uno de sus miembros con especiales funciones, por tratarse de asuntos de interés público. Así, en Buenos Aires, en 1804, la Audiencia consideró necesario la asistencia de uno de sus miembros como juez del Coliseo de Comedias conforme a lo practicado en Lima. Los oidores debían concurrir por turno, de tres meses en calidad de "juez director", destinándosele un palco, para que estuviere con el decoro propio de su investidura, asistido de escribano y del teniente del alguacil mayor para que procediera en el acto, en caso de ser necesario.

A principios de 1805 el virrey Sobremonte se dirige al oidor Juan Bazo y Berry con carácter "reservadísimo" encargándole que indague sobre la repetición de noticias extraordinarias que se esparcían en el público anunciando trastornos en el gobierno. La

pesquisa de Bazo y Berry es de gran significado, pues llega a decir que no quiere trasladar al papel tales noticias "porque son indignas de transmitirse a la posteridad". Tal es el origen del Juzgado de Vigilancia Política, creado por el virrey Sobre-monte al nombrar al oidor Bazo y Berry, y continuado por el virrey Cisneros, que designó a ese fin al fiscal Antonio Caspe.

Advertiré ahora la importancia que tuvo en Indias la legislación relativa a los llamados bienes de difuntos. No es que tal legislación modificara el régimen sucesorio establecido por el Derecho castellano, pero organizóse una especial magistratura y se mandó observar un procedimiento determinado en salvaguardia de los herederos de las personas que morían en España o en Indias, dejando en estas tierras sus bienes.

Se confirió en primer término a los miembros de la Casa de Contratación —en 1510— tuvieran cuidado de recoger los bienes de los que muriesen en Indias o en el viaje, debiendo asentar en un libro la referencia de estos bienes y publicar y hacer pregón diciendo cuáles eran y a quiénes pertenecían para noticiar a todos. Habiéndose comprobado abusos en perjuicio de los derechos de los particulares y de la Corona se realizó en 1512 capitulación o asiento con Hernando Vázquez sobre bienes de los difuntos en Indias, obligándose éste a adquirir dichos bienes y llevar a España aquellos de que no aparecieran herederos, beneficiándose en el quinto.

En 1550 se instituyó en las Audiencias el Juzgado de Bienes de Difuntos. Dice esta Real Cédula, recogida en la Recopilación de 1680, que los virreyes y presidentes nombren un oidor por juez de bienes de difuntos, por dos años, dándole comisión, para lo tocante a la judicatura, a cobrar, administrar, arrendar y vender los bienes de difuntos. Tal enunciado revela la importancia y carácter extraordinario de las atribuciones de este Juzgado. Si de él se apelare y suplicare, el pleito debía ir a la Audiencia. Porque los herederos —se explica en los considerandos— adquieran los bienes en que conforme a derecho, cédulas y órdenes dadas deben suceder, y en su administración y cobranza se ha procedido con notable descuido, omisión y falta de legalidad, mediante las usurpaciones de ministros que los han invertido en sus propios usos y granjerías, en perjuicio de los interesados.

De lo expuesto se desprende el concepto general de que las Audiencias desempeñaron en Indias funciones muy altas y dilatadas como Tribunal de Justicia y en carácter de centros directivos, organizando legal y socialmente la unidad judicial en los pueblos de sus distritos. Pero además realizaron una función específica y exclusiva de cada una, según fueran sus problemas distintos.

Es fundada la opinión acerca de la enorme influencia que ejercieron las Audiencias en la formación de los Estados independientes, pero conviene hacer una valorización estricta de las circunstancias en que se crearon las distintas Audiencias y del medio histórico en que debieron actuar

De ahí la importancia que asignaban los más de los tratadistas a los cargos de oidores. Los magistrados de Indias debían poseer condiciones de edad, ciencia, grados de letras, virtud conocida, experiencia continuada en la abogacía, antecedentes forenses, "que pues en las manos de tales ministros se ponen las vidas, honras y haciendas de los de sus pueblos, ninguno podrá decir que nada de esto tiene seguro, si es malo, Injusto, liviano o tirano". Admite Solórzano que había en Indias muchos y muy buenos ministros, pero que no se atendía laido como era conveniente tales designaciones, al punto de repetir un concepto difundido según el cual los reyes habían erigido y dotado tantos tribunales para la administración de Justicia y que éstos cuidaran tan poco de administrarla.

No podían tener casas propias, tratar ni contratar, ni recibir dádivas, ni dinero prestados, ni cosas de comer. El letrado pariente del oidor no podía ejercer su profesión en este distrito, prohibiciones todas que tenían por fin hacer de la carrera de la magistratura un verdadero sacerdocio.

Para elevar su jerarquía los oidores debían ser honrados por el rey y el Consejo de Indias, así como respetados por los pueblos. La toga talar que usaban era a modo de una insignia de honor. Una de las ceremonias o cortesías que se les guardaba consistía en apearse de los caballos las personas que les contraban, haciendo muestras de acompañarlos. Mas no era justo que se ensorberbecieran y procurarían mostrar "que su templanza y prudencia excede a su potestad". Por último correspondía premiar sus servicios con amplitud, para garantizar su independencia y justicia.

Repito que las Audiencias fueron a la vez altos tribunales de justicia y organismos políticos consultivos del virrey o del gobernador, afirmación que puede hacerse a la luz de una nueva documentación.

En las Audiencias Pretoriales el presidente era el virrey, pero intervenía comúnmente en los Reales Acuerdos y no en los acuerdos de justicia. Esta determinación de las funciones políticas del virrey con exclusión de las de orden judicial se definieron más y más a partir de la Instrucción de Regentes de 1776.

Las Audiencias Virreinales eran presididas por los Virreyes; las Pretoriales por el Gobernador o Capitán General y las subordinadas por un togado.

En el siglo XVIII, con la Instrucción de Regentes citada, se creó el nuevo cargo de Regente, un togado que ejercía la presidencia económica y administrativa de la Audiencia.

Con respecto al Ministerio público en el Derecho indiano, corresponde referirse a leyes del título XVIII, libro II, sobre los Fiscales de las Audiencias, que tenían a su cargo la defensa y representación del patrimonio y hacienda real. Los Fiscales del Consejo de Indias eran dos, uno en lo civil y otro en lo criminal, y en representación del fisco podían demandar a particulares por asuntos de Indias. En cuanto a los Fiscales de las Audiencias, sus amplias funciones se referían a la defensa de la Hacienda Real y la defensa de los pleitos del fisco. Ha podido decirse que ejercían un verdadero control sobre los demás miembros del Tribunal. En 1776 se unió a los Fiscales del crimen el cargo de Protectores generales de indios.

En la historia de las Audiencias del Virreynato del Río de La Plata, son famosos por su destacada actuación, a fines del siglo xviii y principios del xix, Victoriano de Villava, Fiscal de la Audiencia de Charcas, y Manuel Genaro de Villota, Fiscal de la Audiencia de Buenos Aires.

III

Para abarcar la amplificada organización de la justicia indiana, después de estudiados los Tribunales Ordinarios, se impone referirse a los Tribunales Inferiores y especiales.

Las formas comunes del Derecho procesal eran la actuación escrita y la doble instancia (en materia penal, el mismo Juez de sumario lo era de sentencia), pero variaban según fuera la estructura judicial de las distintas Provincias de Indias.

El Rey mandó acrecentar en cada una de las Audiencias de Lima y México, una Sala de cuatro Alcaldes del crimen, en las casas de las Audiencias, con estrados, dosel y todo lo necesario para su adorno y autoridad. Estos Alcaldes conocían en primera instancia en todas las causas civiles y criminales que se presentaban dentro de las cinco leguas y hacían audiencia de provincia a las partes en las plazas de las ciudades, como lo hacían los Oidores de las Audiencias.

Para el buen regimiento, gobierno y administración de justicia, de las ciudades y pueblos de españoles en Indias, se mandó que se eligieran cada año dos alcaldes ordinarios que conocerían en primera instancia en todos los negocios, causas .v «osas que podía conocer el Gobernador, o su lugarteniente en lo civil y criminal; y las

apelaciones que se interpusieran de los autos y sentencias debían elevarse a las Audiencias, Gobernadores o Ayuntamientos.

En las ciudades, villas y poblaciones donde no había alcaldes de la hermandad, conocían de estos casos los alcaldes ordinarios, y las apelaciones interpuestas se elevaban ante el presidente y oidores del distrito. Los oidores y jueces de provincias de las audiencias no se evocarían las causas que estuvieren pendientes ante los alcaldes ordinarios, si no fuere en los casos imitados por Derecho.

Con especial cuidado se harían las libres elecciones de alcaldes ordinarios, por lo que convenía a la república que hirvieran estos oficios los sujetos más idóneos y que se hicieran con libertad. Para desempeñar los cargos de alcaldes ordinarios serían elegidas "personas honradas, hábiles y suficientes", que supieran leer y escribir (aunque no se cumplió este requisito, en algunos casos de acuerdo con una opinión de Solórzano), debiéndose tener consideración a los descendientes de descubridores, pacificadores y pobladores, y no podía ser elegido el que no fuere vecino. En el caso de muerte o ausencia de alguna de los alcaldes ordinarios, lo reemplazaba, hasta hacer nueva elección, el regidor más antiguo, donde no hubiere alférez real, que era el que gozaba por su título de la precedencia de regidor más antiguo. En los casos difíciles los alcaldes se hacían aconsejar por los profesores de Derecho que actuaban como asesores letrados. El procedimiento era escrito, pero rápido.

No es que los alcaldes fueran magistrados que sólo entendían en asuntos de menor cuantía. En determinados lugares conocían en todos los asuntos civiles y criminales, sin limitación alguna. Los alcaldes de primero o segundo voto se avocaban al conocimiento de los asuntos por turno o por orden, pero a veces se establecía cierta diferencia entre ellos, como en el caso de Montevideo, donde el Alcalde de primer voto era Juez de Naturales, y a él sólo competían las causas en que intervenían indios, y el de segundo voto era Juez de Menores.

Se reconocía la facultad jurisdiccional de los cabildos municipales para entender en grado de apelación de algunas causas falladas por las justicias ordinarias en primera instancia.

Esta atribución de los cabildos como tribunales de apelación aparece en principio en la ley I, título III, libro V de la Recopilación de 1680. Los cabildos entendían en grado de apelación de las sentencias de los alcaldes en las causas que ascendían hasta la suma de 60.000 maravedís. En las causas en que conocían los ayuntamientos, que no exceden de

60.000 maravedís, no se admitía apelación ni suplicación para las audiencias y las condenaciones se ejecutarían.

Las cuestiones presentadas eran cada vez más complicadas o difíciles, obligando a los Alcaldes a recabar el asesoramiento letrado. Llegaron a crearse los cargos, provistos por los Cabildos, de Asesor General de menores y de Defensor de pobres.²

Durante los Reyes Católicos se reorganizó en Castilla la institución de la Santa Hermandad.

En Indias, al comienzo los Alcaldes ordinarios conocían de los asuntos de campo hasta que se creó la autoridad de los Alcaldes de Hermandad o Juez Cuadrillero que elegían los Cabildos por un año. Después se comenzó la grave práctica de vender y por lo tanto de perpetuar tales oficios de Provinciales de la Hermandad, a imitación de lo que se hacía en Sevilla, dando motivo a las quejas de los Cabildos porque no se respetaban sus privilegios. El beneficio que resultaba de la fundación de la Hermandad era evidente por la distancia de unas poblaciones a otras y para refrenar los excesos cometidos en lugares yermos por la mucha gente ociosa y perdida que vivía en ella, con detrimento de los caminantes y personas que habitaban en partes desiertas sin contar con quien los ayudara en las necesidades, robos o injurias que padecían.

Me referiré oportunamente a los Alcaldes de Hermandad en los orígenes de la justicia en Buenos Aires, en que el Cabildo designó las personas que desempeñarían las funciones de Hermandad, distintas de las que ejercían los alcaldes ordinarios, habiéndose llegado a establecer que tales funciones se limitaban a realizar una información sumaria para ser elevada a los alcaldes ordinarios. Además de entender en los delitos de hermandad, se pronunciaban en juicio verbal en asuntos hasta de treinta pesos.

En las ciudades y villas principales se crearon después los corregidores o gobernadores que conocían en grado de apelación de los fallos de los alcaldes ordinarios, y por esta causa se les ha llamado justicia mayores.

² RICARDO ZORRAQTJÍN BECÚ: *La justicia capitular durante la dominación española*, edición del Instituto de Historia del Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1947.

Los oficios que en Nueva Castilla se llamaban corregidores, en Nueva España eran Alcaldes Mayores, y en algunas provincias Gobernadores, y ejercían la autoridad judicial y política. Existían también los Corregidores especiales de pueblos de indios, de funesta memoria por los abusos que cometieron en el desempeño del cargo.

Los Gobernadores, Corregidores y Alcaldes Mayores provistos en España para las Indias, debían jurar en el Consejo de Indias y presentar inventario de todos sus bienes y hacienda que tuvieren al tiempo de su nombramiento. También estaban obligados antes de recibirse de sus cargos a dar fianzas legas. Los Alguaciles Mayores de las ciudades ejecutaban los mandamientos de la justicia, tenían la misma obligación de rondar lie noche y reconocer los lugares públicos que los Alguaciles Mayores de las Audiencias. Debían prender a quien se les mandare, sin omisión, y no disimular los juegos vedados ni toados públicos.

IV

En la mención de los Tribunales especiales comenzaré por los Tribunales eclesiásticos. Debe recordarse que los Tercos de fuerza imponían la superintendencia de la Audiencia en la jurisdicción eclesiástica ordinaria.

Los jueces eclesiásticos entendían en todo lo relacionado con los sacramentos, dispensas de votos, bienes y recursos de Iglesia, beneficios eclesiásticos, y en materia civil, sobre matrimonios, divorcios, esponsales.

Como algunos jueces eclesiásticos habían intentado avanzar sobre la jurisdicción real, se mandó a las Reales Audiencias de 1559 que invariablemente la hagan guardar en sus distritos.

La justicia eclesiástica comenzaba por el juez del lugar, apelándose de su sentencia ante el obispo metropolitano y siguiéndole en orden jerárquico el nuncio apostólico.

En principio podía recurrirse al Sumo Pontífice, pero, como ya expliqué al tratar el Derecho público americano, por Real cédula de 1606 los pleitos eclesiásticos debían terminarse en Indias, reduciéndose a dos sentencias y suprimiéndose el recurso ante el Papa.

El tribunal del Santo Oficio de la Inquisición tenía por fin conservar la religión en su pureza, dar a conocer a Dios verdadero, procurar el aumento de la santa ley evangélica, libre de errores y doctrinas sospechosas. Contra los que progaban falsas opiniones y herejías, esparciendo diversos libros heréticos, el verdadero remedio consistía en desviar y excluir del todo la comunicación de los herejes y sospechosos, castigando y extirpando sus errores. De ahí el establecimiento del Santo Oficio de la Inquisición y designación de inquisidores apostólicos y los ministros necesarios para el uso y ejercicio del Santo Oficio, con ayuda del brazo real, ordenándose a las autoridades de Indias que cuando fueren los inquisidores apostólicos, debían recibirlos con reverencia,

permitiéndoles ejercer libremente el Santo Oficio. Pero se hizo aborrecible por los procedimientos que aplicó al pueblo y a las autoridades.

La labor de fiscalización que ejercía el Santo Oficio se refería principalmente a la persecución de los judíos y moros, conocimiento de los delitos de simonía y sacrilegios, y es posible que en el siglo XVIII se ocupara principalmente de detener la difusión de las ideas revolucionarias.

Con respecto a los tribunales militares, una ley de Indias de 1608 disponía que los virreyes, como capitanes generales, conocieran de todos los delitos, casos y causas que en cualquier forma se refirieran a los capitanes, oficiales de artillería, artilleros y demás gente de guerra que sirvieran a sueldo. Las Audiencias, alcaldes del crimen y otras justicias no debían intervenir en el conocimiento de estas causas por vía de apelación ni en otra cualquiera forma.

Se declaró que los presidentes y gobernadores, como capitanes generales, cada uno en su distrito, conocerían y determinarían en primera y segunda instancia en todos los pleitos, delitos, casos y causas referentes a los castellanos, alcaldes de los castillos, capitanes, oficiales, soldados y a la demás gente de guerra que servían a sueldo y se reunían para descubrimientos y pacificaciones, siendo reos.

Las apelaciones que se interponían de las sentencias de los virreyes, gobernadores, capitanes generales, debían elevarse en los casos previstos a la junta de guerra de Indias y no se otorgaban para otro ningún tribunal.

Al igual del Consulado de Sevilla y Burgos, se crearon en Lima y México a fines del siglo xvi los consulados de mercaderes para conservar el comercio y ejercer la jurisdicción comercial a cargo del prior y cónsules. Estos últimos podían tener uno o dos letrados como asesores de su juzgado y un procurador con poder para lo que se le ordenase. Debían reunirse tres días en la semana en su sala y conocerían en todos los pleitos sobre cosas tocantes a las mercaderías y tratos de ellas y entre mercaderes, factores y encomenderos, compras, ventas, trueques, cambios, quiebras, seguros, cuentas, compañías y factorías, fletamientos de navios, y diferencias que hubiere entre los maestros y marineros sobre las cuentas.

La persona que iniciaba el pleito ante el prior y cónsules debía hacer simple relación de su demanda, y el reo de su defensa, procurando excusar el pleito. Pero si querían hacerlo no se debían admitir a los unos ni a los otros escritos de le-lindos, y las partes ordenarían sus demandas y respuestas para que los pleitos fueran más breves. Se podían aconsejar con un letrado para que los instruya sobre su causa por claras y buenas

razones, "no alegando leyes ni derechos", y si alguno presentare escrito de letrado no se le debía recibir.

De las sentencias del prior y cónsules se podía apelar ante el oidor de la audiencia. El oidor nombrado debía ir a la sala del Consulado delante del prior y cónsul, y su escribano, juraba usar el oficio de juez de apelaciones conjuntamente con dos mercaderes, con quienes se acompañaba, "personas honradas, de buena conciencia, opinión y fama e inteligentes" con la,s mismas calidades requeridas para ser prior y cónsules.

En las Ordenanzas de Minas dictadas por virreyes, y particularmente las que proveyó Francisco de Toledo, existen disposiciones relacionadas con los tribunales especiales de minería.

Las funciones de los alcaldes mayores de minas, desde el punto de vista judicial en dichas materias eran equiparables a las de los corregidores, pero existían además los alcaldes de tuinas que sentenciaban en primera instancia en los asuntos de menor cuantía. De los fallos de los alcaldes de minas se apelaba antes los alcaldes mayores o corregidores.

Los rectores de las Universidades tenían jurisdicción, por una ley de Indias, en los doctores, maestros y oficiales de ellas y en los lectores, estudiantes y oyentes que a ellas concurrieren. Esta jurisdicción alcanzaba a todos los delitos y cau-NIIH criminales que se cometieren dentro de las escuelas de las Universidades, en cualquiera manera tocantes a los estudios, nomo no fueran delitos con pena de efusión de sangre o mutilación de miembros u otra corporal. En los demás delitos que se cometieren fuera de las escuelas, si era negocio concerne a los estudios o pendencia de hecho o de palabras que alguno de los doctores, maestros o estudiantes tenga con otro, en estos casos los rectores podían conocer también de tales delitos. La finalidad que explicaba la concesión de esta jurisdicción era la reforma de la vida y costumbres de los estudiantes "para que mejor puedan conseguir la pretensión de sus letras". Los rectores, por tanto, podían conocer de los excesos que los estudiantes tuvieren en juegos y deshonestidades y podían castigarlos y corregirlos con prisiones, así como también por las desobediencias de los doctores y estudiantes al no cumplir los mandatos de las constituciones. En los demás delitos particulares que los doctores, oficiales y estudiantes cometieren fuera de las escuelas conocerían las demás justicias ordinarias. Los rectores, para los casos contenidos en la ley, podían sustanciar los procesos, prender

los culpables, sentenciar las causas, imponer penas ordinarias o arbitrarias, y mandarlas ejecutar conforme a derecho. Las partes podían apelar ante los alcaldes del crimen.

El Protomédico general ejercía una elevada misión de acuerdo con la Ley de Indias, que procuraba que los vasallos "gocen larga vida y se conserven en perfecta salud", enviados a las Provincias de Indias para los exámenes y licencias. En los casos que conforme a su oficio pudieren proceder contra alguna persona, se debían acompañar para dar sentencia con uno de los oidores de la Audiencia y si la causa se ofreciere en algún lugar de tránsito, donde no haya Audiencia, se acompañaría con el gobernador, corregidor o alcalde mayor, de manera que no podía sentenciar sin estar acompañado, como estaba previsto.

La Mesta se fundó en Indias como en Castilla, para promover la cría de los ganados y que los delitos no quedaran sin castigo. El Cabildo de la ciudad nombraba uno o dos alcaldes de Mesta en el mismo acto de nombrarse los alcaldes ordinarios, que tengan ganado "y sepan de las cosas concernientes a él". Los que tenían 300 cabezas de ganado eran hermanos de la Mesta y estaban obligados a ir en persona, o enviar otro por ellos, a los Consejos que se hicieren.

Los alcaldes de la Mesta harían pesquisa general de oficio, aunque no hubiere acusador ni denunciador, sobre los hurtos de ganado que se hacían, y debían castigar a los culpables con las penas de derecho. Las condenaciones y penas impuestas por la Mesta en Castilla eran aplicadas en las Indias.

Desde principios del siglo XVII se organizaron los Tribunales de Cuentas para la buena administración y cobro de la Real Hacienda, integrada con tres contadores, y cada tribunal "para que mejor lo pueda cumplir traiga vara de justicia". Las Contadurías de cuentas despachaban haciéndolo por provisiones selladas con el sello real en la misma forma que si fueran las Audiencias y Contaduría Mayor de Castilla, y estas provisiones y cartas serían guardadas y cumplidas, sin observaciones, y los presidentes, oidores, alcaldes, gobernadores, corregidores y justicias de Indias no impedirían su efecto por ninguna causa bajo severas penas.

Si de las cuentas que se tomaren resultaban algunos pleitos, conocerían de todos en primera y segunda materia tres jueces oidores de la Audiencia, y dos contadores nombrados por el virrey se hallarían presentes con voto consultivo y obligación del secreto como los otros jueces. Si de la sentencia que se pronunciare se suplicara por las partes, sería ante los mismos jueces que determinan en segunda instancia, y allí quedaban los pleitos fenecidos y acabados. Pero había grado de segunda suplicación ante la

Real Persona. Los virreyes, presidente, un oidor y un contador de cuentas determinarían las competencias de jurisdicción entre las Reales Audiencias y las Contadurías. Se concedió a los contadores de cuentas la facultad y jurisdicción necesarias para que puedan mandar prender a las personas que se les descomedieren y dieren causa para ello sobre la ejecución de sus órdenes.

El Juzgado de Correos se estableció por real decreto de 20 de diciembre de 1776, conforme al cual se creaba un Tribunal Superior con la denominación de Real Junta de Correos y Posta de España y las Indias, que conocería de las apelaciones que se interpusieran, de las sentencias dadas en primera instancia por los subdelegados del Superintendente General, declarándolas por tal Tribunal "con absoluta independencia de los Consejos y Tribunales dentro y fuera de la corte de los de Indias y de todo otro juzgado, debiendo ser esa junta la que conocería y substanciaría en última instancia, causando ejecutoria sus decisiones".

Con respecto a los jueces de aguas, una ley de Indias disponía que en los acuerdos de las Audiencias nombraran jueces que repartan las aguas a los indios para que rieguen sus chacras, huertas y sementeras, y para que abreen los ganados. La retribución de estos jueces no debía ser a costa de los indios, y en las causas de que conocieren, si se apelaba de su sentencia, se ejecutaría lo que la Audiencia determinara, no obstante la suplicación y si ejecutada suplicaran las partes, la Audiencia las admitiría en grado de revista, determinando lo que fuese de justicia.

El Protector de Indios y Juez de Aguas de la Ciudad de lea representó que los litigios que debían seguirse en su juzgado se llevaban a la de los Reyes por compulsión en perjuicio de los indios y de su derecho, por no tener facultad sus demandas en ella. El Rey mandó en 1749 que observando la ley LXIII, título II, libro III, y lo prevenido por las de Castilla, se abstuviesen las Audiencias de conocer las causas de aguas en primera instancia y sólo conociesen en ella en grado de apelación de la sentencia de su juez.

V

El Derecho penal en Castilla y León había evolucionado notablemente, atenuando la ferocidad y el espíritu de crueldad que caracterizó la legislación foral, hasta lograr expresiones humanitarias en la Partida VII.

Uno de los factores que explica el lento avance del Derecho penal castellano, y aun del indiano —perro este último se desprendió del Derecho materno a los impulsos vigorosos de los factores vernáculos a que me referiré en seguida—, es la existencia de

las distintas y especiales magistraturas que con sus respectivas jurisdicciones no permitían lograr la unidad en los principios del Derecho procesal.

El descubrimiento del Nuevo Mundo y la consiguiente necesidad de realizar la gran empresa de la conquista, en que actuaron algunas gentes al margen de la ley, han influido en la evolución más humana del Derecho penal y en la adopción de un criterio amplio aplicado a la calificación de las faltas, de los delitos y las penas.

Se mandó que ni los preladados ni sus vicarios excomulgaran por cosas livianas ni pusieran penas pecuniarias, porque "en tierra tan nueva", donde se plantaba la Fe, convenía tener "gran templanza" en todo lo referente a las excomuniones, tanto por "el buen ejemplo como por quitar escándalos".

Recuérdese que en 1497 se expidieron provisiones autorizando a delincuentes que hubiesen cometido ciertos delitos para que pasaran a las Indias. Se mandó en la ordenanza de población de Felipe II que las justicias no impidieran al Adelantado llevar el ganado que necesitaba y estuviere obligado por su capitulación "y no embaracen el viaje a los españoles o indios, o los demás que quisieren ir, aunque hayan cometido delitos, y no puedan ser castigados por ellos, no habiendo parte".

Debe tenerse presente que las fuentes auténticas para el estudio del Derecho penal indiano —y de todo el Derecho indiano propiamente dicho— son los autos acordados de la Audiencia y los bandos de adelantados, virreyes y gobernadores que contienen las prescripciones del régimen procesal penal y las ordenanzas de los cabildos, estas últimas para los delitos de policía principalmente.

Aparte lo expresado, para la comprensión de la naturaleza del Derecho penal indiano debe tenerse presente que en general la legislación dictada por España tenía carácter preventivo o sustitutivo en cuanto legisla sobre la economía, la justicia y la protección social, estimulando en los hombres el hábito y el sentimiento del trabajo.

Se prescribía la obligación del trabajo a todas las personas, cualquiera fuera su condición social o racial. Estaba prohibido que en las reducciones y pueblos de indios pudieran vivir españoles, negros, mulatos o mestizos, habiéndose experimentado que algunos españoles que tratan y andan entre los indios eran hombres inquietos, de mal vivir, ladrones, jugadores, viciosos y gente perdida, y al huir los indios dejan sus pueblos.

A los vagabundos que fueren oficiales se les obligaría a trabajar en sus oficios, y si no lo fueren debían aprender en qué ejercitarse o elegir otra forma de vida, "por el estrago que hacen en las almas estos vagabundos ociosos y sin empleo viviendo libre y

licenciosamente". En el caso de que fueran incorregibles debían echarlos de la tierra y enviarlos a Chile, Filipinas u otras partes. Las leyes interesaban a los virreyes y justicias para que con gran destreza fueran introduciendo a los españoles ociosos en la labor de los campos, minas y otros ejercicios públicos.

En las Leyes de Indias asoma una política de protección de la niñez. Respecto de la infancia abandonada, se creó la obligación del Estado para recoger los niños y niñas desvalidos, colocándolos en asilos y en familias.

La pena capital se aplicaba en diversas formas, predominando la horca, la decapitación, el garrote (o estrangulamiento por medio de una cuerda que se apretaba con un torniquete) y el arcabuceo para los militares.

La pena de horca se suavizaba en la práctica, ahogando al condenado antes de suspenderlo.

En virtud de los inconvenientes que podían presentarse para dar con la persona que ejecutara la pena de muerte "sin exponer el reo a padecimientos", llegándose al extremo de que en la misma mañana en que se debía ajusticiarlo no hallaba el juez quién quisiera hacerlo, la Real Audiencia de Buenos Aires condenó en más de un caso a verdugo por diez años y autorizaba a encomendar el oficio de verdugo perpetuo a los primeros reos que merecieran pena de muerte, conmutándoles dicha pena.

Para la pena de muerte —como la de azotes— se guardaban formas solemnes, según las cuales el reo era sacado a las calles hasta la Plaza mayor generalmente, donde se levantaba el rollo, acompañado de religiosos y soldados, con el instrumento de su delito pendiente del cuello.

Después de lo explicado corresponde advertir que sólo en casos excepcionales se aplicaba la pena de muerte, y a veces se condenaba a presenciar "la primera justicia de horca que se execute, cabalgada en una Bestia de Albarda", aparte otras penas.

Acaso haya influido también aquella ley de Indias citada, sobre la ejecución de la pena de muerte, aparte de la existencia de otras causas sociales, como el carácter más amplio del Derecho penal indiano y la necesidad de contar con el esfuerzo humano, que era escaso, para que las Audiencias sólo en asuntos extraordinarios la admitieran, como queda demostrado a través de la documentación judicial de nuestros archivos.

La pena de azotes era afrentosa y se aplicaba a espaldas desnudas por las calles y en la plaza, o al pie de la horca, y no se hacía lugar a su ejecución reservada dentro de la cárcel.

Las penas corporales afflictivas, como las mutilaciones, cortar la lengua, arrancar los dientes, las orejas y marcar la cara, se conmutaron por otras más leves. La de azotes era la pena más generalizada, pero no se aplicó sino con juicio previo. Se recuerda un caso de aplicación de azotes a vagos y ladrones en 1792, sin cumplirse las exigencias del sumario, que dio motivo a una sentencia de la Audiencia, declarando que era un atentado el castigo de azotes a los reos y ordenando que en lo sucesivo el juez alcalde se abstenga de imponer pena corporal sin preceder el correspondiente sumario, confesión al reo, defensas legítimas y apelaciones.

Se condenaba a "cuestión de tormento", que consistía en interrogar al reo mientras se le sometía a una dolorosa y a veces sangrienta tortura, produciéndole heridas en la piel o suspendiéndolo con una cuerda, cargándole los hombros o los pies con grandes pesos.

El tormento para obtener la prueba, legislado en el Fuero Juzgo y en las Partidas, se aplicó, aunque no frecuentemente. Por error se ha podido afirmar que en la cárcel del Cabildo de Buenos Aires no existía la cámara apartada para dar tormento, además de que en las actas capitulares aparecen noticias según las cuales había potro de tormentos.

En 1786, un individuo acusado de haber muerto a un hombre, en Buenos Aires, es condenado a "cuestión de tormento" en la forma acostumbrada.

En conocimiento de esta sentencia, Feliciano Antonio Chiclana, Procurador de pobres en lo Criminal, presentó un notable escrito en el que expresaba agravios, pidiendo fuera revocada la misma.

Las penas de presidio y de trabajos públicos, a ración y sin sueldo, y de condenas pecuniarias, reemplazaron a la de galera, famosa por su rigor.

En materia de régimen carcelario, ya en la ley 11 de la Partida VII se prohibía con pena de muerte a los carceleros, el mal trato a los presos, considerando que "la cárcel deve ser para guardar los presos e nom para fazerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella".

Para custodia y guarda de los delincuentes —dice textualmente una ley de Indias de 1578— se mandaban construir cárceles en ciudades, villas y lugares. Los alcaldes y carceleros tratarían bien a los presos "y no los injurien ni ofendan", según las ordenanzas de Audiencias de 1596.

En las cárceles se habilitaría un aposento aparte donde las mujeres estén presas y separadas de los hombres, guardando toda honestidad y recato.

Ley notable, indicadora de un progreso social, era la que prohibía que las justicias hicieran composiciones (institución de origen germánico, que consistía en el pago de

dinero al ofendido por el delito) en las causas de querellas o pleitos criminales si no fuere en algún caso particular, a pedimento y voluntad conforme de las partes, siendo de tal calidad que no sea necesario dar satisfacción a la causa pública por la gravedad del delito o por otros fines.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

AVILA, MARTEL ALAMIRO DE: *Aspectos del Derecho penal indiano*, edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Bs. As., 1946.

CÉSPEDES DEL CASTILLO, GUILLERMO: *La visita como institución indiana* en Anuario de Estudios Americanos; Sevilla, 1946, T. III.

Jofré, TOMÁS, Causas instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII, edición de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1913.

RICARDO LEVENE: Causas criminales, civiles, comerciales y recursos de fuerza, en *Historia del Derecho argentino*, t. III, sobre Documentos referentes al Derecho argentino durante la dominación española.

MALAGÓN BARCELÓ, JAVIER: *Teoría general del Derecho procesal en las leyes de Indias*. Madrid, 1936.

Medina, JOSÉ TORIBIO, *El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en las Provincias del Plata*, Santiago de Chile, 1899.

Rebolledo MADRID, ELENA: *"El Ministerio público en el Derecho indiano"*, en *"Memorias de Licenciados"*. Santiago de Chile, 1950.

Ruiz Guiñazú, ENRIQUE: *La magistratura indiana*, cit.

Zorraquín Begú, RICARDO: "La justicia capitular durante la dominación española", edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1947 y *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1952.

CAPITULO XI

LA CULTURA Y LA ENSEÑANZA EN EL DERECHO INDIANO

La Religión y la cultura. — Creación de cátedras de lenguas de Jos indios. — La imprenta en América. — Restricciones a la publicación de ideas. — Fundación de Universidades. — Libros prohibidos.

LAS Bases espirituales de Indias son la religión católica y la cultura general que España introdujo en el Nuevo Mundo.

He señalado en otros capítulos la misión civilizadora de la Iglesia en América, en la conversión de los indios al cristianismo. Con igual elevación espiritual, España llevó a cabo una vasta obra de difusión cultural por medio de la enseñanza principalmente.

Corresponde contemplar el cuadro más vasto del trasplanto de la cultura europea en Indias relacionado con la enseñanza y la legislación sobre publicaciones. Desde tales puntos de vista, este fenómeno se relaciona con la difusión en América del idioma castellano y la religión católica, como altas expresiones espirituales del pueblo que realizó el descubrimiento y la colonización.

Aparecen disposiciones sobre el idioma castellano y su difusión entre los indios, desde la primera época, debiéndose recordar la de 1511, en la que a continuación de diversas resoluciones se alude a la "ynposieión del castellano como se dio la comisión y no como se hyzo". Pero no se conoce cuál fué esa comisión y en qué consiste el error en que se incurrió.

Los reyes desistieron del absurdo propósito de imponer su idioma a los aborígenes, y antes al contrario, obligaron a los sacerdotes a aprender las lenguas americanas. Entre las cátedras que se instituyeron en las Universidades, una era de la lengua general de los indios, para conocimiento de los sacerdotes que predicaban los Santos Evangelios y enseñaban la doctrina. Se acordó que hubiese dichas cátedras en todos los lugares de Indias en que existían Audiencias. Los sacerdotes que salían a las doctrinas debían antes haber cursado la enseñanza de la lengua. Los prelados no podían ordenar a los que no conocieran la lengua general de los indios, con certificación del catedrático de haber seguido un curso entero. Los que supieren mejor la lengua serían preferidos en la presentación a las doctrinas, beneficios y oficios eclesiásticos. Toda esta acción concurría a la política moral, y de salvación de las

almas —que tal es el concepto civilizador del mundo cristiano—, de convertir a los indios a la fe católica.

La primera imprenta introducida en el Nuevo Mundo fué en México en el año 1535. En la segunda mitad del siglo xvi había en México siete impresores, que publicaban libros religiosos, diccionarios y gramáticas de idiomas aborígenes. En 1563 se publicó el "Cedulario de Puga", uno de los primeros cuerpos legales, de que me ocuparé más adelante. En la misma ciudad existían numerosos institutos de enseñanza.

En Lima se autorizó el establecimiento de una imprenta hacia 1582, y dos años después, en 1584, se publicaba el opúsculo "Pragmática sobre los diez días del año", que puede considerarse la primera obra impresa en América del Sur.

En las provincias del Río de la Plata los jesuítas introdujeron la imprenta en las Misiones del Paraguay, publicándose libros de doctrinas y diccionarios de 1703 a 1725.

El P. Jesuíta José Serrano tradujo al guaraní el libro *Diferencia entre lo temporal y eterno*, escrito por el P. Eugenio de Nieremberg. En 1724 se hizo una edición del libro *Arte de la lengua guaraní*, por el P. Antonio Ruiz de Montoya.

Estos breves antecedentes sirven para explicar la imprenta misionera.

En 1763 la Universidad de Córdoba consiguió una imprenta. El primer libro que se publicó en ella fué *Laudationes quinqué*, en 1766, en el que se hace el elogio del Dr. Ignacio Duarte y Quirós, fundador del Colegio Convictorio de Montserrat. El autor del libro *Laudationes* es el P. Peramás.

Publicó también, entre otros notables trabajos, la "Pastoral del Arzobispo de París", traducción castellana, que es en realidad una defensa de la Compañía Jesuítica, en cuya época ya comenzaba a agitarse la opinión en contra de la poderosa compañía.

Esta imprenta jesuítica de Córdoba sólo alcanzó a funcionar dos años, pues se produjo la expulsión de la orden en 1767. La imprenta quedó en los sótanos del Colegio Convictorio de Montserrat hasta que el Virrey Vértiz la hizo llevar a Buenos Aires, poniéndola al servicio de la Casa de Niños Expósitos.

No obstante la poca cantidad de letra de esta imprenta, se realizaron en Buenos Aires incontables publicaciones, inclusive la de nuestros primeros periódicos como el *Telégrafo Mercantil* y el *Semanario de Agricultura*.

Con el fin de que sus subditos fueran instruidos y graduados "en todas las ciencias y facultades", para desterrar de las Indias "las tinieblas de la ignorancia" —como proclama la ley respectiva—, se fundaron en México y Lima¹ Universidades y estudios generales, concediéndoles a sus graduados las libertades y franquicias de que gozaban los graduados

en la Universidad de Salamanca, pero sin el privilegio de no pechar. Como se hiciera instancia sobre la materia, por otra provisión de 1562 se concedió, "así en el no pechar como en todo lo demás". Fué el progresista virrey Francisco de Toledo quien le dio gran impulso a la Universidad de Lima, trasladándola del Monasterio de Santo Domingo a su lugar histórico, y la dotó de rentas suficientes, que después mejoraron por reales cédulas posteriores. Se continuó alentando el desarrollo de los estudios y se crearon en 1578 dos Colegios en dicha Universidad, uno para hijos de beneméritos y otro para hijos de caciques.

Tal política sobre la cultura superior —que enaltece a España, pues se proponía por alto ideal formar una clase ilustrada— tiene su origen en el reinado de Alfonso X el Sabio, el autor de las primeras grandes leyes universitarias, que se insertan en las Partidas (Partida II, título XXXI) y se reproducen y amplían en la Recopilación de 1680, de que se ocupa todo el título XXII del libro I, disponiéndose que e» las Universidades guarden sus estatutos; estando confirmados por el Rey y los virreyes no los puedan alterar ni revocar sin justa causa, que la elección del rector se haga cuando la ley lo dispone, en la forma y estilo conforme a sus constituciones, que los virreyes no impidan a las Universidades la libre elección de rectores y catedráticos, que los rectores de las Universidades tengan jurisdicción en los doctores y maestros, en los lectores y estudiantes, en todos los delitos, que las cátedras se provean por oposición a medida que fueran vacando, *qa&* en las Universidades y ciudades donde hubiere Audiencias reales haya cátedras de la lengua de los indios y muchas más.

I Fray Tomás de San Martín, obispo de Chuquisaca y primer provincial de la Orden dominicana en el Perú, obtuvo "merced de luz para alumbrar estas regiones", fundándose la Universidad de Lima.

En 1538 se había instituido la Universidad de Santo Domingo, aunque no tuvo efecto, al decir de Solórzano en el *Libro Primero de la Recopilación de cédulas...*, que con las de México, Lima y Santa Fe de Bogotá son las cuatro Universidades del siglo XVI.

He aquí la nómina y fecha de fundación de algunas Universidades en Indias:

1. Santo Domingo	1538
2. México	1551
3. Lima	1551
4. Santa Fe de Bogotá	1573
5. Córdoba del Tucumán	1613
6. Charcas o Chuquisaca	1623
7. Guatemala	1675
8. Cuzco	1692
9. Caracas	1721

10. Santiago de Chile	1728
11. Habana	1782
12. Quito	1791

Según el historiador Furlong, España llegó a fundar veintiséis Universidades en la América hispana (P. GUILLERMO FURLONG: *Las Universidades de la América hispana con anterioridad a 1810*, en *Estudios*, núm. 447, 448 y 449, año 1951).

Elogia con justicia la obra cultural de España en América el sabio Alejandro Humboldt, que viajó por Indias entre los años 1799 y 1804, poco antes de la guerra de la Independencia, y que publicó, entre otras obras, el *Ensayo política sobre Nueva España*. "Ninguna ciudad del nuevo Continente, dice Humboldt, sin exceptuar las de los Estados Unidos, presenta establecimientos científicos tan grandes y sólidos como la capital de México", citando la Escuela de Minas, el Jardín Botánico, la Academia de Pintura y Escultura. Desde fines del reinado de Carlos III, agrega, y durante el de Carlos IV, el estudio de las ciencias naturales ha hecho grandes progresos, no sólo en México sino también en todas las Provincias españolas. Por la extensión de los estudios y el nivel de los conocimientos de sus rectores y maestros, puede afirmarse que eran superiores a los que existían en la América inglesa hasta el siglo XIX. Las autoridades españolas, eclesiásticas como civiles, trabajaron en favor de la educación, y los sabios modernos, antropólogos, lingüistas, geógrafos e historiadores se honran en reconocerse continuadores de los sabios y misioneros hispano-americanos antiguos. Lo mismo puede decirse de los juristas, economistas y publicistas hispano-indianos que propagaban conceptos liberales sobre las Indias.

Para abarcar el estudio de la cultura en Indias sería necesario conocer la instrucción primaria, a cargo de las órdenes religiosas, de las escuelas del Rey y especialmente de las escuelas municipales creadas y sostenidas por los Cabildos con los propios y arbitrios, así como también la fundación de Institutos especiales. Sería necesario exponer todo lo concerniente a las bibliotecas, en cuya materia descollaron los jesuitas, pero me limitaré a consignar algunas referencias sobre la impresión e introducción de libros en América.

Desde comienzos del siglo XVI, en España se requería la previa licencia con el fin de realizar cualquier publicación. Para obtenerla era necesario llevar a cabo largas tramitaciones, y después de haberse enmendado y hecho la censura del manuscrito se enviaba a la imprenta. Impreso el libro se remitía al Tribunal correspondiente para que se hiciera la comprobación con el manuscrito original, el cual se destinaba al archivo.

Tales principios regían también para las Indias, además de otras prescripciones, como ser la ley de Felipe II, de 1556 y 1560, por la que se mandaba que los jueces no consientan ni permitan que se imprima ni venda ningún libro que trate las materias de Indias, no teniendo especial licencia despachada por el Consejo de Indias, mandando recoger y remitir todos los libros impresos sin licencia. Ningún impresor ni librero los podía imprimir, tener ni vender, y si llegaran a su poder los entregarían al Consejo para que fueran vistos y examinados, pena de que el impresor o librero que los tuviese o vendiese pagaría doscientos mil maravedís, con pérdida de la impresión o instrumentos de ella. Por otra ley se dispuso que ninguna persona, de cualquier estado y calidad que fuera, podía pasar a las Indias ningún libro impreso sobre materias de Indias o trate de ellas sin ser visto y aprobado por el Consejo con licencia obtenida en la forma anteriormente expuesta.

Aparte lo referido, se prohibían los libros de los luteranos, introducidos por herejes piratas "con proposiciones falsas que esparcen y comunican a gente ignorante"; los de romance que tratan de materias profanas y fabulosas de historias fingidas.

Esta legislación restrictiva no se cumplió. Recuérdese que la prohibición alcanzaba al *Quijote*, y se ha demostrado que casi toda la primera edición pasó a México.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

BAYLE, CONSTANTINO (S. J.): *España y la educación popular en América*. Madrid.

FURLONG GUILLERMO (S. J.): *Las Universidades de la América hispana con anterioridad a 1810*, en *Estudios*, nos. 447, 448, 449. Buenos Aires, 1951; *Los jesuitas y la cultura rioplatense*, Montevideo, 1933.

MEDINA JOSÉ T.: *Historia y bibliografía de la Imprenta en Buenos Aires*, La Plata, 1892, que comprende la imprenta en el Paraguay, Buenos Aires, en Córdoba y en Montevideo y *Biblioteca Hispano-americana*, Santiago de Chile, 1902, T. VI, pág. IX y siguientes.

MOLINA RAÚL A.: *La enseñanza porteña en el siglo XVII. Los primeros maestros de Buenos Aires*, en revista *Historia*, Buenos Aires, 1956, NO 3, pág. 39.

SIERRA VICENTE D.: *Así se hizo América*, Ediciones de Cultura hispánica. Madrid 1955.

Tomín REVELLO JOSÉ: *El libro, la imprenta y el periodismo en América durante la dominación española*, edición del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras. Buenos Aires, 1940.

CAPITULO XII

EL DERECHO PRIVADO INDIANO

- I. Desde los orígenes de la dominación española se dio a Indias un estatuto jurídico con declaraciones sobre los derechos individuales. Capacidad de las personas. — Derecho de pasar a Indias. — Condición jurídica de los extranjeros. — Derecho de vecindad. — Derechos de petición y libertad de correspondencia.
- II. La familia indiana y la familia indígena. — Libertad de matrimonio. — Razones que impusieron la obligación de contraer enlace a los castellanos. — Casados en España o Indias que estaban ausentes de sus mujeres. — La familia indígena. — Leyes que castigaban la poligamia y el matrimonio por compra entre los indios. — Estructura de la familia indiana.
- III. El Derecho de contratación. — Limitaciones registradas en las Leyes de Indias. — Régimen de sucesión de encomiendas. — Mayorazgos. — Testamentos.

En capítulos anteriores he descrito las instituciones del Derecho público indiano. Corresponde ahora ocuparse del Derecho privado. Tal estudio de la ley y de las prácticas jurídicas se extiende en las dimensiones de la vida misma, a través del régimen de las personas, los contratos, los testamentos, las uniones matrimoniales, el derecho de propiedad, instituciones reflejan las características de la legislación y del medio social, según tiempo y lugares.

Desde los orígenes se dio a Indias un estatuto jurídico, con declaraciones sobre los derechos privados, con el doble fin de reconocerlos y garantizar su ejercicio.

Al primitivo núcleo que había realizado el descubrimiento y la entrada a su costa, siguió el de los pobladores, estimulados por las franquicias y derechos que otorgaba la política social de Indias. Como se ha dicho, estos pobladores casados, de mejor condición que los solteros, no tenían los derechos y cualidades de un conquistador, pero tampoco eran, dentro del molde jurídico de la época, advenedizos llegados para aprovechar las tierras, aguas, minas, encomiendas, oficios, pues soportaban de su cuenta también los gastos y peligros de la travesía al Nuevo Mundo, y aquí fundaban su casa poblada con familia, y con armas y caballo.

Las expediciones al Continente necesitaban licencia real, pero en las expediciones no muy numerosas, la iniciativa privada actuaba con independencia, y aun sin licencia del Rey en muchos casos.

Según las leyes de Partidas, eran personas mayores de edad que adquirirían la capacidad jurídica a los veinticinco años, pero los menores de edad, varones con más de catorce años y mujeres con más de doce, podían unirse en matrimonio.

Las leyes de Partidas distinguían los hombres en libres, siervos y esclavos y libertos.

Los hombres libres que ejercían todos los derechos correspondían a los nobles y plebeyos. Los nobles no pagaban impuesto alguno, estaban eximidos de la prisión por década, no eran embargables sus bienes y no se les aplicaba tormentos.

Los siervos no podían adquirir bienes para sí, pues tales bienes pertenecían a los señores.

Cuestión legal importante era la relativa a saber el origen y condiciones de las personas que podían, pasar y contratar en Indias y cuáles restricciones estableció la incipiente legislación, especialmente por razones de religión, limpieza de sangre, estado civil y reino de procedencia.

Ya en las Instrucciones a fray Nicolás Obando, en 1501, se expresa que debiéndose tener mucho cuidado para procurar la conversión de los indios a la fe católica, particularmente evitándose la presencia de personas sospechosas, no se debía consentir que estuvieran moros, judíos, herejes ni reconciliados, ni personas nuevamente convertidas.

Se exigió expresa licencia para pasar a las Indias, y de 1552 es la real cédula que prescribe nuevamente muy probadas informaciones, constanding si son casados o solteros, las señas y edad que tienen "y que no son de los nuevamente convertidos a nuestra sancta fee Católica de Moro, o de Judío, ni hijo suyo ni reconciliados, ni hijos, ni nietos de personas q^l publicamente ovieren traydo sambenito, ni hijos, ni nietos de quemados o condenados por herejes por el delito de la herética praue-dad por linea masculina ni femenina".

Por otras provisiones y cédulas se ordenaba que los pasajeros debían comparecer personalmente ante los oficiales de la Casa de Contratación de Sevilla para dar sus informaciones; que los oficiales de Sevilla incluyesen en los registros de las naves los nombres de las personas que iban, y que las que se ocultaban, las justicias de Indias debían hacerlas embarcar nuevamente. No podía pasar ninguno que fuese casado sin llevar su mujer, los que llevaren mujeres debían dar información de que eran casados y no se daría licencia a mujeres solteras; no se consentiría pasar a Indias a ninguna persona que com|>rase licencia ni a los que la vendieren; no pasaban al Perú las que iban al nuevo Reino de Granada o las que residían en la Isla Española, sin expresa autorización,

compeliéndose a las personas a que residieran en las provincias para donde llevaran licencia.

Tales prescripciones restrictivas- para la salida a Indias, inspirábanse en el error económico de que era necesario contener el debilitamiento de la población de España, producido a consecuencia de la colonización de América. Con el mismo criterio de oponer trabas a la salida de gentes, se limitó a un puerto, en 1561, la salida de embarcaciones con géneros, artículos y efectos.

El derecho de locomoción tenía reglamentaciones explícitas. Por provisión de 1534, se dispuso que ninguna persona podía salir de la provincia o isla de las Indias donde fuere vecino, sin licencia del gobernador. Si se infringía tal prescripción se perdía el oficio e indios que tuvieren.

Los navarros y aragoneses, ¿estaban equiparados a la condición de los naturales de Castilla y León?

Como el rey don Fernando era aragonés, muchos de este reino pasaron a las Indias con cargos muy honrosos, sin licencia particular, costumbre que adquirió fuerza de ley en una Real cédula de 3 de enero de 1596 en la que se declara por extranjeros de los reinos de Indias a los que no fueren naturales de los reinos de Castilla, León, Aragón, Valencia, Cataluña, Navarra y los de las islas de Mallorca y Menorca, por ser de la Corona de Aragón. El principio general que fué imperando en esta materia fundábase en el concepto de que todos los Reinos Unidos constituían una Monarquía, debiéndose por tanto igualar a todos sus vasallos, es decir, que no se puedan tañer por extranjeros los que están bajo el gobierno de un mismo rey.

Recuérdase que, según las Leyes de Partidas, se podía ser natural de un lugar y haber nacido en otro, pues la naturaleza se adquiría por vasallaje, crianza, casamiento, herencia, residencia de más de diez años, etc.

Tiene importancia el examen de la penetración de los extranjeros en Indias, estudiado este tema desde los puntos de vista teórico o de las leyes y de su aplicación práctica.

En general, estaba prohibida la entrada de extranjeros, pero la incapacidad podía subsanarse de varias maneras: por la carta real de naturalización (exigiéndose al principio diez años de residencia, que después se aumentaron a veinte y estar casado con mujer natural de Castilla); por la licencia para el ejercicio de oficios y profesiones mecánicas y por el procedimiento de la composición, que tenía por fin,

mediante cierto pago, como fuente de recursos, regularizar la entrada clandestina en Indias.

Son de gran significación estas dos leyes de Indias, referentes a los hijos de extranjeros nacidos en España. Una, de 1596, disponía que los nacidos y criados en los Reinos de España, hijos de padres extranjeros y que hubieren pasado a las Indias sin licencia, cuando se mandaba componer extranjeros, se debía guardar lo mismo que estaba ordenado con los que tuvieren naturalezas en ellas o licencias para contratar en Indias.

Por otra ley de Indias de 1620 se declara que cualquier hijo de extranjero nacido en España "es verdaderamente originario y natural de ella". Es la afirmación de *jus soli*. Se fué otorgando cada vez más ampliamente la nacionalidad española a los extranjeros radicados desde diez o veinte años y a los hijos de extranjeros que hubieren nacido en España o en Indias.

La condición de natural o naturalizado daba derecho a ocupar los empleos y oficios públicos, a tratar y contratar, a adquirir propiedades o encomiendas, no pudiendo ser expulsados. La carta de naturaleza hacía del extranjero como un vasallo natural de los Reinos de España, sin diferencia alguna, gozando de todas las gracias, mercedes, franquicias, libertades y preeminencias de los mismos naturales de Castilla.

A la luz de la documentación histórica, es necesario admitir que el concurso social y económico prestado por los extranjeros ha sido muy importante en los orígenes de la colonización y en todo el curso de la dominación española.

Una disposición del año 1503 trata de las vecindades que se daban a los españoles y que además de los derechos y prerrogativas de que gozaban en Castilla los vecinos de los pueblos de realengo, se les concedían tierras, dando a los casados la tercera parte más que a los solteros.

No todos los que moraban en una ciudad eran vecinos. En América la condición de "vecindad" no tuvo siempre la misma acepción. En los comienzos de la colonización eran vecinos los que tenían indios en encomienda, pues que éstas se otorgaban a los principales. Pero como viniera después mucha gente importante que no tenía indios, porque los hadaron repartidos, a los cuales se llamaba soldados, fué necesario ampliar el concepto de vecinos. De ahí la real cédula de 1554, por la que se declara que en la elección que se hiciera en los cabildos no puede ser elegida ninguna persona que no sea vecino, "y el que tuviere casa poblada, aunque no sea encomendero de indios, se entienda ser vecino".

Cuando el habitante se encontraba dentro de las prescripciones legales, solicitaba del cabildo el título de vecino, que entrañaba derechos y obligaciones. En Buenos Aires, muchas veces el vecino no podía salir de la ciudad sin dejar personero, previa conformidad del cabildo, para defenderla en previsión de las agresiones de indios.

Se mandó en 1509 no se impidiese "a ninguno de escribir ansy a nos como quien quisiere e por bien tuviese syno que todos tengan libertad para ello porque aunque escrivan cualquier cosa yo he de mirar las cosas como es de Razón de manera que alo que se escribiese no dapne a nadye syno a quien lo merezca".

La frecuencia de las comunicaciones con los nuevos dominios, y la necesidad de proteger los intereses de la Corona y particulares determinaron la creación, en 1514, del cargo de Correo Mayor de Indias, nombrándose a Lorenzo Galíndez de Carvajal, legislador e historiador que había prestado servicios al Rey. El cargo fué discernido para él y sus sucesores, en carácter de monopolio, obligándose a despachar los correos y mensajeros.

El otorgamiento que los reyes hacían para escuchar a sus subditos, motivó excesos de tal naturaleza que hicieron necesario advertir a los miembros del Consejo de Indias — como lo formulan algunos autores— que no debían creer fácilmente en las delaciones o en las simples relaciones que se presentaban, pues que la demasiada credulidad los liaría víctimas de engaños.

De más amplitud, si cabe, es la cédula despachada al virrey del Perú, marqués de Cañete, en 1592, con el fin de garantizar la libertad de correspondencia y su inviolabilidad, como se declara expresamente en el texto, diciendo que la correspondencia es el instrumento con que las gentes se comunican, que debe ser inviolable a todos los hombres, "pues no puede iver comercio ni comunicación entre ellos por otro camino, ni le ay para que yo sea informado del estado de las cosas en esas partes, ni para que los agraviados que no pueden venir e on sus quejas, me den cuenta de ellas". Además, su falta de reconocimiento "es opresión y violencia y inurbanidad que in> se permite entre gentes que viven en cristiana policía".

II

En este estudio sobre la familia se deben distinguir los preceptos sobre la familia indiana en general de los referentes a la familia indígena propiamente dicha.

Estaban en vigor para las Indias, como para España, los acuerdos del Concilio de Trento, que regulaban la celebración del matrimonio, pero son numerosas las

disposiciones que diferencian notablemente la organización de la familia indiana de la castellana.

En diversas oportunidades se impuso la obligación de contraer enlace a los castellanos, desconociéndose el principio de la libertad de consentimiento, pero invocándose razones de orden público. El episodio que paso a referir explica la política que inspiró esta nueva legislación. Durante el gobierno de Obando en la Isla Española, unos trescientos castellanos vivían amancebados con mujeres del país. El gobernador fijó un plazo para que contrajeran matrimonio, so pena de perder los bienes que habían heredado de las indígenas.

Por disposición de 1539, reiterada en 1551, se ordenaba que contrajesen matrimonio dentro del plazo de tres años a los que tuvieran indios encomendados. Como el objeto no era imponer apremio ni vejación, se encargaba al prelado de la Provincia se persuadiera y amonestara a que tomaran estado de matrimonio a los encomenderos que no fuesen casados.

En 1595 se consignó especialmente que fueran echados del pueblo los españoles, mestizos, mulatos y zambaigos vagabundos, no casados.

Por la ley V, título V, libro IV, de la Recopilación, se mandaba al gobernador y prelados que los vecinos solteros sean persuadidos a casarse, "porque es muy justo que todos vivan con buen ejemplo y crezcan las poblaciones". A los casados se debía dar en Indias la tercera parte más en tierras que a los solteros, como ya dije.

Pero, en general, la libertad de matrimonio estaba asegurada por una serie de disposiciones legislativas, con excepción de los que se realizaban entre españoles y mujeres negras y mulatas, que fué coartada.

Desde 1503 se autorizaba el casamiento de cristianos con indias y de mujeres cristianas con indios.

La prescripción de valor excepcional, por el espíritu igualitario que la alienta y el pensamiento social de la formación de nuevas sociedades, es la ley que aseguraba la libertad de los indios e indias para casarse con quien quisieren, así con indios como con naturales de los reinos peninsulares o españoles nacidos en Indias, "y que en esto no se les ponga impedimento", debiendo procurar las Audiencias que así se guarde y cumpla.

Los impedimentos matrimoniales se referían particularmente a las personas que desempeñaban altos cargos, como Virreyes, Oidores, Fiscales, etc., y sus hijos e hijas, en sus distritos. Esa prohibición podía salvarse mediante licencia real.

Los hijos e hijas menores de veinticinco años necesitaban licencia de su padre, o en su defecto de su madre, de sus abuelos y aun de sus tutores. La licencia no era necesaria en los matrimonios de mulatos, negros e individuos de castas semejantes. Los españoles radicados en Indias y cuyos padres y tutores vivían en España o en otras provincias de Indias muy distantes, estaban autorizados para pedir la licencia judicial. Si el matrimonio se había realizado sin licencia, perdían los contrayentes la facultad de recibir la dote, las legítimas, etc. Los mayores de veinticinco años no necesitaban licencia, pero sí consejo.

Referente a la organización de la familia indiana corresponde recordar que todo un título de la Recopilación de 1680 está destinado al asunto de los casados en España que estaban en Indias ausentes de sus mujeres. Jurídicamente el legislador se proponía conservar la unidad del domicilio conyugal, pero además, por razones sociales y políticas, fué un serio problema que preocupó a los legisladores de aquellos tiempos. Habiendo reconocido cuánto conviene al buen gobierno y administración de justicia — dice una real cédula de 1544, ratificada en diversas oportunidades— que los vasallos casados en estos reinos y ausentes en los de las Indias, donde viven apartados por mucho tiempo de sus propias mujeres, vuelvan a ellos, comisionóse a las autoridades que los hicieran embarcar y volver a España, con sus bienes y haciendas, a hacer vida con sus mujeres e hijos.

Respecto de la capacidad o incapacidad de la mujer para el ejercicio de la función pública, nada dice la legislación de Indias, y si se interpretara este silencio como expresión de su voluntad de eliminar el sexo femenino en la vida del Estado, se podrían citar muchos casos en que aquellos cargos fueron desempeñados por mujeres.¹ En términos generales, los honores de que gozaban los hombres —salvo los exclusivamente personales— trascendían a las mujeres. En la legislación de Indias no se encuentra ninguna declaración general de este precepto, pero tampoco encontramos ley alguna que lo contradiga, y este silencio del legislador indica que se aplicó el derecho de Castilla, en el cual es tradicional el principio expuesto,²

1 Conocidos son los casos de doña María de Toledo y doña Ana de Borja, que desempeñaron, aunque sólo fuera accidentalmente, el cargo de Virreinas. Doña Juana de Zarate y doña Catalina Montejo heredaron y ejercieron el puesto de Adelantado..." y otros más (*El sexo como circunstancia modificativa...*, por JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUI, en *Anuario de Historia del Derecho español*, t. VII, pág. 356, Madrid, 1931.

2 JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUI: *Bosquejo histórico de los derechos de la mujer casada...*, pág. 119.

Algunas leyes de Indias aluden, sin embargo, a los honores que se podían discernir a las mujeres por derechos de sus maridos, como puede verse en la Recopilación de 1680, título XV, del libro III.

Un pintoresco episodio producido en Buenos Aires dio margen al especial pronunciamiento del Rey —en julio de 1806— declarando que los regidores de los cabildos debían concurrir a cumplimentar a los virreyes en los días de su santo, y en los de sus esposas, asistir a los entierros de sus hijos, de los oidores y sus mujeres.

Nuestra familia se componía de los parientes unidos por vínculos de sangre y además criados, indios y esclavos en que todos colaboraban para sostener este organismo independiente. La patria potestad del padre era de carácter absoluto. "La casa es un taller o depósito de obreros, que salen todos los días a vender su trabajo por cuenta del dueño. Con cien o doscientos pesos se compra un esclavo que reditúa ocho o diez pesos mensuales, cuya mantención cuesta muy poco...", como ha escrito Juan Agustín García. Los indios yanaconas eran preferidos a los esclavos en el servicio doméstico.

Esta familia comenzó a desgarrarse con los anuncios de la Revolución, que estalló en la familia antes que en la ciudad, como que la emancipación fué en cierto sentido la rebelión de los hijos criollos contra los padres españoles europeos. Luego debilitáronse los vínculos de la autoridad paterna con las restricciones de la libertad de testar, la supresión del mayorazgo, la legítima de los descendientes, la división de la propiedad raíz, y esta célula social perdió gradualmente sus antiguos caracteres y fué el fundamento de la nueva sociedad argentina.

En el libro VI de la Recopilación de 1680 se consignan numerosas disposiciones organizando la familia indígena sobre el modelo de la familia española.

Trátase de una materia de gran importancia. Por razones éticas y religiosas se debía proceder a ordenar la vida matrimonial de los indios, pero hubiese sido impolítico imponer a los hombres de aquellas razas los mismos moldes en que se había venido vaciando una civilización de siglos. De ahí los preceptos dictados para la conversión de los indios y el reconocimiento de la validez de las uniones de los indios en tiempos de infidelidad. Como eran numerosos los casos en que se encontraba a los indios casados con varias mujeres, el Pontífice resolvió que debía considerarse como legítima la mujer con la que primero se hubiera tenido contacto carnal. Una vez elegida la que debía ser su única mujer, se consagraba el matrimonio, y a las otras mujeres se les dotaba para que pudieran atender sus necesidades.

Castigando la poligamia, mandaba la ley IV, título I del libro citado, que si se averiguase que algún indio, siendo ya cristiano, se casó con otra mujer, o la india con otro marido, viviendo los primeros, sean apartados y amonestados, y si amonestados dos veces no se apartasen y volvieron a cohabitar, se les penaría.

Se prohibió el matrimonio por compra. Usaban los indios vender sus hijas a quien más les diese para casarse con ellas. En contra de este pernicioso abuso, que llevaba a los maridos a tratar a sus mujeres como a esclavas, "faltando al amor y lealtad del matrimonio", se imponían penas a los que infringieran este mandato.

III

El Derecho de obligaciones en Indias no constituyó un sistema distinto, pero tuvo sus rasgos propios. El principio general era el de la libertad de contratación, que debe entenderse restringida por las normas de la política económica y financiera. De ahí las limitaciones registradas en las leyes de Indias —que el profesor Ots ha señalado acertadamente—, como: limitaciones a la capacidad de contratación de las autoridades, sus mujeres e hijos, para evitar abusos, dadas las distancias y dificultad de comunicaciones (se prohibía que los Virreyes, Oidores y Oficiales reales tuvieran todo género de trato, contrato o granjería, por sí, sus criados, familiares, allegados); limitaciones a la capacidad de contratación de clérigos, religiosos y extranjeros; limitaciones a la capacidad de contratación a los generales y tripulantes de las armadas, flotas y dueños de naves, respecto de bastimentos, pólvora, municiones, jarcias, cables y demás cosas necesarias a los viajes; restricciones en punto al objeto de la contratación derivadas del régimen fiscal en lo referente a las "rentas estancadas" (no se podía llevar azogue a las Indias sino por cuenta del rey, prohibiéndose su reventa; se establecieron los estancos de sal, pimienta, naipes, solimán, prohibiéndose los de cochinilla, frutas y la venta de vinos en defensa de la economía peninsular); prohibición del comercio de oro y plata antes de llegar a Sevilla. Aparte lo expuesto, debe recordarse que los Cabildos tenían atribuciones para intervenir en la contratación de mercaderías en el abasto de la ciudad, poniendo precios por intermedio de los fieles ejecutores y estableciendo las alhóndigas, de modo que fuera de ellas no se podía vender trigo, harina, cebada y granos.

Algunos contratos, como los de seguros, fletamentos, el mandato y arrendamiento de servicios, están legislados minudosamente en el libro IX de la Recopilación de Indias de 1680.

Del Derecho de propiedad en Indias y sus caracteres específicos, me ocupó extensamente en los capítulos dedicados al Derecho económico y financiero indiano, demostrando su nuevo sentido social, con fundamentales restricciones al dominio privado, en virtud de que ese derecho procedía íntegramente de la concesión real.

El Derecho de sucesión en general no ha tenido variantes de importancia en Indias, pero corresponde exceptuar las leyes que se dictaron, especialmente sobre los llamados bienes de difuntos, la sucesión de encomiendas y los mayorazgos.

En el capítulo dedicado a las Audiencias, ya he tratado la legislación de bienes de difuntos.

Dada la importancia extraordinaria que tenían las encomiendas desde los puntos de vista económico y social, se comprende la significación del régimen especial sucesorio.

A partir de 1536, al dictarse la Real Provisión sobre Encomiendas, se estableció un orden relativo a la sucesión de las mismas, no pudiendo disponer libremente de la encomienda el causante. A la muerte del encomendero se hacía merced de la encomienda al mayor de los hijos legítimos, con cargo que hasta tanto que fuera de edad para llevar armas, tuviera un escudero que sirviera en las guerras a su costa.

En el caso de que el hijo mayor entrase en la Religión o tuviese otro impedimento, debía pasar al segundo y así sucesivamente hasta acabar con los hijos varones, sucediendo lo mismo con las hijas por falta de aquéllos; y por falta de unos y otros, si no tuviere hijos legítimos, la sucesión de la encomienda pasaba a la viuda; pero para evitar el matrimonio *in articulo mortis* se exigió que para tener derecho a la sucesión en la encomienda del marido la mujer debía haber vivido en matrimonio por lo menos seis meses.

Entre los incapaces de suceder en las encomiendas figuran todos los hijos no legítimos, incluyendo los naturales, los religiosos de ambos sexos y clérigos y los que ya poseían otra encomienda.

Tiene especial interés la referencia que paso a formular acerca de la institución de los mayorazgos en Indias. Ya en las ordenanzas de población de 1573 se concede al poblador principal la facultad de instituir mayorazgo de todos los bienes y haciendas que adquiriese en la nueva población.

Por real cédula de 1585 se exigió que cuando algún vecino "quisiere ocurrir a sacar facultad Real para instituir Mayorazgo de los bienes y haciendas que tuviere", debía acompañar testimonio de información previa practicada por la Audiencia, en la cual se acreditase la certeza de la hacienda, calidad y valor de sus bienes y el número de hijos

que tuviese el solicitante, junto con el parecer de la Audiencia sobre la fundación del mayorazgo.

Por otras leyes de Indias, las Audiencias podían autorizar que los dueños de mayorazgos vendieran o sometieran a censo "bienes vinculados", advirtiendo que únicamente podrían ser gravados aquellos que fueran necesarios para atender a la reposición de las casas que hubiesen padecido ruinas y justificando antes no tener otros bienes con qué repararles.

Solórzano se ocupa extensamente de esta materia, recordando que los mayorazgos de España tienen nombre y calidad honorífica y se constituyen para que por medio de ellos se conserve la dignidad y esplendor de las familias nobles, excluyéndose regularmente cualquier especie de hijos ilegítimos.

La materia de los testamentos se regía por las Leyes de la Nueva Recopilación y luego por la Novísima.

Se dictaron leyes para las Indias con el fin de asegurar la libertad en sus disposiciones testamentarias. Si algunos indios ricos o en alguna forma hacendados, estaban enfermos y trataban de otorgar sus testamentos, decía una ley de 1580, recogida en la Recopilación de 1680 (ley XXXII, título I, libro VI), sucede que los curas y doctrineros, clérigos y religiosos procuraban y ordenaban que les dejen a ellos o a la iglesia toda o la mayor parte de sus haciendas aunque tengan herederos forzosos, exceso perjudicial y contrario a derecho. En consecuencia, mandaba a los virreyes y Audiencias que dieran las órdenes para que los indios no reciban agravios y tengan libertad en sus disposiciones sin permitir violencias.

Posteriormente se dictó ley en 1609 —recogida en la Recopilación de 1680, ley IX, título XIII, libro I— recordando «pie ordinariamente morían los indios sin testamento y disponían de sus haciendas en memorias simples y sin solemnidad y convenía evitar los daños procedentes de introducirse los doctrineros y otras personas al recoger sus bienes y alhajas, disponiendo que se gasten en limosnas y sufragios, y para que no se queden desheredados los hijos, padres o hermanos, se encargaba a los arzobispos, obispos y provinciales de las religiones que remediaren estos excesos y a los Virreyes y Audiencias que hicieren guardar las Leyes de Castilla.

En esta materia de testar, los indios no sólo tenían plena libertad sino mayores privilegios, pues si en lo común se exigían cinco testigos, en los de los indios estaba admitido que no necesitare hacerse ante escribano, sino que era suficiente que lo escribiese uno de sus gobernadores, con tres testigos.

Aparte lo expuesto sobre los indios, el estudio de los testamentos tiene una significación general en Indias. Son los documentos que proyectan las características de la nueva vida social y moral que llevaban en América los españoles europeos, los criollos y personas de las demás clases sociales.

En algunos casos ya aparecen los signos de los nuevos tiempos, al revocarse por las autoridades las cláusulas testamentarias que eran expresiones del antiguo poder absoluto de la patria potestad, y al ponerse en evidencia los cambios profundos de la vida social de los esclavos que constituían sus familias, libres y con bienes propios.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

ALCALÁ ZAMORA, NICETO: *Impresión general acerca de las leyes de Indias*. Buenos Aires, 1942. Edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

FABIÉ, ANTONIO MARÍA: *Ensayo histórico sobre la legislación de los Sitados españoles de ultramar*. Madrid.

GARCÍA, JUAN A.: *La ciudad indiana*, cit.

OTS, JOSÉ MARÍA: *Bosquejo histórico de los derechos de la mujer casada; El sexo como circunstancia modificativa*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, t. VII. Madrid, 1931; y *El derecho de propiedad en nuestra legislación de Indias*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, t. II. Madrid, 1925.

Recopilación de Leyes de Indias de 1680, lib. IV, tít. V; lib. VI, tits. v y IX, y lib. VII, tít. III.

ZAVALA, SILVIO A.: *Los intereses particulares en la conquista de la Nueva España*. Madrid, 1933.

C A P I T U L O X I I I

CUERPOS LEGALES DE INDIAS. TEOLOGOS Y URISTAS. PRECURSORES HISPANO-INDIANOS DE LAS TEORIAS DEL DERECHO NATURAL, DEL DE GENTES Y DE LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO

- I. Ensayos de Recopilación anteriores a 1680. — La etapa del siglo XVI. — Cedula de Puga. — Toledo, el legislador municipal. — Real Cédula de Felipe II mandando hacer la Recopilación en 1570. — La Recopilación de Leyes de Indias de Juan de Ovando. — Ordenanzas del Consejo de Indias de 1571. — Recopilación de Zorita. — Cedula de Encinas.
- II. Carácter orgánico de la obra recopiladora en el siglo XVII. — Recopilaciones de Zorrilla y de Aguiar y Acuña.
- III. Vida y obras de Antonio de León Pinelo. — Su *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Xecopilación*, de 1624. — El *Memorial sobre el comercio del Río de la Plata*, de 1623, un documento importante de los orígenes argentinos. — *Epítome de la Biblioteca* de 1629 y el *Tratado de las Confirmaciones Uvales* de 1630. — Pinelo, codificador de la legislación de Indias.
- IV. Vida y obras de Juan de Solórzano Pereira. — Oidor de la Audiencia de Lima, durante dieciocho años. — El *Libro primero de la Recopilación*, de Solórzano, de 1622. — *De indiarum jure*, de 1629. — *Política indiana*, de 1647. — *De los emblemas*, de 1653. — Las Ideas fundamentales de Solórzano. — Su defensa de los criollos y su opinión sobre los mestizos y mulatos. — Solórzano, creador de la ciencia del Derecho indiano.
- V. Teólogos y juristas de Indias que ejercieron influencia en la legislación. — Los teólogos del siglo XVI y juristas e historicistas del siglo XVII. — Bartolomé de Las Casas, precursor de la teoría del Derecho natural; Francisco Vitoria y Francisco Suárez, del Derecho de gentes; Alfonso de Castro, del Derecho penal, y Pinelo y Holórzano, de la escuela histórica del Derecho.

EN este capítulo inicio el estudio del proceso formativo de la Recopilación de 1680. Los dos planos desde los cuales se puede abarcar la historia de las recopilaciones indianas son las recopilaciones generales dictadas en la metrópoli y provinciales o territoriales compuestas en Indias.

Los ensayos de recopilación general y provincial, anteriores a 1680, deben referirse a las siguientes etapas durante los reinados de los Reyes Católicos y la dinastía austríaca:

1º) La etapa del siglo XVI, que comprende tres momentos principales:

a) desde el comienzo de la legislación hasta el año 1570, en que Felipe II mandó hacer la Recopilación de las leyes "para que todas pudiesen ser sabidas y entendidas, quitando las que no convenían y proveyendo de nuevo las que faltaban, declarando y concertando las dudosas y repugnantes, distribuyéndolas por sus títulos y materias comunes";

b) a partir de la Real Cédula de Felipe II citada, el plan de recopilación fué propuesto y realizado en parte por Juan de Ovando, Presidente del Consejo de Indias;

c) en el año 1596, la publicación en cuatro tomos del Cedulaario de Diego de Encinas, conteniendo provisiones, cédulas, ordenanzas, instrucciones libradas y despachadas en diferentes tiempos.

2º) La etapa del siglo XVII, que tiene más carácter orgánico y en la que se estructura la Recopilación de Indias de 1680 comprende a su vez estos cuatro momentos principales:

a) los intentos recopiladores de Diego de Zorrilla y de Rodrigo de Aguiar y Acuña;

b) la contribución de Antonio de León Pinelo en la recopilación indiana;

c) la contribución de Juan de Solórzano Pereira en la recopilación indiana;

d) la promulgación de la Recopilación de 1680

Más adelante trato separadamente la etapa borbónica del siglo XVIII.

El 3 de octubre de 1533 se expresaba el propósito, simplemente, de reunir las cédulas dirigidas a la Audiencia de México. Al presidente y oidores se mandaba que luego que recibieren la orden hicieran buscar en los archivos todas las ordenanzas, provisiones y cédulas que se hayan dado para esa Audiencia, y las ordenanzas, mercedes y franquezas concedidas a esa ciudad e isla, desde los Reyes Católicos y otras cualesquier provisiones tocantes a la gobernaeión y población, y firmadas debían enviarse en los primeros navios.

Las recopilaciones territoriales o provinciales prepararon la formación de la recopilación general.

Se confió formalmente un trabajo orgánico de recopilación al virrey de Nueva España, Luis de Velasco, por reales cédulas de 1552 y 1660. En esta última, recuerda el Rey que el fiscal del Consejo de Indias Francisco Hernández de Liébana había hecho relación que convenía, y era necesario que las cédulas y provisiones dadas para esa tierra y capítulos de cartas mandados, concernientes a la buena gobernación y justicia "se juntassen todas por su orden y si fuese necesario se imprimiessen para que ansi los Juezes como los abogados e litigantes estuviessen instructos e supiessen lo que esta proveydo... ", según informa el cedulaario de Puga.

Si Luis de Velasco fué a quien se encomendó esta obra, parece ser que el primero que comenzó a hacerla efectivamente fué el licenciado Maldonado, cuyo nombre no aparece entre los mencionados en el decreto de Carlos II.

Maldonado era fiscal de la Audiencia de México y se le despachó real cédula a su favor en 1556. No consta que concluyese su obra *Repertorio de las cédulas, provisiones i ordenanzas reales*. Pinelo dice de él que fué el primero que comentó semejante estudio en el Derecho de las Indias.

Velasco dio el trabajo de la recopilación al fiscal de la Audiencia, Vasco de Puga, quien publicó en 1563 el Cedulaario de su nombre. Trátase de una Recopilación por orden cronológico, desde los años 1525 a 1562, que comprende las cédulas y provisiones dictadas para México¹

Para salvar el inconveniente de que esta recopilación reuniera solamente las cédulas y provisiones para México, se encomendó al virrey del Perú, Francisco de Toledo "el legislador municipal", que hiciera lo propio en su reino.

Toledo escribía al rey en 1570, diciéndole que las cédulas dadas para el gobierno de esas provincias eran de una cantidad inmensa desde hacía ochenta años para todas las Indias.

Corresponde destacar la labor legislativa del virrey del Peru, Francisco de Toledo, que gobernó trece años, a partir de 1569. Había venido a Indias a visitar la tierra y promover las reformas necesarias, dominando la anarquía de las guerras civiles y el alzamiento de los encomenderos, para robustecer la autoridad de los Virreyes. De ahí los graves conflictos que planteó Toledo, con la Audiencia principalmente, que censuró sus actos de gobierno, juzgándolos contrarios a las leyes y criticándole por arbitrario, que resolvía los grandes problemas de la reducción de los indios y del trabajo de las minas

sin consultar a nadie. Era un espíritu independiente y enérgico. La lectura de su memoria final, que contiene la síntesis de su fecunda acción, da al lector la viva imagen de los orígenes jurídicos y políticos de una sección de la sociedad hispano americana, el ensayo de su organización civil, la fusión de razas y el contacto de dos culturas.

Es asimismo el mejor documento demostrativo de que la legislación indiana —como ya he explicado— era resultante también de otros órganos legislativos aparte el Consejo de Indias, y en primer término de éste, que representaban los virreyes con facultades para dictar ordenanzas para las poblaciones, trabajo de las minas, artes y oficios mecánicos, distribución de aguas y ramos de policía.

Colaboraron con eficacia en esta legislación los juristas Juan de Matienzo y Juan Polo de Ondegardo. Matienzo era oidor de la Audiencia de Charcas, autor de varias obras, de las cuales la titulada *Gobierno del Perú* contiene abundantes noticias históricas y un plan de reformas legislativas en diversas materias relacionadas con los indios, sistemas de encomiendas, tasas y tributos, corregidores y otros jueces de las minas, de las chacras de coca, de la residencia del Perú, de las Audiencias de Lima, Charcas, Quito, Panamá y Chile, de las Provincias del Paraguay y Tucumán. Matienzo era un magistrado de renombre y sus trabajos fueron elogiados y utilizados por Pinelo y Solórzano.

Polo de Ondegardo, de actuación sobresaliente en el Perú, es autor, entre otros trabajos, de los titulados *De los errores y supersticiones de los indios*, y de una *Relación de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios sus fueros*. De él ha dicho con justicia un autor moderno que nadie apreció más lo que valía el régimen gubernativo de los Incas, porque tampoco nadie como él supo estudiar la constitución del Tahuantinsuyo. Ese comunismo benéfico y parsimonioso lo asombraba. Idéntico asombro le produjo el sistema tributario, basado sobre el censo de la población, sobre la naturaleza de las tierras, variedad de los climas.

En 1570 el rey Felipe II dictó la *Real Cédula* mandando hacer la Recopilación, pero desde 1562 se había dado comienzo a los trabajos de registro o relación de las leyes, tarea que lleva a cabo Juan López de Velasco.² A la citada *Cédula Real* de 1570 es preciso asignar la importancia que tiene para comprender el desenvolvimiento del Derecho indiano en la época.

A partir del reinado de Felipe II, se despliega una gran actividad legislativa. Recuérdese que este soberano hizo dictar la Nueva Recopilación de Castilla de 1567 y mandó hacer la Recopilación de Indias en 1570, paralelismo entre estas dos legislaciones que tiene singular significado.

El decidido propósito de Felipe II de realizar la recopilación de las leyes de Indias fue abrazado por Juan de Ovando, consejero de la Inquisición, visitador de Indias, y luego Presidente del Consejo (octubre de 1571), a quien corresponde el honor de haber sido el primer realizador de la recopilación llevada a cabo en la Península. Ovando pudo desarrollar antes de asumir el cargo del Consejo y durante la presidencia, un vasto plan de gobierno. Es importante su visita al Consejo de Indias. Se impone insistir, para abarcar la amplitud de su pensamiento, en tres de sus grandes iniciativas que, llevadas a la práctica, facilitaron la obra de legislación y compilación, en la que puso todo su empeño. Aludo a la necesidad de llevar un libro descriptivo de las provincias indianas, que se manda guardar en las ordenanzas del Consejo de 24 de septiembre de 1571, disponiendo que las autoridades de América "procuren tener hecha siempre descripción y averiguación cumplida y cierta de todas las cosas del Estado de Indias, así de la tierra como de la mar, naturales y morales, perpetuas y temporales, eclesiásticas y seglares, pasadas y presentes, y que, por tiempo, serán sobre que puede caer gobernación o disposición de ley... "; a la reglamentación del cargo de cronista de Indias, con el fin de que "la memoria de los hechos y cosas acaecidas en esas partes se conserve y que, en nuestro Consejo de las Indias, haya la noticia de que debe hacer de ellas y de las otras cosas de esas partes que son dignas de saberse"; y a la organización de los archivos, para la guarda y clasificación de los documentos.

2 JUAN MANZANO: *Historia de la Recopilación de Indias*, t. I. Madrid, 1950. Ediciones Cultura Hispánica

Por la Ordenanza 120 se ordenó que el cronista mayor escribiera y recopilara la Historia Natural de las yerbas, plantas, animales, aves, peces, minerales y otras cosas que fueren dignas de saberse y hubiese en las Indias, según lo pudiere saber por las descripciones y avisos que de aquellas partes se enviaren.

La Historia, la Geografía, los Archivos y las Ciencias Naturales —de brillante tradición en la cultura hispana— eran los conocimientos eficaces y los fundamentos de las leyes para el mejor gobierno de las Indias.

Consagrado el licenciado Juan de Ovando a la obra de recopilar las Leyes de Indias, hizo una averiguación general examinando todos los visitados y negociantes y personas de Indias que vivían en la Corte, sacando en conclusión que "en el Consejo ni en las Indias no se tiene noticia de las leyes y las ordenanzas por donde se rigen y gobiernan todos aquellos estados". Para conocer los registros del Consejo de Indias compulsó cerca de doscientos libros, extractando las leyes, instrucciones, decretos, ordenanzas y reduciendo todo este material legislativo a siete libros, aspirando a hacer, como se ha dicho, unas Partidas indianas. El plan de distribución es sencillo.

El primer libro trata de la gobernación espiritual de las Indias; el segundo del gobierno temporal; el tercero de las cosas de justicia; el cuarto de la "república de los españoles"; el quinto de los indios; el sexto de la hacienda real; el séptimo sobre la navegación y contratatación de las Indias.

Ovando pedía al Rey que el libro I, que estaba terminado en 1571, se enviara a los virreyes y Audiencias de América para que lo hicieran publicar y guardar. Deseaba también que se aplicara el título relativo al Consejo del libro II, pero proponía algunos agregados de importancia.

El título del Consejo, puesto en vigor, está constituido por ciento veintidós leyes o párrafos.

Como ya he expresado, Ovando proponía al Rey que éste, por sí mismo, introdujera a dicho título los agregados de importancia, por ser los miembros del Consejo partes interesadas. Entre estas reformas mencionaré las siguientes: 1º) que las plazas del Consejo se proveyeran con los oidores de reputación de América, pues "venidos al Consejo, sabrían mejor gobernar por tener más experiencia de las cosas de las Indias"²; 2º) que el presidente sólo haga la consulta de oficios que se proveyeren, invocando como poderosas razones el hecho de que "proveyendo todos no ay a quien heerhar la culpa de la mala prouision y asi no tracta cada uno sino de prover a su amigo, y proveyendo el presidente solo, no tennia excusa de las malas provisiones que se

hiziesen"; 3') que los oficios principales, virreyes, presidentes, arzobispos y obispos se consultaran al Rey, y en cuanto a los nombramientos de oidores y alcaldes tuviera noticias el rey de las personas en que recayesen.³

Antes de acaecer la muerte de Ovando (1575), Alonso de Zorita, el autor de la *Historia de la Nueva España*, preparó una recopilación de las leyes de Indias en 1574. Zorita había desempeñado durante veinte años el cargo de oidor en las Audiencias de Santo Domingo, Guatemala y México.

En conocimiento de la real cédula de Felipe II, de 1570, inundando hacer la recopilación, Zorita decidió acometer esta labor. El propio Zorita informa sobre el plan general y acerca de los materiales de que se sirvió para redactar la compilación.

A Diego de Encinas, oficial de la secretaría, no se le dio lito la misión de que copiase las Provisiones, Cédulas, Capítulos de Ordenanzas, Instrucciones y Cartas libradas y despachadas en diferentes tiempos hasta el año 1596, formándose cuatro tomos, impresos, que por tener la disposición y distribución necesaria, no habían satisfecho el intento de recopilar en forma conveniente según dice el decreto de Carlos II. Pinelo agrega que esta labor no obtuvo licencia, censura ni aprobación, y formula a la misma una crítica severa.

La obra de Encinas —hoy vastamente difundida—⁴ ha sido muy utilizada por los juristas y representa una contribución estimable en la Historia de la Recopilación de 1680.

2 Tal proposición está estrechamente relacionada con el derecho que debía reconocerse a los criollos en punto al desempeño de los cargos públicos. El oidor Matienzo había tratado esta materia extensamente. Abogando en el sentido de que los reyes premiaran a los buenos proponía que fueran preferidos a todos los demás, los conquistadores y pobladores casados, sus hijos, nietos y descendientes por línea masculina. Insistía, asimismo, en que a los hijos de vecinos que nacieron en esta tierra "sean bien criados y doctrinados" (*Gobierno del Perú*, cit., 202). Solórzano refiérese también a hecho de tanta importancia para el buen gobierno de las Indias, el iba más lejos, afirmando la conveniencia de que en el Supremo Consejo de Indias, haya de ordinario algunos consejeros "que sean naturales de ellas" o por lo menos hayan servido tantos años en sus Audiencias, " que puedan aver adquirido entera noticia de todas sus materias y particularidades y darla a los demás compañeros", "como se practica en los Consejos de Aragón, Italia y Portugal, que nunca se dan, sino a naturales de sus provincias o ministros que ayan servido en ellas" (*Política indiana*, cit., pág. 463).

3 *Nuevos datos sobre la visita de Juan de Ovando al Consejo de Indias, 1567-1568*, Comunicación leída ante el XXVI Congreso Internacional de Americanistas, Sevilla, 1935, por José de la Peña Cámara, en *Anuario de Historia del Derecho español*, t. XII, pág. 428, Madrid, 1935.

E. Schäffer, como José de la Peña Cámara, afirma el carácter ovandino del código titulado "Gobernación espiritual y temporal de las indias", extractos de Leyes, divididas en siete libros (Ovando quiso hacer, al decir de José de la Peña Cámara, en la medida de lo posible, unas partidas indianas). Publicado por la Academia de la Historia de Madrid. (E. SCHAFFER: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, Sevilla, UI35, t. 1, pág. 131, nota 2).

4 Reedición facsimilar del *Cedulario indiano recopilado por Diego de Encinas*, con estudio e índices de Alfonso García Gallo, Madrid, 1945, Ediciones Cultura Hispánica.

II

La etapa del siglo xvii tiene carácter orgánico en el proceso formativo de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680.

Durante el reinado de Felipe III se llevaron a cabo los atentos recopiladores de Zorrilla, Aguiar Acuña y Pinelo. Diego de Zorrilla produjo una obra de Recopilación — continuando el trabajo de Diego de Encinas— y exteriorizó el propósito deliberado de publicar el Código y de estructurar y redactar las leyes que en número considerable se habían dictado por aquel rey.

La labor técnica de la Recopilación de las Leyes de Indias estaba demorada hacía treinta años, desde 1571, fecha del proyecto de Ovando, considerando que la obra de Encinas debía ser adaptada a los fines de una Recopilación compuesta en forma de Leyes. A principios del siglo XVII se encomendó esta labor al licenciado Diego de Zorrilla, que había estudiado en Salamanca graduándose en ella de bachiller en Leyes y en la de Sigüenza de Licenciado, y después pasó a Quito, donde fué Provisor y Visitador y tuvo diversas comisiones de la Audiencia.

Los juicios de Aguiar y Acuña y Pinelo acerca de la importancia del proyecto de la Recopilación de Zorrilla no son favorables, considerando que su autor había utilizado como fuente principal el Cedulario de Encinas.

El Consejo de Indias resolvió revisar y completar el trabajo de Diego de Zorrilla. A este fin se encomendó la labor a Rodrigo de Aguiar y Acuña, conjuntamente con otros licenciados, quienes por diversas razones no prestaron su concurso.

Por entonces llegó a la corte Antonio de León Pinelo, abogado de la cancillería de Lima, reputado por su erudición y conocimientos del Derecho de Indias. Es de este momento el "Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de

Leyes de Indias Occidentales", de 1623, presentado al Consejo de Indias y en el que se ofrece como auxiliar de Aguiar y Acuña.

En efecto, Pinelo fué nombrado colaborador con Aguiar, quien certifica que le ayudó por más de cinco años "y se ocupa con notable trabajo e incansable estudio". Antecedente que permite comprender el valor excepcional de la labor de Pinelo en la Recopilación de Indias.

La Recopilación de Rodrigo de Aguiar y Acuña se inicia con un prólogo que contiene reflexiones de interés. Había servido nueve años en las Indias y veintidós en el Consejo.

Dividió la obra en ocho libros y éstos en dos partes. La primera parte estaba lista y publicó los *Sumarios* en 1628. El orden y disposición observados en los *Sumarios* era el de las Partidas y Recopilación de Castilla, acentuando el paralelismo de las recopilaciones indianas y castellanas. Se trata de una especie de Digesto en el que se extractan o se dan en forma sumaria las disposiciones vigentes en virtud de la gran extensión que tendría el Código si los documentos se publicaran íntegramente.

Aguiar y Acuña murió al año siguiente. Pinelo le llama "digno Triboniano de la recopilación de leyes", agregando que con su muerte perdió "el Consejo el decano de sus catones y las Indias el más antiguo oráculo de sus materias".

III

Antonio de León Pinelo nació en la Península ibérica, en Lisboa o en Valladolid, pero es americano por su espíritu y su obra.

En uno de sus libros recordó a todas las Indias "que con veinte años de existencia tengo por patria" y según sus propios datos (expuestos en el memorial presentado al Rey solicitando el cargo vacante de cronista mayor de Indias), entró "en América en 1604, por el Plata, causándole profunda impresión el río argentino. Estudió en la Universidad de Lima, graduándose en ambos derechos, y luego tuvo a su cargo la cátedra de Decretos. Abogado en la Audiencia, corregidor en Oruro y asesor del corregidor de Potosí, pasó a España en el año 1621 ó 1622. Fué relator del Consejo de Indias, pero su más alta aspiración era desempeñar las tareas de Cosmógrafo mayor y Cronista de Indias, para el que se le designó recién en 1658, dos años antes de acaecer su muerte, circunstancia e s t a última que ha hecho decir a

un autor que "los cargos Importantes y honoríficos llegan tarde para el nieto del judío portugués".⁵

Residió en Córdoba, Potosí, Chuquisaca, Oruro, y en Bueno Aires en 1621. Esta última circunstancia y sus antecedentes personales explican que el Cabildo le diera poder para solicitar ante la Corte, eficazmente y no "tan elocuente como inutilmente", según se ha dicho, una franquicia comercial a favor del Puerto de Buenos Aires.

Su obra se caracteriza por su probidad científica y la autenticidad de las fuentes que utilizó, así como también por la amplia mención de los autores que le precedieron. Pero aparte su sabiduría, Pinelo brilla por el amor que profesó al Nuevo Mundo.

Son muchos y muy eruditos los trabajos de este extraordinario investigador, relacionados con el Derecho indiano.

Debe mencionarse en primer término el *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la recopilación de leyes de las Indias occidentales*, impreso en 1624. En atención a este estudio se le encomendó la Recopilación.

En él explica Pinelo que habiendo vivido casi veinte años en Indias, y ocupado los cargos de que he hecho mención, reunió con particular diligencia la mayor parte de las muchas Reales Cédulas esparcidas, comenzando a preparar una Recopilación. Para llevar adelante la obra solicitó pasar a España. Con el *Discurso* presentaba ya los dos primeros libros casi terminados en tanto los demás se irían perfeccionando.

Con respecto al desarrollo que fué adquiriendo con los años esta obra de la Recopilación, el propio Pinelo nos ilustra al respecto en la dedicatoria del *Aparato Político de las Indias Occidentales* de 1653. Dice que para imprimirse la Recopilación, aunque estaba acabada, era necesario algún estudio, pues ya estaba perfecta el año 1635, en que la presentó al Consejo de Indias. Con respecto al desarrollo que fué adquiriendo con los años esta obra de la Recopilación, el propio Pinelo nos ilustra al respecto en la dedicatoria del *Aparato Político de las Indias Occidentales* de 1653. Dice que para imprimirse la Recopilación, aunque estaba acabada, era necesario algún estudio, pues ya estaba perfecta el año 1635, en que la presentó al Consejo de Indias. Dispuso la obra en nueve libros, por imitar en algo la Recopilación de Castilla, pero ahora parecía más conveniente distribuirla en doce libros. Las leyes recopiladas eran cerca de diez mil que se componen de más de veinte mil cédulas reales. La censura y aprobación del trabajo se encomendó a Solórzano, para que también resolviese las dudas propuestas por Pinelo, que eran más de ochocientas.

5 Raúl Porras Barrenechea: *Don Antonio de León Pinelo...*, en *el Paraíso del Nuevo Mundo*, t I, pág. 21. Lima, 1943.

Para esto fué cinco meses continuos a hacer relación, y habiendo resuelto la mayor parte de las dudas, se remitió más de cien al Consejo, donde Pinelo fué a explicarlas, en que ocupó otros tres meses. Juan de Solórzano, el 30 de marzo de 1636 le dio su aprobación y certificación que tenía presentada, " en que le honra y califica, como por ella consta, con lo cual la Recopilación quedó en estado entonces de poderse luego imprimir..." Agrega Pinelo reconociendo a Solórzano la autoridad del maestro, que "sobre aprobación tan grande y calificada con tantas circunstancias, ni la obra ni el autor necesitan de otra".

Habían corrido dieciocho años desde 1635 a 1653, siendo necesario que, para publicar la Recopilación, se añadiera y perfeccionase todo lo que después se había previsto. "Y también resolver algunas dudas —dice Pinelo— que después de la última censura se han ofrecido, porque esta obra mientras no esté impresa nunca estará acabada. Y bastarán dos o tres meses para ponerla en perfección".

El "Memorial sobre el comercio del Río de la Plata" es de 1623, por el que suplica al Rey el permiso a Buenos Aires para navegar por su puerto los frutos a Sevilla, Brasil y Angola, en tres navios de a cien toneladas, en los cuales podría retornarse las mercaderías de que carece.

A falta de poeta genial y aun de gran historiador, Buenos Aires de los orígenes tuvo en Antonio de León Pinelo, no un procurador, incapaz de elevarse sobre la palabra o texto de la ley, sino el defensor de los derechos de los hijos de la ciudad, que ha ponderado sus abnegados servicios, sustentando el anticipado concepto de que Buenos Aires era la cabeza de vastos territorios de las Indias, que el Rey debía legislar con conciencia y justicia.

Sin duda alguna el Memorial de 1623 de Pinelo, en que se expone la obra realizada por la ciudad desde su nacimiento y en que se suplica se acuerde permisión de comercio para navegar sus frutos, es de las páginas más conceptuosas escritas en el siglo xvii sobre Buenos Aires, de carácter expositivo y crítico a la vez, y no obstante el aparato erudito que ostenta —era el vicio literario de la época—, el autor logra efectos certeros y aun inspirados acentos.

Para la ciudad "tan remota como pobre", al decir de Pinelo, pide su defensor que la merced de la licencia sea perpetua, entre otras razones para evitar que caducados los términos, Buenos Aires se viera obligado a nombrar procuradores para obtener la nueva franquicia, y ya se sabe que habían concluido por transformarse en fantasmas los tales procuradores. Pide también que la permisión sea para embarcar todos los frutos que la

tierra tuviere, sin limitación, pudiéndose introducir de retorno las mercaderías necesarias.

Pinelo critica con severidad el establecimiento de la Aduana seca de Córdoba, pues se prohibía comerciar a Tucumán que tiene a Buenos Aires a cien leguas, a que lo hiciera por este puerto a efecto de obligarlo con el de Portobelo que está a mil doscientas. El mismo daño se hacía a Buenos Aires, que solicitaba el comercio con Tucumán "no sólo por gracia sino por justicia".

Del discurso sobre la necesidad de fundar una " Cnancillería real en las Provincias del Río de la Plata, Tucumán y Paraguay" (1624), se valieron entre otros —dice Pinelo—, Andrés de León Garabito, oidor de Panamá, en un memorial que imprimió sobre el gobierno de aquellas Provincias, y así lo alega en el folio 31.

En el estudio *Política de las grandezas y gobierno del Supremo y Real Consejo de las Indias*, probablemente del año 1624, Pinelo trata del Gobierno de las Indias procurando reducir sus leyes a un tratado sobre las principales materias, pero tomando "como centro y base" de la obra el Consejo de Indias, en sus diferentes secciones, y las noticias biográficas de cada uno de los miembros, al igual que los de la Casa de Contratación de Sevilla, de las armadas y flotas y oficios navales y militares. En otras partes se refiere a la descripción de las ciudades de Indias e historia de cada una de ellas y de sus Audiencias, así como también de las poblaciones, Real Hacienda, indios y minas, y al final abarca la sección eclesiástica y el Patronato.

El *Epítome de la Biblioteca oriental, occidental náutica y geográfica* fué impreso en 1629. Según palabras del autor en el prólogo, la obra comprende cuatro bibliotecas, que son las claves de todo lo que de las Indias se puede escribir; las dos primeras, oriental y occidental, contienen las materias más propias, y las que le siguen, náutica y geográfica, que se refieren a las materias remotas, pero importantes, para el estudio de las Indias.

En el *Tratado de confirmaciones reales, encomiendas, oficios y casos en que se requieren para las Indias*, publicado en 1630, se estudia la provisión de encomiendas, repartimientos, pensiones, situaciones y mercedes, ventas y renunciaciones de oficios, caballerías y peonías de Indias occidentales y sus confirmaciones.

Es un libro de síntesis, dividido en dos partes, y en ambas es de excepcional valor el acopio de antecedentes legales y la claridad que proyecta en múltiples cuestiones del Derecho indiano. En la primera, expone el origen de los repartimientos y encomiendas,

la promulgación de las Nuevas Leyes, el derecho de sucesión en las encomiendas del Perú y en Nueva España, la ley general de sucesión, los Ministros, Virreyes, Presidentes y Gobernadores con facultad para encomendar, de las personas que pueden y no pueden tener encomiendas y de las confirmaciones de las encomiendas y demás mercedes.

La segunda parte se refiere a los oficios vendibles en indias, los oficios renuneiables y de la confirmación de los oficios y sus testimonios.

Pinelo sobresale como el codificador de las Leyes de Indias.

IV

Nacido en Madrid en 1575, Juan de Solórzano Pereira cursó en la Universidad de Salamanca durante doce años, obteniendo todos los grados y cátedras "en edad muy temprana", en las dos carreras de la Facultad de Jurisprudencia, Derecho Civil y eclesiástico. Estudiaba seis horas diarias, dos por la mañana de Digesto, dos por la tarde de Códice y dos por la noche de Decretal. Saber jurídico que explica, como dice un autor, la cultura románica de Solórzano y el impulso que le llevará a ordenar las instituciones estudiadas a un sistema orgánico como el Derecho indiano. Corresponde destacar asimismo su ilustración clásica, principalmente en materia histórica y literaria, que se proyecta profusamente en el aparato erudito y crítico de sus escritos. Enseñó en la Universidad leyendo y profesando ambos Derechos, tarea que ennobleció, elevándola a la jerarquía de un magisterio.

Salió de Salamanca para las Indias en 1609, con el nombramiento de Oidor de Lima, cuando tenía treinta y cuatro años. Le ofrecieron la cátedra de Prima de Leyes de la Universidad de Lima "con muy crecido salario y honrosas partidas y que acomodarían la hora en que se huviese de leer, de forma que no se encontrasse con las de la Audiencia, y aunque hize de este ofrecimiento la estimación debida no me atreví a aceptarle por no contrariar las leyes".

En 1618 Solórzano escribía al Rey desde el Perú que en los ratos que había podido tener libres compuso unos libros latinos, en que a su parecer se presentaban todos los puntos dignos de consideración que se suelen y pueden ofrecer en las materias de gobierno y justicia de las Indias Occidentales. Sobre la base de la Recopilación de 1596, preparaba una Recopilación en romance con las cédulas despachadas posteriormente y las anteriores no incluidas.

Una nueva obra de Solórzano permite conocer más ampliamente su preparación jurídica. Es el "Libro Primero de la Recopilación de las Cédulas, cartas, Provisiones y

ordenanzas Reales que en diferentes tiempos fean defpachado para el gobierno de las Indias Occidentales", puesta en forma breve de leyes y reducida a títulos y materias. Solórzano compuso este primer proyecto de Recopilación siendo Oidor de la Audiencia de Lima en 1618 y en 1622⁶, y como consta en una anotación de ella y de su obra latina *De Jure et Oobervatione In diarum*, hace memoria en su *Política indiana*.

Aceptado el ofrecimiento, el Rey mandó se llevara adelante y así lo hizo Solórzano, pero no pudo cumplir, por sus muchas ocupaciones en la Audiencia, tan pronto como había deseado. Enviaba el Libro Primero de la Recopilación para que por él se conociera mejor, si los demás eran importantes, prometiendo al año siguiente mandar los libros latinos.

Se debe destacar esta labor de Solórzano Pereira en la preparación de una Recopilación de Leyes de Indias y su relación con la *Política indiana* de 1647 y la Recopilación Miiiiiionada en 1680.

En 1609, el año que salió para las Indias, fué encargado por el Presidente del Consejo de preparar en el Perú una Recopilación de leyes de estos dominios; diez años después, en 1618, escribió al Rey anunciándole que preparaba una recopilación sobre la base de 1596; en 1622 envió al Consejo el primer libro del Proyecto y los títulos de los cinco libros más que había de contener, como ya dije. Vuelto a España, tenía dispuesto en 1647 para la imprenta un texto de *Recopilación de las leyes de Indias*, posiblemente un nuevo texto, muy ampliado, en virtud del tiempo transcurrido desde el envío del primer proyecto en 1622. Salió del Consejo por jubilación en 1654 y murió en 1655 sin que su obra se sancionase ni imprimiese a pesar de su nueva petición.

Dieciocho años estuvo en Indias, durante cuyo tiempo se consagró a su cargo de Oidor y a los estudios teóricos y prácticos del Derecho indiano.

En 1628 pasó a desempeñar en la Corte la fiscalía del Consejo de Hacienda y luego del de Indias, y al año siguiente fué designado Consejero, donde sirvió trece años. En 1633, día de los Reyes, se le designó Fiscal del Supremo Consejo de Castilla, reteniendo el título o precedencias como Consejero del de Indias.

6 Por gestiones que hice en 1943 en mi carácter de director del limtiluto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Uncial™ de Buenos Aires, obtuve la fotocopia del ejemplar existente en la ULbllotcca Newbery, colección Erward E. Ayer, de la Biblioteca de la Universidad do Chicago. La obra ha sido publicada por el citado Instituto, con noticia preliminar del autor de este manual, en dos tomos, Buenos Aires, 1945.

Solórzano publicó en Madrid en 1629 la primera parte de la obra: *Disputationem de indiarum jure: sive de justa indiarum Occidentatum inquisitione*. La segunda parte se imprimió en 1639.

Estos dos volúmenes, con proposiciones avanzadas sobre el Patronato Universal de los Reyes de España, fueron incluidos en el Índice de los libros prohibidos, por resolución del año 1642.

Además, se sabe⁷ que la obra de Solórzano, sometida a censura, llegaba a afirmar que los padres de los indios, por no exponerlos a que padezcan el mal trato, "cuando nasen sus hijos los matan dándolos contra una pared". Mucho le extrañó al Rey que un ministro del Consejo sacase a luz semejante escrito, con "descrédito para esta nación y de que se valdrán los enemigos della para obscurezer la justificación de nuestras acciones..." Diversos pasajes se mandaron suprimir, al bien lo que el autor escribe era "en cuanto al hecho la pura verdad". Convenía al Rey que suprimidas esas referencias los Ministros de Indias tuviesen la obligación y el mayor cuidado posible de ejecutar las órdenes, castigar los excesos y conservar los indios.

Estos claros testimonios explican la razón superior por virtud de la cual Solórzano Pereira aparecía hasta ahora como un jurisconsulto contemporizador que no atacaba los excesos y errores de los sistemas de encomiendas y repartimiento de indios.

Sobre la base de esta obra latina, escribió la *Política Indiana*. En la dedicatoria al rey Felipe IV dice su autor que determinó no atarse tanto a la letra como al intento, y mejorándole y añadiéndole en muchas partes y abreviándole otras, escribió *Política indiana*. "Si alguna vez tuviese suerte de que V. Mag. passe por él los ojos, se podrá enterar del gran trabajo que avre puesto en juntar, disponer y ilustrar tan varias materias, en que me atrevo a afirmar sin jactancia que soy... el primero que las ha escrito, sin poner planta sobre huella agena".

La *Política indiana* es la obra fundamental escrita durante los tres siglos de la dominación española, y a pesar de sus defectos literarios, como la lujosa erudición, que es de su época, no se sabe qué admirar más, si el conocimiento teórico de las leyes o los datos que suministra respecto de las infinitas y distintas aplicaciones de las leyes.

7 JOSÉ TORRE REVELLO : *Ensayo biográfico sobre Juan de Solórzano Pereira en Publicaciones del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras*, N° XLIV, Buenos Aires, 1929.

Solórzano fué publicista de ideas amplias que ejerció vasta influencia en el espíritu de los americanos. Además de jurisconsulto, su nombre figura en la serie universal de los escritores que cultivaron los principios de la ciencia política, sobre cuya materia publicó una obra importante: *De los emblemas*. La edición latina *Emblemata sentum Regio Política*, es de 1653 con alegorías y versos, y en 1658, 59 y 60, la traducción castellana.

No se ha hecho sino referencia al pasar de esta contribución original de Solórzano, que le presenta como observador Bagaz de la psicología política de gobernantes y pueblo. Moralista y crítico, de la sabiduría antigua extrae las lecciones Ejemplares. Aunque de igual orientación ética que Saavedra Fajardo, este último se distingue por su estilo, siendo de más nana como escritor el autor de las *Empresas políticas*, pero los temas *De los emblemas* revelan un penetrante conocimiento de la vida social y política.

La crítica que ha podido hacerse a su construcción jurídica es aquella según la cual incurre en el grave error de haber sacrificado a las ideas e intereses preconcebidos del Estado, la pureza doctrinal.⁸

Aún más. Podría admitirse que Solórzano desarrolla la teoría de la guerra justa y contesta en algunos casos a las opiniones de Vitoria y de Las Casas, fundado en esa razón de Estado.

La biobibliografía de Solórzano contiene 103 elementos de una nueva interpretación que formulo acerca de la trascendencia americana de sus ideas.

El pensador se revela en las ideas madre, en los conceptos generales que expone. Así, respecto de la libertad, de la que avanza una noción moderna diciendo que no consiste en hacer lo que el albedrío dicta sino lo que la ley manda, porque de otro modo la libertad perecería en la libertad; acerca de la jerarquía de los gobernantes de Indias, de los que decía que no debían ser caballeros de capa y espada y señores de título, sino personas versadas; en punto a los magistrados, requiriendo para la administración de justicia que los funcionarios tuvieran la ciencia, grados de letras, virtud conocida y continuada experiencia en la abogacía, pues que de tales ministros dependen las vidas, honras y haciendas de sus pueblos.

Pero sobre todo, en su defensa de los americanos o criollos, por cuyo bienestar y elevación luchó con empeño análogo al que había dedicado Las Casas en favor de los indios.

8 F. JAVIER DE AYALA: *Ideas políticas de Juan de Solórzano*, Sevilla, 1946, pág. 198.

La obra de Solórzano debe inspirar efusiva estimación en los americanos. Figura entre los pocos escritores que defendieron con amor a los "criollos", exaltaron sus virtudes y capacidad y proclamaron la necesidad de reconocerles iguales en derecho que a los españoles.

Casi todo el capítulo XXX, del libro II, y el capítulo XIX del libro IV de la *Política indiana* son alegatos en defensa de quienes Solórzano afirmaba que "no se puede dudar que sean verdaderos españoles", aduciendo abundantes razones, "para convencer la ignorancia o mala intención de los que no quieren que los criollos participen del derecho y estimación de Españoles, tomando por achaque que degeneran tanto con el cielo y temperamento de aquellas provincias, que pierden quanto bueno les pudo influir la sangre de España y apenas los quieren juzgar dignos del nombre de Racionales como lo solían hazer los Judíos de Jerusalem y Palestina, temiendo y menospreciando por Bárbaros a los que nacían I habitaban entre gentiles... "9

Tal actitud no es solamente simpática al corazón de los americanos. Se impone también a su inteligencia y reflexión, porque descubre en el sabio jurista un espíritu de penetración En el porvenir, entonces, lejano, que plantearía con el tiempo la lucha entre la minoría gobernante y la inmensa masa social de los "nacidos en la tierra".

Solórzano enseña que quienes particularmente se encargaron de desacreditar a los criollos eran los preladados españoles, que pretendían excluirlos de las dignidades y cargos honrosos de sus órdenes, habiendo llegado un obispo de México a poner en duda si los criollos podían o no ser ordenados de sacerdotes. Al Padre José de Acosta, que decía de los criollos "que maman en la leche de los vicios y lascivia de los indios", le contesta Solórzano: "Yo no quisiera que varones tan doctos y prudentes hablaran fácilmente con tanta generalidad". A continuación le observa la inmensidad de estos territorios, diferencias como la de los naturales entre sí, para rechazar la afirmación simple y absoluta, aceptando que en muchos puntos los criollos "nacían bien templados y morigerados". Juzgando elevación y espíritu apostólico la suerte de otros hombres, agregaba Solórzano: "Fuera de que assi como entre cardos y espinas se dan rosas y de las bestias fieras muchas se amansan. Asi también no ay tierra por destemplada que sea y de malos climas que no aya dado y de muchas vezes insignes y claros varones en virtudes, armas o letras..."

Después de testimoniar la existencia de muchos criollos "que han salido insignes en armas y letras y lo que más importa en lo sólido de virtudes heroicas, exemplares y prudenciales, de que me fuera fácil hazer un copioso catálogo", termina protestando de la mala opinión difundida contra ellos, y de la injusticia y agravio que se les infería desconociéndoles el ejercicio de iguales derechos que a los españoles.

Solórzano recuerda las "graves y elegantes palabras" del doctor Pedro de Ortega Sotomayor, obispo de Trujillo, quien se lamentaba en nombre de los criollos "que por muchos mérito que tuviesen no les tocaba un hueso roído".¹⁰

En seguida enumera las razones que le asisten en favor de la prelación de los naturales, aludiendo "al mayor amor que tendrán a la tierra y patria donde nacieron". Alcanzó a afirmar que algunos de los cargos del Supremo Consejo de Indias debían proveerse con naturales de ellas o por lo menos con personas que hubiesen servido muchos años en sus Audiencias.¹¹

Con respecto a los mestizos y mulatos "de que ay gran copia en las Provincias de estas Indias", dice que si hubiesen nacido de legítimo matrimonio, podrían y deberían considerarse por ciudadanos de dichas Provincias y ser admitidos a las honras y oficios. Pero por lo ordinario nacían de adulterio y de otras ilícitas uniones. Advierte con respecto a los mestizos que si concurrían virtud conocida y suficiente habilidad debían ocuparse en la doctrina de los indios porque eran como sus naturales y sabían perfectamente su lengua y costumbres, aunque más adelante, de acuerdo con el Padre José de Acosta, sostiene Solórzano que era necesario ir con mucha prudencia en los derechos concedidos a los mestizos porque muchos salían con viciosas costumbres y que por esta razón algunas reales cédulas no los dejaban andar ni habitar en los pueblos de indios, sino reducirlos a los de los españoles o a otros que se formarían exclusivamente con mestizos y mulatos.

La vida y la obra de Solórzano esclarecen un nuevo sentido de la hispanidad: sobresale como el sistematizador de las instituciones y el creador de la ciencia del Derecho indiano.

10 JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA: *Política indiana*, cit., pág. 345.

11 JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA : *Política indiana*, cit., pág. 463.

En el siglo XVI la teología era una ciencia universal que comprendía todas las manifestaciones de la cultura, desde la Jurisprudencia a la poesía. Los romanos definieron la ciencia del Derecho como conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto, y la teología del siglo XVI era considerada a modo de ciencia universal que abarcaba desde los atributos divinos hasta las últimas ramificaciones del Derecho público y privado.

Esta escuela elaboró los principios generales y fundamentales de un nuevo Derecho. Bartolomé de Las Casas pertenece a esta escuela de teólogos no tanto porque fuera de los primeros en escribir acerca del dogma de la libertad y la igualdad, sino porque nadie como él —ni entre los filósofos antiguos que profesaron ideas humanas— se consagró con más empeño y más dilatadamente —vivió noventa y dos años, de los cuales luchó cincuenta por lo menos— al triunfo de su ideal de justicia en favor de los humildes.

Los libros de Las Casas sirvieron a los enemigos de España para difamar su obra de colonización y de gobierno en Indias. Los errores y extravíos en las apreciaciones del Obispo de Chiapa están descartados por las crítica científica moderna. Y es torpeza de los tendenciosos adversarios citar sus afirmaciones, como prueba de la barbarie de la Metrópoli, cuando él solo, por la universalidad y la libertad de su genio, representa una gloria de España y América.

Las Casas pasó a la isla de Cuba en 1512, iniciando desde entonces su defensa de los indios, como antes fray Montesinos.

El obispo de Darien, fray Juan Quevedo, sostenía que los indios eran siervos *a natura*. El Padre Las Casas probaba a la luz de la Filosofía y el derecho, que los indios no eran siervos a natura, que la fe se adapta a todas las naciones del mundo y a todos igualmente recibe sin quitar a nadie su libertad. Su concepto de la libertad le inspiraba el repudio de la doctrina del Estagirita, sintetizada en la página de la *Política* en que afirma que existen seres esclavos por naturaleza, para quienes la esclavitud es tan útil como justa; y la apartaba de Santo Tomás, quien admitió que la esclavitud no era de derecho natural pero resultaba conveniente para muchos seres. El papa Paulo III había adoptado la teoría de la libertad del mdio, al dictar en 1537 la famosa bula conforme a la cual los indios eran verdaderos hombres, no podían ser privados de sus bienes ni sometidos a servidumbre. Esta bula tuvo gran repercusión social y fué una expresión alentadora para la prédica de Las Casas.

En España, a partir de 1539. Las Casas intervino en todas las cuestiones que se trataron en Juntas para el mejor gobierno de las Indias. Al año siguiente escribía el famoso alegato *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* que se publicó en Sevilla en 1552. Pero en 1542 se habían dictado las *Nuevas Leyes* de que ya he hablado, conforme a las cuales se abolieron las encomiendas

Juan Ginés de Sepúlveda, nacido en Córdoba y educado en la Universidad de Alcalá de Henares, era partidario de la teoría de Aristóteles y tradujo al latín algunas de sus obras, entre otras la *Política*. Su concepto acerca de la justicia de la guerra contra los indios de América aparece en *Democrates Secundus*, escrita en 1547. Afirmaba "que siendo los indios naturalmente siervos, bárbaros, incultos e inhumanos, si se negaban, como solía suceder, a obedecer a otros hombres más perfectos era justo sujetarlos por la fuerza y por la guerra, a la manera que la materia se sujeta a la forma, el cuerpo al alma, el apetito a la razón, lo peor a lo mejor". Ginés de Sepúlveda representa el espíritu del Renacimiento, vigoriza la tesis aristotélica y en él se perciben influencias de Maquiavelo.

Las Casas escribió la *Apología* impugnando a Sepúlveda. Hacia 1550 Carlos V reunió "la famosa Junta de los Catorce", llamada así por estar integrada de catorce doctores presidida por el teólogo y jurisconsulto fray Domingo de Soto, autor de la obra *De justitia et jure* y de renombre por sus avanzadas ideas en favor de los negros y los indios. Se preparó un resumen de la disputa por encargo de la Junta. La cuestión concreta a saber era si podía considerarse lícito al Rey hacer la guerra a los indios antes que se les predicase la fe, para someterlos a su imperio, y que después de sometidos podrían más fácil y cómodamente ser adoctrinados.

El doctor Sepúlveda sustentaba la afirmativa, el obispo de Chiapa la negativa. En esta polémica se habían rozado cuestiones de orden político como la relativa a establecer los títulos legales a la dominación de las Indias, imputándose a Las Casas la teoría que negaba el señorío de los reyes de Castilla, grave razón por virtud de la cual no se produjo decisión alguna.

En la contienda entre Sepúlveda y Las Casas, Francisco de Vitoria estuvo al lado de este último, afirmando la libertad de los indios.

Es que Vitoria pertenece al núcleo de los que se destacaron en España —siguiendo la inspiración de Luis Vives— procuró despojar a la teología del carácter contencioso a que había evolucionado en los tiempos precedentes. Vivió muchos años en el extranjero y trató a Erasmo. La enseñanza que profesó en la Universidad de Salamanca fué famosa

por su elocuencia y sabiduría. De la temeridad de sus opiniones es demostración el hecho de que su obra *Relecciones* fuera incluida en el Índice por mandato de Sixto V, en virtud de haber afirmado, entre otros conceptos, que se pueden resistir las decisiones equivocadas de los Papas, y en materia de matrimonio, que el Príncipe seglar, por la condición y naturaleza de su potestad, tiene jurisdicción en dicha materia. Pero no se trata de valorar a Vitoria únicamente por su espíritu, sino también por su ciencia. Sábese que los orígenes del Derecho contemporáneo —del Derecho natural, internacional y público— se encuentran en la filosofía escolástica del siglo XVI. Entre sus cultores, Vitoria figura en primer término. Autores modernos han establecido que es el verdadero padre de la ciencia del Derecho internacional, anterior a Grocio, pues proclamaba el concepto de interdependencia de los Estados, de sus derechos y deberes recíprocos, como principio básico, en oposición al de la mera cortesía internacional.

Su obra fundamental —*Relecciones theologicae* (1586)— son relecciones, peticiones o exposiciones que hacía Vitoria aparte del curso ordinario de teología sobre temas de interés general que le proponían en consulta. Entre tales temas abordó los de la potestad de la Iglesia, la potestad civil, de los indios recientemente hallados, del derecho de guerra, del matrimonio y otros más relacionando estrictamente la teología y el derecho. Entre los precursores españoles del derecho de gentes no se puede omitir al jesuíta Francisco Suárez, de quien se ha dicho con razón que en el camino que él recorrió para librar al Derecho de gentes del Derecho romano, Grocio dio un paso adelante.

Francisco Suárez nació en Granada el 5 de enero de 1548. Hizo estudios superiores de Filosofía y Ciencia. El rey Felipe II le designó profesor en la Universidad de Coimbra. Es autor de muchas obras entre las cuales cito solamente *Disputaciones metafísicas* (1597), *De la virtud y del estado de la Religión* (1609) y el tratado *De las Leyes* (1612). Este último se divide en diez libros en los que trata de la ley en general, su naturaleza, causas y efectos, de la ley eterna, de la natural y del Derecho de gentes, de la ley positiva humana en sí, de la ley positiva canónica, de la variedad de las leyes humanas, de su explicación y mudanzas de la ley no escrita que se llama costumbre.

En la interpretación de su doctrina se ha pretendido alzar al *suarismo* frente al *tomismo*, siendo así que Suárez sigue la filosofía de Santo Tomás, a quien tiene como guía y maestro.

En cierto modo el tratado *De las Leyes* puede considerarse como una Suma o Enciclopedia del Derecho natural y positivo canónico y civil, consuetudinario y escrito.

Suárez representa la tradición escolástica, y al afirmar la existencia de la sociedad universal se anticipa en algún aspecto a la teoría del pacto o contrato social implícito, declarando que la potestad de dar leyes humanas nacía *cuando los hombres se reúnen en una comunidad perfecta y se unen políticamente*, entendiéndose que todos los hombres tienen por naturaleza la virtud para componer la comunidad perfecta.

Es de Francisco Suárez el concepto fundamental de que el género humano, aunque dividido en Estados, constituye una unidad política y moral dominada por la ley natural del amor y misericordia, extensiva a todos los hombres, incluso a los extranjeros, sea cual fuese el pueblo a que pertenezcan. Los Estados se necesitan unos a otros, afirma, y no pueden prescindir del apoyo mutuo, de su influencia recíproca ni de su constante colaboración.

El Derecho de gentes encuentra su base, como se sabe, en el concepto de la cooperación y la acción solidaria de los Estados.

En este florecimiento de la escuela española de derecho político no podrían omitirse los nombres de Domingo de Soto, que avanzó ideas fundamentales del derecho y la política en su libro *De la justicia y del derecho* (1566), a que ya me referí; de Juan de Mariana, que escribió *Del Rey* (1603), donde desarrolla la teoría del tiranicidio, fundada en el concepto de que el tirano desgarrará la patria y se le debe tratar como a enemigo implacable; de Saavedra Fajardo, autor de las *Empresas políticas o Ideas de un príncipe político cristiano representado en cien empresas* (1640), libro que combate la teoría maquiavélica, exalta la moral en bien del pueblo e impugna la política del fin que justifica los medios o procedimientos de la mentira, la violencia y el interés.

En los teólogos del siglo xvi se encuentran los demeritos del derecho penal —como del derecho político, según he hecho referencia— que proceden de Santo Tomás. La supresión de la venganza privada y su sustitución por el derecho de penar, que corresponde al Estado, era la consecuencia de los principios del cristianismo.

Alfonso de Castro, que echó los cimientos de la ciencia del Derecho Penal, sostenía que la penalidad impuesta por las leyes debía ser proporcional al delito, y aconsejaba al legislador que, en todo caso, la pena no fuera ni atroz ni crue en relación con la culpa. Afirmó, asimismo, que la ley penal no debía extenderse o aplicarse más que al delito, persona o caso expreso en la ley, no admitiendo la razón de analogía que es lícita tratándose de otras clases de leyes. Tal cuestión de la retroactividad de las leyes penales

es rechazada por Alfonso de Castro. Pero este autor, como Vitoria y Soto, era partidario de la pena de muerte, afirmándose que solamente debía aplicarse en casos muy graves.

En el siglo XVII la obra de los juristas indianos adquiere un nuevo sentido, ya acusado con Ovando en el siglo anterior, definiéndose su característica orientación de Derecho histórico.

Ovando y Aguiar y Acuña se empeñan en una enorme labor de ordenación del Derecho de Indias, y el primero de los citados señala el rumbo y le infunde su espíritu; Pinel con profundo saber, escribe la Historia Eclesiástica de India compara en su *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de las leyes de Indias*, la obra de la Recopilación india con las del Derecho romano, canónico y castellano, censura el régimen comercial, examina con criterio objetivo el sistema de las encomiendas, verdadera célula de la colonización, y distingue modalidades y tipos según las secciones del Imperio indiano, estudiado en el *Tratado de las Confirmaciones Reales* cuidándose de no confundir las prescripciones legales que rigen la materia con el Derecho vivo, aspecto jurídico triste y tímido que intensifica en el *Aparato Político...*, llegando a ser un gran codificador del Derecho indiano.

Solórzano, en fin, graduado y profesor de la Universidad de Salamanca, tenía nutrida preparación en derecho romano y letras clásicas, y durante su estada en América, sirvióle aquella información para compenetrarse a su luz de la realidad de esta nueva organización económica y política, pudiéndose decir de su *Política indiana* que es un monumento de ciencia jurídica y social.

Juristas indianos, pues, que habían escrito obras de Derecho y política, después de observar directamente los fenómenos de América con criterio histórico y objetivo, cuya influencia se ha sentido en los juristas patrios.

No eran teóricos. Aparte su ciencia adquirieron en Indias la experiencia que sólo da el conocimiento directo del medio y los hombres. No pertenecen, por tanto, a la categoría brillante de aquellos que hablaban de Indias sin haberlas visitado, "sacando conjeturas que en apariencia aprietan y en la verdad no tienen fuerza", como decía el codificador de las leyes Indias, Antonio de León Pinelo, señalando errores en las obras de Acosta y Herrera, entre otros.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

AYALA F. JAVIER DE: *Ideas políticas de Juan de Solórzano*. Sevilla, 1945; y las *Ideas canónicas de Juan de Solórzano* (el tratado de *Indiarum Jure* y su inclusión en el índice), en *Anuario de estudios americanos*, t. IV. Sevilla 1947.

Barcia Trelles, Camilo: *Interpretación del hecho americano por la España-universitaria del siglo xvi. La escuela internacional española del siglo xvi.*, Montevideo, 1949.

ENCINAS, DIEGO DE: *Cedulario*, reedición facsímil, de *Cultura Hispánica*, con prólogo e índices del doctor Alfonso García Gallo. Madrid, 1945.

Furlong Guillermo: (S.J.) *Nacimiento y desarrollo de la Filosofía en el Río de la Plata 1036-1810*, Buenos Aires, 1952.

García Arias, Luis: *Títulos en que se pueden justificar la adquisición y retención de las Indias Occidentales por España, según la Política Indiana de Solórzano Pereira*, en *Boletín de la Universidad de Santiago*. España, 1943.

GARCIA GALLO, ALONSO: *La Nueva Recopilación de las Leyes de Indias de Solórzano Pereira*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXI-XXII, pág. 529 y sigts.

HINOJOSA, EDUARDO: *Influencia que tuvieron en el Derecho Público de tu patria y singularmente en el Derecho Penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, en "Obras", t. I, Madrid 1948.

Levene, Ricardo: *En el Tercer Centenario de Política Indiana de Juan de Solórzano Pereira*, edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1948. *La concepción de Eduardo de Hinojosa sobre la historia de las ideas jurídicas en el Derecho Español y su proyección en el Derecho Indiano*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, N° 4, Buenos Aires, 1952.

LEVILLIER, ROBERTO: *Don Francisco de Toledo, supremo organizador del Perú, su vida, su obra (1515-1582)*. Madrid, 1935; y *El Licenciado Matienzo, inspirador de la segunda fundación de Buenos Aires*. Madrid, 1919.

LOHMANN VILLENA GUILLERMO: *Antonio de León Pinelo, el gran canciller de las Indias*, Sevilla, 1958.

MANZANO MANZANO, JUAN: *Historia de las recopilaciones de Indias*. Madrid, 1950, ediciones *Cultura Hispánica*.

MOLINA, RAÚL A.: *Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo*, edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1947.

PENA CÁMARA, JOSÉ DE LA: *Nuevos datos sobre la visita de Juan de Ovando al Consejo de Indias, (1567-1568)*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, t. XII. Madrid, 1953; y *El manuscrito llamado "Gobernación espiritual y temporal de las Indias" y su verdadero lugar en la historia de la Recopilación*, en *Revista de Historia de América*, N° XII. México, 1941.

PÉNELO, ANTONIO DE LEÓN: *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de leyes de las Indias Occidentales...*, copia fotográfica existente en el Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, obtenida del ejemplar existente en la Sala Medina de la Biblioteca de Santiago de Chile, el *Memorial sobre el comercio del Río de la Plata, de 1623*, en *Correspondencia de la ciudad de Buenos Aires*, t. II. Madrid 1918; y el *Tratado de las confirmaciones reales...*, reedición facsímil del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras.

SIERRA VICENTE D.: *Historia de la Argentina, 1492-1600*, Buenos Aires, 1956, cap. III.

SOLÓRZANO PEREIRA, JUAN DE: *Libro primero de la recopilación de las cédulas...*, edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1945; y *Política indiana*, sobre la defensa de los criollos en el Nuevo Mundo, lib. II, cap. XXX, y lib. IV, cap. XIX.

TORRE REVELLO, JOSÉ: *Noticias históricas sobre la Recopilación de Indias*, Buenos Aires, 1929.

CAPITULO XIV

RECOPIACION DE LEYES DE INDIAS DE 1680

Nueva etapa del Derecho indiano, iniciada con la Recopilación de 1680. — La leyenda roja de los crímenes y la leyenda negra del oscurantismo de España. — Originalidad de las Leyes de Indias. — Grandes leyes de esta Recopilación: sobre el Derecho público eclesiástico, fundación de Universidades, el Derecho político, el Consejo de Indias, las Audiencias, los abogados, la guerra a los indios, la fundación de ciudades, la justicia de los alcaldes. — El sistema de gobierno de los indios. — El Derecho penal — Leyes censurables. — Las Indias no eran colonias. — Crítica de la generación revolucionaria. — Las Leyes de Indias y las Leyes de Partida. — Paralelismo de las Recopilaciones de Castilla y de Indias.

EN 1680 se promulgó por el rey Carlos II la Recopilación de leyes de los reinos de las Indias. Además de referirse a los intentos de recopilación iniciados desde la época de Felipe II, el decreto por el que se pone en vigor la Recopilación inunda que las leyes en este libro contenidas y dadas para la buena gobernación y administración de justicia, "se guarden cumplan y ejecuten y por ellas sean determinados todos los pleitos y negocios que en estos y aquellos reinos ocurrieren, aunque algunas sean nuevamente hechas y ordenadas, y no publicadas, ni pregonadas, y sean diferentes o contrarias a otras leyes, capítulos de cartas... todos los cuales es nuestra voluntad, que de ahora, en adelante, no tengan autoridad alguna, ni se juzgue por ellos... sino solamente por las leyes de esta Recopilación, guardando en defecto de ellas lo ordenado* por la ley segunda, título primero, libro segundo de esta Recopilación, y quedando en su fuerza y vigor las Cédulas y Ordenanzas dadas a nuestras Reales Audiencias, en lo que no fueren contrarias a las leyes de ella".

Desde un punto de vista general, la Recopilación de Influids reducía a una unidad jurídica la diversidad y pluralidad del mundo hispano-indiano. Vano era el intento, si se inédita que desde los orígenes de la colonización cada sección del Imperio indiano se constituía de conformidad con muí legislación que especialmente se había dictado para cada una de ellas por sus propios órganos institucionales con potestad legislativa o por

los órganos legislativos peninsulares!, pero teniendo por motive y fundamento el caso particular.

Según las leyes de la Recopilación, debían determinarse "todos los pleitos y negocios que en estos y aquellos reinos ocurrieren". Claro es que, no obstante esta situación de absoluta igualdad objetiva de los estados ante la ley, cada uno de ellos mantuvo en vigor, y para su exclusiva observancia, los estatutos y ordenanzas especiales y propios.

Es fundamental dejar consignado que en la Recopilación de 1680 no figuran en general sino leyes emanadas de los órganos metropolitanos y no las que dictaron las Audiencias, Virreyes, Cabildos, Consulados, Universidades, para no citar sino algunas instituciones regionales principales.

Una nueva etapa se inicia con la Recopilación de 1680 en el estudio del Derecho indiano. La legislación del siglo xviii acentuó su regalismo que se marcó con vigor, pero el derecho vivo siguió creciendo y diferenciándose cada vez más profundamente, a impulsos de fuerzas históricas, que arrancaban de los orígenes de la constitución de cada uno de los distritos políticos.

La Recopilación de 1680 se divide en nueve libros con doscientos dieciocho títulos y seis mil trescientas setenta y siete leyes. La tendencia a suprimir casi por completo la motivación circunstancial de cada una de las leyes, la enumeración de dos o más reyes como coautores de la ley, sin aclarar la aportación de cada uno de ellos, las inexactitudes en los antecedentes o cuadro que precede a cada ley, son fundadas observaciones que sólo el conocimiento del texto de todas las leyes de origen podría explicar contribuyendo al conocimiento de la historia jurídica de los preceptos del Código de 1680.¹

De ahí la necesidad de preparar una edición crítica. Publicada la Recopilación en 1081, la edición se repitió sin variante en los años 1756, 1774 y 1791. La edición Boix, de 1841, está ilustrada con notas relativas a la legislación posterior a 1680, que se resumen al final en el *Indice cronológico de las .Reales Cédulas, Reales órdenes y decretos comprendidos en las 'notas puestas a las Leyes de Indias*.

Juicios diversos y contradictorios ha inspirado la Recopilación de indias de 1680. La mayoría de los escritores que han censurado severamente el tipo de gobierno y administración de España en América, admitieron como verdad inconcusa la leyenda negra referente al fanatismo, el despotismo político, el monopolio absoluto, la burocracia y la ignorancia general, comenzando por la famosa destrucción de las Indias

¹ RAFAEL ALTAMIRA: *Análisis de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680*, cit., pág. 299.

que el padre Las Casas contribuyó a difundir en Europa, dada la gran circulación de su alegato, presentado a Carlos V: "Brevísima relación de la destrucción de las Indias". Combatida la leyenda roja de los crímenes cometidos en Indias y la leyenda negra del oscurantismo español, y pasado ya el largo período, con espíritu de hispanofobia, que ha viciado la obra de no pocos historiadores americanos, quienes, para exaltar la Revolución de la Independencia, han creído indispensable deprimir a España, ha podido estudiarse con imparcialidad la legislación ultramarina y destacarse sus elevados fines.

La viva impresión que produce la lectura de la Recopilación de Indias es la originalidad de sus leyes. Las leyes de Indias pueden ser teóricas, y lo fueron muchas de ellas; pueden ser injustas por error, ignorancia o pasión, y se podrían citar algunas con tales vicios entre las seis mil trescientas que comprende, pero todas son originales, es decir, nuevas soluciones sobre temas y problemas desconocidos hasta entonces, por su materia, los sujetos del derecho o el carácter de las relaciones humanas que legisla.

El juicio que formulo a continuación se refiere al espíritu que alientan estas leyes. Considero asimismo la estructura de la Recopilación y la función de las instituciones jurídicas, dos aspectos estrechamente asociados del Derecho indiano, pero el estudio del origen y desarrollo de dichas instituciones es el contenido de otros capítulos de esta obra, que abarca los Derechos político, administrativo, eclesiástico, municipal, penal, económico y financiero y las diversas ramas del privado indiano.

Todo el libro I está dedicado al gobierno espiritual de Indias, hecho digno de ser destacado por la precedencia reconocida a la función religiosa, moral e intelectual del Derecho indiano, al igual que en el Derecho castellano.

La parte del libro I sobre el Derecho público eclesiástico crea el Patronato Real y organiza la Iglesia como un poder vinculado al del rey, pero confiándole una misión redentora. El suceso extraordinario del Descubrimiento y la necesidad de la conversión de los indios al catolicismo, elevaron a la Iglesia a la altura de su misión espiritual. La ley I, del libro I, del título I de la Recopilación, es una exhortación a la Santa Iglesia Católica y cómo la debe creer todo fiel cristiano.

A l llegar los capitanes del Rey a cualquiera provincia de las Indias, procurarían dar a entender —según la ley II, libro I, título I—, por medio de los intérpretes, a los indios y moradores, que habían sido enviados a enseñarles buenas costumbres, apartarlos de vicios y comer carne humana, instruirlos en la Santa Fe Católica y predicarla para su salvación.

Practicaban el principio de la igualdad de los seres, cualesquiera sea la raza, ante el Dios creador.

Por la ley XIII de este mismo libro I, título I, se mandaba a las personas que tenían esclavos, negros y mulatos, que los enviaran a la iglesia o monasterio para la enseñanza de la doctrina cristiana.

El título VI de este libro I está dedicado al Patronazgo Real de las Indias, perteneciente privativamente al Rey y a su Corona, por haberse descubierto y adquirido el Nuevo Mundo, edificado y dotado en él las iglesias y monasterios, y concedido el derecho a los reyes "de su propio motu" por bulas de los Sumos Pontífices. Tal derecho de Patronazgo de las Indias, único e *insolidum*, era reservado a los reyes y a la Real Corona y no podía salir de ella en todo ni en parte.

El transvasamiento de la cultura en Indias y la obra de las Universidades y estudios generales y particulares, establecido en América y la introducción de la Imprenta en este Continente e impresión de libros que revelan su ideal civilizador, es materia tratada en los títulos XXII, XXIII y XXIV del libro I de la Recopilación.

Los libros II, III, IV y V, en gran parte destinados a organizar el gobierno indiano, con todos los reparos que pueden oponérsele —y no son pocos—, representa, no obstante, un tipo evolucionado de organización institucional, tendiente a separar y equilibrar las funciones gubernativas. Para admitir esta apreciación general téngase presente el criterio absolutista que en materia política se profesaba entonces y el atrasado concepto que se tenía sobre el papel y destino de las colonias en la Historia del Mundo, pero que no lo fueron para las Leyes de Indias, donde se las reconoce en la jerarquía de las Provincias, al igual de las de la Península.

La fuente de toda autoridad era el poder de la Monarquía, limitado por la moral, la religión y el derecho, según las sabias leyes de la Partida II. Pero en el cuadro de los órganos representativos de aquella autoridad superior ninguna detentaba el ejercicio de todas las atribuciones, estando éstas distribuidas y delimitadas en diversas instituciones. Este hecho vertebral tiene importancia para comprender el fenómeno de la aparición y extensión de la libertad política.

El eslabonamiento de las instituciones, plausible en principio, fué la causa de numerosos y complicados conflictos, que quebrantaron la autoridad e iniciaron el proceso de la crisis de la dominación española.

La organización legal del Consejo de Indias fué perfeccionándose desde su origen por las ordenanzas de 1542, 1571 y 1636. Se exterioriza claramente en esta legislación

su espíritu ético y el propósito de activar las funciones de la administración pública. El Presidente del Consejo era particularmente considerado como "cargo tan importante" (leyes I, II y III del título III del libro II), que siempre debía tener cuidado de entender y saber lo que convenía ordenar para el buen gobierno espiritual y temporal de las Indias, conversión y buen tratamiento de los indios naturales de ellas, acrecentamiento y buen recaudo, de las Haciendas.

Desde el punto de vista moral, es admirable la ley XVI, por la que se manda que el presidente y los miembros del Consejo de Indias y demás funcionarios, no reciban cosa alguna dada in prestada, por parte de los litigantes, ni de personas que tengan o esperan tener con ellos gestiones, "así por lo que esto importa, como por la libertad y entereza con que deben proceder", y que no debían escribir a las Indias cartas algunas <h recomendación, bajo pena de incurrir en las sanciones previstas en las leyes.

Los títulos XII y XIII contienen las leyes por las que se Olean los cargos de cronista mayor, que debía ir escribiendo la historia general o la particular de las provincias "con la mayor precisión y verdad que se pueda", y de cosmógrafo y catedrático de matemáticas, para el buen gobierno de las indias, su navegación y correspondencia.

Los presidentes y oidores debían estar en los estrados de bis Reales Audiencias, todos los días que no fueran feriados, • lo menos tres horas por la mañana para oír relaciones, y los días que fueran de audiencia debían estar una hora más.

En las leyes CLVI, CLVII, CLVIII, CLIX, CLX y CLXI MC dispone todo la concerniente a la organización del trabajo de IAH Audiencias, mandando llevar numerosos libros.

El título XXIV, dedicado a los abogados, aparte las exigencias de los estudios y examen que debía darse en las Audiencias, contiene leyes de un severo sentido moral, mandando que ION abogados juren que no ayudarán en causas injustas, que paguen los daños que las partes recibieren por su malicia y culpa, que no se pueda concertar por parte de la cosa que de-litii indure, que ayuden a las partes fielmente sin alegar malicias, que ninguno descubra el secreto de su parte a la otra y que no hagan preguntas impertinentes al asunto y causa en que abogaren.

Diversas materias trata el libro III, pero son más importantes las que se refieren a los virreyes, a la guerra, a las precedencias y ceremonias y a los correos e indios chasquis.

LA Ley I, título III del libro III, se refiere a los Virreyes representan la real persona, encomendándoles, con palabras conceptuosas, "el ennoblecimiento y pacificación de

aquellas provincias", su sosiego y quietud, para lo cual "tengan el gobierno supremo, hagan y administren justicia igualmente a todos vuestros subditos y vasallos".

Los Virreyes no podían llevar a Indias sus hijos, yernos y nueras, "para la buena y recta administración de justicia" (ley XII), y debían informar acerca de las personas beneméritas que hay en las provincias de su gobierno, así eclesiásticas como seculares y los letrados que había para ocupar las plazas de las Audiencias y "de los de capa y espada, cuáles para gobiernos, guerra, hacienda y oficios de pluma" (ley LXX).

El título IV del libro III trata de la guerra, y entre otras prescripciones debe hacerse mención de las leyes VIII y IX, textos consagradorios de los propósitos de pacificación que sustenta.

Por la primera de las leyes citadas se manda a los Virreyes, Audiencias y Gobernadores, que si algunos indios anduvieren alzados los procuren reducir "con suavidad y paz, sin guerras, robos ni muertes", y si fuere necesario otorgarles algunas libertades o franquezas de toda especie de tributo, lo podían hacer, así como también perdonarles los delitos de rebelión. En la ley siguiente se establecía que no se pudiera hacer ni haga la guerra a los indios para recibir la santa fe católica ni para otro ningún efecto, "y si fueran agresores y con mano armada rompieren la guerra contra los vasallos, poblaciones y tierra pacífica", se les hagan antes los requerimientos necesarios, una, dos y tres veces y las demás que convenga hasta atraerlos a la paz que deseamos.

Las leyes de este título que comento se relacionan con las del libro IV, título IV, "de las pacificaciones".

Se declara con palabras aleccionadoras que era necesario primero enseñar la doctrina, "y después que estén instruidos les persuadan a que de su propia voluntad dejen lo que es contrario a nuestra Santa Fe Católica, y doctrina evangélica, procurando los cristianos vivir con tal ejemplo, que sea el mejor y más eficaz maestro".

El libro IV de la Recopilación de Leyes de Indias comienza con los descubrimientos por mar y tierra.

Legisla sobre la fundación de ciudades en el título V, con sabias prescripciones respecto a que las tierras y provincias que se eligieren para poblar tengan las calidades que se declara, como ser que el terreno sea saludable, reconociendo si se conservan en él hombres de mucha edad y mozos de buena complexión, disposición y color, si los animales y ganados son sanos y de competente tamaño y los frutos y mantenimientos buenos y abundantes y de tierras a propósito para sembrar y cosechar y "el cielo es de buena y feliz constelación, claro y benigno, el aire puro y suave, sin impedimentos ni

alteraciones". Por otra importante ley se prescribía que los vecinos solteros debían ser persuadidos a casarse para que "todos vivan con buen ejemplo y crezcan las poblaciones", "si su edad y calidades lo permitiesen", debiendo ser preferidos los casados en el repartimiento de los indios en igualdad de méritos.

A partir del título VII de este libro IV, se legisla sobre la población de las ciudades, villas y pueblos, la importante Institución de los cabildos y concejos, los oficios concejiles, dando así amplio desarrollo al Derecho municipal; la venta, composición y repartimiento de tierras, solares y aguas, que introduce restricciones con sentido social a la propiedad absoluta del Derecho antiguo.

El libro V se ocupa principalmente de la justicia de los alcaldes ordinarios, de los provinciales y alcaldes de hermandad, de la Mesta, de los alguaciles mayores. Al considerar las competencias, en el título IX, la ley I dice que deseando que no haya encuentros en el ejercicio de las jurisdicciones y que cada uno se desenvuelva dentro de los límites que le pertenecen afirma el principio superior de que a los Virreyes no correspondía intervenir en materias de justicia y debían dejar Votar libremente a los Oidores.

El libro VI, que legisla sobre los indios, es gloria jurídica de España, que lo hace como para los castellanos, con amor y humanidad, desde comienzos del siglo XVI, cuando aún no halo m desaparecido del todo las supervivencias bárbaras y la división de la sociedad en clases, de la Europa feudal. Nada ha y comparable a los sistemas de gobierno de indios que se ensayaron en América, desde las simples reducciones o gobiernos de los indios por ellos mismos, al servicio personal y encomiendas, como instrumento de colonización de un vasto continente. Trasciende de ellos el propósito de civilizarlos y adoctrinarlos en el cristianismo. Una expresión del ideal de justicia que alienta esta legislación y su sentimiento de la Igualdad humana se reflejan luminosamente en la ley II —que es del año 1514—, en la que se establece que los indios e indias tengan, como deben, entera libertad para casarse con quien quisiesen, así con indios como con naturales de los reinos de Indias o españoles nacidos en las Indias, y que en esta materia no se les ponga impedimento alguno.

Casi todo el libro VII es un tratado de moral, en que el soberano aconseja el bien e induce a sus subditos a vivir honestamente. El título II está dedicado al juego y a los jugadores y a fustigar los excesos de este vicio; el título III se ocupa de los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus esposas, mandándolos unir; el IV ordena que no se consientan los vagabundos, los cuales debían aplicarse al trabajo;

para los negros y esclavos hay disposiciones humanitarias en el título V; se ordenan frecuentes visitas a las cárceles por los títulos VI y VII.

Las cárceles eran "para custodia y guarda de los delincuentes"; debía existir aposento aparte para mujeres, "guardando toda honestidad y recato", habría un capellán "que diga misa a los presos"; los carceleros tendrían "la cárcel limpia y con agua"; debían tratar "bien a los presos y no los injurien ni ofendan", y no consentirían "que los presos jueguen dineros"; no se debía vender vino por más de lo que valiere y no exigir dineros de carcelaje a los pobres.

De los delitos y penas legisla el título VIII, percibiéndose en sus disposiciones una concepción justa en las sanciones.

Los libros VIII y IX de la Recopilación se refieren al régimen rentístico y comercial, respectivamente.

Además, otras enunciadas, son grandes leyes de Indias: la que manda excusar la palabra conquista (lib. IV, tít. I, ley VI); la que legitima el matrimonio de españoles e indígenas (lib. VI, tít. I, ley II); la que dispone que estas Provincias, que no eran colonias, se incorporaban a la Corona de Castilla y León y no podían enajenarse (lib. III, tít. I, ley I).

Desde el punto de vista del contenido de la legislación indiana, que examino, son objetables y se señalan por su atraso las partes del código que tratan sobre los libros que se imprimen y pasan a las Indias (título XXIV del libro I), ordenando que no se podían imprimir en Indias sin ser vistos y aprobados por el Consejo y que ninguna persona podía llevar a las Indias libros impresos que trataran sobre este Continente; la relativa a los extranjeros (título XXVI del libro IX), quienes no podían tratar en las Indias ni pasar a ellas, no admitiéndose acuerdo con extranjeros, pena de la vida y perdimiento de bienes, debiendo ser expulsados, con excepción de los que sirvieren oficios mecánicos (leyes contra extranjeros y sobre no introducción de libros, que no se cumplieron) ; las disposiciones que ordenaban echaran de las Indias a los gitanos, sus mujeres, hijos y criados (ley V, título IV del libro VII).

La ley XVI, título VIII, libro VII, conforme a la cual, habiendo resuelto que los Virreyes, Presidentes, Corregidores, Gobernadores, Alcaldes Mayores y Ordinarios, no pudiesen ejecutar sentencias de muerte en españoles o indios, sin comunicarlo primero en las Audiencias y con acuerdo de ellas, de que fué la voluntad real exceptuar a los Virreyes y Presidentes, ahora "por justas causas" y consideraciones sobre los inconvenientes de esta resolución en perjuicio de la vindicta pública, se mandó a las

autoridades que en todas las causas se guarde lo dispuesto en las ordenanzas de las Indias y que ejecuten sus sentencias aunque sean de muerte; el título XX del libro VIII sobre la venta de oficios, reservando los que tienen jurisdicción y admitiéndolo para los otros con el fin de procurar aumento de la hacienda real. Y en general el régimen rentístico a que se refiere el libro VIII, y el sistema comercial adoptado, de que trata el libro IX. Formuladas estas observaciones, corresponde decir que la mayoría de sus errores lo eran de la época, y no exclusivamente de España.

Expreso también que la Recopilación de Indias de 1680 adolece de defectos técnicos. Las leyes, más aconsejan que inundan. No se transcriben íntegramente los textos originarios de las leyes a que se hace referencia y las citas históricas son susceptibles de crítica. Fué una Recopilación para gobernantes, magistrados y letrados, con valores históricos y literarios, pero que tuvo en vista también la aplicación de la ley.

Anticipo que Mariano Moreno fué el publicista que dedicó páginas notables al asunto de la naturaleza y organización legal de estos dominios.

En 1809 escribió Moreno estas palabras que contienen una explicación histórica: "Uno de los rasgos más justos, más magnánimos, más políticos (del gobierno metropolitano), fué la declaración de que las provincias no eran una colonia o factoría como las de otras naciones; que ellas formaban una parte esencial e integrante de la monarquía española, y en consecuencia de este nuevo ser, se llamará a estos dominios a tener parte en la representación nacional, confirmada una prerrogativa que según las leyes fundamentales de las Indias nunca debió desconocerse... "

Durante el siglo XVIII se renovó gran parte de la legislación de Indias, como se verá después. De todos modos subsistieron prácticas anacrónicas y errores evidentes. Se comprende así que Mariano Moreno, un hombre de ley representativo de Mayo, quien había redactado estudios como la *Disertación jurídica sobre el servicio personal de los indios en general y sobre el particular de Yanaconas y Mitayos* y la *Representación de los Hacendados y Labradores del Río de la Plata*, escribiera en 1810 una página que contiene la crítica severa que formuló la generación revolucionaria al régimen de leyes imperante. Explicaré a su tiempo el sentido político de esta crítica al estudiar el nacimiento del Derecho patrio, fundado en el principio de la soberanía del pueblo y en la libertad como fuente revolucionaria del nuevo Derecho.

Carece asimismo la Recopilación de un plan orgánico y de distribución y ordenación del material legislativo. En un mismo libro figuran materias extrañas y heterogéneas. Puede afirmarse, por último, que es un código sancionado con atraso —después de un

largo proceso de elaboración—, pues durante el reinado del último soberano de la casa de Austria, la legislación para las Indias es casi nula.

Compara Niceto Alcalá Zamora las Leyes de Indias con las Leyes de Partida, diciendo con fundamento: "Aunque las Partidas no sean meramente traducción admirable del Derecho romano y del canónico, su originalidad de fondo, muy relativa, queda incomparablemente por bajo de las Leyes de Indias, surgidas del criterio moral y jurídico de España, sin precedente directo ni modelo posible. En cuanto al lenguaje, las Partidas en general muestran con más espontaneidad y lozanía la precoz adolescencia del idioma, ya formado y espléndido en el siglo xvii; las Leyes de Indias aparecen con mayor severidad, como estiradas por la golilla, pero no en vano coincidieron las más, y desde luego las mejores, con el siglo de oro de nuestra literatura; y por eso, casi todas de dicción correcta, llega ésta a ser muy bella en varias ocasiones, mereciendo servir como autoridades para el léxico del Derecho".² Agrega este autor que las leyes de Indias cumplieron una trascendental misión, la de formar pueblos a los que España transmitió toda su cultura, y dentro de ella, su propio derecho permanente, asegurando la vida jurídica de muchos Estados.

Adhiero al juicio de un autorizado historiador norteamericano, E. Gaylord Bourne, conforme al cual la Recopilación de Indias es un código que a pesar de notables insuficiencias en punto a finanzas, y a pesar de graves desacuerdos con las ideas modernas, por su amplio espíritu humanitario y de protección en favor de los subditos americanos encierra un valor mucho más grande que todo lo que se ha hecho en las colonias inglesas o francesas en el mismo orden. "Las Leyes de Indias de los monarcas españoles, dice, forman un monumento de protección y benevolencia que puede ser equiparado con ventaja a las leyes de cualquier país europeo relativa a la condición de las clases trabajadoras".

Las virtudes de la Recopilación de Indias, aunque teóricas como expresión de una unidad política, frente a la realidad del Nuevo Mundo, se concretan en su originalidad, en su ideal ético y en el espíritu de justicia social que la alienta.

Además, las Leyes de Indias, al reconocer la potestad legislativa de las autoridades territoriales, contribuyeron a formar naciones libres e independientes en el Nuevo Mundo.

² NICETO ALCALÁ ZAMORA: *Impresión general acerca de las leyes de Indias*, edición del Instituto de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1942, pág. 48.

El paralelismo de las Leyes de Castilla y de Indias es un hecho histórico digno de ser destacado, que se explica en primer término por el principio superior de que las Indias se habían incorporado a la Corona de Castilla y León.

Los Reyes Católicos encomendaron la Recopilación de las Leyes de Castilla a los grandes jurisconsultos Galíndez de Jtivajal y Díaz de Montalvo, realizando este último las Ordenanzas de Castilla, que estuvieron en vigor. Las Leyes de Castilla se mandaron aplicar, en 1530, subsidiariamente en Indias, y las leyes de Indias debían ser del mismo espíritu y naturaleza de las Leyes de Castilla. En 1567, el rey Felipe II dictó la Recopilación de las leyes castellanas, realizada por el jurisconsulto Bartolomé Atienza, y en 1570 mandó hacer la Recopilación de las Leyes de Indias, en siete libros que llevó a cabo el jurisconsulto Juan de Ovando, quien aspiró a terminar unas Partidas indianas.

El paralelismo de estas Recopilaciones inspira a Antonio de León Pinelo la fundada afirmación acerca de la importancia de la Recopilación de las Leyes de Indias, que la compara con las Recopilaciones de Derecho romano, canónico y castellano.

La penetración de las Leyes de Castilla y León, que regían en Indias según el orden de prelación de las Leyes de Toro —repetida en la Nueva y Novísima Recopilación—, es un fenómeno constante durante los siglos de la dominación española.

BIOGRAFIA PRINCIPAL

ALTAMIRA, RAFAEL: *Análisis de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680*, cit.; *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*, México, 1951; *Los elementos de la civilización y del carácter españoles*, Buenos Aires, 1950.

HntiKNE, GAVLORD E.: *Régimen colonial de España en América*, cit.

LavíNK, RICARDO: *Historia del Derecho Argentino*, t. I, cap. XII.

Ti MIRE REVELLO, JOSÉ: *Noticias históricas sobre la Recopilación de Indias*, cit.

CAPITULO XV

APLICACION DE LAS LEYES DE INDIAS Y DE CASTILLA EN AMERICA

- I. Orden de prelación de Leyes de Indias según la ley II, título I, del libro II de la Recopilación: las cédulas dadas que la Recopilación mantiene "en su fuerza y vigor"; las cédulas "que por nuestra orden se despacharen".
- II. Orden de prelación de Leyes de Castilla según la ley I de Toro. — La Nueva y Novísima Recopilación. — Prueba documental de la aplicación de esta última. — Fueros y Partidas. — Aplicación del Fuero Real. — La ley de Toro revocó una ley de 1499 sobre "las opiniones de los doctores".

La ley II, título I, libro II de la Recopilación de Indias de 1680 establece el orden prelación de leyes a aplicarse ni América, que es el siguiente: "Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta. Recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a la de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar".

En primer término debían guardarse las leyes de la Recopilación.

El decreto de Carlos II, poniendo en vigor la Recopilación de 1680, manda que las leyes en este libro contenidas y dadas para la buena gobernación y administración de justicia, "se guarden, cumplan y ejecuten y por ellas sean determinados todos los pleitos y negocios, que en estos y aquellos reinos ocurrieron, aunque algunas sean nuevamente hechas, y ordenadas y no publicadas ni pregonadas, y sean diferentes o contrarias a otras leyes, capítulos de cartas, y pragmáticas de estos nuestros Reinos de Castilla, cédulas, cartas, acordadas, provisiones, ordenanzas, instrucciones, autos de gobierno y otros despachos manuscritos o impresos".

Este imperio de las leyes de la Recopilación se reitera en la ley I, título I, del libro II: "Ordenamos y mandamos que todas las leyes en él contenidas se guarden, cumplan y ejecuten, como leyes nuestras, según y en la forma dada en la ley que va puesta al principio de esta Recopilación, y que solas éstas tengan fuerza de ley y pragmática sanción, en lo que decidieren y determinaren; y si conviniere que se hagan algunas demás de las contenidas, en este libro, los virreyes, presidentes, audiencias, gobernadores y alcaldes mayores nos den aviso e informen por el Consejo de Indias, con los motivos y razones que para esto se le

ofrecieren, para que reconocidos se tome la resolución que más convenga y se añadan por cuadernos aparte".

En segundo término debía proveerse según "las cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias", disposición que no puede interpretarse sino en sentido restrictivo, pues en el decreto mencionado de Carlos II se expresa que las leyes de la Recopilación deben primar, aunque "sean diferentes o contrarias a otras leyes, capítulos de cartas y pragmáticas de estos nuestros Reinos de Castilla...", etcétera, "todos los cuales es nuestra voluntad que de ahora en adelante no tengan autoridad alguna, ni se juzgue por ellos, estando decididos en otra forma o expresamente revocados, como por esta ley, a mayor abundamiento los revocamos, sino solamente por las leyes de esta Recopilación..." Por este mismo decreto, quedan "en su fuerza y vigor las cédulas y ordenanzas dadas a nuestras Reales Audiencias en lo que no fueren contrarias a las leyes de ella".

La ley XXXII, título I, del mismo libro, dispone que las audiencias reales vean y examinen las ordenanzas que hicieren las ciudades, villas y poblaciones de sus provincias para su buen gobierno; y hallando que son justas, y que se deben guardar, las hagan cumplir y ejecutar por tiempo de dos años y las remitan al Real Consejo de Indias, para que en cuanto a su confirmación provea lo que convenga. Disposición que está de acuerdo con la ley XVII, título III, del libro IV, donde se consigna que "podrán los descubridores principales hacer ordenanzas para la gobernación de la tierra y labor de las minas, con que no sean contra derecho, leyes de este libro y órdenes dadas a los descubridores y con calidad de llevar confirmación del Consejo dentro de dos años y entre tanto se guarden".

Debían tenerse presente, por último, las cédulas, provisiones y ordenanzas "que por nuestra orden se despacharen", las cuales, en realidad, salvo en los casos de confirmación, las más de las veces modificaban o derogaban las leyes recopiladas. En estos últimos supuestos las nuevas leyes tenían prelación sobre las recopiladas. He hablado ya de esta legislación del siglo XVIII, múltiple y fundamental, que planteó la necesidad de dictar un nuevo código para las Indias, algunas de cuyas leyes del libro I llegaron a aplicarse.

De lo expuesto se desprende que el orden de prelación de las Leyes de Indias era:

1º) En primer término, debían guardarse, cumplirse y ejecutarse las Leyes "de esta Recopilación":

a) Aunque algunas sean nuevamente hechas y ordenadas y no publicadas ni pregonadas; b) y sean diferentes o contrarias a otras leyes de Castilla, y c) y sean diferentes o contrarias a otras cédulas, cartas, acordadas, provisiones, ordenanzas, instrucciones, autos de gobierno y otros despachos manuscritos o impresos.

2º) En segundo término, debían guardarse, cumplirse y alarse las "cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias", que deben interpretarse en sentido restrictivo, como he dicho, entendiéndose: a) en principio, toda legislación indiana anterior no incorporada a la Recopilación quedaba derogada, pues así la prescribe claramente la Real Cédula que establece la vigencia de la Recopilación de 1680, disponiendo: "Que las Leyes en este libro contenidas..." son las que se guardan, cumplen y ejecuten, aunque algunas sean nuevas o diferentes o contrarias a las de Castilla o a otras cédulas, cartas, acordadas, provisiones, ordenanzas, instrucciones, autos de gobierno y otros despachos, manuscritos o Impresos (me veo obligado a volver sobre la explicación ya dada), "todas las cuales es nuestra voluntad que de ahora en adelante no tengan autoridad alguna, no se juzgue por ellas, estando decididos en otra forma o expresamente revocados, como por esta Ley, a mayor abundamiento los revocamos, *sino solamente por las Leyes de esta Recopilación...*"; b) Se exceptuaban las disposiciones que la Recopilación mantiene en vigor expresamente, como dice el mismo decreto de Carlos II, por el que quedan "en su fuerza y vigor las cédulas y ordenanzas dadas a nuestras reales Audiencias en lo que no fueren contrarias a las Leyes de ella", de la Recopilación.

Como además de la legislación real o metropolitana, que en la que contiene la Recopilación de 1680, existía la legislación propiamente indiana o producida por los órganos de Indias que tenían potestad legislativa, se dispone con respecto a ella, en el apartado final de la ley I, título I del libro II de la recopilación, que no se haga novedad en las ordenanzas y leyes municipales de cada ciudad y las que estuvieren hechas por cualquier comunidades y universidades y las ordenanzas para el bien y utilidad de los indios hechas o confirmadas por los Virreyes o Audiencias Reales para el buen gobierno "que no sean contrarias a las de este Libro", las cuales quedaban en vigor confirmadas por las Audiencias, entre tanto que vistos por el Consejo de Indias las aprueba o revoca.

No puede ser otra la interpretación de ese texto, porque la obra misma de la Recopilación tenía por fin superior poner orden en el desorden y confusión imperante de la legislación (Pinelo decía, como se recordará, que la Recopilación que preparó en 1635, contenía más de diez mil leyes ¹¹ sacadas de treinta mil cédulas y ordenanzas Reales, y éstas de más de doscientas mil que vio y leyó en quinientos libros originales"), y por eso cada nueva Recopilación recoge de los anteriores ensayos de Recopilaciones la parte considerada por juristas y magistrados recopiladores, que debía continuar en vigor, en el proceso inevitable de eliminación y depuración impuesto en el transcurso de los siglos XVI y XVII.

La Real Cédula de Felipe II, de 1570, dice explícitamente, sin dejar lugar a duda alguna, que mandó hacer la Recopilación "para que todas pudiesen ser sabidas y entendidas,

quitando las que no convenían, declarando y concertando las dudosas y repugnantes, distribuyéndolas por sus títulos y materias comunes".

3º) En tercer término, debían guardarse, cumplirse y ejecutarse las cédulas, provisiones u ordenanzas "que por nuestra orden se despacharen", pues salvo en los casos de confirmación de leyes, las más de las veces las nuevas leyes modificaban o derogaban las leyes recopiladas.

4º) En cuarto y último término, debían "guardarse las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a la de Toro".

Tal es el orden de prelación de las Leyes de Indias que se desprende de la ley 11, título I, libro II de la Recopilación de 1680, interpretada conforme a su letra y a la luz de su concordancia con otros artículos.

II

Expresa finalmente la ley II, título I, del libro II, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer (por las leyes de la Recopilación, las cédulas y provisiones dadas y no revocadas y las que se despacharen) se guarden las leyes del reino de Castilla conforme a la de Toro, así en cuanto a la substancia, resolución y decisión de los casos como a la forma y orden de sustanciar.

Los antecedentes de esta disposición y su espíritu político se refieren a que las Indias estaban anexadas a la corona de Castilla, y el Consejo de Indias era un desprendimiento del de Castilla y las variantes que sufrió en sus aplicaciones en un medio social, étnico y económico distinto. Concordante con tal propósito, la ley LXVI, título XV del libro II, reitera a las audiencias que en el conocimiento de los negocios y pleitos civiles y criminales guarden las leyes de Castilla en los casos en que por las de este libro no hubieren dado especial determinación; la ley III, título I del libro II, manda que los virreyes hicieran guardar en las Indias las leyes de los reinos de Castilla tocantes a minas "siendo convenientes" y no contraríen "lo que especialmente se hubiere proveído para cada provincia".

Excusado es observar que las leyes de Castilla que se mandan guardar en Indias, por la ley que comentamos, es conforme a la de Toro, que establece la prelación a seguirse, y no con respecto a todas las leyes dictadas para Castilla, pues la ley XL (tít. I, lib. II) ordena a los virreyes, presidentes, audiencias, etc., "que no permitan se ejecute ninguna pragmática de las que se promulgaren en estos reinos, si por especial cédula nuestra, despachada por el Consejo de Indias, no se mandare guardar en aquellas provincias". La pauta de aplicación de

las leyes de Castilla está señalada en la ley I, título XVIII del Ordenamiento de Alcalá, reiterada en la ley I de Toro; ley III, título I, libro II de la Nueva Recopilación y ley III, título II, libro III de la Novísima.

La Recopilación de Indias alude a la ley de Toro, y no a la Nueva Recopilación, porque la ley de Indias invocada es del año 1530, de fecha anterior, por lo tanto, a la promulgación de la Nueva Recopilación de 1567. He dicho —de todos modos— que en punto a la prelación, la ley III, título I, libro II de la Nueva Recopilación, repite a la I de Toro.

La ley I de Toro dice, con respecto a la prelación de Leyes: 1^º) "Que lo que se pudiere determinar por las leyes de los ordenamientos y pragmáticas por Nos hechas y por los Reyes donde Nos venimos y los Reyes que de Nos vinieron, en la dicha ordenación y decisión y determinación, se sigan y guarden como en ellas se contiene: No embargante que contra las dichas leyes de ordenamiento y pragmática se diga e alegue que no son usadas e guardadas". Repetida esta ley en la Nueva y Novísima, el orden de prelación de este primer cuerpo de leyes sería, pues, el de la Novísima o Nueva recopilación en primer término.

Vacilan algunos autores en admitir que la Novísima haya podido aplicarse, en mérito de que su promulgación se llevó a cabo el año 1805 y no se comunicó su observancia por especial real cédula.¹

En la controversia con Alberdi, Vélez Sársfield daba por admitida la aplicación de la Novísima. Exponiendo el estado caótico de la legislación en vigor, decía el autor del Código Civil: "Aquí rige el Código llamado Fuero Real, las doscientas y más leyes del estilo, el voluminoso cuerpo de leyes de partida, seis grandes volúmenes de la Novísima recopilación y cuatro de a folio de las Leyes de Indias; a más de todo esto, multitud de cédulas reales para América comunicadas a las respectivas Audiencias que aún no se han recopilado. Esta es la legislación española".²

La siguiente opinión resume los antecedentes de este importante asunto y afirma la obligatoriedad de la Novísima: "después que apareció ésta [la Novísima] con su pragmática al frente, manifestando la autoridad que le dio el Soberano, ya no tiene existencia legal la antigua Recopilación, y sus disposiciones han cesado del todo. No son lo mismo las precauciones que esas leyes de Indias tomaban contra despachos, provisiones y cédulas particulares, en que podía haber tanto abuso a grande distancia, que la que fuera necesaria en la nueva redacción de un código que apareció impreso anunciando su autenticidad, después confirmada por el transcurso del tiempo."³

Por encima de las opiniones están las pruebas históricas. Entre otras, he aquí este documento. El primer Triunvirato dirige nota a la Audiencia —el 27 de septiembre de 1811— comunicándole que ha resuelto con el fin de extinguir los males producidos por la

difusión del delito de hurto, publicar por bando "la observación de la ley 3º, tít. 14, lib. 12 de novísima Recopilación de Castilla", por el tiempo y con las alteraciones que aconsejen las circunstancias actuales. "Pero como este Gobierno tiene por primer principio, agrega, lograr el concurso uniforme de los magistrados, le comunica la resolución a la Audiencia para que en Real Acuerdo resuelve en consulta". La nota está firmada por los triunviros Chiclana, Sarratea y Paso, actuando como secretario Rivadavia. El 30 de septiembre de 1811, después del dictamen favorable del Fiscal, la Audiencia resuelve por voto consultivo la conveniencia de observar el "auto 19, título 2, libro VIII de los acordados, inserto en la ley 3, título 14, libro 12, citada, y el 21 del expresado tit, y lib. que fija las mejores reglas en la materia.. "Y en lo que por ellas no se pudiere determinar —continúa diciendo la ley I de Toro—: Mandamos que se guarden las leyes de los fueros, así del fuero de las leyes, como las de los fueros municipales que cada ciudad, villa o lugar tuviere, en lo que son o fueren usadas e guardadas en los dichos lugares y no fueren contrarias a las dichas leyes de ordenamientos e pragmáticas, así en lo que por ellas está determinado como en lo que determinaremos adelante por algunas leyes y ordenamientos y pragmáticas e los Reyes que de nos vinieren. . ." Correspondía, pues, aplicarse subsidiariamente las disposiciones de los fueros real y municipales y Fuero Juzgo.

1 RODOLFO RIVAROLA: *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1910, en cuya introducción dice, refiriéndose a la legislación penal de la época anterior a 1810, que "la Novísima Recopilación no fué comunicada a la Audiencia de Buenos Aires antes de la revolución, y si estuvo en vigor en alguna provincia, fué en razón de ley especial de la misma que así lo estableciera". CARLOS O. BUNGE, en su obra *El Derecho, ensayo de una teoría integral*, t. II, pág. 266, nota N^o 2, dice: "La Novísima Recopilación (1805) no llegó a aplicarse en la República Argentina". E. MARTÍNEZ PAZ considera que no todos los códigos a que aluden las leyes de prelación eran tenidos en cuenta en América, estimando que sólo la « Partidas y Leyes de Indias fueron conocidas y aplicadas. Con respecto a las dudas sobre la fuerza legal de la Novísima Recopilación, expresa: "No tomemos un puesto en la contienda, pero sirvámonos del caso par.» subrayar más esta situación legal de inseguridad y confusión en quo vivían los pueblos de América y en la que se mantuvo la Recopilación hasta la sanción del Código Civil de 1871" (*Dálmacio Vélez Sársfield y el Código Civil argentino*, pág. 134; Córdoba, 1916). J. M. GONZÁLEJ SABATHIÉ, en su tesis *Estado del Derecho civil argentino antes de sancionarse el código*, Buenos Aires (1918), afirma que la Novísima fué observada, invocando a este fin el testimonio da Vélez Sársfield que ea el tantas veces citado artículo de *El Nacional* la enumeraba entre la» recopilaciones vigentes, así como también el testimonio de la Supromit Corte nacional que apoya varios de sus fallos en sus leyes.

2 JUAN B. ALBERDI: *Obras postumas*, t. VII, pág. 254.

3 JUAN RODRÍGUEZ DE SAN MARTÍN: *Diccionario razonado de legislación*, de Escriche, Madrid, 1942, nota 5 de la pág. 591.

Al dictarse el ordenamiento de Alcalá, algunos juristas consideraron que el Fuero Juzgo, al cual no se nombra expresamente, estaba comprendido entre los fueros municipales, subsistiendo su aplicación, dado que ninguna ley mandaba derogarla.

Por último: "Y lo que por las dichas leyes de ordenamientos y pragmáticos y fueros no se pudiere determinar, mandamos que en tal caso se recurra a las leyes de las Siete Partidas... Por las cuales en defecto de los dichos ordenamientos, pragmáticas e fueros mandamos que se determinen los pleitos y causas, así civiles, y criminales de cualquier calidad o cantidad que sean, guardando lo que por ellas fuere determinado, como en ellas se contiene, aunque no sean usadas ni guardadas y no por otras algunas".

La aplicación de las leyes de las Partidas fué constante en Indias. Los magistrados del Río de la Plata las invocan en casi todos los casos, como fuente doctrinaria y legal al propio tiempo.

La Recopilación de Castilla y las Partidas fueron los cuerpos legales supletorios aplicados principalmente en Indias, de acuerdo por otra parte con lo dispuesto por la ley I, tít. I, libro II, que al referirse al derecho castellano dice que "se guarden las leyes de la Recopilación y Partidas de estos Reynos de Castilla".

Termina la ley de Toro citada revocando una ley del año 1499 "que habla cerca de las opiniones de Bartolo y Baldo y Juan Andrés, y el Abad: qual dellas se debe seguir en duda a falta de ley: y porque agora somos informados que lo que hicimos por estorvar la prolixidad y muchedumbre de las opiniones de los Doctores a traído mayor daño y inconveniente". Del texto expreso de la ley, carecían pues de fuerza obligatoria, el derecho romano, en virtud de que se mandaba resolver los pleitos y causas según el orden de prelación de las leyes citadas, "y no por otras algunas"; el derecho consuetudinario, en atención a que los ordenamientos y pragmáticas debían observarse, sin poderse alegar que no eran usadas y guardadas y en mérito asimismo de que los fueros municipales que se mandaban poner en vigor, "en le que son o fueren usados e guardados en los dichos lugares y no fueren contrarios a las dichas leyes de ordenamientos e pragmáticas", caso, este último, pues, conforme al cual podía aplicarse ; y la doctrina de los juristas extranjeros, porque la prolijidad y muchedumbre de las opiniones de los doctores había traído mayor daño e inconveniente, pero mandándose a los jueces, que cursaran el derecho nuestro, con cuyo precepto se procuraba estimular el florecimiento de los estudios del Derecho castellano.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

ALBERDI, JUAN B.: *El proyecto de Código Civil para la República Argentina*, en *Obras postumas*, t. VII

CABRAL TEXO, JORGE: *La vigencia de la Novísima Recopilación*, en *Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas*. Buenos Aires, año 1º, N°2, agosto de 1922.

Recopilación de Leyes de Indias de 1680, Real cédula de 18 de mayo de 1680, poniendo en vigor la Recopilación, y lib. II, tít. I.

RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, JUAN: *Diccionario razonado de legislación* de Escriche, Madrid, 1842.

VÉLEZ SÁRSFIELD, DALMACIO: *Adiciones a las Instituciones de Derecho real de España*, de José María Álvarez. Buenos Aires, 1834; y el estudio transcrito por José R. Pérez sobre *Las leyes del Fuero liad vigentes en toda su plenitud entre nosotros...*, en *El Foro*, Buenos Aires, 1859.

CAPITULO XVI

LEYES LEGISLATIVAS EN INDIAS DURANTE EL SIGLO XVIII Y LA NUEVA RECOPIACION. INSTRUCCION DE REGENTES (1776). PRAGMATICA SOBRE MATRIMONIOS (1776).

- I. Factores que explican las reformas legislativas de Indias en el siglo XVIII. — El regalismo de los Borbones. — Política inglesa en la América española y corrientes de opinión revolucionaria.—Planes del ministro conde de Aranda y del magistrado Victorian de Villava.
- II. Período revisionista de la Recopilación de Indias. — Decreto del 9 de mayo de 1776, creando la Junta de Leyes para formar un nuevo Código. — Ansotegui, Ayala, ley del Nuevo Código de 1792.
- III. Instrucción de Regentes de 1776. — Los Regentes tenían la dirección de las Audiencias en lo contencioso y económico. — Apelación ante las Audiencias de las determinaciones del gobierno. — La Instrucción de Regentes acentúa la autonomía de las Audiencias.
- IV. Pragmática de 1776, sobre derecho privado, con el fin de evitar los Matrimonios desiguales. — Los hijos menores de veinticinco años, para celebrar esponsales, debían pedir y obtener el consejo y consentimiento de sus familiares. — En caso contrario quedaban privados del derecho de sucesión y otros privilegios. — Trascendencia del decreto de 1803, sobre matrimonio.

I

El principio general que debe tenerse en cuenta al estudiar la legislación de Indias en el siglo XVIII es el regalismo de los Borbones.

La rica y copiosa legislación que la metrópoli dictó para estas Provincias, durante ese siglo, es un fenómeno histórico digno de estudio. Las reformas adoptadas en España y América se explican también, como formando parte de un plan reconstructivo, cuya aplicación se ensayaba en toda Europa. Las innovaciones que en Austria proyectó José II; en Rusia, Catalina II; en Portugal, Pombal; en Prusia, Federico II; en Francia, Turgot y Malesherbes, las propiciaron en España,

economistas, juristas y hombres de Estado durante los reinados de Felipe V, Fernando VI, Carlos III y Carlos IV. Pero un plan de reformas orgánicas implantado en España tenía una importancia mayor, porque, a diferencia de la generalidad de los Estados europeos, su nueva política había de repercutir y desenvolverse en su dilatado imperio de ultramar.

El regalismo de los Borbones tenía por objeto unificar en la comunidad de una misma organización política, económica y jurídica, la metrópoli con sus Provincias. Se quería reaccionar contra la política de la dinastía austríaca, tendiente a la descentralización, que, según se decía en un documento, había dado por resultado la decadencia de estos dominios.¹

Pueden citarse las siguientes medidas legislativas, dictadas en el siglo XVIII, que proyectan con claridad este pensamiento político de centralizar el gobierno de las Provincias con la metrópoli: la apertura de numerosos puertos de España al comercio de todos los de América, franquicia concedida parcialmente en 1765 y ampliada sin limitación por el decreto de 12 de octubre de 1778; la permisión de comercio interprovincial, iniciada en 1768 entre Perú y Santa Fe de Bogotá, extendida en 1774 a Perú, Nueva España, Nueva Granada y Guatemala, y en 1776 a Buenos Aires; en 1796 se reducían a una tercera parte los derechos marítimos de puerto a puerto americano; la libertad de comercio negrero, de 1789 con Cuba, Santo Domingo, Puerto Rico y Caracas, y comprendiendo luego en esta franquicia al virreinato de Santa Fe, al de Buenos Aires y más tarde al del Perú; el régimen de las intendencias (esta es la institución típicamente regalista) proyectado para México, luego en el Río de la Plata en 1778, con el carácter de intendencia de ejército y real hacienda, sobre cuya base se instituyó después la intendencia de provincia y ejército, en 1782, extendido a Chile en 1786, y ampliándolo a todas las Provincias en 1803. Por último, en fin, en 1787 la secretaría de Indias, creada en 1714, se desdobló, en una de gracia y justicia y materias eclesiásticas, y otra de guerra, hacienda, comercio y navegación.

España no alcanzó a consumir este plan. El siglo XVIII no fué bastante para dar término a aquella obra. La geografía, las influencias económicas distintas, la heterogénea composición étnica y los diversos tipos de organización social,

¹ La visita de José Gálvez a Nueva España en 1765 fué de grandoo consecuencias. En la "Instrucción reservada" se hace referencia a las necesidades de la Corona y a las reglamentaciones del comercio y se lo encarga de la posibilidad de establecer una o más Intendencias en Méjico, tomando por modelo las de España. De ahí el "-Informe y Plan de Intendencias que conviene establecer en las Provincias de este Reyno de Nueva España", y cuya trascendencia fué notable para el Río de la Plata.

conservaron las profundas diferencias originarias en las varias secciones del imperio indiano, bases de las distintas nacionalidades en formación.

Debe mencionarse, entre las causas propulsoras de este florecimiento legislativo, las corrientes de opinión revolucionaria que en América comenzaron a conmover su organización política y jurídica. Los soberanos de España observaron atentamente el curso de estos sucesos, aunque no les atribuyeron la trascendencia que el tiempo les asignaría.

Recuérdese que la política inglesa, ya en la primera mitad del siglo XVIII, se orientaba en el sentido de propender a la emancipación de las Provincias hispanas; que en 1776 las colonias inglesas del Norte se rebelaban contra su metrópoli, con la ayuda de la nuestra, y que la imprevisora política internacional de España en las guerras de Europa la llevaba a olvidarse de su particular situación de Estado metropolitano, interrumpiendo, por efecto de aquellas guerras, toda comunicación con sus Provincias de ultramar. Durante la centuria a que me refiero, se producen en América numerosos movimientos con tendencia separatista.

Después de la paz de Versalles (1783), estadistas como el conde de Aranda proyectaron una gran reforma en la organización política de América. Se proponía al rey el establecimiento de tres infantes españoles en dominios de América, como reyes tributarios, uno en México, otro en el Perú y otro en Costa Firme, tomando el de España el título de emperador conservando únicamente para sí las islas de Cuba y Puerto Rico en la parte septentrional y alguna otra que conviniera en la meridional. Los nuevos soberanos y sus descendientes debían contraer matrimonio con infantes de España.

Para estimar la importancia de este aspecto revolucionario de la nueva legislación, bastará recordar que Victoriano de Villava, fiscal de la audiencia de Charcas, desde 1790 hasta 1800, autor del docto *Discurso sobre la Mita de Potosí*, escribió en 1797 el trabajo *Apuntamientos para una reforma del reino*, en el que propuso los medios para modificar la monarquía española, dar a América participación en el gobierno y reformar el Código indiano. Pedía la separación del poder judicial de todo poder. De América decía que el gobierno que se le ha impuesto es el medio "para perderla como subdita y como amiga". Consideraba que en las audiencias, la mitad de los Oidores debían ser americanos y la otra mitad europeos y de que América debía tener derecho a enviar diputados a España que intervinieran en la redacción de la ley destinada a su gobierno. Los americanos eran más ilustrados de lo que podía creerse, afirmaba,

declarando que desde los principios de la monarquía miraron los españoles este país con ojos de codicia tan bárbara que por coger el fruto cortaban el árbol.²

II

Los propósitos revisionistas de la Recopilación de Indias se exteriorizaron desde principios del siglo XVIII.

Fué en primer término el magistrado Juan del Corral Calvo de la Torre, natural de La Plata, Oidor de la Audiencia de Chile, quien enunció en 1719 aquella aspiración de reformas a la Recopilación de las Leyes de Indias y se dedicó a la tarea.

Para continuar la obra de Corral Calvo de la Torre, el Virrey del Perú designó al Fiscal de la Audiencia de Chile, Tomás de Azúa, y a su muerte el mismo Virrey nombró a José Perfecto de Salas. No hay noticias de la labor de ambos, pero de este último se conocen documentos ilustrativos del mayor interés.

Como consecuencia de varias consultas, el Rey Carlos III dictó el gran Decreto de 9 de mayo de 1776, que termina el período de las adiciones a la Recopilación de 1680 e inicia una nueva etapa. En efecto, por él se ordena un cambio fundamental en las tareas reformadoras de la Recopilación de Indias, mandando que no se efectúen adiciones sino que se prepare un nuevo Código de Leyes de Indias y que nunca se permita la glosa o comentario de ellas. La aspiración de dictar un nuevo Código de Indias tenía por fin reunir las leyes de la dinastía de los Borbones en reemplazo de la legislación de los Austrias.

El decreto de 9 de mayo, arriba citado, de acuerdo con el dictamen del Consejo de Indias, para formar un Nuevo Código de las Leyes de Indias "y que nunca se permita la glosa o comentario de ellas", encomendaba esta obra a Miguel José Serrador, oficial segundo de la Secretaría del despacho de Indias, y a Juan Crisóstomo Ansotegui, Fiscal del Consejo, para que "unidos ambos o con separación de títulos y libros de la Recopilación" se dedicaran a este importante trabajo, debiéndoseles entregar los documentos que pidieren de los archivos "y también las colecciones de cédulas y noticias que ha hecho don Manuel José Avala", oficial cuarto de la misma secretaría, a quien se nombra en carácter de secretario de la Junta de Leyes que se constituye por el mismo decreto.

2 RICARDO LEVENE: *Vida y escritos de Victoriano de Villava*, edición del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras.

La Junta de Leyes inició de inmediato sus reuniones. No ha debido tener importancia la colaboración de Serrador y en cambio ha sido apreciable la de Ansotegui. El 21 de julio de 1780, Ansotegui presentó el libro I de la Nueva Recopilación.

Se impone ahora hacer una mención por separado de la obra de Manuel José de Ayala.

Nació en Panamá en 1726, donde desempeñó el cargo de archivero en la Audiencia; pasó a España, graduándose de bachiller en cánones, y en 1760 fué nombrado archivero y oficial del Consejo de Indias.

Ayala continuó el trabajo de recoger y ordenar las cédulas, decretos y providencias. Se prolongaron por muchos años sus tareas y las incidencias por sus constantes petitorios pecuniarios. Opiniones autorizadas que se formularon en su época, juzgan severamente la labor de Ayala por la falta de orden en el Cedulaario y la inserción de cuantas leyes llegaban a sus manos, faltando muchas expedidas modernamente.

Trabajó más de cuarenta años en esta materia de la legislación de Indias y murió en Madrid en 1805. Son numerosas y extensas las obras de Ayala, que alcanzan casi a trescientos tomos.

Respecto de la obra de Ayala que se conoce, *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias* (en la que están extractadas las disposiciones contenidas en su otra obra, *Cedulaario índico*), se debe observar con fundamento —confirmando los juicios críticos de la época— que no sigue una ordenación cronológica rigurosa y no es muy sólido el criterio de selección y glosa de las reales cédulas, pero de todos modos se trata de una contribución documental útil, por tratarse de Un Cedulaario que alcanza hasta fines del siglo xviii, incorporando los textos de los últimos tiempos de la dominación española.

De su trabajo *Adiciones, exposición y glosa a las leyes de Indias*, se ocupó por muchos años. Suplicó al rey se mandara, reconocer o examinar, no ya todas sus obras, sino la i nada *Adiciones*, que tenía muy adelantada.

Las últimas investigaciones sobre esta materia demuestran que la Junta de Leyes encargada de redactar el nuevo Código hizo constantes citas y utilizó las colecciones de Ayala, aunque también recurrió, como era lógico admitir, a los Registros oficiales.

En el largo proceso formativo esta obra fué notablemente aumentada, cuando en el memorial de 1804 pedía autorización para imprimirla con el título de *Origen e historia ilustrada de las Leyes de Indias*.

Hecha esta fundada referencia a la obra de Ayala, vuelvo a la crónica del proceso formativo de la Ley del Nuevo Código.

La tarea de la Junta de Leyes continuó con alternativas El 2 de noviembre de 1790, catorce años después (1776-1790) "que Carlos III mandó formar el nuevo Código de las Leyes de Indias, la Junta presenta, a su sucesor Carlos IV, el libro I del mismo", cuyo texto ha sido hallado por Antonio Muro Orejón³, con índice alfabético, indicación de las leyes de que estaba formado, y las aclaraciones respectivas, explicando si la ley es nueva o si pertenece a la Recopilación anterior, y si ha sufrido o no alguna variante. Según el autor citado, las Leyes de la Recopilación recogidas fueron motivo de variantes en su mayoría; una gran cantidad de leyes proceden de resoluciones posteriores a 1680, y bastantes que con el título de Carlos IV en este Código, resuelven nuevas y últimas cuestiones.

En consecuencia, el rey Carlos IV dictó el Decreto de 25 de mayo de 1792, aprobándose la Ley del Nuevo Código.

Entre las disposiciones originales de este Real Decreto figura la que declaraba en vigor el libro I "poniendo sucesivamente en uso y práctica las decisiones comprendidas en dicho nuevo Código en todos los casos que ocurrieren, librando las Cédulas y Provisiones que resulten conforme a su tenor, al que deberán acomodar también sus respuestas los fiscales y promover su observancia". Se pudo admitir por tanto la vigencia en Indias de dicho Primer Libro hasta encontrar nuevos documentos.

El doctor Ots dio a conocer el Real Decreto de Carlos IV, de 9 de julio de 1799, por el que se encargó a Antonio Porcel la reforma de la Recopilación de Indias, pasándole el libro I del Nuevo Código, "cuya sanción no está publicada", "subsistiendo solo p^r ahora las leyes del referido Libro I^o que se hayan mandado observar por cédulas circulares y los demás que sea preciso hacer observar por el mismo medio entretanto se con cluye la obra encargada y merece mi R^l aprobación". De modo que no estuvo en vigor íntegramente el libro del Nuevo Código, pero sí las cédulas que se mandaron observar por cédulas circulares, como ya lo preveía, por otra parte, el Real decreto de 25 de mayo de 1792. He podido hacer esta comprobación con respecto a algunas nuevas Reales Cédulas. Antes de la Real Cédula de 1792 sobre la Ley del Nuevo Código, ya se mandaban observar determinadas leyes aprobadas a consulta de la Junta del Nuevo Código.

3 ANTONIO MURO OREJÓN: *El Nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyectos de Recopilación legislativa posteriores a 1680*, cit. en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, 1929, pág. 289.

Con la designación de Porcel se suspendieron las tareas de la Junta de Leyes. Los trabajos que realizó el mencionado Porcel se concretan a agregar al libro I las leyes dictadas después de 1794. Tuvo oportunidad en 1803 de formular una crítica severa a las colecciones de Ayala y aun concretamente sobre sus adiciones a las Leyes de Indias.

Prodúcense luego los grandes acontecimientos de la invasión napoleónica en España y la Revolución de 1810, hasta que el rey Fernando VII nombra una nueva comisión reformadora de la Recopilación de Indias, en 1817, pero la obra no se llevó a cabo en virtud del estallido revolucionario de América.

III

Con respecto al Derecho judicial, se dictaron nuevas medidas para el funcionamiento de los Tribunales de Justicia en Indias, en el siglo XVIII.

En 1776 se aumentó el número de jueces de cada Audiencia, así como también los honorarios de estos magistrados para que pudieran atender debidamente a sus cargos, y se crearon los de Regentes para todas las Audiencias.

La *Instrucción de lo que deben observar los Regentes de las Reales Audiencias de América*, también del año 1776, especifica sus funciones, regalías, cómo se comportarían con los Virreyes y Presidentes y éstos con los Regentes.

Esta Instrucción de Regentes comprendía setenta y ocho artículos, refiriéndose los quince primeros a cuestiones del ceremonial y de formas.

Se establecía que no estando en las Salas de Justicia el Virrey o el Presidente, presidiría el Regente y lo mismo en las de Acuerdo. Pero si se hallasen en las primeras el Virrey o Presidente, el Regente ocuparía el asiento inmediato a éstos, y en las de Acuerdo sólo el Virrey tendría la testera y si fuera presidente tendría la derecha de la testera y el Regente la izquierda.

El Regente podía formar Sala Extraordinaria de Justicia civil o criminal, siempre que hubiere necesidad para ello y lo mismo de Acuerdo de Justicia. Pero antes de realizarlo debía dar cuenta por escrito al Virrey y al Presidente. A principio de año el Virrey haría el señalamiento de las Salas, en la forma acostumbrada, pero debía ejecutarlo a propuesta del Regente.

Los Regentes tenían la dirección de las Audiencias en lo contencioso y económico, con independencia de los Virreyes y residentes, no hallándose éstos en sus Salas. Pero si estaban presentes darían las providencias con acuerdo de los Regentes.

Siendo de gravísimo perjuicio —según el art. 41 de esta Instrucción— el que no se observara con toda exactitud la apelación de las determinaciones del gobierno ante las Reales Audiencias, sería uno de los principales encargos de los Regentes el que tuviera puntual cumplimiento, apartando cualquier "motivo de terror" que intimide a las partes para seguir su derecho. A este fin pasarían oficios a los Virreyes y Presidentes, quienes se abstendrían de asistir a los Acuerdos en que se trataban las apelaciones de sus providencias, y sobre lo que ocurriera en estos asuntos darían cuenta todos los años al Rey o antes si hubiese algún motivo urgente, sobre lo que se haría cargo especial en los juicios de residencia.

Las apelaciones de lo que resolvían los gobiernos, ante la Audiencia, originaron nuevos conflictos de poderes.

Esta Instrucción de Regentes, sin duda constituye un documento fundamental para comprender la reforma judicial que se llevó a cabo con la creación del cargo de Regente y las variantes introducidas en la administración de Justicia.

Por las disposiciones que he glosado es evidente su espíritu favorable a la autonomía del Tribunal de Justicia y al acrecentamiento de sus funciones aun de fiscalización política.

Por real cédula de 1786 se mandó que así como los Virreyes y Presidentes cuando dejan sus cargos entregan relaciones de los mismos para sus sucesores, los Regentes debían dar intrucciones a los que los reemplazaban teniendo en vista los altos fines de la administración de justicia.

Entre la Instrucción de Regentes y la Ordenanza de Intendentes, los Virreyes del Río de la Plata —la autoridad que había entrado en crisis con el siglo— estaban a punto de ser figuras decorativas.

IV

La Pragmática de 23 de marzo de 1776 es de las leyes más severas del Derecho privado, concerniente al régimen de la familia y sucesión de bienes, como que se inspira en uno de los considerandos, en los principios de las Leyes del Fuero Juzgo, del siglo vil.

Había llegado a ser frecuente el abuso de contraer "matrimonios desiguales", sin esperar el consejo y consentimiento paterno o de las personas que estuvieren en lugar de los padres, resultando "la turbación del buen orden del Estado y continuadas discordias

y perjuicios de las familias" según se expone en la Pragmática. Conforme a ella los hijos e hijas de familia menores de veinticinco años debían, para celebrar el contrato de esponsales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto, de la madre, y a falta de ambos, de los abuelos por ambas líneas, y no teniendo, de los dos parientes más cercanos que se hallen en la mayor edad, y no habiéndose, de los tutores o curadores. Se entendió que prestando los expresados parientes, tutores o curadores su consentimiento, debían ejecutarlo con aprobación del Juez Real.

Si llegase a celebrarse el matrimonio, sin el referido consentimiento o consejo, los que lo contrajeran y los hijos y descendientes de tal matrimonio quedaban inhábiles y privados de todos los efectos civiles, como el derecho de pedir dote o legítimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres que pudieran corresponderles por herencia de sus padres o abuelos. Se declaraba por justa causa de desheredación la expresada "contravención e ingratitud", para que no se alegara en juicio, de inoficioso o nulo el testamento de sus padres o ascendientes que podían disponer de sus bienes, sin más obligación que la de los correspondientes alimentos. También quedaban privados de los vínculos, patronatos y otros privilegios perpetuos de la familia a que tuvieren derecho a suceder. Los mayores de veinticinco años cumplían con pedir el consejo paterno, para colocarse en estado de matrimonio que en esa edad ya no admitía dilación. Pero» si contravinieren dejando de pedir este consejo paterno, incurrían en las mismas penas ya aludidas, en cuanto a los bienes libres como en los vinculados. Se preveía en la misma Pragmática el abuso en que podían incurrir los padres en perjuicio de la libertad de los hijos para la elección de estado, con el fin de que no se les obligara a casarse con persona determinada, OOntra su voluntad. Se ordenó que los padres y abuelos debían prestar precisamente su consentimiento, si no tuvieren justa J racional causa para negarlo.

De gran trascendencia es el decreto de 17 de julio de 1803 por el que se mandó observar nuevas reglas referentes a los matrimonios de hijos de familia. Se ordenó que ni los hijos de familia menores de veinticinco años ni las hijas menores de veintitrés, cualquiera fuese la clase social a que pertenecieran, podían contraer matrimonio sin licencia de su padre, el que no estaba obligado a dar razón ni explicar la causa de su disenso. Los hijos que hubiesen cumplido veinticinco años y las hijas veintitrés podían casarse a su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre. Ifn defecto de éste, la madre tendría la misma autoridad, pero en este caso los hijos e« hijas adquirirían la libertad de casarse a su arbitrio un año antes.

En carta de 28 de diciembre de 1803, el Virrey de Buenos Aires le hizo presente al Rey que en estas Provincias abundaban "los negros y mulatos de todas clases y pueden muchas personas de mayor edad y conocida nobleza, o notoria limpieza de sangre, intentar casarse con ellas", conforme a la libertad concedida para que los matrimonios pudieran efectuarse a su arbitrio, "de que se originaría la confusión de las familias y otros gravísimos perjuicios de funestas resultas". El rey dispuso que sin exceptuar a los negros, mulatos y demás castas de las reglas contenidas en el expresado decreto de 17 de julio de 1803, se extienda a los casos en que las personas de mayor edad y conocida nobleza intenten casarse con alguna de las referidas castas, la facultad de que se pueda recurrir -a los Virreyes, Presidentes- y Audiencias de Indias, para que con los informes convenientes, se conceda o niegue el permiso, sin cuya circunstancias no se podían efectuar matrimonios de personas nobles o de limpieza de sangre con las de negros, mulatos y demás castas, "aun cuando unos y otros sean de mayor edad".

Como se advierte, se trata de una Real Cédula de valor social, que revela el proceso de las mezclas de razas que se venía cumpliendo intensamente en América hispana, y en especial en el Río de la Plata desde sus orígenes y las severas trabas políticas cuya aplicación se ensayaba —sin duda inútilmente— para detener la libre formación de esta nueva sociedad.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, *Librea, de informes y Oficios, la Plata*. 1929, y *Cedulario de la Real Audiencia*, vol. iil, cit.

AYALA, MANUEL "JOSÉ DE: *Diccionario de Gobierno y legislación de Indias*, en *Colección de documentos inéditos para la historia, de Ibero América*, tomos I y II. *Instrucción de lo que deben observar los Regentes de las Reales Audiencias de América*, en *Cedulqrio de la Real Audiencia de Buenos Aires*, vol. I," cit. pág. 103. i

LEVENE RICARDO: *Historia del Derecho argentino* t. I, cap. XIV, y t. II, cap. XII.

MANZANO MANZANO, JUAN: *El nuevo Código de lac Leyes de Indias. Proyecto de Juan Crisóstomo de Ansotegui*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año VIII, N° 70. Madrid, 1935; *Un compilador indiano: Manuel José Ayala*, en *Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas*, Nos. 61-63. Buenos Airee, 1935; y *El período revisionista*

de la Recopilación de 1680, en *Historia de la Nación argentina*, edición de la Academia Nacional* de la Historia, vol. III, págs. 100 y sigts. Buenos Aires, 1937.

MARILUZ URQUIJO, JOSÉ MA. : *Las memorias de los Regentes de la Real Audiencia de Buenos Aires, Manuel Antonio Arredondo y Benito de la Mata Linares*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, N° 1. Buenos Aires, 1949.

MURO OREJÓN, ANTONIO: *El nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyectos de recopilación legislativa, posteriores a 1680*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Madrid, 1929.

OTS, JOSÉ MARÍA: *Nuevas noticias sobre don Manuel José de Ayala y sobre el llamado Nuevo Código de Indias*, en *Humanidades*, edición de la Facultad de Humanidades, t. XX. La Plata, 1930.

CAPITULO XVII

LOS ORIGENES DE LAS INSTITUCIONES JURIDICAS, POLITICAS Y EDUCACIONALES ARGENTINAS. LOS CABILDOS. ORDENANZAS DE ALFARO. LA PRIMERA AUDIENCIA DE BUENOS AIRES (1661). ORDENANZAS DEL CABILDO (1695). UNIVERSIDADES DE CHARCAS Y DE CORDOBA

- I. Las normas jurídicas aplicadas en Buenos Aires en sus orígenes. — Bandos de gobernadores y acuerdos capitulares. — Creación de un Derecho original del lugar. — Registro de vecindad. — Defensa de la ciudad. — Alcaldes ordinarios y de hermandad.
- II. Derecho de vaquerías o de acciones de los vecinos al ganado cimarrón. — Tierras comunes y corte de leñas. — Expulsión de extranjeros. — Proyecto de establecimiento de la Inquisición. Los abogados en Buenos Aires.
- III. División de estas Provincias en dos Gobernaciones.
- IV. La primera Audiencia de Buenos Aires de 1661. — Opiniones favorables a su fundación de Pinelo y Solórzano. — Tenía por objeto evitar las arribadas maliciosas de navios. — El presidente de la Audiencia sería de capa y espada. — La figura del oidor americano Alonso Solórzano y Velasco. — Propuesta para el traslado de la Audiencia a Córdoba. — Supresión de la Audiencia.
- V. Las primeras leyes sobre el trabajo de los indios, — La actuación descollante del licenciado Alfaro. — Ordenanzas de Alfaro dictadas en Buenos Aires y el Paraguay sobre los pueblos de indios y sus relaciones con los pueblos de español*. — Supresión del servicio personal de los indios. — Leyes de Alfaro recogidas en la Recopilación de Indias de 1680. V. Estatutos y Ordenanzas del Cabildo de Buenos Aires de 1695. — Funciones de justicia. — Prescripciones sobre los Alcaldes, Procurador general y Alguacil mayor. — Visita de cárcel.
- VI. La enseñanza del Derecho en las Universidades de Charcas y de Córdoba.
- VII. Significación política y jurídica del siglo XVII en la Historia del Derecho argentino.

LAS primeras normas jurídicas genuinamente argentinas —aparte las prescripciones generales de las Leyes de Indias y de Castilla— que trasuntan más fielmente los orígenes de nuestra vida social, son los Bandos de Adelantados y Gobernadores, Provisiones de la Real Audiencia de Charcas -y de la de Buenos Aires y Actas Capitulares, dictados por las autoridades regionales con potestad legislativa, leyes que llevan el sello indeleble de nuestra individualidad jurídica. Este período inicial de nuestra Historia del Derecho se extiende en todo el curso del siglo XVII hasta principios del siglo XVIII, durante el cual se producen hechos de significación política y económica, como la división de la Provincia en dos Gobernaciones en 1617, los proyectos de erigir *el* " Tribunal de la Inquisición en esta Capital' desde 1619, el establecimiento de la, Aduana Seca de Córdoba en 1622 y de la Audiencia de Buenos Aires inaugurada en 1663. Este último acontecimiento, que en algún momento se relacionó estrechamente con el intento de fundar la Inquisición, contribuyó a formalizar la organización legal de estas Provincias, pues aparte sus funciones específicas ha influido en las demás instituciones, como el Cabildo de Buenos Aires, por ejemplo, al que instó para que dictara sus propias ordenanzas.

Como se advertirá, ésta Derecho de nuestros orígenes es argentino, ha estructurado las instituciones propias sobre los derechos individuales y políticos de los pobladores.

Por otra parte, no sorprende que así sea, pues acerca de nuestras ciudades se puede recordar el hecho característico que ya señalaba Juan de Garay, en una de sus cartas al Rey, respecto de Santa Fe y Buenos Aires, la primera fundada con setenta y seis pobladores, de los cuales siete eran españoles europeos, y la segunda con sesenta, diez de los cuales eran españoles europeos y los demás nacidos en esta tierra.

Los nacidos en esta tierra, que al decir del tesorero Hernando de Montalvo, eran amigos de cosas nuevas o la imposición de sus intereses inspiraron desde sus comienzos la creación de un derecho propio.

Por Real Provisión de 26 de septiembre se dispuso que los alcaldes ordinarios podían serlo de hermandad, porque quedaban algunos delitos tocantes a la hermandad cometidos por españoles y negros, sin que fueran castigados, debiéndose guardar las leyes nuevas sobre la materia y que las apelaciones se interpusieran ante el Gobernador.

En el testimonio sacado por el Escribano del Cabildo, del nombramiento de Juan de Torres Navarrete como Teniente Gobernador, otorgado en Asunción el 16 de marzo de

1584, designado por tres años que correrían desde el día en que se hiciera cargo de su oficio, se deja constancia que conocería de cualquier negocio y causas civiles como criminales y que tomaría las tales causas en el estado que las hallare para, proseguirlas. Podía sentenciar, y terlininar todos los pleitos y causas y ejecutar las sentencias, guardando en todo las leyes y ordenanzas reales y los capítulos que particularmente estaba mandado que guardaran los" Tenientes de Gobernadores y Capitanes Generales. La persona que tuviere la vara de Teniente de Gobernador debía entregarla al general Navarrete en el Cabildo. Se le encargaba asimismo que tomaría el juicio de residencia a los Tenientes de Gobernadores y Capitanes Generales precedentes y a todas las justicias ordinarias y a sus oficiales y regidores y al escribano del Cabildo y otros escribanos que han sido y son de la real justicia.

Al construirse las casas del Cabildo en 1609, se habilitó, la cárcel, al lado de la sala de acuerdos. Hasta entonces la pena de reclusión se cumplía en el domicilio del procesado y generalmente se traducía en pena pecuniaria. Las penas de cámara constituían un recurso financiero y se aplicaban a quienes infringían las reales cédulas y ordenanzas, destinándose su producto, la mitad al fisco y la otra mitad a los gastos de justicia.

En ese primer período, el Cabildo fué el supremo legislador. Al recorrer sus actas capitulares, el estudioso comprueba que en estos remotos lugares sus habitantes se regían por las prescripciones que adoptaban libremente según las perentorias exigencias y que en principio no conocían las leyes generales, pues en innumerables casos dudosos resuelven consultar a autoridades superiores que estaban a muchas leguas, como la Audiencia de Charcas.

Entre sus primeras disposiciones deben recordarse las que fijaron precio a la venta del trigo porque si disminuía no habría quien lo sembrara y cosechara, pero declararon libre el precio del ganado.

En acuerdo de 16 de febrero de 1589 el Alcalde Gaspar de Quevedo pidió al Cabildo que pusiera remedio a los atentados del padre fray Francisco Romano, de la Orden de San Francisco. Entre las opiniones que se vertieron en Cabildo para que los vecinos de la ciudad vivieran con quietud y' sosiego en el servicio de Dios y el Rey, se destacan las palabras enérgicas del Tesorero Hernando de Montalvo. Opinó que fray Romano debía salir de la ciudad a dar cuenta a su prelado de lo que había hecho y dicho en perjuicio y deshonor de los vecinos y de mujeres casadas y por desacato con el Teniente de la ciudad y el Alcalde Quevedo a quienes quiso pegarles con un palo en la plaza pública.

Por último habló el general Juan de Torres Navarrete, resolviéndose la expulsión de fray Francisco Romano.

Las disposiciones que dictó el Cabildo referentes a un derecho rural embrionario ordenaban, por ejemplo, el cambio del encargado del Pósito de Trigo, la guarda de los caballos para que no dañaran las chacras, pedido por el Procurador de la ciudad, dejando constancia que los alcaldes de quienes dependía la aplicación de las penas "se descuydan y no lo quyeran azer". El Procurador pidió al Cabildo se nombrara "un yeguarizo que guarde los caballos y los cuide a la noche como se solía hazer" porque ahora no se hacía con buen orden y se habían comido el maíz y sé comerían el trigo y cebada.

En otros acuerdos —como en el de 16 de julio de 1590— se trataba esta misma materia, y el Procurador pedía que Miguel del Corro, que guardaba "los caballos del pueblo" o "de la comunidad" desde hacía un mes, antes de que concluyera su turno, debía hacerse pregón. Además, algunas personas traían "puercos sin guarda", haciendo daño, y entraban en la iglesia. Juan de Garay renunció el cargo de guardador del ganado vacuno y en su reemplazo se nombró a Juan de Castro, quien se obligaba a pagar los daños que el ganado hiciere a las chacras y a encerrarlo en el corral. A petición del procurador se estableció pena por los daños causados por las ovejas que entraren en las chacras.

Asimismo el Procurador denunció —en el acuerdo de 8 de mayo de 1589— en que se trató la importante cuestión de los derechos y deberes de los vecinos, que algunos salían a buscar su vida y cuidar sus haciendas, pero siendo vecinos, al salir debían dejar representación, "un hombre bien aderezado de armas y cavallos que sustente su vecindad" hasta su vuelta. Expresó además que debía consultarse el registro y padrón para saber quiénes eran vecinos y quiénes no lo eran, con el fin de hacer algunos nuevos, dándoles indios, personas que lo merezcan, y opinaba que mandara hacer nuevo Registro.

A la materia política debe estar vinculada la reunión de uno de los primeros y acaso frecuentes Cabildos abiertos de Buenos Aires. Recuérdese que por Real Cédula de 1537 en caso de muerte del Gobernador titular, los vecinos elegían la persona "que según Dios y sus creencias" les pareciera mejor.

1 RAÚL MOLINA: *Las penas de cámara en los libros reales (1586-1606)*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 2, Buenos Aires, 1950.

A la materia política debe estar vinculada la reunión de uno de los primeros y acaso frecuentes Cabildos abiertos de Buenos Aires. Recuérdese que por Real Cédula de 1537 en caso de muerte del Gobernador titular, los vecinos elegían la persona "que según Dios y sus creencias" les pareciera mejor.

El sentimiento del común se exteriorizaba en todas las ciudades argentinas desde su fundación, como en Santa Fe, que en 1577 depuso al Gobernador Mendieta, enviado preso a España, después de escenas de estallido de la ira popular, y en 1580 conmovió al público con un movimiento que aspiraba al gobierno propio.

Apunta la repercusión de este intento revolucionario, el acta Capitular de Córdoba, de 29 de junio de 1580, en la que los regidores disponen que se pongan velas y centinelas para que no hubiera escándalo ni alboroto, porque "se ha sabido que los vecinos de la ciudad de Santa Fe de la Gobernación del Paraguay se habían rebelado contra la Corona Real".

Hernandarias de Saavedra había sido elegido Gobernador en la Asunción, por sus pobladores, en 1598.

El acta capitular de 12 de mayo de 1589 hace referencia a un Cabildo abierto, cuando dice que daba licencia al alcalde y a todos los regidores para que se pudiesen juntar a lo propuesto por el Procurador y acordaran en lo más conveniente " trayéndome el Cavildo avierto para que yo lo confirme y lo firmo de mi .nombre", Juan de Torres Navarrete.

Acerca de estas reuniones de vecinos tiene interés consignar que al año siguiente, en el acuerdo de 24 de enero de 1590, como el capitán Hernando de Mendoza estaba de viaje, tenía "necesidad de dejar un caudillo para la guerra", y en ese carácter nombraron al Alcalde, Miguel Navarro. Caudillo, como e sabe, era el que mandaba y dirigía la gente, siendo como su cabeza, y como a tal, todos lo obedecían. Era corriente en las ciudades este nombramiento de caudillo para la guerra cuando se ausentaba el Justicia Mayor.

Los derechos que tenían los vecinos eran consecuencia de su acción en defensa de la ciudad.

Como era frecuente, el Justicia Mayor dictaba Bando para que la gente de la tierra asistiera a la defensa del pueblo, por semanas. Al decir del Alcalde Ordinario —en el acuerdo del 26 de agosto de 1613— se producía un notable daño a los vecinos, por ser gente muy pobre y ocupada en sus haciendas, comprendiendo a más de setenta

hombres, no existiendo riesgo de enemigos, porque no era tiempo en que pudieran venir navios y los indios estaban quietos.

Pero no se trataba únicamente de la defensa de la ciudad, sino que en ocasiones se pretendía que los vecinos salieran en expediciones al interior.

El gobernador de Buenos Aires, de la Cueva y Benavídez, dispuso, en efecto, que los vecinos fuesen al río Bermejo a castigar a los "indios calchaquíes", estableciendo contribuciones y la obligación personal de concurrir, con perjuicio para la ciudad. El Cabildo apeló ante la Audiencia de La Plata y ésta resolvió, en 1641, que no se obligara sino en muy determinados casos a salir de la ciudad a sus vecinos.

La Audiencia de La Plata había adoptado la censurable práctica de enviar al Río de la Plata, Jueces de Comisión para "causas libianas y con salarios excesivos", dañando los intereses de los vecinos. Por Real Cédula de 23 de enero de 1602 se mandó que en adelante no se hicieran tales designaciones, sino que los asuntos que se presentasen se enviarían al Gobernador, salvo que fuere en casos inexcusables y entonces sería a costa de los que lo pidiesen.

En 19 de mayo de ese mismo año de 1579 se expidió la primera marca a favor de Francisco de Salas Vidella, quien presentó un fierro de herrar, creándose el Registro de marca. En el acuerdo de 2 de julio de 1590 se establecieron penas para los que cortaran algarrobos que existían en el ejido, pues no los dejaban criar y es un gran daño "por que es abrigo para el ganado vacuno para el día que lloviese se recoja allí y no vaya hazer daño a las chacras del pueblo", y se mandaba que no se cortasen los algarrobos "ni otro monte si lo hubiese". Se fijó también un arancel de moliendas de trigo —en el acuerdo de 2 de Julio de 1590—, pues en algunas tahonas pedían por moler una fanega de harina más precio que el que tenía la harina, en gran daño de la ciudad.

De acuerdo con el pedido del procurador no se dio licencia para salir de la ciudad a hombres necesarios "a cozas de republica" y otras tocantes a la guerra, oficiales herrero, carpintero, barbero.

Materia de trascendental importancia sobre la que hubo Provisión Real y del Cabildo de Buenos Aires fué la relacionada con el ganado cimarrón y con el derecho a la posesión de la tierra.

El Cabildo hizo declaraciones de valor jurídico sobre esta cuestión al reconocer a los descendientes de los conquistadores el derecho colectivo sobre el ganado cimarrón. En el acuerdo del 16 de octubre de 1589 se trató la presentación de fray Pablo de Velazco, de la Orden de las Mercedes, sobre bienes comunes. Comenzó por establecer que no

había mostrencos, porque los conquistadores venidos a estas Provincias en la armada de Pedro de Mendoza, hacía cincuenta y cinco años, al despoblarse Buenos Aires y subir a la Asunción, dejaron yeguas y caballos de los que trajeron de España —tal es el origen de la raza caballar en el Río de la Plata—, y que los hijos de los conquistadores y pobladores eran los propietarios de las yeguas y caballos salvajes que vinieron a su costa, sin ayuda de nadie, con sus armas, caballos y ganados a poblar de nuevo esta ciudad y Puerto de Buenos Aires y a conquistar los indios rebelados. En cuanto a las vacas, todas eran de los vecinos de la ciudad, y si habían dejado de errar algunas por descuido, se aplicaban a San Martín, patrono y abogado, y a su casa, que era el hospital de esta ciudad.

Respecto del ganado cimarrón común se acordó levantar la matrícula o registro de las personas que solicitaban el permiso para la matanza (acuerdo del 23 de mayo de 1609). Se dictó la reglamentación respectiva, mandando que la matanza se hiciera en los meses de enero a junio, no debiéndose realizar en otro tiempo, bajo pena de declararse perdidos la carne, cebos y cueros, y de cada cien pesos se aplicarían por terceras partes a gastos de obras públicas, juez y denunciador, no pudiendo salir a hacerlas sin previa licencia y declaración de los viajes que se proponían realizar y carretas que llevaría. A continuación se extiende la matrícula de los interesados en la matanza con el número de reses que se autorizaban a cada uno (acuerdo del 22 de abril de 1609).

Este derecho común de vaquerías, en que eran preferidos los descendientes de los conquistadores y vecinos al ganado cimarrón, lo fué también sobre la tierra para ser ocupada por los pobladores, como lo dispuso la Audiencia de La Plata, por Real Provisión de 11 de diciembre de 1590, estableciendo que las tierras que hubieren dejado desiertas las personas a quienes se repartieron se volverían a dar a los que las cultivaban. En sus notables fundamentos se expone el principio de que todas las cargas de la guerra y demás obligaciones pesaban sobre los que aquí residían "y no ay que les dar Y repartir en premio de su trabajo". Es decir, la Audiencia reconocía que el derecho de propiedad se fundaba en el trabajo del poblador, autorizando a repartir nuevamente las tierras porque las habían dejado "yermas y desiertas". Debía hacerse pregón para que las personas a quienes estaban repartidas podían acudir en el plazo de tres meses con la obligación de vivir y residir en ellas, "lavar y cultivar las tierras".

Prohibíase bajo pena a los dueños de carretas que venían de Córdoba y otras partes, atento el gran daño que producían los que cortaban la leña de los montes cercanos de la ciudad, por lo que mandaron que los forasteros no podían traer leña ni cortarla de esa

manera, en el perímetro comprendido dentro de seis leguas al norte y cuatro al sur de la ciudad

Como ejercían derechos comunes, los vecinos y moradores tenían obligaciones comunes, entre otras las de limpiar las calles de la ciudad que presentaban "mucha cantidad de cardones y otras yerbas", obstaculizaban los caminos y criaban mosquitos (acuerdo del 30 de septiembre de 1609) o con "muchos barrancos", tarea que debía cumplirse en breve término, con motivo del día de San Martín, patrón de la ciudad (acuerdo del 26 de octubre de 1609).

En Corrientes se creaba, en 1593, un depósito perpetuo de subsistencias, destinado al vecindario, para su reparto a los pobres más necesitados, teniendo en cuenta los derechos de los conquistadores. En otra ocasión se hacía una colecta de alimentos a fin de repartirlos entre los pobres y viudas, o en razón de las necesidades de carne para los vecinos se acordaba autorización para una vaquería.

En Mendoza, a principios del siglo XVII, eran frecuentes las contribuciones extraordinarias del vecindario, o derramas, de vino o de carretas, bueyes e indios para traer madera de Guanacache, con el fin de construir las casas del Cabildo, o de tres mil fanegas de trigo para sustentar a los mil hombres de refuerzo que invernarían en Mendoza para la guerra de Arauco.

A los diez años de la fundación de Buenos Aires, se resolvía el nombramiento de dos personas que "sean como alarife, veedores y medidores" para fiscalizar como arquitectos y albañiles las construcciones conforme a la traza de la ciudad, con el fin de que no hubiese pleitos y no ocuparan las calles con edificios.

En el acuerdo de 1.º de agosto de 1605 se resolvieron asuntos concernientes al médico, a quien se le mandó pagar la suma que se le debía, y al maestro de escuela — Francisco de Vitoria—, autorizado a percibir un peso por mes a los que enseñare a leer y dos pesos a los que enseñare a escribir y contar. Poco tiempo después se suscribía el vecindario con cuatrocientos pesos al año para el barbero, que no sólo afeitaba sino que también era sangrador, ponía ventosas y extraía muelas.

El 3 de abril de 1606 el Cabildo dictó un auto importante. Se trataba de cumplir la real cédula que mandaba embarcar a todas las personas, de cualquier estado y condición, que hubieran entrado en la ciudad sin licencia ni orden de Su Majestad. Se consideró el gran daño que resultaría de su aplicación si se embarcaba dicha gente por ser los más de ellos casados con hijas de los vecinos y ser oficiales, algunos de oficios útiles y provechosos, y otros labradores que sustentaban la república, y por tratarse del

puerto y ciudad muy pequeña y de poca gente para poder defenderse si llegasen corsarios o en guerra con los indios. Se informó sobre el parecer del obispo fray Martín Ignacio de Loyola, quien manifestó que en principio todas las reales cédulas debían ser obedecidas y reverenciadas, pero que no se ejecutarían algunas con todo el rigor de la letra, sino interpretándolas a la luz de la equidad natural. Para esta interpretación moderada y prudente de las leyes, afirmaba el obispo que debía consultarse el fin de la ley. El fin de la ley era el servicio de Dios Nuestro Señor y el bien y aumento de la república y de sus vasallos, y si de alguna cédula emanase un resultado contrario a este fin, la ley sería tenida por falsa y siniestra y los gobernadores la habrían de reverenciar, pero no ejecutar, porque era repugnante a dicho fin. El Cabildo resolvió de conformidad con el dictamen del obispo, disponiendo que se quedase la gente que el gobernador tenía lista para embarcar.

Antes de cumplirse un siglo de esta Real Provisión, se había producido un cambio grande en la estructura social de estas Provincias. En efecto; eran muy distintas a los demás distritos de Indias las condiciones sociales en que se desenvolvía Buenos Aires, con su puerto constantemente abierto al comercio exterior, por el sistema de las capitulaciones, las licencias, y después los buques de registro y el ininterrumpido comercio de contrabando. Tal comercio fué provocando el aumento creciente de la población extranjera, singularmente los portugueses. Esta afluencia de extranjeros en general al Río de la Plata, y no sólo de su radicación, pues ya entonces desempeñaban oficios de la República, debe ser tenida en cuenta para caracterizar la Historia social y jurídica argentina de los orígenes.

Así se explican las nuevas reglas de derecho que debieron dictarse en Buenos Aires con respecto a los extranjeros. A las Órdenes de expulsión en general de las personas que habían llegado sin licencia, el Cabildo contestaba con razón que era imposible cumplirlas porque de otro modo la ciudad se encontraría sin gente e indefensa para la guerra con los indios, agregando —como ya expliqué al referirme al Acuerdo del Cabildo de 3 de abril de 1606— que los más de ellos se habían casado con hijas de los vecinos.

El estudio de la Inquisición en el Río de la Plata es tema de significación social, porque se vincula con la condición de los pobladores —su procedencia, según religión y naciones— porque fué constante el empeño de establecer el Tribunal del Santo Oficio en Buenos Aires, proceso histórico que en algún momento se desenvuelve paralelamente con el de la fundación de la primera Audiencia. Se puede afirmar, en efecto, que

algunas razones que se invocaron para crear el Tribunal de la Inquisición, desde 1619-1621, prevalecieron para fundarse la Audiencia en 1661.

Años más tarde se volvió sobre el asunto, a pedido del fiscal de la Audiencia de La Plata, quien en 1636 decía que era necesaria esa fundación para castigo de los innumerables judíos que habían entrado. El Rey solicitó informes al Virrey de Perú y a la Audiencia de La Plata, que se expidieren favorablemente a la creación. En voto singular, en el Consejo de Indias, Juan de Solórzano Pereira ponderó el establecimiento de la Audiencia de Buenos Aires y también del Tribunal de la Inquisición, y con esto se hallaría la ciudad más poblada y asistida de personas de autoridad, la justicia y Real Hacienda mejor administradas y la plaza más ayudada para la defensa contra los enemigos. Solórzano Pereira creía que la herejía no era sólo dañosa a la religión sino al Estado político, opinión que aunque no acrecienta los prestigios del juriscultor, se explica teniendo en cuenta las pasiones de esos tiempos. También se pensó en erigir la Inquisición en Córdoba y no en Buenos Aires, situándola en medio de los dominios de su jurisdicción. Aun en el siglo xviii se persistió en los antiguos planes de fundar el Tribunal de la Inquisición en el Plata.

Como se ha dicho con razón, por fortuna para la Argentina esa idea de establecer el Tribunal especial del Santo Oficio, repetida en tantas ocasiones y por toda clase de funcionarios, prohijada por el Consejo de Indias, no fue aceptada por el rey.

La necesaria convivencia de los hijos de criollos con los hijos de extranjeros nacidos en estas Provincias, fue igualándolos en la realidad del estado social, nivelando las condiciones, porque si bien los criollos tenían los mismos derechos que los españoles europeos, en verdad estaban relegados como los hijos de los extranjeros.

Uno de los primeros abogados que actuó en Buenos Aires es posiblemente el Licenciado Diego Pérez de Andrada para las causas del Cabildo, asignándole la suma de sesenta pesos en carácter de honorarios por un cuatrimestre.

El Cabildo celebró una sesión importante el 22 de octubre de 1613, con motivo de tenerse noticia de que venían a la ciudad a abogar tres licenciados en derecho, "con animo de que haya pleitos para ganar plata". El regidor Miguel del Corro expresó que la experiencia había demostrado el daño que resultaba de que hubiera "letrados y letrados", porque con su presencia no faltan "pleitos", trampas y marañas y otras disensiones". Quedó acordado que se diera aviso a los tres letrados para que no entraran en la ciudad, resolución que se aplicó por poco tiempo.²

Téngase presente, además, que la prohibición acerca de la entrada de abogados en Indias, tenía fundamento en virtud de que, en los orígenes, la justicia era lega.

II

La división de la Provincia en dos Gobernaciones en 1617 es un hecho de importancia política y social. El Procurador de Buenos Aires, Manuel de Frías, en los años 1614 y 1615, suplicaba al Rey proveyera la Gobernación vacante en Hernandarias de Saavedra, por ser el más capaz para contener la sublevación de los indios, como lo había probado en ocasiones interiores, y pedía se separara la Gobernación en dos para la mejor administración de justicia, la conversión de los naturales y la defensa del territorio. Decía que el Gobierno tenía, por distrito más de quinientas leguas pobladas con ocho ciudades, y estando tan distantes unas de otras no se podían socorrer eficazmente. Era forzoso que de las ciudades de La Guaira —agregaba— vinieran los españoles y naturales a pedir justicia a quinientas leguas donde estaba el Gobernador, gastando sus haciendas, un año o dos de tiempo y los peligros de tan largo viaje. Los daños se remediarían dividiendo en dos el gobierno y el obispado. La división en dos gobiernos se llevó a cabo en 1617. Uno comprendía Buenos Aires, que era asiento de la autoridad, Santa Fe, Corrientes y Concepción del Uruguay. La otra gobernación, con asiento en la Asunción, abarcaba las ciudades de Villarrica, Santiago de Jerez y Ciudad Real del Guaira. En treinta y siete años, de 1580 a 1617, Buenos Aires se había hecho el centro de población del Río de la Plata, su capital y su mercado, imponiendo la necesidad de vigilar el contrabando, mientras el Paraguay, privado de las corrientes vivificadoras de la colonización, se inmovilizó y dejó de ser el centro de una civilización expansiva.

III

Largo y laborioso fué el proceso que precedió a la fundación de una Audiencia en estas Provincias. Desde principios del siglo XVII se invocaban los inconvenientes resultantes de que la vida judicial del Río de la Plata dependiese de la Audiencia de Charcas, y se discutía la posibilidad de erigirla en la ciudad de Córdoba, por su mejor situación geográfica y su condición económica.

2 La explicación de este antecedente que viene a modificar cualquier injusto comentario contra los abogados en el Río de la Plata, esta dada por el historiador Raúl Molina en Vindicación de los abogados coloniales en Revista del Colegio de Abogados, Bs As t. XXIV, año 1946

Ha tenido importancia para la fundación de la Audiencia la palabra del procurador del Cabildo de Buenos Aires, Antonio de León Pinelo, quien escribió en 1624 *Discurso sobre la necesidad de fundar una Chancillería en las Provincias del Río de la Plata, Tucumán y Paraguay*, pero la influencia decisiva en el Consejo de Indias ha sido la de Juan de Solórzano Pereira. En su voto singular, ponderó la necesidad de tal establecimiento en este puerto, y el tiempo que hacía que se solicitaba y que con esto se hallaría la ciudad más poblada y asistida de personas de autoridad, la justicia y Real Hacienda mejor administradas y aquella plaza más ayudada para cualquier defensa de enemigos.

En efecto; el Consejo de Indias trató en varias ocasiones acerca del establecimiento de la Audiencia en Buenos Aires para reprimir el contrabando, con las noticias que tuvieron de Inglaterra y Holanda, por lo mucho que los vasallos de estas potencias frecuentaban el comercio del puerto y los grandes retornos de plata que extraían en cambio de mercaderías con la complicidad de las autoridades. También lo propuso la Junta de Guerra en consulta de 3 de marzo de 1659, sobre la fortificación y defensa de este puerto y fundación de la Audiencia, poniendo por Gobernador y Presidente de ella "un gran soldado".

La Real Cédula de 6 de abril de 1661 consignaba la conveniencia de que las provincias del Río de la Plata, Tucumán y Paraguay fueran bien gobernadas, así en lo militar como en lo político y en lo referente a la administración de justicia.

Se atendía también a la situación distante cerca de cuatrocientas leguas de las citadas Provincias con respecto a la Audiencia de Charcas, en cuyo distrito estaban comprendidas, no pudiendo ocurrir los vecinos de ellas a seguir sus pleitos y causas. Pero el verdadero objeto de la fundación era para que se atendiera con la puntualidad necesaria a la administración de la Real Hacienda, evitándose los fraudes que se cometían contra ella, pues se admitían navios extranjeros para el comercio en el puerto de Buenos Aires, que estaba prohibido.

Se invoca por último el lustre y población de estas Provincias para fundar la Audiencia y Chancillería Real, conforme a las existentes en las Provincias de Chile y ciudad de Panamá, integrándose con Presidente, tres Oidores y un Fiscal. El Presidente sería de capa y espada para que juntamente fuera Gobernador y Capitán General de las Provincias del Río de la Plata. El Gobierno superior del distrito de las Provincias del Río de la Plata, Paraguay y Tucumán a cargo del Presidente de la Audiencia, estaría subordinado al Virrey del Perú.

Al fundar la Audiencia de Buenos Aires por las razones ya expuestas el Rey había tenido en cuenta que entre sus ministros "fuese el Presidente de capa y espada", en quien concurriese competencia en el orden militar, para que juntamente se desempeñara como Gobernador y Capitán General de estas Provincias.

El primer presidente fué el Capitán General y Gobernador del Río de la Plata José Martínez de Salazar, a quien le correspondió cumplir todas las cédulas y despachos sobre la fundación de la Audiencia. Intervinieron entre otros oidores Alonso de Solórzano Velasco, autor de escritos jurídicos, con antecedentes brillantes por su actuación en Lima y Santiago de Chile. Era americano, nacido en Lima, hijo del capitán del mismo nombre y de Mariana de Velasco. Cursó Cánones y Leyes y se recibió de Licenciado, Doctor y Abogado. Fué designado Rector del Colegio de San Felipe, que había cursado, logrando la cátedra en la Universidad por oposición. Ocupó cargos de jerarquía como el de Auditor General de la Armada Comisionado en España por el Cabildo Eclesiástico de Lima. Se le nombró Fiscal de la Audiencia de Chile en 1655 y desde 1666 desempeñó las funciones de su nuevo cargo en la Audiencia de Buenos Aires, donde actuó por más de cuatro años.

Demostó un amplio espíritu para obtener que el puerto de Buenos Aires abriera sus actividades comerciales, contra lo cual se oponía tenazmente el comercio limeño

Con este motivo se le formularon cargos por haber autorizado el arribo de navios portugueses y holandeses, condenándosele al pago de \$ 4.000 de multa.

Pasó después a la Audiencia de Charcas y murió en 1680. Entre sus escritos sobresalen los dedicados a defender los derechos de los criollos, como el *Discurso legal* de 1652 en favor de los nacidos en los Reinos del Perú, para que puedan obtener las Plazas de Oidor, que sin duda se inspiraba en Juan de Solórzano Pereira; el "Panegírico" sobre los sujetos, prendas y talentos de doctores y maestros de la Universidad de Lima, de 1653, y la "Defensa" que hizo para que se autorizara el comercio de navios de asiento al puerto de Buenos Aires, de 1667.

Se ha dicho de él con razón que era "persona de mucha ciencia y entereza".

Al instalarse la Audiencia, Buenos Aires tenía cuatro mil habitantes, cuando aún no había cumplido el siglo de existencia desde la segunda fundación por Garay, y todos los documentos revelan las privaciones y angustias económicas que padecían sus moradores. No obstante esta grave circunstancia se realizaban solemnemente todas las ceremonias y precedencias que las leyes imponían por igual a las ciudades de Indias.

En la consulta del Consejo de Indias de 30 de noviembre de 1671 acerca de los inconvenientes surgidos con motivo de la fundación de la Audiencia establecieron la mayoría de votos que la experiencia había demostrado que no se evitaron las arribadas forzosas de navios extranjeros, valiéndose la Audiencia de pretextos para su admisión y que tampoco se notaba miinento de la vecindad. Pero reconoce que se había atendido a la administración de la justicia en lo dilatado de las tres Provincias, distantes más de cuatrocientas leguas de la Audiencia de Charcas, y que era muy importante que continuase bra las cuestiones entre Gobernadores y Obispos. En consecuenεια la mayoría del Consejo tuvo por conveniente que se conservase la Audiencia de Buenos Aires, pero trasladándola a Córdoba del Tucumán, por su mejor temple, mayor vecindad y estar en el camino por donde precisamente habían de pasar cualesquiera mercaderías que quisiesen llevar a Potosí y al Perú y el oro que de esas Provincias se quisiese extraer por el puerto de Buenos Aires, razones por las cuales existía La Aduana seca de Córdoba. Ya entonces se expresaron votos por la conservación de la Audiencia en Buenos Aires y otros por su supresión y el Rey se conformó con este último parecer.

La Real Cédula para la extinción de la Audiencia, es de 31 de diciembre de 1671.

IV

Las primeras leyes destinadas a reglar las relaciones del trabajo, derechos y obligaciones de españoles e indios fueron dictadas por Domingo de Irala, Juan Ramírez de Velasco, Juan de Garay y Hernando Arias de Saavedra.

Desde fines del siglo XVI actuó destacadamente como legislador y visitador el Licenciado Francisco de Alfaro, quien en 1591 había sido designado Fiscal de la Audiencia de Charcas. Fué su constante preocupación mejorar el régimen en vigor y el trato con los indios. Al crearse una nueva plaza en la Audiencia de la que era fiscal se le designó como Oidor en 1607. Tres años después se le nombraba con amplias facultades en carácter de Visitador de estas Provincias, las ciudades y villas de la jurisdicción de la Audiencia, para fiscalizar las cajas y almacenes reales y se informaría acerca de las personas que desempeñaban cargos de la Hacienda Real, así como también de los jueces de Bienes de Difuntos, Cabildos, escribanos públicos, oficiales de justicia y encomenderos. Con motivo de la visita de Alfaro a Santiago del Estero surgió la iniciativa del seno del Cabildo en 1611, de que se fundase en esa ciudad y no en Córdoba, como se procuraba, una nueva Audiencia.

Dictó en Buenos Aires un auto ordenando que todos los vecinos que tuvieran en sus casas indios infieles debían enviarlos todos los días una hora por la mañana al Colegio

de la Compañía de Jesús, para ser adoctrinados en la Santa Fe Cristiana, bajo pena de cincuenta pesos y de ser privados del indio y no disfrutar del tributo durante dos años.

En el Paraguay dio las Ordenanzas que llevan su nombre, suprimiendo el trabajo obligatorio de los indios y estableciendo en su reemplazo el pago de los tributos.

Son las famosas Ordenanzas de 1612, de ciento veinte capítulos, resultado de sus andanzas y en las que cada una de sus disposiciones trasuntan el conocimiento personal que había adquirido de la realidad social de todas las ciudades que cita en el texto y que aspiraba a transformar a impulsos de sus elevados designios.

El licenciado Alfaro se inspiró en el gran legislador del Perú, Francisco de Toledo, por el procedimiento que el gobierno adoptado o sea la visita personal y el espíritu de sus ordenanzas, procurando la aplicación en estas Provincias de la Real cedula de Felipe III, de 24 de noviembre de 1601, conforme a la cual se creaba el servicio remunerado al trabajo, pero libre en la elección del patrono.

De las ordenanzas de Alfaro puede decirse que constituyen un cuerpo de leyes orgánicas en las que estaba previsto todo lo concerniente al gobierno de las reducciones de indios, a las relaciones con los pueblos y autoridades de españoles, el trabajo y el régimen de la vida económica, el establecimiento de la justicia y la doctrina religiosa, inoculando los gérmenes de la civilización cristiana.

En carta al Rey explicaba que había visitado estas Provincias, haciendo a las personas las preguntas que creía más convenientes, para conocer el estado de la tierra, preguntas que las hacía "a los indios juntos por pueblos". A los españoles sólo hacía tales preguntas sobre sus haciendas, y los religiosos le pidieron que no los obligase a hablar en público.

Habría deseado no hacer ordenanzas para evitarse calumnias, pero pensó que así no cumplía con el mandato del Rey. En ellas se declara que el servicio personal de los indios ha sido y es injusto contra todo derecho, que conforme a lo mandado los indios no podían ser esclavos ni ser vendidos, declarándolos libres y nulas las ventas hechas.

En cada pueblo o reducción de indios, por pequeño que fuera, se erigiría una iglesia o capilla donde "con decencia" se celebre y pueda decirse misa "y aya de tener y tenga puerta con llave para que no se profanen ni entren animales en ella" y aun debía haber iglesias en las chacras y estancias importantes.

Los vecinos y los indios estaban obligados a hacer parroquias en los lugares en que el Obispo señalara, para que en ellas se reunieran indios de diferentes partes con el fin de ser adoctrinados.

Ningún indio podía "hazer concierto" que le obligara por más de un año y con autorización de la justicia ordinaria. Para las sementeras y edificios se permitía la mita que vendría de los pueblos de indios a las ciudades, pero debía ser de los pueblos de indios de la jurisdicción "que no mudaren temple".

El gobierno de los pueblos de indios estaba a cargo de los alcaldes y regidores de indios, dejando a los caciques el repartimiento de mitas. La ejecución de mitas y cobranzas de tasas correspondía a la justicia mayor o alcaldes ordinarios de cada pueblo de españoles.

Las ordenanzas fueron impugnadas, si bien es cierto que se mandaron poner en vigor de inmediato hasta tanto resolviera el Consejo de Indias o la Audiencia de Charcas, y fueron aprobadas por el Obispo de Tucumán, Fernando de Trejo y Sanabria; por el Gobernador y Capitán General de Chile, Alfonso de Ribera, y otras autoridades y se aplicaron por los jesuitas. El Consejo de Indias las modificó en parte en 1618. En representación de las ciudades, invocando toda especie de razones, protestaron los Cabildos, empezando por el de Santiago del Estero, que envió un diputado a Madrid a este solo fin.

Las ordenanzas de Alfaro fueron observadas porque modificaban el régimen de vida imperante con los indígenas, lesionando los intereses de los encomenderos, pero todo el título XVII, libro VI de la Recopilación de Indias, son trece leyes, que de este modo se salvaron y se aplicaron, inspiradas en las Ordenanzas de Alfaro, dictadas por Felipe III el 10 de octubre de 1618.

Estas leyes de la Recopilación de Indias disponen que en el Tucumán, Río de la Plata y Paraguay no se hagan encomiendas de servicio personal, que los indios se puedan alquilar y se puedan concertar para otros servicios, pero no sacar yerba del Paraguay; que en el cargar los indios se guardaran las prescripciones de la ley; que los indios que servían la mita dieran por lo menos la duodécima parte, sin compulsión ni apremio, que no puedan ser sacados de sus reducciones, que paguen la tasa en moneda o frutos, que pasada la cosecha se visitaría a los pueblos de indios, poniendo en padrón de tasa a los indios de dieciocho años y se eliminarían a los que tuvieran más de cincuenta; aunque el indio fuera casado no debía tasa hasta la edad de dieciocho años, los administradores o mayordomos nombrados por los Gobernadores ejecutarían las mitas y cobrarían las tasas, a los indios no se les debía sustentar solamente de algarroba y se obligaba a los encomenderos a darles maíz lo necesario para su vida, salud y conservación, se señalaba

la tasa del jornal de los indios en estas provincias, y por último, ninguna india podía salir de su pueblo a criar hijo de español teniendo el suyo vivo.

Las ordenanzas de Alfaro constituyen una legislación revolucionaria, destinada a operar cambios profundos en los pueblos de indios y de españoles de estas Provincias, que en gran parte no se llevaron a cabo por el juego de múltiples intereses de la misma filiación histórica de los que produjeron la crisis de 1542, al dictarse las Nuevas Leyes, sobre abolición de las encomiendas.

V

En el acuerdo de 27 de noviembre de 1668, se leyeron las Ordenanzas hechas por el doctor Alonso de Solórzano Velasco, aprobadas por la Audiencia, para que las justicias y demás regidores y oficiales sepan lo que cada uno debe hacer y les corresponde por obligación de sus oficios, disponiendo que se guarden y cumplan y para que nadie alegare ignorancia, en adelante se leerían el segundo día de año nuevo. Tales Ordenanzas del Oidor Alonso de Solórzano son las que se aplicaron sin pedirse al Rey su confirmación. Pero a fines del siglo xvii, se obtuvo del Rey la aprobación de los Estatutos y Ordenanzas del Cabildo en 1695 proyectados por Regidores.

Quedaron en desuso las Ordenanzas de Alonso de Solórzano y el Cabildo respetó las Ordenanzas aprobadas por el Rey, que estuvieron en vigor hasta 1814.

Las funciones de justicia de los Cabildos eran de tanta importancia que la casa capitular se llamaba, conforme a la inscripción que tenía en el frente, "Casa de Justicia".

Los Estatutos y Ordenanzas del de Buenos Aires comienzan estableciendo que el 1º de cada año nuevo, reunidos los Capitulares y Regidores después de haber oído misa en la Casa del Ayuntamiento y no en otra parte alguna, realizarían las elecciones de alcaldes ordinarios de la Santa Hermandad y Procurador General y demás oficios.

En cuanto a la elección de Alcalde se haría en personas "que fueren tenidas y reputadas por Hidalgos y Christianos viejos". Entendíase por tales, los descendientes legítimos de los conquistadores, y en principio, no debían tener mezcla alguna de moros ni mulatos.

Como ya recordé al tratar de los Cabildos en general, había prevalecido el concepto de los jurisconsultos, como Juan de Solórzano Pereira, que no debía hacerse distinción entre nobles y plebeyos y de que no se exigiría saber leer y escribir. En este último caso los fallos eran firmados por testigo.

Hechas las elecciones, antes de publicarse debían ser confirmadas por el Gobernador. Se seguiría la antigua costumbre del Cabildo que el Alcalde de primer voto tendría preferencia en asiento, voz y voto. "El turno de la vara de alguacil Mayor, digo, Fiel Executor", como era de práctica, la usarían los regidores cada cuatro meses, cada uno con vara de la Real justicia.

El Alguacil Mayor era el ejecutor de las órdenes y mandamientos de los Alcaldes ordinarios y tenía a su cargo el cuidado de las cárceles.

Lo primero que se trataría en el Cabildo era lo acordado en la anterior reunión. No debía empezarse otro asunto hasta que estuviere concluido el que iniciaron. Se reuniría los lunes de mañana. El portero tocaría la campana durante un cuarto de hora y si no hubiere campana iría a la casa de los alcaldes y regidores. Al Teniente General no se le permitiría que entrara en el Cabildo con bastón sino con vara de la Real Justicia. Los alcaldes ordinarios proveerían justicia a las partes sin limitación alguna, por la mañana, y por la tarde harían audiencias ordinarias. En caso de ausencia de un alcalde ordinario, desempeñaría el cargo el Alférez Real o el regidor más antiguo. Todos los años, el primer día de elecciones, o al siguiente, se leerían las órdenes dadas de nombrar Juez de Menores, que era uno de los alcaldes ordinarios, acompañado con un Regidor. Como el oficio de Defensor de Menores era importante y debía recaer en persona de autoridad, ciencia y conciencia, se ordenó que todos los años el Cabildo haría ese nombramiento en uno de los Regidores. Ningún alcalde ni regidor podían vender por menudeo en su casa ni fuera de ella, por interpósita persona ni por otro procedimiento, cosa alguna, aunque sea de su cosecha, porque tenían a su cargo la función de poner precio a los artículos de abasto. Se reiteraba la prohibición general de tener tratos y contratos, arrendar propios ni rentas de la ciudad.

Los cargos de alcalde no tenían remuneración, pero percibían las costas del juicio, que eran muy modestas. Un autor moderno hace referencia a una testamentaría, de trescientas quince fojas, en que el tasador de costas hizo la tasación del voluminoso expediente en cuarenta pesos, así como también a la práctica de la "merced del sellado" para usar papel común, a las carátulas de los expedientes con su carácter cristiano, el signo de la cruz, y en algún tiempo a la invocación de Jesús, María y José, y a las vacaciones o feria judicial, que era en períodos breves, solamente para causas civiles, el del Nacimiento de Jesucristo y el de Semana Santa.

Diversos artículos de los Estatutos y Ordenanzas se refieren a las ceremonias, así como también al acto de sacar el Estandarte Real y a la Fiesta del Santísimo Sacramento.

Se prescribió conforme a una Ordenanza del Virrey Francisco de Toledo, que cada uno de los vecinos tendría la obligación de limpiar "la calle de la pertenencia y fronteras de sus puertas, colgando y adornando sus balcones y ventanas".

Como "la causa más piadosa" era la de redimir la prisión de cualquier pobre, se ordenó que un regidor asistiera los sábados a la visita de cárcel y "pida en su nombre su soltura y tenga particular cuidado que se fenezca su causa", haciendo las diligencias necesarias. Habiendo pobres de solemnidad en la cárcel, todos los sábados, después de la visita, el Cabildo pediría limosna para sustentarlos. Cuando se tuviere noticia de algún exceso en perjuicio de la República, de los casos y cosas del campo "que le toque remediar al Cabildo", se daría comisión a los alcaldes de la Santa Hermandad.

Tal la breve reseña de los cuarenta y siete artículos de los Estatutos y Ordenanzas de 1695, que estuvieron en vigor durante un siglo y veinte años, pero de exiguo contenido, descripciones de orden formal principalmente, que dejaban en libertad al Cabildo para adoptar prácticas y resoluciones decisivas, según lo aconsejaban las oportunidades, para el gobierno jurídico y económico de la ciudad y del campo.

Eran teóricas muchas de esas disposiciones, pero se adoptaban solemnemente. Mientras las ordenanzas exigían a los alcaldes y Regidores, por ejemplo, que se debían vestir decentemente, el Procurador del Cabildo, Gabriel de Aldunate y Rada, manifestaba al Rey por esos mismos años que, por el estado de pobreza en que se encontraba la ciudad, los oficios de la República quedaban vacantes, no habiendo quienes los comprasen o arrendaran. Fué necesario facultar al Cabildo para nombrar seis Regidores con derecho a compelerlos a aceptar los cargos.

VI

Los estudios de Derecho en la Universidad de Charcas se inauguraron en 1681, y un siglo y diez años después en la Universidad de Córdoba.

Al crearse la enseñanza del Derecho en la Universidad del Alto Perú, se dejaba establecido que era de utilidad a la juventud no sólo "para la instrucción y los gobiernos políticos, judicaturas y defensas de las causas en sus reales estrados, sino también para adiestrarse en las oposiciones a las canongías". .Comprendía las cátedras de Canones, o del Derecho eclesiástico; de Institución o de Derecho romano, y sobre derecho Real que

comprendía el derecho castellano e indiano. Estos estudios jurídicos, que fueron famosos en la citada Universidad, adquirieron mayor trascendencia con la fundación de la Academia de Jurisprudencia. Entre los cuadernos más difundidos o lecciones dictadas por los profesores, figuraba la "Instrucción Forense y orden de sustanciar y seguir los juicios correspondientes" del jurista Francisco Gutiérrez de Escobar, obra escrita para los practicantes de la Academia Carolina de Leyes. El doctor Gutiérrez, natural del Alto Perú, se había recibido de abogado; en 1791 fué Presidente de la Academia Carolina de Leyes, y en 1795 hizo la oposición para la cátedra de Institución de la Universidad de Charcas, leyendo su lección de veinticuatro horas.

Síntesis de la "Instrucción" es el "Cuadernillo" de Gutiérrez que tuvo presente Manuel Antonio de Castro para la redacción del *Prontuario de práctica forense*.

La reforma universitaria llamada a tener trascendencia jurídica y política fué la creación de las Academias de Jurisprudencia en España y en Indias.

Entre las primeras sobresalió la de Barcelona, fundada en 1778, donde su secretario, Sisó y Vasalo, expuso la tesis regionalista de que debía enseñarse el Derecho municipal catalán. Pero fué en América, y sobre todo en el Virreinato del Río de la Plata, donde las Academias llegarían a constituir los centros de enseñanza práctica de Derecho Patrio del lugar con todas sus fecundas consecuencias.

En Charcas se encontraron en la Academia Carolina, Victoriano de Villava con Mariano Moreno y Manuel Antonio de Castro; y después de la Revolución de Mayo se encontraron en Córdoba, Manuel Antonio de Castro, que fundó la Academia de Jurisprudencia en Buenos Aires en 1815, con el joven Dalmacio Vélez Sársfield y con el profesor José Dámaso Xijena, que propuso la creación de la Academia en Buenos Aires en 1812 y que la creó en Córdoba en 1821.

Las Constituciones de la Academia Carolina se redactaron conforme a las de la Academia de Santiago de Chile.

No es necesario recordar que a las Academias ingresaban los abogados —previo examen de admisión— donde cursaban sus enseñanzas teóricas y prácticas durante tres años. Presididas por un miembro de la Audiencia, se entregaba a los académicos por escrito, por intermedio del Secretario, un resumen de los casos que había juzgado el Tribunal, es decir, el caso y nada más, sin procedimiento ni fallos. El Presidente de la Academia distribuía el caso entre dos estudiantes, demandado y demandante, y se formaba expediente delante de un juez y después de un Tribunal de Apelación, como ha referido Vicente F. López en su *Autobiografía*.

En la Universidad de Córdoba, que ya tenía casi dos siglos de antigüedad, se enseñaba Derecho Canónico desde 1622. Allí se erigió en 1791, la primera cátedra de Institución para el estudio de las Instituciones de Justiniano a través del comentario de Vinnio, que como se sabe contribuyó a explicar históricamente las transformaciones que se habían operado en el Derecho romano. Se mandaba, en el auto del virrey Arredondo, que el catedrático instruiría a los alumnos sobre las instituciones de Justiniano, por el comentario de Vinnio, "advirtiendo de paso las concordancias o discordancias que tenga con nuestro derecho Real". En 1793 se obtuvo la creación de otra cátedra, la de Derecho Real de España, de modo que funcionaban las dos enseñanzas indispensables para que pudiera conferirse grados.

Esta cátedra, desempeñada por el doctor Victorino Rodríguez, de trágico fin en Cabeza del Tigre, estaba destinada a modificar la estructura de la Universidad de Córdoba. En efecto, tal enseñanza fue la base de la Facultad de Jurisprudencia, también demorada en su funcionamiento, que disputó a su tiempo el ascendiente a la Facultad de Teología.

Se presentaba a la Universidad de Córdoba como un centro de estudios "tradicional y conservador" y a la de Charcas, "legalista y anticlerical".

Pero modernas investigaciones han demostrado que las conclusiones jurídicas sostenidas por graduados de la Universidad de Córdoba, llegaban a afirmar la licitud de los llamados reclusos de fuerzas y a negar al Pontífice facultad alguna para intervenir en asuntos temporales.

VII

He expuesto hechos vertebrales —de orden político, jurídico, económico y educacional— producidos desde los orígenes de las ciudades argentinas en el curso del siglo XVII. En el seno de dichas ciudades no pudo arraigar la idea de establecer el Tribunal de la Inquisición. Durante el proceso se va robusteciendo y definiendo acentuadamente la estructura de las Provincias en el breve e intenso período de la primera Audiencia, que ejerció su suprema jurisdicción política y comercial e influyó en las demás instituciones para que se dieran las normas de un ordenamiento jurídico.

3 Pero en carta al Rey expresó la necesidad de despoblar la ciudad de Buenos Aires, haciéndose eco de la política económica de Lima (RAÚL MOLINA: *Don Diego Marín Negron...*, que publicará el Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires).

Como se reconoció en la Consulta del Consejo de Indias, la Audiencia había satisfecho las necesidades de la administración de justicia, aunque no pudo evitar las arribadas forzósas de navios extranjeros —como pretendían los monopolistas—, y por el contrario, favoreció el comercio por el puerto de Buenos Aires. Caracterizadas figuras del siglo XVII destacaron su actuación: el licenciado Francisco de Alfaro, el legislador revolucionario que organizó conforme a un tipo ideal los pueblos de indios principalmente³; Antonio de León Pinelo, que en su "Memorial sobre franquicias para el comercio de Buenos Aires", reveló su fe en el futuro de las Provincias del Río de la Plata, y el oidor Alonso de Solórzano Velazco, de amplio espíritu, decidido partidario de que el puerto abriera sus actividades comerciales y de que los criollos ocuparan los más altos cargos públicos.

Puede afirmarse que la igualdad política conseguida después en los campos de batalla de la guerra de la Independencia, ya estaba realizada en la fragua del cuerpo social en formación, por la fusión de las razas, entre todos los nacidos en la tierra, y que los primeros movimientos en defensa de los intereses de la comunidad, y las primeras normas jurídicas que nos rigieran —dictadas por autoridades regionales—, revelan tempranamente la vocación de un pueblo por el gobierno propio.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires, edición del Archivo General de la Nación.

Actas capitulares de Santiago del Estero, Corrientes, Mendoza y Río Cuarto, ediciones de la Academia Nacional de la Historia. *Actas del Cabildo de Santa Fe*, edición de la Junta de estudios históricos de Santa Fe. *Archivo Municipal de Córdoba*. Córdoba, 1882.

COCCA, ALDO ARMANDO: *La primera escuela de Derecho*, edición "El Ateneo", Buenos Aires.

FERRÉS, CARLOS: *Epoca colonial La administración de justicia en Montevideo*. Montevideo, 1944.

LEVENE, RICARDO: *Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la Historia del Derecho Patrio en la Argentina*, edición del Instituto" de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1949..

MEDINA, JOSÉ TORIBIO: *La Inquisición en el Río de la Plata*. Santiago de Chile, 1899.

MOLINA, RAÚL: *Las penas de cámara en los Libros reales (1586-1606)*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* de la Facultad do Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1950; y *Contribución a la historia del trabajador argentino*, presentado al Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la provincia de Buenos Aires. La Plata, 1952.

PEÑA, ROBERTO J.: *Conclusiones jurídicas defendidas en la Universidad de Córdoba a fines del siglo XVIII*, Córdoba, 1952.

Revista de la Biblioteca Nacional, t. XI. Buenos Aires, 1944.

SIERRA, VICENTE D.: *Historia de la Argentina, 1492-1600*, cit., capítulos III, IV, V, IX y X.

TORRE REVELLO, JOSÉ: *Estatutos y ordenanzas de la Santísima Trinidad del Puerto de Sania María de Buenos Aires*, edición facsímil de la *Institución cultural española*. Buenos Aires, 1939.

C A P I T U L O X V I I I

LA CREACION DEL VIRREINATO DEL RIO DE LA PLATA (1776), DESDE EL PUNTO DE VISTA INSTITUCIONAL, Y LA ORDENANZA DE INTENDENTES (1782)

- I. Acontecimientos principales del siglo xviii que explican la creación del Virreinato del Río de la Plata (1776). — Fundaciones institucionales de esta época.
- II. La "Real Ordenanza para la instrucción y establecimiento de Intendentes de Ejército y Provincia" de 1782. — Intendencias y Cabildos.— El Teniente Letrado. — Las poblaciones rurales y la ampliación de la línea de fronteras. — Los Partidos, formados sobre la base de los Curatos. — Atribuciones propias de los Alcaldes de Hermandad.

Desde principio del siglo XVIII se producen acontecimientos de tal naturaleza en la extensión de las gobernaciones del Paraguay, Buenos Aires y Córdoba del Tucumán, que prepararon la nueva organización política a adoptarse.

En 1705, un ejército español, y principalmente de criollos e indios, hizo rendir la Colonia del Sacramento, en poder de los portugueses, que le valió a la ciudad de Buenos Aires el título de "muy noble y muy leal".

Contribuyeron al conocimiento de la inmensidad de estos dominios los viajes científicos y las nuevas exploraciones del Padre Quiroga, en 1745, en las costas de la Patagonia, y de los Padres Cardiel y Falkner, que al año siguiente fundaron una reducción próxima al Cabo Corrientes.

Está demostrado que España hizo el descubrimiento de Islas Malvinas con anterioridad al viaje de los holandeses del año 1600. Los españoles fundaron el puerto de Soledad y en 1766 los ingleses instalaron una colonia con el nombre de Puerto Egmont, pero fueron desalojados por una expedición que envió Bucarelli, gobernador de Buenos Aires. Existía la constante amenaza de penetración inglesa en la Patagonia.

Por el tratado de Utreeht de 1713, que puso fin a la guerra de sucesión, reconociéndose a Felipe V como Rey de España, se entregaba a Portugal la Colonia del Sacramento, según el artículo VI de dicho tratado.

En forma tan desastrosa para España y para estas Provincias se daba solución temporaria al pleito de límites con Portugal. De entonces fueron en aumento las

pretensiones de los portugueses. Estos hechos influyeron para que se encargara al nuevo gobernador de Buenos Aires, Bruno Mauricio de Zabala, la fundación de Montevideo (1726). Por el tratado de permuta en 1750, España cedía las provincias de Santa Catalina y Río Grande y siete pueblos de las reducciones jesuíticas del Uruguay en cambio de la Colonia del Sacramento, reconociendo en principio a los portugueses la soberanía sobre la Colonia, pues que la aceptaban en permuta. Los Padres de la Compañía de Jesús resistieron su entrega, con más previsión que el monarca, como se ha dicho con razón, originando la guerra guaraníca.

Este antecedente y el poder que desplegaron determinó la expulsión de los Padres Jesuítas en 1767, hecho de trascendentales consecuencias. En efecto; la orden había realizado una labor civilizadora y cultural en América. Confiscados los bienes de la Compañía, sus rentas se destinaron a la instrucción pública y a instituciones de beneficencia administradas por la Junta de Temporalidades.

Forma parte la creación del Virreinato del Río de la Plata en 1776, del plan general de reformas adoptadas por los reyes Borbones, especialmente por Carlos III. Bastaría recordar a este efecto que en 1739 se había restablecido definitivamente el Virreinato de Nueva Granada.

El coloso geográfico y político del Virreinato del Plata comprendía las gobernaciones de Buenos Aires (con la Patagonia dependiente de ella), Paraguay, Tucumán, Cuyo (separada de la Capitanía General de Chile) y las de Potosí, Charcas o Chuquisaca, Cochabamba y La Paz (estas cuatro últimas separadas del Virreinato del Perú).

Se trataba, pues, de una verdadera reorganización de los dominios de ultramar.

La apertura oficial del puerto de Buenos Aires (2 do febrero de 1778) fué elaborando profundamente, con el concurso de otros hechos, la unidad económica y rentística de gran parte del territorio comprendido dentro de los límites de su jurisdicción.

Exteriorizáronse resistencias muy grandes en el Perú y Chile con motivo de desprenderse de sus dominios las Provincias del Alto Perú y de Cuyo, respectivamente.

Débase recordar que la organización del virreinato completóse sucesivamente en el transcurso de los últimos treinta años de la dominación española, con numerosas creaciones institucionales, cuyo destino manifiesto era integrar el plan estructural del nuevo organismo. El virreinato fué establecido con carácter provisorio por decreto de nombramiento de virrey (agosto de 1776).

Tuvieron gran trascendencia las medidas de carácter económico y financiero dictadas por el virrey Cevallos durante el breve período de su gobierno. Con la designación de Vértiz, el virreinato se hizo permanente, pero se desarrolló al principio con dificultades en un medio político nuevo. Al año siguiente se montaba la Aduana y el Tribunal de Cuentas. En 1782 se dictó la Real Ordenanza de intendentes, la institución que, propuesta por el visitador José Gálvez para México, se creaba para Buenos Aires (imprimiendo nuevo carácter a la intendencia de ejército y Real hacienda de 1778), código político de doscientos setenta y seis artículos, que reglamentaba las funciones de justicia, hacienda, política y guerra de los nuevos funcionarios y creaba frente al Virrey, un nuevo Virrey, el superintendente general, que tenía en sus manos la efectividad del gobierno, relegando al primero a un papel puramente decorativo. Tal cargo de superintendente general fué suprimido poco tiempo después en atención a los graves conflictos de atribuciones producidos con el Virrey, pero los gobernadores intendentes, por sí mismos, resultaron virreyes-zuelos. En 1783 se llevó a cabo la segunda fundación de la Audiencia de Buenos Aires; en 1794 se organizaba el Consulado, y por último, a raíz de las invasiones inglesas, con el pueblo en armas, adquirió jerarquía la institución militar con la milicia ciudadana. Así fué gradualmente completándose la organización política, judicial, comercial y militar.

Entre las creaciones de la época virreinal, unas respondieron a sentidas necesidades políticas, como las intendencias y organización militar; otras, a necesidades judiciales, como la Audiencia y Consulado; a necesidades intelectuales, como la fundación del Colegio de San Carlos y Academia Carolina, la reforma de los planes de estudio de las universidades de Charcas y Córdoba y el periodismo naciente, que tornaron el ambiente propicio al liberalismo revolucionario; otras., en fin, a necesidades económicas y financieras, como la Aduana, las propias Intendencias y el Consulado. Fueron notables las contenciones comerciales para el creciente progreso del Virreinato del Plata, del Reglamento de Comercio libre de España I Indias de 12 de octubre de 1778, y luego las permisiones de comercio libre de negros (1789) y de comercio con Colonias extranjeras (1795) y con potencias neutrales (1797). Esta vasta administración se había formado paulatinamente, en un proceso rítmico de desarrollo y crecimiento, que contribuía a definir al propio tiempo la fisonomía económica, política y moral de la futura nacionalidad. Pero era insuficiente para satisfacer los apremiantes reclamos de la opinión, y así, en torno a cada órgano creado, una nueva fuerza lo envolvía entrando a desempeñar la función necesaria. En el orden político, razones de hecho alteraron la función regular y legal de las instituciones existentes —Virrey,

Cabildos, Consulado, Audiencia, Aduana, Tribunal de Cuentas— e impusieron la frecuencia de Cabildos abiertos y de reuniones populares, así como también se publicaron periódicos en el orden intelectual, cumpliéndose la renovación en parte a despecho de la ley, y se decretaron impuestos en el orden financiero sin intervención del soberano, adoptándose un sistema rentístico nuevo obligado por las circunstancias.

II

La "Real Ordenanza para la instrucción y establecimiento de Intendentes de Ejército y Provincia", de 1782, creaba ocho Intendencias y cuatro gobiernos subordinados, distribuidos así:

1º) Intendencia de Buenos Aires, que comprendía: Buenos Aires, Patagonia, Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe, que era además asiento de la Superintendencia general que residía en Buenos Aires, de la que dependían todas las Intendencias.

2º) Intendencia de la Asunción del Paraguay;

3º) Intendencia de Córdoba, que comprendía: Córdoba, San Juan, Mendoza, San Luis y La Rioja ;

4º) Intendencia de Salta, que comprendía: Salta, Tucumán, Santiago del Estero, Catamarca y Jujuy;

5º) Intendencia de Cochabamba;

6º) Intendencia de Charcas, Chuquisaca o La Plata;

7º) Intendencia de Potosí;

8º) Intendencia de La Paz.

Los gobiernos subordinados de carácter militar para la defensa de la frontera, eran Montevideo, Misiones, Moxos y Chiquitos.

La Superintendencia general fué suprimida en el año 1788, pues los funcionarios que la desempeñaron, en atención a las atribuciones que ejercían, estuvieron en constante conflicto con los Virreyes, como ya he explicado.

A partir de 1782, con motivo de dictarse la Real Ordenanza citada, obsérvanse algunas variantes en el cumplimiento de las funciones desarrolladas por la institución municipal, pero considero arriesgado el concepto de su crisis política.

No está hecha la historia de los cabildos e intendencias del Plata, y sólo a su luz podrá afirmarse si hubo tiempo bastante para que los primeros fueran o no absorbidos por las segundas. Entre tanto, puede adelantarse que en la primera década del siglo xix,

en las ciudades capitales de provincia, los cabildos estaban en pugna con los gobernadores intendentes y resistían someterse. La Revolución encontró en tal estado de conflicto a los Cabildos de Córdoba, Salta, La Paz. En Buenos Aires el choque entre el cabildo y el virrey fué casi permanente durante la época virreinal, y se exacerbó desde las invasiones inglesas. Los capítulos de las causas de justicia y policía, de la Real ordenanza de intendentes —en su casi totalidad—, tendían a cercenar atribuciones a los cabildos. Desde 1782, las funciones de policía fueron ejercidas principalmente por el virrey y gobernadores intendentes, si bien los municipios no dejaron de participar en su cumplimiento. Para explicar, empero, la suma de poderes desarrollados por el Cabildo de Buenos Aires, deberá tenerse presente el crecimiento notable de sus rentas y la multiplicidad de sus tareas. La Real ordenanza creaba una complicada organización para anular la autonomía rentística de los cabildos, con la junta municipal, el gobernador intendente, y la junta superior de hacienda. Con respecto al Cabildo de Buenos Aires, puede afirmarse* que tal empeño resultó frustrado. Un doble proceso cúmplase en la historia de los últimos treinta años de estas Provincias cu punto a la vida autónoma del Cabildo: el aumento de sus rentas y consiguiente pretensión de administrarlas con entera independencia de cualquier otro poder, y la variedad e intensidad de sus funciones de carácter político y social.

Según la citada Ordenanza de 1782, el Intendente General y cada uno de los de Provincia, tenía un Teniente Letrado, que ejercía la jurisdicción contenciosa civil y militar en la Capital y que al mismo tiempo era asesor ordinario en todos los negocios de la Intendencia, supliendo al jefe en caso de enfermedad o ausencia.

De los autos o sentencias que daban como jueces ordinarios podían hacerse las apelaciones y recursos de las partes ante la Audiencia del distrito.

El estudio político y judicial de la campaña de Buenos Aires, que fué extendiéndose gradualmente hasta el Río Salado, impone distinguir dos épocas. La primera comprende desde los orígenes hasta el virrey Pedro de Cevallos, en cuyo extenso período existían los Pagos, poblaciones rurales formadas en las proximidades de las aguadas, como los de los Arroyos, Arrecifes, Areco, Lujan, Las Conchas, Monte Grande, Magdalena, Matanzas. Desde principio del siglo xvm se erigieron los Curatos rurales, con una iglesia en cada "pago", que abarcaban dilatados territorios. También desde principios del citado siglo XVII se nombraron Alcaldes de Hermandad, separadamente de los Alcaldes Ordinarios; pero con la ampliación de la línea de fronteras en el curso del siglo xvm se hizo evidente la necesidad de aumentar su número.

En efecto, a partir del virrey Cevallos, se inicia un nuevo período, al autorizarse el nombramiento de nuevos Alcaldes de Hermandad. Surgieron los Partidos, que se formaron sobre la base de los Curatos, llegando a constituirse hasta diecinueve Partidos, que eran los existentes en 1810.

En el auto de Pedro de Cevallos en que se autorizó a aumentar el número de Alcaldes de Hermandad se establecía además que las funciones de estos Alcaldes eran las de ordenar una información sumaria sobre los hechos, en el término de veinticuatro horas, elevándola a la decisión de los Alcaldes Ordinarios. Esta reforma judicial trajo consigo un conflicto de jurisdicciones, a que se refieren importantes expedientes sobre las funciones de los Alcaldes de Hermandad y sus relaciones con el Alcalde Provincial.

Hacia 1786 el Cabildo de Buenos Aires determinó con toda precisión cuáles eran las atribuciones propias de los auxiliares de los Alcaldes Ordinarios, a quienes enviarían la información sumaria, careciendo de jurisdicción civil, puéa sólo podían conocer en las demandas que no excediesen de treinta pesos para decidir y ejercer la tutela de huérfanos, por delegación conferida por los Alcaldes Ordinarios. La Audiencia aprobó estas resoluciones del Cabildo, facultándolo para designar Alcaldes Auxiliares en los Partidos, así como también la concerniente a dejar establecido que los Alcaldes de Hermandad no dependían del Alcalde Provincial; pero éste podía nombrar "cuadrilleros", que perseguían a los reos y practicaban las prisiones.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

CÉSPEDES DEL CASTILLO, GUILLERMO: *Lima y Buenos Aires. Repercusiones económicas y políticas de la creación del Virreinato del Píala*, en *Anuario de estudios americanos*, t. III, Sevilla, 1946.

GIL MUNILLA, OCTAVIO: *El Mío de la Plata en la política internación ni Génesis del Virreinato*, publicación de la *Escuela de Estudios Hispnoamericanos de Sevilla*, Sevilla 1949.

QUESADA, VICENTE G.: *Virreinato del Pío de la Plata*. Buenos Aires, 1881.

RAVIGNANI, EMILIO: *El Virreinato del Pío de la Plata (1776-1810)*, en *Historia de la Nación Argentina*, edición de la Academia Nacional de la Historia, vol. IV, Primera Sección. Buenos Aires, 1938.

Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia, de 1782, en *Documentos referentes a la guerra de la Independencia y emancipación política*, pág. 31, edición del Archivo General de la Nación.

SALVADORES, ANTONINO: *Alcaldes de Hermandad, sus funciones*, en *Jurisprudencia argentina*, año XII, t. XXXII. Buenos Aires.

BANZ, LUIS S.: *La Ordenanza generad de Intendentes de 1803 y la "Audición" de Damián Castro*, conferencia en el Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 21 de octubre de 1950.

VIEILLARD BARÓN, ALAIN: *Informes sobre establecimientos de Intendentes en Nueva España*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XIX, pág. 526, Madrid, 1948-1949.

CAPITULO XIX

FUNDACION DE LA SEGUNDA AUDIENCIA (1783)

Y DEL CONSULADO DE BUENOS AIRES (1794).

SIGNIFICACION DEL VIRREINATO EN LA

HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. Causas que explican la fundación de la segunda Audiencia de Buenos Aires en 1782. — Bando del virrey marqués de Loreto por el que se dispone la apertura de la Audiencia en 1785.—Circular de la Audiencia a las autoridades judiciales del Virreinato sobre medidas a adoptarse relativas al orden criminal. — Ordenanzas de la Audiencia. — Libros de la Audiencia. — Cuestiones suscitadas entre el Virrey y la Audiencia. — Graves hechos políticos en que la Audiencia tuvo intervención principal.
- II. La fundación del Consulado de Buenos Aires en 1794 y el Tribunal de Justicia Comercial. — En los juicios se procedería a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada. — El Tribunal de Alzada. — El Consulado como Junta de fomento económico.
- III. Significación del Virreinato en la historia del Derecho argentino.— Lucha por el Derecho nuevo.

I

La fundación del Virreinato del Río de la Plata está estrechamente asociada a la erección de la segunda Audiencia de Buenos Aires, que fué Pretorial Virreinal.

Figuras de renombre destacaron su actuación en favor de la fundación del Virreinato del Río de la Plata y de la nueva Audiencia: son las de José de Andonaegui, Tomás Álvarez de Acevedo, Juan José Vértiz y Pedro de Cevallos.

Entre las importantes gestiones de Pedro de Cevallos debe destacarse la del restablecimiento o fundación de una Audiencia en Buenos Aires. Ya en 1777 expuso al Rey que era conveniente trasladar la Audiencia de la Plata a esta Capital. EN carta de 1778 consideraba que no solamente era útil, sino de absoluta necesidad la fundación de esta Audiencia por haberse aumentado la importancia de los negocios de toda clase. El

nuevo punto de vista del virrey Cevallos, según la carta citada, consistía en que para afianzar esta gran obra, no parecía conducente el traslado de la Audiencia del Plata, sino que se debía fundar y erigir otra nueva.

Por la Real Cédula de erección de la Audiencia, de fecha 25 de julio de 1783, ésta se compondría de un Regente, cuatro Oidores y un Fiscal, a cuyo empleo se asociaba el de Protector de indios. La instalación se demoró hasta el 5 de agosto de 1785.

En seguida de establecerse la Audiencia, se envió circular a los Gobernadores Intendentes, subdelegados y Alcaldes ordinarios, para que en los términos de sus jurisdicciones, si ocurriere grave delito que exigiera ejemplar castigo, se diera aviso a la Audiencia, con parecer de letrado, y que no se ejecutaran las sentencias condenando a pena corporal afflictiva o de vergüenza (como la pena de azote) sin aprobación de la citada Real Audiencia.¹ Con respecto a la pena de azotes, recuérdese lo ya explicado, sobre la creencia general en esa época acerca de la importancia de esa pena que ha costado mucho extirpar.

Las Ordenanzas de la Audiencia, que es un cuerpo legal de trescientos treinta artículos, se elevaron a la superioridad para su aprobación en 1786.

Fueron desaprobadas por Real Cédula de 1790, disponiéndose que no se incluyera en ellas lo que ya estaba resuelto y ordenado por otras leyes, por la Ordenanza de Intendentes y la Instrucción de Regentes, "limitándose únicamente a lo económico y peculiar del mismo tribunal, según la circunstancia de su territorio y a las últimas reales Cédulas y Ordenes dirigidas a la propia Real Audiencia". La desaprobación era fundada, pues, en efecto, en las Ordenanzas de la Audiencia se incluían los textos de infinidad de Leyes de la Recopilación de Indias y de otras más. No se conoce el cumplimiento que efectivamente le haya dado la Audiencia a esta última resolución, pero se aplicaron las Ordenanzas y de hecho rigieron hasta la Revolución de Mayo.

1 JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO: *La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del Virreinato*, presentado al "Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires" organizado por el Archivo Histórico de la provincia de Buenos Aires, La Plata, 1952. El autor citado, hace men ción, como medio utilizado por la Audiencia para supür la ignorancia en derecho de los Alcaldes ordinarios, de un proyecto del Regente Benitf) de la Mata Linares sobre "Instrucción creada para el mejor y mal breve despacho de la formación de las causas criminales" en la jurisdicción de la Audiencia de Buenos Aires.

Además de los grandes asuntos resueltos por la Audiencia, corresponde afirmar que desde su establecimiento adquirió un poder preeminente en los conflictos con los Virreyes. Este ascendiente se explica por el juego de diversas circunstancias históricas, pero sobre todo por la autoridad judicial de que estaba investida y que ejerció con ecuanimidad e independencia.

El contraste era grande, ante la crisis profunda que aquejaba a los otros poderes, representados en el Virrey y en el Cabildo de Buenos Aires, principalmente.

Dos cuestiones resonantes, entre otras, confirman esta tesis, y ambas tuvieron lugar durante el gobierno del marqués de Loreto. Una es la que se refiere al Relator de la Audiencia de Charcas, el criollo doctor Juan José de Segovia, a quien 16 hacía aparecer en 1785 como complicado en un movimiento sedicioso, electo rector de la Universidad de Charcas y cuya prisión fué ordenada por el nombrado Virrey. Este asunto alcanzó trascendencia política en cierto momento. Como la Audiencia de Buenos Aires pidiera al Virrey los autos para resolver la apelación instaurada, conforme a la Instrucción de Regentes, el marqués de Loreto no accedió a este reiterado pedido, considerando que era de su jurisdicción exclusiva por tratarse de causas de gobierno. El Consejo de Indias resolvió conforme al pedido de la Audiencia de Buenos Aires para que éste dictara sentencia y pusiera en libertad al doctor Segovia, preso. Así lo hizo la Audiencia, (pie además mandó reparar pecuniariamente al doctor Segovia por los graves perjuicios sufridos. Al aprobar el Rey la resolución de la Audiencia, formula consideraciones de orden general referentes a las causas y procesos que se formaban contra "los naturales de América", declarando que debían evitarse, porque tenían acreditados los servicios y su fidelidad a la Corona.

Otra causa de trascendencia social se produjo en la misma época que la anterior, y se trata del episodio originado con motivo del nombramiento del arcediano Miguel José de Riglos en el cargo de Provisor, en sede vacante, con la intervención eficaz del canónigo Juan Baltasar Maciel.

El Virrey anuló la designación de Riglos y expatrió al venerable canónigo Maciel, que fué llevado a Montevideo, donde falleció poco tiempo después.

El juez residenciador del marqués de Loreto, que fué Victorián de Villa va, dictó sentencia a favor del Canónigo Maciel, rindiendo un homenaje de desagravio a su memoria, y el Soberano aprobó todo lo resuelto por la Audiencia y censuró la actitud del Virrey.

Su intervención fué eficiente en la normalización de la vida judicial.

Destaco el espíritu humanitario de los oidores, pues como ya expliqué al referirme al derecho penal indiano, era constante su decisión de no aplicar la pena de muerte sino en casos excepcionales, y ante las sentencias de la pena capital de los jueces ordinarios las revocaba, aplicando diez o mas años de presidio.

Desde la creación del juzgado de Vigilancia a cargo de un Oidor, que lo fué primero Bazo y Berry, el poder de la Audiencia no fué únicamente judicial sino de naturaleza política. Con las invasiones inglesas se suceden la serie de grandes hechos en que la Audiencia intervino eficientemente. La fuga de Sobremonte, y la Junta de Guerra de 10 de febrero de 1807, hicieron que la Audiencia pasara a ser Gobernadora durante Un año casi; las crisis de Carlos IV y Fernando VII tuvieron repercusión en Buenos Aires con pronunciamientos de la Audiencia, y sobre todo graves incidencias provocadas por la Junta instituida en Montevideo en 1808 —la Audiencia produjo a inspiraciones del Fiscal Villota un notable dictamen—, y la tentativa de hacer lo propio en Buenos Aires el 1^o de enero de 1809; las causas criminales a los hermanos Rodríguez Peña y Martín Alzaga, y por último debe destacarse la acción desplegada por la Audiencia en el movimiento contrarrevolucionario, como se demuestra con la palabra del fiscal Villota en el memorable Cabildo abierto de 22 de mayo.

Baste recordar la interesante exposición que hicieron los Oidores a la superioridad después de su expulsión, en la que abundan las referencias acerca de los episodios en que actuaron con "moderación y rectitud".

Por lo expuesto se desprende que la Revolución de Mayo, en seguida de su pronunciamiento, mucho ha tenido que hacer con la justicia y la necesidad de adoptar las formas y procedimientos modernos del derecho, como se demuestra con los decretos de 22 de junio de 1810, antes de cumplirse el primer mes de la Revolución, y el decreto de institución y administración de justicia de enero de 1812; pero sin desconocer la honestidad de los magistrados y especialmente del fiscal Villota, los Regentes y la mayoría de los Oidores de la Audiencia de Buenos Aires, seguramente el feliz resultado social de aquellas leyes severas que imponían a los jueces todo género de prohibiciones, haciendo de la magistratura un sacerdocio.

II

En la Real Cédula de creación del Consulado de Buenos Aires de 30 de enero de 1794, se establecía que la administración de justicia estaba a cargo del Tribunal compuesto del Prior y los dos Cónsules, que conocían privativamente da todos los

pleitos y diferencias entre comerciantes o mercaderes, sus compañeros o factores, sobre sus negociaciones de comercio, compras, ventas, cambios, seguros, cuentas de campaña, fletamientos de naves, factorías y demás asuntos de que conocía el Consulado de Bilbao conforme a sus Ordenanzas. Tales Ordenanzas de Bilbao servirían de regla a este Tribunal para la substanciación y determinación de los pleitos en todo lo que no estaba previsto en la Real Cédula ereccional, y lo que ni en ella ni en dichas Ordenanzas estaba prevenido, se decidiría por las Leyes de Indias o en su defecto por las de Castilla, no habiendo pragmáticas, reales cédulas, órdenes o reglamentos expedidos posteriormente sobre la materia.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 5º, en los juicios se procedería siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada. Presentado el litigante en audiencia pública, expondría breve y sencillamente su demanda y la parte contra quien la intente. Luego se haría comparecer a esta otra parte por medio de un portero, y oídas ambas verbalmente, con los testigos que trajeren y los documentos que presentaren si fueren de fácil inspección, se procuraría componerlas buenamente, proponiéndoles o la transacción voluntaria o el compromiso en arbitradores y amigables componedores; y aviniéndose las partes por cualquiera de estos dos medios quedaba el pleito concluido. Si no se avenían, se dejaría constancia de la diligencia de comparecencia y juicio verbal, firmada por ambas partes, y luego se les haría salir, y quedándose los jueces solos, votarían, empezando siempre el más moderno.

El recurso de apelación se admitía solamente en los pleitos de mayor cuantía que pasaban de mil pesos, de autos definitivos o que tengan fuerzas de tales para el Tribunal de Alzadas, el cual se componía del decano de la Audiencia y dos colegas. Estos colegas eran nombrados por el mismo decano, eligiendo uno de dos que le propondría cada parte, que debían ser hombres de caudal conocido, prácticos e inteligentes en las materias de comercio y de buena opinión y fama.

El distrito jurisdiccional del Consulado era todo el Virreinato. Para comodidad de los litigantes, había diputados en aquellos puertos y lugares de más comercio. Pero ningún diputado podía conocer y determinar por sí solo sino acompañado de dos colegas, que elegiría del mismo modo que el prevenido para los colegas del Decano de la Audiencia. En los demás pueblos donde no había diputados se supliría por los jueces ordinarios.

Una disposición terminante era la del artículo 16º, según la cual, cuando en los tribunales de primera o de segunda instancia se presenten escritos que aunque firmados sólo por las partes pareciese a los jueces "estar dispuestos por letrados, no se admitirán;

a menos que las mismas partes afirmen bajo juramento no haber intervenido en ellos letrado alguno; y aun en este caso se desechará todo lo que huelga a sutilezas y formalidades de derecho y se atenderá sólo a la verdad y buena fe".

Además de su carácter de Tribunal de Justicia Comercial, el Consulado era Junta de fomento económico. En este último carácter, el Consulado se integraba con el Prior y los dos Cónsules, nueve Conciliarios, el Secretario, que se reunían dos veces al mes, procurando el adelantamiento de la agricultura, introducción de máquinas y herramientas, facilidad de la circulación en el interior, etcétera. Fué designado secretario del consulado Manuel Belgrano, que acababa de llegar de Europa, con una sólida preparación en materia económica. Pero la mayoría de los miembros de la nueva institución eran comerciantes monopolistas que defendían los intereses del comercio de Cádiz. En el seno del Consulado trabóse una lucha apasionada entre la tendencia de los monopolistas y los que representaban los intereses de estas Provincias.

En su carácter de secretario, Belgrano leía anualmente una memoria sobre temas económicos, en cuyos importantes escritos explicó los medios para fomentar lá agricultura, animar la industria, proteger el comercio, estimular el cultivo del lino y cáñamo, ventajas que resultarían de la unión de propósitos entre hacendados y comerciantes, desarrollo de la fábrica de curtiembres. Recuérdese que Belgrano fué el creador en esa época de las Academias de Náutica y Dibujo.

III

Fundada es la referencia hecha por un autor² al subrayar la significación del Virreinato en la Historia del Derecho argentino. Definió la época de los Gobernadores —el aventure ro impulsivo dominado por pasiones— y la de los Virreyes, cuyas maneras se proyectan en las memorias, que comparadas con las actas de los Cabildos y notas de los Gobernadores, acusan el cambio aun en el estilo, suplantando el idioma pinto resco de frases enredadas, por el lenguaje oficial, claro y preciso. Examina las memorias conocidas entonces de los virreyes Vértiz y Arredondo y concluye con la afirmación de que el Virreinato era un período de transacción de nuestro Derecho en la lucha sorda y terrible entre el Estado y el individuo, entre el Derecho absoluto y el que las fuerzas desenvuelven, lucha que llegaría a su apogeo con los caudillos, las

2 JUAN A. GARCÍA: *El régimen colonial*, Buenos Aires, 1898, pág. 157.

montoneras y la anarquía, el triunfo completo del individualismo.

Tal referencia es acertada en principio, pero no caracteriza los diversos fenómenos jurídicos desarrollados en los últimos treinta años de la dominación española en el Río de la Plata. Siendo evidente que existió entonces una lucha terrible, entre el Estado y el individuo, faltaba agregar que fué inspirada por el Derecho nuevo, como he calificado a ese período³, una lucha por la igualdad política de las Provincias de España e Indias y la igualdad de los derechos de sus naturales, que se concretó en los ideales de libertad e independencia. Lucha por la Independencia y la libertad, de carácter eminentemente social y no individualista, como pondré en evidencia al estudiar el Derecho patrio argentino.

El advenimiento del Derecho nuevo durante el Virreinato explica el proceso histórico de la Revolución de Mayo, que se llevó a cabo en todos los sectores sociales y en todas las instituciones. La lucha entre los que representaban sus intereses —formados al amparo de irritantes privilegios— y los que abogaban por la implantación de medidas de orden general se entabló en todas partes: en la Audiencia, en el Cabildo, en Cabildos abiertos, en los periódicos, pero sobre todo en el Consulado. A fines del siglo XVIII, puede decirse que existía en el Virreinato un núcleo de hombres, liberales por sus doctrinas políticas y económicas, constituido indistintamente de criollos y españoles, que libró las primeras batallas en demanda de nuevas y cada vez mayores franquicias, que conduce directamente hacia la Revolución en sus dos fines superiores, y sin duda alguna le precedió con su propaganda. Es el primer núcleo de hombres del Plata con unidad de miras y sostenidos propósitos en la acción pública.

Durante el Virreinato se asiste a una profunda evolución histórica que tiene el alcance de una revolución pacífica. Una evolución económica que acrecentó la riqueza pública y privada, robusteció al Estado rentísticamente y erigió a Buenos Aires como cabeza de la América Hispánica; y una evolución en las ideas políticas que difundía en la sociedad la conciencia de la soberanía y la igualdad exteriorizándose en teorías y hechos revolucionarios.

La cesantía del virrey Sobremonte fué propuesta por el pueblo en el Cabildo abierto del 14 de agosto de 1806 y llevada a cabo en la Junta de Guerra de 10 de febrero de 1807, invocándose una ficción jurídica: se declaró que el Virrey estaba enfermo,

³ RIGARDO LEVENE: *La Revolución de Mayo y Mariano Moreno*, 3° edición, cit., t. I, cap. I y *Las Indias no eran Colonias*, cit. cap. VIII.

aplicándose una Ley de Indias. Este hecho señala el principio de la gran crisis del derecho público indiano, cuyo segundo acto se concreta en el establecimiento de la primera Junta Gubernativa a modo de las existentes en la Península, que se instala en América: la de Montevideo, en setiembre de 1808, y el intento de hacer lo propio en Buenos Aires el 1º de enero de 1809. Pero obsérvese que esta convulsión del derecho político de Indias no es un mero reflejo o proyección de los sucesos que se producían en España, con motivo de la invasión napoleónica, pues se trata de un proceso histórico que ya en 1806 acusaba exteriorizaciones inequívocas en Buenos Aires, con la cesantía del virrey Sobremonte, el comienzo de la Revolución jurídica de América Hispánica.

Revolución jurídica y política que tuvo su más elevada expresión en palabras escritas por Mariano Moreno —antes de 1810, en setiembre de 1809—, comentando el decreto de la Junta Suprema de Sevilla de 22 de enero de ese año de 1809. Se admitía la designación de diputados de América a las Cortes extraordinarias, considerando "que los vastos y preciosos dominios que España posee en las Indias no son propiamente Colonias o Factorías como las de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la monarquía Española".

Comentando esta igualdad de las Provincias de España y de ultramar, dijo Moreno que se trataba de "una prerrogativa de las Leyes de Indias que nunca debió desconocerse. . . "

Por último, corresponde admitir que la creación del Virreinato del Río de la Plata tiene el alto significado —para la formación futura de la nacionalidad— de organizar la inmensidad del coloso geográfico bajo un régimen de unidad política y en parte judicial, con las instituciones virreinales y la Audiencia de Buenos Aires, en reacción contra el régimen de las divisiones gubernamentales anteriores a 1776.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Archivo General de la Nación, *Actas del Consulado de Buenos Aires* (dos volúmenes), Buenos Aires, 1940.

Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, *Libro de informes y oficios de la Audiencia de Buenos Aires* (ixn volumen). La Plata, 1929; y *Cedulario de la Beál Audiencia de Buenos Aires* (tres volúmenes). La Plata, 1929, 1937 y 1938, respectivamente.

GONZÁLEZ, JULIO CÉSAR: *El Beál Consulado de Buenos Aires durante las invasiones inglesas, 1806-1807*. Buenos Aires, 1941.

LEVENE, RICARDO: *Historia del Derecho argentino*, t. II, cap. XVIII. e *Historia económica del Virreinato del Plata* t. II, segunda edición. Buenos Aires, 1952.

MARILUZ URQUIJO, JOSÉ MARÍA: *La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del Virreinato*, presentado al "Primer Congreso de Historia de los pueblos de la Provincia de Buenos Aires". La Plata, 1952.

Real Cédula de erección del Consulado de Buenos Aires, de 30 do enero de 1794, en *Documentos referentes a la guerra de la Independencia y emancipación política*, pág. 269, edición del Archivo General de la Nación.

Real Cédula de erección de la segunda Audiencia de Buenos Aires, de 1783, en *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, vol. 1, pág. 1, edición del Archivo Histórico de la provincia de Buenos Aires.

SEGUNDA PARTE

HISTORIA DEL DERECHO PATRIO ARGENTINO

CAPITULO XX

CONCEPCION Y CARACTERIZACION DEL DERECHO PATRIO ARGENTINO

Naturaleza del Derecho patrio argentino, formativo de la nacionalidad. — No es un Derecho intermedio, como ha dicho Alberdi. — Las leyes que nos rigen, primera fuente del Código Civil, declaró Vélez Sársfield. — La Revolución de Mayo y su declaración de derechos sobre la igualdad y la libertad. — La soberanía del pueblo, creadora del Derecho patrio argentino.

El Derecho patrio Argentino se desprende del derecho indiano propiamente dicho, pero desde sus orígenes es vertebral, formativo de la nacionalidad, y no un derecho intermedio, al decir de Alberdi, como si careciera de naturaleza propia.

El derecho intermedio se llamó en Francia al formado en el período entre la Revolución de 1789 y el Código de Napoleón de 1804, denominación que Alberdi aceptó en su crítica a Vélez Sársfield al decirle que había omitido “la legislación intermedia que representa en el Plata la traducción americana de las Revoluciones liberales de la Europa moderna.¹ Se explica que Alberdi haya adoptado tal denominación cuando aún no se

¹ Juan Bautista Alberdi: Obras Completas, El proyecto del Código Civil para la República Argentina, 1868. Buenos Aires, 1887, t. VII, pág. 102. Tratándose de una concepción de Alberdi sobre el derecho, habría que retroceder y estudiar sus antecedentes en sus obras Fragmento preliminar al estudio del Derecho (1837), y sobre tdo su punto de vista en 1850, aunque siempre pragmático, acerca de los estudios convenientemente para formar un abogado. Consideró en esta última oportunidad más útil “estudiar el Derecho español en España que no en la América española. . . Hemos alabado a los de 1810; tomemos ahora las cosas de más alto y con Washington Irving y Prescott, admiremos a los de 1492. . . ; a los que fundaron estas veinte naciones que hablan hoy su lengua, que se rigen por sus leyes, que conservan su culto. . .” Y agregó entonces, que el acierto que no lograría al calificar de “intermedia” a la legislación argentina: “Estos nuevos

estados políticos, en los cuarenta años de su independencia han creado su Derecho patrio y peculiar. . . Tampoco se debe olvidar, que aunque bajo el gobierno colonial hemos tenido una legislación peculiar de Indias, que en la Península es poco conocida, por carecer allí de aplicación, la cual forma parte de nuestro derecho patrio actual que es necesario estudiar en América.

2 DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD: *Proyecto de Código civil para la República Argentina*, trabajado por encargo del gobierno nacional, libro I. Buenos Aires, 1865, pág. 41.

Habían iniciado las investigaciones jurídicas modernas, que destacan la personalidad del Derecho argentino. En efecto, período intermedio puede denominarse en Francia el referente a un breve lapso de 15 años –de 1789 a 1804- en la Historia Independiente de Francia, que pasaba de la monarquía a una moderna república o al Imperio napoleónico. Pero no puede darse ese nombre, que gramaticalmente quiere decir que se encuentra en medio de los extremos de lugar o de tiempo, a un período que no está en el medio sino en un extremo, un período nuevo que se inicia con la Revolución de 1810, cuyo plan consistió en fundar la Independencia de una Nación, convirtiendo el vínculo jurídico del vasallaje en el del ciudadano que integra la soberanía, y que además de la Independencia, organizaba la República representativa. No es, pues, un derecho intermedio el que comienza en 1810, sino un nuevo derecho, en sus fundamentos y en sus fines, y de una extensión tan grande, como que abarca un lapso mayor de medio siglo. Es el Derecho patrio argentino —tal el verdadero nombre que he propuesto—, precodificado hasta 1853-1862, en que se dictó la Constitución, y Derecho patrio codificado, que comprende desde la Constitución Nacional, la promulgación de los Códigos Nacionales Civil, Comercial, Penal, de Minería, Social, Sanitario y Aeronáutico, hasta nuestros días.

En el escrito en que Dalmacio Vélez Sársfield remitió al P. E. el primer libro del proyecto de Código Civil, expuso el concepto de que debía desenvolverse el Derecho por la legislación, ocurriendo al Derecho científico, "ya que nos falta la ventaja que tuvo el pueblo romano de poseer una legislación original nacida con la nación".² Tal punto de vista, criticado por Alberdi en los múltiples aspectos del proyecto, sirvió para que especialmente se ocupara del Código en sus relaciones con los modelos y autoridades que habían guiado a su autor, protestando con razón.² ¿ Por quiénes se nos toma a los argentinos, cuando se nos llama Nación sin legislación propia?" Como Estado americano e independiente del pueblo español, la Argentina tenía desde su origen una legislación distinta a la que se agregó la legislación posterior a la Revolución. "El doctor Vélez conoce esa legislación mejor que nadie". En ella es

justamente doctor en Leyes y tiene a cada paso que citar, para la composición de su Código, esa legislación histórica, que dice por otra parte no existir".

Sin embargo, no era justo Alberdi al afirmar que todas esas fuentes habían sido puestas a un lado por el autor del proyecto del Código argentino, si hemos de estar a sus palabras, porque Vélez Sársfield, corrigiendo el alcance de su afirmación primera, dijo en vigorosa síntesis, que destaca la filiación nacional, principalmente, de nuestro Código Civil: "Si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de Código, habría encontrado que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen".

Después, escritores de renombre negaron la existencia del Derecho argentino, cuando la Historia de ese Derecho no se había escrito aún, y para algunos, pagando tributo al exotismo, la Historia argentina carecía de personalidad propia, la Revolución de Mayo era un epifenómeno de la Revolución francesa, la Constitución de 1853 una copia de la norteamericana, y el Código civil un trasunto de instituciones jurídicas extranjeras.

La Revolución de Mayo se desplegó horizontalmente en su expansión continental. La cooperación en la guerra de la Independencia creó la unión política y militar de la Argentina y Chile y luego con el Perú. Después esta unión se hizo general en todos los Estados que nacieron de la Revolución emancipadora de 1810, pero un pensador de la época, precisando su alcance, escribió que era una quimera pretender que todas las Américas españolas formen un solo Estado. Yo desearía, agregaba, que las Provincias (se refiere a cada uno de los distritos políticos indianos), reduciéndose a los límites que hasta ahora han tenido, formasen separadamente la Constitución conveniente a la felicidad de cada una; que llevasen siempre presente la justa máxima de auxiliarse y socorrerse mutuamente; y que reservando para otro tiempo todo sistema federativo, que en las presentes circunstancias es inverificable y podría ser perjudicial, tratasen solamente de una alianza estrecha, que sostuviese la fraternidad, que debe reinar siempre, y que únicamente puede salvarnos de las pasiones interiores que son enemigo más terrible para un Estado que intenta constituirse que los ejércitos de las potencias extranjeras ni se le opongan.

Tal es el lejano origen del Derecho común panamericano, que tuvo altas expresiones en Moreno, Monteagudo y San Martín en el Derecho argentino. Ya conocerá el lector —al explicar este tema en otro capítulo— lo que ha hecho nuestra palabra para crear un

nuevo Derecho internacional fundado en la cooperación política y militar de las campañas libertadoras y en el reconocimiento del derecho de los pueblos para disponer de su destino.

Pero la Revolución de Mayo estaba dotada de igual fuerza en profundidad. Realizó reformas orgánicas no sólo desde los puntos de vista político y militar sino jurídico, económico, cultural y religioso, edificando el nuevo régimen en reemplazo del antiguo.

Tan vasto plan es un proceso histórico desde 1810, que se extiende en los años siguientes hasta cobrar su plenitud espiritual. Esta tesis de la Revolución de Mayo, eminentemente social, que abarca la extensión de una época, explica que haya sido la fuente originaria creadora del Derecho patrio y de las nuevas instituciones.

Políticamente, la Revolución de Mayo terminó de hecho con la Monarquía española, se propuso la Independencia o soberanía en el orden internacional y la República o la soberanía del pueblo en el orden interno.

La República se inaugura entre nosotros con el primer Gobierno patrio, cuyos miembros son electos conforme a las manifestaciones explícitas de la voluntad popular, exteriorizadas en el Cabildo abierto del 22 de Mayo y en la petición escrita del 25 de Mayo, figurando en el acta o solicitud respectivas los nombres o las firmas de personas de todos los sectores sociales, que asignan carácter propio a los orígenes de nuestra democracia responsable.

Los preceptos fundamentales que operaron como fuerzas transformadoras del sistema en vigor fueron las declaraciones sobre la igualdad y sobre las libertades políticas y civiles, como la libertad de peticionar, de escribir, de sufragio, de reunión, el libre comercio y las garantías individuales.

La Revolución de Mayo significó una transformación profunda de orden político, en la estructura y la organización federal, y un cambio gradual en el Derecho privado

El Derecho patrio se explica en primer término por la naturaleza del poder de donde dimanaban las normas jurídicas, consecuencia de la forma de gobierno adoptada que desplazó la función legislativa, hasta entonces ejercida en nombre del Rey por el vínculo jurídico del vasallaje y cumpliéndose, desde 1810, en nombre del pueblo y por los representantes electos por él.

El hecho mismo de la Revolución de Mayo —al dejar cesar al representante del Rey y surgiendo en su reemplazo un poder colegiado en oposición al gobierno unipersonal— derogó las leyes antiguas incompatibles con el régimen revolucionario. Se iniciaba un estado de transformación social, dentro del llamado derecho

consuetudinario nuevo, que perduró muchos años, empezando por el de la efectiva igualdad de todas las personas, criollos, mestizos o gentes de color que se enrolaban en los ejércitos de la Independencia. En ese estado se cumplía también un proceso psicológico, una revolución íntima. Es el de las creencias en el mundo inflamado de las ideas revolucionarias, las nuevas verdades políticas y sociales adoptadas con fe.

Durante la época de la dominación española no existía una separación definida entre la función judicial y la ejecutiva y administrativa, desde que el propio Virrey, que representaba al Soberano, presidía los Reales Acuerdos de la Audiencia y la justicia misma se administraba por los magistrados en su nombre.

Ya me referí a esta importante materia al tratar el derecho procesal indiano, y especialmente la "Instrucción de Regentes" de 1776, donde se proyecta el pensamiento innovador de establecer una demarcación entre las funciones judiciales y administrativas. A partir de entonces la intervención de los Virreyes en los asuntos judiciales no fué muy frecuente, pero se continuaban produciendo casos de nombramientos de Oidores en comisiones especiales y casos de competencia de las dos jurisdicciones, o conflictos entre la Audiencia y el Virrey, si bien es cierto que en la mayoría de ellos triunfaba la Audiencia, celosa defensora de las facultades que le reconocían las Leyes de Indias.

Una de las manifestaciones del nuevo Derecho se concreta en el artículo 7^o del Reglamento del 25 de Mayo, referente al poder judicial, el cual se refundiría en la Audiencia, si bien es cierto que el origen de todo el articulado de este Reglamento es contrarrevolucionario, desde el punto de vista político.

Pero su expresión más revolucionaria en el mismo año de 1810 y antes de cumplirse un mes del pronunciamiento de Mayo se concreta en el decreto de 22 de junio de ese año, sobre expulsión de los oidores y nombramientos de conjueces en su reemplazo, como explicaré más adelante.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

A.LBERDI, JUAN B.: *El proyecto de Código civil para la República Argentina, 1868. Obras completas*, Buenos Aires, 1887, T. VII; "Sobre los estudios convenientes para formar un abogado", Valparaíso, 16 de abril de 1850 en "Obras completas", cit, T. III.

Bunge, Carlos Octavio: *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1912.

CABRAL TEXO, JORGE: *Fuentes nacionales del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1919.

JOFRÉ, TOMÁS: *Causas instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII*, en la colección "Estudios editados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Buenos Aires, 1913.

MAGNASCO, OSVALDO: *Nuestro derecho en la centuria*, en "La Nación" de Buenos Aires, de 25 de Mayo de 1910.

VÉLEZ SÁRSFIELD, DALMACIO: *Proyecto de Código Civil para la República Argentina*, Libro I, Buenos Aires», 1865.

CAPITULO XXI

ASPECTOS JURIDICO Y POLITICO DE LA REVOLUCION DE MAYO. LA JUNTA DE GOBIERNO PATRIO Y LA AUDIENCIA

- I. Mariano Moreno dijo en la "Representación de los Hacendados y Labradores" de 1809 que "la igualdad de las Provincias europeas y americanas era una prerrogativa que, según las leyes fundamentales de las Indias, nunca debió desconocerse". — El Cabildo abierto del 22 de mayo, expresión de la voluntad de la parte principal y más sana de la población. — Las fórmulas políticas y jurídicas expuestas. — Discursos de los doctores Castelli, Villota y Paso. — El voto de Saavedra seguido por casi todos los criollos de figuración sobre la cesantía del Virrey Cisneros. — Actitud decidida de los abogados.
- II. La petición escrita del pueblo el 25 de Mayo. — Tal petición no invoca el nombre de Fernando VII y se hace a nombre del pueblo. — Las frases de contenido político: "El pueblo quiere saber de qué se trata" y "¿Dónde está el pueblo?"
- III. El conflicto entre el Gobierno patrio y la Audiencia y las figuras representativas de Mariano Moreno y Manuel Genaro de Villota. Plan- contrarrevolucionario del ex-Virrey, la Audiencia y el Cabildo. El decreto de 22 de junio de expulsión de los oidores. — Se nombraron en su reemplazo conjueces y no oidores, criollos y abogados del foro. — Los primeros magistrados criollos. — El juramento de los conjueces.

I

EL estudio de los aspectos jurídico y político de la Revolución de Mayo se relaciona estrechamente con el tema del Cabildo abierto del 22 de mayo, la Petición del Pueblo el día 25 y el conflicto de la Junta de Gobierno patrio con la Audiencia.

Como antecedente histórico fundamental, recuérdese que la Junta Suprema de Sevilla dictó un decreto de excepcional alcance político para América, de 22 de enero de 1809. Se consideraba en dicho decreto "que los vastos y preciosos dominios que España posee en las Indias no son propiamente Colonias o Factorías como las de otras naciones, decía categóricamente, sino una parte esencial e integrante de la monarquía

española". Por tanto, "reinos, provincias e islas deben tener representación nacional y constituir parte de la Junta Central Gubernativa del reino por medio de sus diputados por cada distrito". Este documento fué estimado en todo su valor político y revolucionario por Mariano Moreno, en su escrito "Representación de Hacendados y Labradores" de setiembre de ese mismo año de 1809.

Moreno dijo en el citado escrito que "la igualdad de las Provincias europeas y americanas era una prerrogativa que, según las leyes fundamentales de las Indias, nunca debió desconocerse", anticipando el fundamento legal de la Revolución de 1810.

El Congreso General del 22 de mayo —denominación que aparece en los libros de las Actas Capitulares, para calificar, entre otros, al Cabildo abierto de ese día y al del 14 de agosto de 1806— es una institución de contenido nuevo, engendrada por la fuerza dinámica de los acontecimientos. Reunióse contra el parecer del Cabildo y el Virrey, y a su pesar, fué preciso convocarlo; el número de sus componentes le asigna formas estructurales desconocidas (se invitaron a 450 vecinos y asistieron 251) ; la condición de las personas que concurren le apartan del tipo clásico del Cabildo abierto, y en fin, como lógica resultante de los caracteres anteriores, las deliberaciones producidas en su seno y las resoluciones adoptadas, nada tienen que hacer con el amistoso cambio de ideas entre funcionarios de la administración y pocos vecinos, como era costumbre realizar hasta entonces.

El manifiesto del Virrey Cisneros del 18 de mayo es un documento breve y claro. Luego de explicar la delicada situación en que se encontraba la Metrópoli —sin presentarla empero con la verdadera gravedad—, el Virrey esperaba que en la América española subsistiría el trono de los Reyes Católicos, en el caso de que sucumbiera accidentalmente en la Península. En tal situación, la superioridad no tomaría determinación alguna que no fuera previamente acordada en unión de todas las representaciones de esta Capital, a que posteriormente se agregarían las de sus Provincias dependientes, entre tanto que de acuerdo con los demás Virreinos se establecería una representación de la soberanía de Fernando VII.

El Virrey quería darse tiempo para citar las representaciones de esta Capital, las Provincias y demás Virreinos.

El mismo 18 de mayo se reunían los patriotas, y desde ese momento no cedieron hasta obtener la convocación a Cabildo abierto, considerando que había llegado el momento de ejercer los actos propios inherentes a la soberanía y de escuchar la voz del pueblo.

El discurso inaugural del actuario del Cabildo no es una simple exhortación a la obediencia. Vuestro principal objeto, dijo, debe ser precaver toda división, radicar la confianza entre el subdito y el magistrado y la de todas las demás Provincias y dejar expeditas nuestras relaciones con los Virreinos del Continente.

En seguida se produjo la provocación del Obispo Lúe, quien afirmó que el gobierno de América sólo podía recaer en los hijos del país, en el caso de que sucumbiera España, cuando ya no habitase en él un español europeo, que anticipa el concepto de la proclama del Virrey del Perú, José de Abascal, en seguida de establecerse el Gobierno patrio, según el cual la Revolución estaba hecha por americanos "destinados por la naturaleza a vegetar en la obscuridad y el abatimiento".

Castelli fué el orador de aquella Asamblea, indicado de antemano para exponer la fórmula política y jurídica de la Revolución española y aplicarla al movimiento americano. La teoría que desarrolló en el Congreso General la había redactado dos meses antes, en su carácter de abogado de Paroissien y de los Rodríguez Peña. Castelli hizo girar su argumentación alrededor de la crisis que sufría el derecho político hispano, recordando que en la Península se había producido una Revolución, en cuya virtud *mero jure et facto* constituyó el gobierno primeramente en sus juntas y después en la Suprema Central, "sin tener para ello ni la deliberación especial del Rey tan necesaria, como uno de sus derechos majestativos en el primer orden, ni la presunta de su voluntad, o la ley de la constitución, no habiendo, como no hay, pacto específico o tácito de reservación en la nación".

El discurso de Castelli ha ido más lejos, entrando a analizar en seguida la situación política de España, afirmando que la Junta central no tenía facultades para el establecimiento del Consejo de Regencia y, por tanto, España había caducado, el pueblo debía asumir el "poder majestas" o los derechos de soberanía para constituir un gobierno.

Se debe recordar la teoría desarrollada por el Fiscal Villota, espíritu representativo por su saber y autoridad moral.

La refutación de Villota ha sido escrita sintéticamente por su propio autor. Sostuvo el Fiscal de lo civil, contestando a Castelli, "que en las circunstancias de apuro en que se hizo el nombramiento de la Regencia, sólo en la Junta Central podían reunirse los votos de todas las Provincias y la facultad para la elección: que cualquiera defecto que se pudiese notar en ésta lo subsanaba el reconocimiento posterior de los pueblos: que el de Buenos Aires no tenía por sí solo derecho algimo a decidir sobre la legitimidad del

Gobierno de Regencia, sino en unión con toda la representación nacional y mucho menos a elegirse un Gobierno Soberano, que sería lo mismo que romper la unidad de la Nación y establecer en ellas tantas soberanías como pueblos; sostuvo asimismo que existía un Gobierno Supremo y existiría España mientras no la abandonasen sus hijos; y expuso finalmente que era muy doloroso que en la ocasión de su mayor amargura, tratase Buenos Ayres de afligirla con una novedad de esta clase..."

La lectura del acta del 22 de mayo y el escrutinio de los votos sugiere el pensamiento de que han debido intervenir en el debate otros oradores a continuación de Villota y como consecuencia de las observaciones expuestas por el Fiscal. Y entre ellos puede figurar en primer término el sacerdote Juan Nepomuceno de Sola, quien acepta la argumentación de Villota, pero derivándola hacia otras consecuencias y proponiendo una resolución distinta.

Sola dice, en efecto, "que en atención a las críticas circunstancias del día es de sentir que debe subrogarse el mando en el Excmo. Cabildo con voto decisivo al Caballero Síndico Procurador General; debiéndose entender esto provisionalmente hasta la erección de una Junta Gubernativa cual corresponde, con llamado de todos los diputados del Virreynato".

No acepto la afirmación de que las palabras de Villota hicieron una gran impresión en la Asamblea, porque si bien se fundaban en los principios generales del derecho, concluían en una afirmación absoluta y de carácter político, como era la subsistencia del Virrey en el mando. Los patriotas advirtieron en seguida que se trataba de una hábil argumentación. En cambio, produjo extrañeza y acaso desconcierto la tesis de Sola. De todos modos, para desvanecer la impresión de este voto no es dudoso que uno de los representantes del núcleo de patriotas hiciera uso de la palabra, procurando demostrar que eran inadmisibles los principios del Fiscal Villota y las conclusiones de Sola. ¿Fue Paso, como quiere la tradición, este nuevo orador, cuya intervención tenía por objeto rechazar con igual energía las fórmulas de Villota y Sola?

Si es así, Paso no ha argumentado como pretende la tradición, aceptando que podía consultarse la voluntad general de los pueblos del virreinato, pero que, en virtud de los peligros existentes, no correspondía aplazar la formación de una junta provisoria, debiendo ésta proceder "sin demora a invitar a los demás pueblos del Vireynato a que concurran por sus representantes a la formación del gobierno permanente".

Las pruebas siguientes evidencian que tal no pudo ser la argumentación de Paso:

- 1° Porque la demostración que se le atribuye es precisamente la de Sola, que arrastró consigo cerca de 20 votos;
- 2° Porque el grupo revolucionario al cual pertenecía decididamente Paso, no vota la supuesta fórmula, y
- 3° El propio Dr. Paso vota como todos los patriotas sin aludir a la convocación de los diputados del interior.

Sin exponer mayores razones, el patriota que ha contestado los discursos de Villota y Sola, ha afirmado que el virrey debía cesar en el mando, recaer éste interinamente en el Cabildo y que la Junta Gubernativa debía constituirse de inmediato, en virtud de que "Buenos Ayres necesita con mucha urgencia ponerse a cubierto de los peligros que la amenazan por el poder de la Francia y el triste estado de la Península". En cuanto al derecho que se invocaba de las Provincias de designar sus representantes, sería considerado oportunamente por la Junta que se constituyese, insistiéndose en que se procediera sin demora, en virtud de la gravedad y urgencia de los hechos.

El voto de Cornelio de Saavedra, seguido por casi todos los criollos de figuración, consigna acertadamente que "consultando la salud del pueblo y en atención a las actuales circunstancias debe subrogarse el mando superior que obtenía el Excmo. señor Virrey en el Excmo. Cabildo de esta Capital ínterin se forma la corporación o Junta que debe ejercerlo, cuya formación debe ser en el modo y forma que se estime por el Cabildo", agregando, "y no quede duda de que el pueblo es el que confiere la autoridad o mando". De tal modo que la delegación interina en el Cabildo era al solo efecto de que éste determinara "el modo y forma" de constituir la Junta, debiendo el pueblo conferir "la autoridad o mando".

Entre los que adhieren al voto de Saavedra, figuran Mariano Moreno, Bernardino Rivadavia, Manuel Belgrano, Juan José Castelli, Martín Rodríguez, Domingo Matheu, Vicente López, Domingo French, Antonio J. Beruti.

La votación fué pública. Los votos debían firmarse y transcribirse en el acta por el escribano.

El escrutinio hecho por el Cabildo alteró los cómputos, resultando que Baltasar Hidalgo de Cisneros continuaba como Virrey. Se contrariaba así la resolución sobre su cesantía, agregándosele además el eargo de Presidente de la Primera Junta que gobernó con mando efectivo durante siete horas. Pero los miembros de esta primera Junta

renunciaron ante la exigencia del pueblo. Es que el pueblo reasumió el mando el 25 de Mayo y constituyó la Junta de Gobierno Patrio.

Para comprender la actitud decidida de los abogados en el Cabildo abierto del 22 de mayo, se debe recordar la legislación prohibitiva de los últimos años de la dominación española, a que ya me referí en el capítulo dedicado a los abogados en Indias.

Era una nueva legislación con fines políticos, restrictiva desde el punto de vista profesional e hiriente moralmente para reducir su importancia y contener su influencia.

El procedimiento consistió en disminuir el número de abogados por pueblos, con facultad de ejercer la profesión. Tal resolución se había adoptado ante "la multitud de abogados" americanos, en su gran mayoría con preparación para hacer la crítica de las leyes de Indias, que aspiraban legítimamente además a ocupar los altos cargos judiciales.

La Revolución de Mayo fué una exteriorizaron viva de sentimientos de todos los sectores sociales, militares, sacerdotes, comerciantes, clases medias, el pueblo en fin. Los abogados tuvieron una actuación destacada. La legislación agresiva contra los abogados criollos, determinó la reacción de los mismos por razones políticas, que fué unánime y decisiva. Tal actuación destacada la habían tenido ya en el Cabildo del 14 de agosto de 1806, principalmente Paso, Lavarden y Campana. En el Cabildo abierto del 22 de mayo, aparte de los letrados españoles y algunos criollos que estaban con el Virrey y seguían al Fiscal Villota, 21 abogados votaron por la cesantía del virrey. Desde el plano de los defensores de la Monarquía Hispana, se interpretaba con espíritu severo estos acontecimientos. Los Oidores de la Audiencia informaban a España, respecto -del 25 de Mayo, que pronto serían sacrificados en sus cargos, cediendo a las exigencias "de los abogados revoltosos que aun buscaban las plazas".

Es un hecho de indudable significación histórica: los abogados continuaron ejerciendo una influencia profunda para obtener las leyes y la Constitución, que garantizaran el ejercicio de los derechos individuales y la organización de los Poderes Públicos.

II

La Petición escrita del Pueblo, del 25 de Mayo de 1810, es un documento de excepcional valor, como la declaración de la Independencia del 9 de Julio de 1816.

Las resoluciones del Cabildo abierto de 22 de mayo fueron adoptadas por la "parte principal y más sana de la población", y los firmantes de la petición escrita del 25 de

Mayo son vecinos, comandantes y oficiales de los Cuerpos Voluntarios y miembros del Clero, de esta Capital, que "abajo firmamos por nosotros y a nombre del Pueblo". Ambos documentos se complementan integrando la imagen viva del pueblo y el ejército unidos en una sola entidad. Los firmantes de la petición escrita son más de 400. Los primeros nombres corresponden a los jefes de cuerpos: Martín Rodríguez, Ortiz de Ocampo, Florencio Terrada, Juan José Viamont, Esteban Romero, Estev'e y Llac, José Merelo, Pedro Andrés García, Pedro Ramón Núñez, Eustaquio Díaz Vélez. En seguida, dos firmas se consignan con esta sugestiva advertencia: "Por mí y a nombre de los seiscientos, Antonio Luis Beruti". "Por mí y a nombre de seiscientos, Domingo French". Este último, que ya había signado por él —además de hacerlo por seiscientos—, vuelve a firmar. La de Juan Ramón Tjrien también está repetida. Firman algunos caciques. Se lee en el documento: "Yo el cacique don José Mino", y más adelante: "Yo el cacique don José Minojuie, que acaso sea el hijo. En la página final firman los miembros del clero, dejando constancia que lo hacen "en virtud y accediendo a la representación de comandantes y vecindario de esta Capital".

El pueblo reclamaba en la petición: 1^o la constitución de la Junta Gubernativa con las personas que nombra y en los cargos que distribuye, es decir, este es el origen eminentemente republicano de nuestro Primer Gobierno Patrio; 2^o el envío a las Provincias de una expedición militar, que fué Libertadora para extender la Revolución en el interior.

En este documento fundamental no se invoca el nombre de Fernando VII, y por el contrario, el acto se Ueva a cabo "por nosotros y á nombre del pueblo", como dice al principio, agregando que tal era "la nueva elección de vocales que hace de la Junta de Gobierno que ha de regir y gobernar". Después los miembros de la Junta juraron e invocaron al Rey cautivo, y lo hicieron —no obstante que el fin superior era la Independencia— por razones relacionadas con la política interior y exterior.

El texto de la petición escrita explica que durante el día 25 de Mayo el sentimiento público se proyectara en estas dos frases, henchidas de contenido político. Una es: "El pueblo quiere saber de qué se trata", exigencia de la multitud para que el Cabildo aceptara de una vez la renuncia de Cisneros y de los componentes de la Junta constituida el día 24 bajo su presidencia. Otra es: "¿dónde está el pueblo?", la pregunta intencionada del síndico procurador Dr. Leiva, a quien contestó una voz del común: que la gente, por ser hora inoportuna, se habían retirado a sus casas; que se tocara la campana del Cabildo y que el pueblo se congregara en aquel lugar para satisfacción,

del ayuntamiento; y que si por falta de badajo no se hacía uso de la campana, mandarían ellos tocar generala y se abriesen los cuarteles, en cuyo caso sufriría la ciudad lo que hasta entonces se había procurado evitar. Como se sabe, Liniers había mandado arrancar el badajo de la campana del Cabildo, en seguida del 1^o de enero de 1809, despojándolo del instrumento para llamar al pueblo. Ahora al pueblo se llamaba tocando generala en los cuarteles.

La Junta de Gobierno Patrio que surgió con la Revolución popular el 25 de Mayo, chocó con el Cabildo y la Audiencia, que eran los focos activos de la contrarrevolución, cuyos miembros abrigaban firmes esperanzas de restaurar el orden anterior en mérito al carácter provisional que tenía la Junta, confiados en los diputados provinciales que se pronunciarían sobre la organización definitiva del Virreinato.

III

El choque entre el Gobierno Patrio y la Real Audiencia —los miembros de esta última eran todos españoles europeos— fué violento desde los primeros días, siendo inútil el empeño puesto en resolver el conflicto pacíficamente. No se trata de exponer lo concerniente a la significación de la justicia anterior a 1810 y los tribunales creados por la legislación de Indias de que me he ocupado extensamente. Una moderna documentación demuestra la tesis según la cual, aparte las tareas judiciales específicas, las Audiencias ejercieron importantes funciones políticas. Este antecedente explica el carácter revolucionario que tuvo desde el primer momento el conflicto de la Audiencia con el nuevo organismo creado por el movimiento emancipador de 1810.

En ese cuerpo representativo de la monarquía española, actuaban hombres de valer como el Regante Lucas Muñoz y Cubero y el Fiscal Manuel Genaro de Villota, autor de numerosos escritos, que revelan su ilustración y laboriosidad. Era un jurisconsulto por su profundo saber en Derecho público y privado. No tiene igual defensa la actitud de otros magistrados españoles en el momento de la Revolución.

El Fiscal del Crimen Antonio Caspe y Rodríguez, por ejemplo, había protestado como otros en el acto del juramento ante la Junta, pero el nombrado lo hizo faltando a normas elementales de educación y argumentó que el Tribunal, como inmediato representante de la soberanía, nunca había jurado otra autoridad.

Moreno se aprestó a la contienda con la Audiencia, conociendo de cerca a los oidores, su saber y conducta, pues había desempeñado el cargo de Relator interino del

Tribunal. Fué aquélla una aparente controversia de ideas que revestía de fórmulas jurídicas las pasiones políticas ya desencadenadas. La Audiencia recibió impresos de Cáliz, pero no por conducto legítimo, que insertaban la proclama del Consejo de Regencia, dirigida a los españoles americanos, y el Real Decreto de esta misma convocando a Cortes y fijando el procedimiento para la elección de los diputados de América. Pretendió la Audiencia que se jurara al nuevo Gobierno y se procediera a la designación del diputado a Cortes. Moreno contestó en nombre de la Junta, explicando que era necesario cumplir cuestiones previas: la orden no había venido por conducto legítimo para el reconocimiento del Consejo de Regencia, la Junta Central no había sido jurada de inmediato por las autoridades del virreinato, incluyendo la Audiencia (su reconocimiento se llevó a cabo el 8 de enero de 1809 en Buenos Aires). Por último, el señor Cisneros, en ejercicio del cargo de Virrey, había tenido noticias por diversas Gacetas, de la instalación del Consejo, y sin embargo, no se apresuró a reconocerlo. "¿Por qué, pues —argumentaba Moreno— se pretende de la Junta un acto que en el señor Virrey no se creyó debido? ¿Corre algún riesgo la espera de aquellos actos solemnes que con arreglo a las leyes deben decidir la certeza y legitimidad del nuevo Gobierno?"

La actitud expectante de la Audiencia y los sondeos e incitaciones sucesivas que se llevaban a cabo con la Junta promovieron una situación de violencia que apasionó al público. La Junta anunció al Tribunal la existencia de un vigoroso partido que conspiraba contra él y pujaba por desbordar. En efecto, el Fiscal del crimen Antonio Oaspe, el 10 de junio, a las 11 de la noche, fué agredido echándosele por tierra a sablazos.

El episodio contra el fiscal Caspe tuvo serias consecuencias.

Con objeto de prevenir la repetición de tales hechos la Junta dictó al día siguiente una ordenanza general relativa a la conservación del orden público y policía de la ciudad.

En oposición a la Junta se puso en marcha un vasto plan contrarrevolucionario, unidos el ex virrey, el Cabildo y la Audiencia. Esta última levantó contra el gobierno de Buenos Aires la opinión de las autoridades del interior, en las que creía mandar en absoluto.

Después de jurar ocultamente el Consejo de Regencia, el Tribunal pidió a las autoridades de las Intendencias y ciudades que hicieran lo propio. Si llevaban a cabo este propósito, claro es que la Junta quedaba de suyo desautorizada. Fué aquélla una

prueba de fuego para el Gobierno Patrio. Las solicitudes de la Audiencia se despachaban al interior después del pedido de envío de los diputados al Congreso, y llegaban mucho antes que la expedición militar, demorada todavía en Buenos Aires, sin que se hubieran establecido entre la Junta y las Provincias otros vínculos efectivos que un nervioso cambio de notas.

El pálido espectro del Consejo de Regencia, exhibido a tiempo por el Tribunal, era el que agitaba ahora todo el interior.

Para no citar sino ejemplos demostrativos con el fin de observar la curva descrita por el desarrollo de los hechos, con motivo de la oposición de la Audiencia, baste decir que el 8 de junio el Cabildo de Córdoba, presidido por su Gobernador, contestaba al de Buenos Aires que pronto enviaría el diputado al Congreso, y expresa a la Junta que se dispone a reconocer las autoridades "legalmente constituidas". Pero el 14 llega el oficio de la Audiencia anunciando la constitución del Consejo de Regencia en España, y el 20 era jurado y reconocido por el Cabildo. Declarábase, pues, abiertamente, la desobediencia a la Junta.

El 22 de junio, antes de cumplirse el primer mes de la Revolución de Mayo, se decretó la expulsión del ex virrey y de los oidores, exceptuándose a Lucas Muñoz y Cubero —que había sido virrey interino casi un año después de la cesantía de Sobremonte— y a José Márquez de La Plata, que hacía algún tiempo estaba enfermo en la Banda Oriental.

En cuanto a la expulsión de los oidores, Moreno dio un amplio informe en la Gazeta del 23 de junio. La Junta tiene la satisfacción de haber llenado sus deberes en la dignidad en que sé preparó su embarque, dice. Vela sobre el consuelo y auxilio de sus familias, que se reunirán apenas puedan proporcionarse las comodidades correspondientes a su delicadeza y cree que no podía dar mejor prueba de la tranquilidad con que reposa en la justicia de su causa, que remitir sus rival el ante el mismo Juez Soberano que ha de juzgarla.

Aparte el sentido político de la separación de los oidores españoles europeos, el decreto tiene significado trascendental por un conjunto de circunstancias que revelan la penetración del espíritu revolucionario en la nueva organización de la justicia. En adelante ya no se llamaron oidores a sus miembros sino conjueces, del mismo modo que se había proscripto el título de Virrey, revolución gramatical de alcance psicológico, pues llevaba consigo un cambio en las palabras y las costumbres: se nombraban en los cargos a criollos o nativos del país con la condición de ser abogados del foro y se

terminaba con el ceremonial. En efecto, se suprimía la toga talar, símbolo de los tiempos monárquicos, y los jueces no debían llevar otro traje que el de abogados.

Los primeros magistrados criollos integrantes de la Audiencia fueron todos ellos egresados de la Universidad de Charcas o Chuquisaca y se destacaron como juristas y hombres públicos. Se cumplía uno de los fines de la Revolución, reivindicándose el prestigio de los abogados criollos, la gran mayoría de ellos al frente del movimiento de Mayo.

Estos primeros magistrados de la Revolución son los doctores José de Darragueyra, hombre capaz y de carácter, de origen limeño, educado desde niño en Buenos Aires, figuró entre los precursores de la Independencia; después de ser conjuce y miembro de la Cámara de Apelaciones, fué Diputado al Congreso de Tucumán; Vicente Anastasio de Echeverría, santafecino de amplia ilustración, comisionado con Belgrano en el Paraguay en 1812 y consejero de Estado en 1814; Pedro Medrano, orador y poeta, nacido en la Provincia de Buenos Aires, después diputado al Congreso de Tucumán y a la Junta de Representantes, reintegrándose a la justicia con el cargo de Presidente de la Cámara de Apelaciones; y el Fiscal José Simón García de Cossío, natural de Corrientes, electo más tarde Diputado por su Provincia que fué Fiscal en lo civil y comercial y asesor federal en el Gobierno y autor del "Reglamento constitucional de la Provincia de Corrientes " de 1821.

Como ya he dicho, en el Decreto se mandaba suprimir el ceremonial, no debían usar los conjuces otro traje que el de abogado, guardándose en el orden de asientos la antigüedad de su recepción.

El acto y los términos del juramento de los conjuces tienen también un sentido en el nuevo Derecho judicial, pues la Junta de Gobierno en pleno pasó a la Sala de Acuerdo y tomó juramento conforme a un texto en el que aparte la obediencia al Monarca Fernando VII —como era forzoso que se hiciera aún en el mes de junio— el magistrado juraba a Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios, "usar fiel y legalmente el cargo de conjuce, votar las causas de su conocimiento con el desinterés, imparcialidad y justicia que previenen las leyes" y ' observar las prácticas legales del Tribunal y puntual asistencia al despacho de su Ministerio. Si así lo hiciera Dios le ayude; y si no se lo demande", termina.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Cartas de los Ministros de la Real Audiencia de Buenos Aires, escrita de Las Palmas, el 17 de setiembre de 1810 en *Historia de Belgrano* de Mitre, apéndice del T. I. CORBELLINI, ENRIQUE : *Las fuentes documentales para el estudio de la Gazeta de Buenos Aires*, de 23 de junio de 1810.

Semana de Mayo, en *Polibiblon*, Vol. 1, N° 5, junio de 1947.

MARFANI, ROBERTO H.: *¿Dónde está el pueblo?*, en *Humanidades* de la Plata, 1948.

MÉNDEZ CALZADA, LUIS: *La función judicial en las primeras épocas de la Independencia*, Buenos Aires, 1944. TROSTINÉ, RODOLFO: *José de Darregueira, él primer con juez patriota (1777-1817)*, edición del Instituto del Derecho, Buenos Aires, 1945.

C A P I T U L O X X I I

EL REGLAMENTO GENERAL DICTADO EN LOS DIAS 24 Y 25 DE MAYO. FORMACION DEL PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE

- I. El Reglamento político ordenado por el Cabildo el 24 y 25 de Mayo.— Propósito de subordinar la Junta de Gobierno Patrio al Cabildo.
- II. El artículo 7º del citado reglamento mandaba refundir en la Real Audiencia el poder judicial. — Formación del Poder Judicial independiente.
- III. El constitucionalismo de Mariano Moreno y el Deán Funes.

Ejercitando facultades que no se le habían delegado, el Cabildo dictó el 24 de mayo un Reglamento político de 13 artículos, con variantes que se introdujeron el día 25, destinado a fijar las atribuciones de la Junta. Después de leída, desde el balcón, la histórica petición escrita, en la que se estampan los nombres de los ciudadanos que integrarían el Primer Gobierno Patrio, petición ratificada por la multitud con la expresa salvedad, que consta en actas de que era "lo único que quería se ejercitase", el Cabildo no se dio por vencido aún y ensayó obtener un resultado favorable a la consecución de sus fines políticos. Con motivo de adoptar los preceptos del Derecho público moderno, propuso el Reglamento en el que se establecen prescripciones para mantener a la Junta como poder subordinado, poniendo en aplicación, en realidad, el plan contrarrevolucionario preparado antes que asomara la Revolución misma. Tales por ejemplo las disposiciones según las cuales corresponde al Cabildo velar sobre la conducta de los vocales y la remoción de los mismos en caso necesario; la de que la Junta no podría imponer contribuciones sin previa consulta y conformidad del Cabildo y que los Cabildos del interior debían reunir Cabildo abierto para designar diputados a la capital, invitándose por medio de esquelas la parte principal y más sana del vecindario para constituir un Congreso de sólo los que en aquella forma hubiesen sido llamados, como así también que los poderes de los diputados se expedirían previo juramento de los mismos de obediencia al Rey Fernando VII y sus sucesores. Para comprender el giro ulterior de los sucesos, se debe tener presente que el Cabildo mandaba designar los diputados del interior con todas las medidas precaución al es previstas, en tanto el pueblo pedía, con la designación del nuevo Gobierno, que saliesen

al interior las expediciones militares, las expediciones libertadoras o de la libertad, llamadas a asegurar la Revolución de Mayo en las Provincias antes que se nombraran los diputados al Congreso.

Por otros artículos, se establecía la publicación, en los primeros días de mes, de un estado de la Real Hacienda, en circunstancias en que la Revolución necesitaba apelar a todos los recursos financieros para subsistir. Se ordenaba también que la Junta no podría ejercer funciones judiciales, que hasta entonces habían desempeñado los virreyes, debiendo refundirse dichas facultades en la Real Audiencia. El principio era inobjetable —como primera aplicación de la teoría de la división de poderes—, pero era imposible exigírselo al Gobierno al iniciarse la Revolución, siendo evidente que se veía obligado a ejercer funciones judiciales de carácter revolucionario, una vez declarada la guerra y planteado el grave conflicto con la Real Audiencia.

II

El artículo séptimo establece: "que los referidos S. S. que componen la Junta provisoria queden excluidos de ejercer el poder judicial, el cual se refundirá en la Real Audiencia a quien se pasarán todas las causas contenciosas, que no sean de Gobierno".

Sospecho con fundamento, que esa prescripción ha tenido su origen en una iniciativa de la Audiencia de Buenos Aires. El Tribunal y el Cabildo venían actuando de acuerdo para tener subordinada a la Junta Revolucionaria que acababa de surgir, y uno de los medios para lograrlo era despojar al nuevo gobierno de toda función judicial, quitándole las causas contenciosas y debilitándolo para la acción revolucionaria.

Este principio de la división y equilibrio de los poderes era un ideal institucional que no fué posible realizar de inmediato con respecto a las relaciones de los tres poderes.

De hecho, la Revolución había creado un Poder Ejecutivo fuerte, pero colegiado, como antítesis a la monarquía absoluta para asegurar el triunfo de la causa revolucionaria, por la preeminencia de la Junta sobre el Cabildo y la Audiencia. El Poder Legislativo no fué posible reunirlo en 1810 por decisión de la Conferencia del 18 de diciembre, y éste es el episodio que engendró el desequilibrio de los poderes. El cuerpo ejecutivo de 19 miembros no pudo funcionar normalmente y originó en seguida de la asonada del 5 y 6 de abril la primera tentativa de organización de una especie de

facultades "en toda su plenitud" y "la suma confianza" que se discernió al General del Pueblo, el Presidente Saavedra.

Por el Reglamento de Funes la Junta Conservadora se atribuyó todas las facultades, provocando la reacción dictatorial del Triunvirato. En 1812, convocadas por dos veces las asambleas, éstas volvieron a atribuirse las más importantes facultades, desconociendo la autoridad ejecutiva del Triunvirato, que las disolvió.

No fué posible reconocer la independencia del Poder Judicial de inmediato, mientras perduraba el estado revolucionario que obligó al gobierno patrio a dictar sentencias en múltiples cuestiones judiciales, principalmente sentencias de muerte por razones políticas, y constituir comisiones especiales en virtud de la convulsión pública de la sociedad y el recrudecimiento de los delitos contra la propiedad.

Esta formación independiente del Poder Judicial, admitida en todas las cartas constitucionales desde el 25 de Mayo, es un proceso histórico que hizo crisis en diversas oportunidades, al constituirse las comisiones ejecutivas de los rebeldes de Córdoba, de Potosí y la conspiración de Alzaga; al admitir en 1811 que los recursos extraordinarios de las sentencias de la Audiencia, que hasta entonces se elevaban al Consejo de Indias, debían interponerse ante el gobierno que hacía de los gobernantes jueces de apelación; al designar al Gobernador de Charcas como Presidente de la Cámara de Apelaciones en 1813 y al mantener en carácter de juez de primera instancia a los alcaldes del Cabildo, hasta que en 1821, con la supresión del cuerpo municipal en Buenos Aires, se creó la justicia letrada; así como también al llevarse a cabo los juicios políticos a cargo de la Asamblea de 1813 contra los partidarios de Saavedra, y otros casos más.

No obstante tales momentos de crisis la independencia del Poder Judicial constituyó uno de los nuevos y vigorosos fines del Derecho patrio argentino.

III

Aparte el Reglamento administrativo del 28 de mayo, el Gobierno Patrio promovió la reunión del Congreso para que éste dictara la constitución del nuevo Estado. Mariano Moreno es el creador del constitucionalismo entre nosotros. En cinco artículos que publicó en la "Gazeta", generalmente titulados "Sobre las miras del Congreso que acaba de convocarse y constitución del Estado", afirmó que las leyes de Indias no se habían hecho para un Estado y nosotros ya lo éramos, que el nuevo gobernante no debía ser un déspota y solamente una constitución bien definida evitará que lo sea. Sentemos, pues,

como base de otras proposiciones —dice Moreno— que el Congreso ha sido convocado para erigir una autoridad suprema y para dictar una constitución "que saque a los pueblos de la infelicidad en que gimen".

El constitucionalismo, en ese año de 1810, tuvo también una expresión muy elevada en el Deán Gregorio Funes. En la "Gazeta" del año citado publicó tres artículos. En el primero de ellos decía: "No tenemos una constitución y sin ella es quimérica la felicidad que se nos promete", agregando: "Una autoridad sin freno es capaz de corromper al hombre más virtuoso".

Como se sabe, ya en 1811, el Deán Funes redactó el decreto de constitución de la Juntas provinciales.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

LEVENE, RICARDO: *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1948, t. IV, capítulos II y VI. VÁRELA, LUIS V.: *Historia constitucional de la República Argentina*, La Plata, 1910, t. II.

VILLEGAS BASABILBASO, BENJAMÍN: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1948, t. I.

CAPITULO XXIII

EL DERECHO PATRIO ARGENTINO DURANTE EL AÑO 1811 Y LAS PRIMERAS CARTAS CONSTITUCIONALES

- I. El año 1811 fué el de los ensayos reglamentarios y las primeras Cartas constitucionales. — Reglamento de 10 de febrero de 1811 sobre establecimiento de Juntas Provinciales. — Polémica entre los diputados Funes y Gorriti sobre los orígenes del federalismo. — El Tribunal de Seguridad Pública, con jurisdicción en todo género de causas de tal naturaleza. — Reglamento provisorio sobre los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria, por el que se mandaba elevar dichos recursos a la Junta Gubernativa. — Reglamentos de 20 de abril y de 26 de octubre de 1811 sobre libertad de prensa.
- II. El Reglamento de 22 de octubre de la Junta Conservadora. — Las leyes existentes no se aplicarían en cuanto se opusieran a la libertad civil de los pueblos americanos. — División de poderes y creación del Poder Judicial Independiente. — El Estatuto Provisorio de 22 de noviembre. — El Habeas Corpus argentino.

I

EL nuevo ciclo político-jurídico, de profunda crisis, se extiende desde el 18 de diciembre de 1810, con la incorporación de los diputados provinciales a La Junta de Gobierno Patrio constituyendo un Poder Ejecutivo de 19 miembros, hasta la reunión de la Asamblea Constituyente de 1813.

El año 1811 fué el de los ensayos; reglamentarios, como el Reglamento de 10 de febrero, el establecimiento del Tribunal de Seguridad Pública, el Reglamento Provisorio sobre los recursos extraordinarios, las primeras Cartas constitucionales y el Habeas Corpus argentino.

El Reglamento del 10 de febrero de 1811, sobre constitución de Juntas Provinciales, obra del Deán Funes, es en verdad la primera carta orgánica de la Revolución de Mayo al extender en las Provincias el gobierno colegiado, e iniciar el sufragio general en oposición al sufragio restringido practicado anteriormente, cuando se convocaba la parte principal y más sana de la población a Cabildo abierto.

El fundamento del sufragio general fué, como lo dice la parte expositiva del Reglamento citado, que el mejor fruto de la Evolución debía consistir "en hacer gustar a los pueblos las ventajas de un gobierno popular", y en la parte resolutive (art.13), la necesidad de formar e instruir la milicia ciudadana "para que sirviendo a conservar el orden interno estén también prontas y expeditas para cualquier auxilio exterior en favor de la defensa general".

Como en el Reglamento del 25 de Mayo —por su artículo 7º— se había dispuesto explícitamente que los miembros de la Junta Gubernativa quedaban "excluidos" de ejercer el poder judicial, por este Reglamento de 10 de febrero de 1811, se mandó en forma terminante por el artículo 16º y con referencias más concretas, que los miembros de las Juntas Provinciales se abstendrían de todo acto de jurisdicción contenciosa o de administración, que no fuera de los asuntos comprendidos en el Reglamento, dejando "obrar libremente y aun auxiliando a las justicias, Cabildos y funcionarios públicos en lo que corresponda a su conocimiento y autoridad respectiva".

Revolución de Mayo, por intermedio del Deán Funes, hacía suyo estos principios superiores de la independencia de los jueces y obligación del P. E. de auxiliar a las justicias para que desempeñaran su misión social, así como también el establece la incompatibilidad en el cargo judicial con el administrativo.

La aplicación del citado Reglamento por casi un año, llevándose a cabo elecciones de tipo popular en varias ciudades del interior, a diferencia del Reglamento de la Junta Conservadora de 22 de octubre de 1811 que no alcanzó a ponerse en vigor originó la primera polémica precisamente entre publicista de las Provincias sobre las diversas manifestaciones de un feodalismo embrionario.

Por el citado Reglamento de 10 de febrero de 1811, se creaban las Juntas Principales en las ciudades capitales de Intendencias y las Juntas Subordinadas en las otras ciudades de la misma Intendencia.

El diputado por Jujuy Juan Ignacio de Gorriti escribió dos representaciones políticas en las que sostiene la autonomía de las ciudades cabezas de distrito e invoca los pactos de Mayo con fundamento de la "absoluta igualdad de derechos de todos los pueblos".

Hemos proclamado esta igualdad de derechos de todos los pueblos y está en oposición con nuestros principios un orden que exalta a unos y deprime a los más, decía Gorriti al oponerse al establecimiento de Juntas Principales y Juntas Subordinadas debiéndose llamar todas Juntas Territoriales para que ejerza "cada una en su territorio toda la plenitud de facultades que en el día ejerce el gobierno en toda la

Provincia". Agregaba estas palabras terminantes: "Es injusto por que se falta en el punto mas esencial a los pactos con que todas las ciudades se unieron a este gobierno".

En su réplica, el diputado Funes afirma la necesidad del mantenimiento de las Intendencias y proclama que, aniquiladas esas jerarquías, se precipitará el Estado en el desorden.

Tal polémica, que anticipa el proceso histórico del desmembramiento de las Intendencias hasta 1820 en que aparece el nuevo régimen de los pactos interprovinciales y del seno del Cabildo nace la Junta de Representantes, versó sobre la estructura existente y las posibles variantes a introducirse en el régimen en vigor y no fué, en consecuencia, una disputa bizantina o controversia erudita.

Desde el mes de enero venía funcionando una "Comisión de Seguridad Pública" dependiente de la Junta, pero después de los sucesos del 5 y 6 de abril se creó este Tribunal, con facultades de tal naturaleza que reducía a su menor expresión, en numerosos casos, las funciones judiciales de los demás Tribunales.

La reorganización política de 1810 trajo consigo la reforma del procedimiento judicial, especialmente en la importante institución del Tribunal de los recursos extraordinarios. Una breve referencia acerca de las alternativas de la autoridad competente de este recurso, revela que los cambios y contradicciones en que incurrió eran la resultante de no haberse erigido los Tribunales en un Poder Judicial Independiente. El 21 de junio de 1811 se dictó el "Reglamento provisorio sobre los recursos de segunda suplicación, nulidad o injusticia notoria y otros extraordinarios, acordado con precedente dictamen del ministerio fiscal" (publicado en la "Gazeta extraordinaria" de 26 de junio).

Por el Reglamento, que consta de trece artículos, se dispone que los recursos de segunda suplicación, querrela, queja, apremio, nulidad o injusticia notoria y todos los extraordinarios, que conforme a las leyes se interponían ante el Rey o el Consejo Supremo de Indias, se elevarían en lo sucesivo ante la Junta Provisional, continuando la mala tradición hispana e indiana de que el poder político debía ejercer tales funciones judiciales. Estas prescripciones se modificaron por el Reglamento de 22 de octubre, quitándole esa atribución al Poder político y constituyendo como Tribunal competente a una Comisión judicial, integrada por tres ciudadanos. Pero el Estatuto Provisional volvió a reconocer esa facultad al Gobierno, hasta que al dictarse el "Reglamento de institución y administración de justicia" en 1812, se creaba la Cámara de Justicia y se la reconocía como el Tribunal competente para los recursos extraordinarios. La Asamblea

de 1813 le atribuyó esa facultad al Poder Legislativo y a ese fin organizó una comisión permanente de cuatro diputados, para entender en esos recursos.

En el número 3º de la "Gazeta", durante el año 1810, Mariano Moreno, en el artículo ya citado, "Sobre la libertad de escribir", desarrolló la tesis de que se podía hacerlo en todo asunto que no se opusiera a las verdades de la religión y del gobierno. El 20 de abril de 1811, los miembros de la Junta Grande firmaron un Reglamento sobre la libertad de prensa, que tenía por fin ordenar dicha libertad, conciliándola con las reglas generales de la decencia y de la verdadera ilustración y cultura de los pueblos y no permitir el desahogo de pasiones y resentimientos particulares. En el *Discurso sobre la libertad de la prensa*, Funes hace su elogio para el progreso de las letras, las ciencias naturales y las verdades políticas. Afirma el principio de la libertad de escribir y el derecho de publicar las ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación, pero se ocupa extensamente del caso excepcional respecto de los escritos que tratan la religión, considerando que la prensa ha inundado de errores ese asunto, y disponiendo que todos los escritos religiosos quedan sujetos a la previa censura de los ordinarios eclesiásticos.

El decreto de la Junta Grande creó la Junta Suprema de censura con el carácter expuesto, y el Triunvirato dictó, a inspiraciones de Rivadavia, el decreto de 26 de octubre del mismo año de 1811 constituyendo la Junta Protectora de la libertad de imprenta. Se propuso el funcionamiento de un organismo, que no se implantó, no obstante haberse incorporado después a la Constitución Nacional de 1853: el juicio por jurados. La Junta Protectora de la libertad de imprenta, de 1811, tenía a su cargo únicamente examinar los escritos contrarios a dicha libertad, pero la sentencia y aplicación de la pena a sus autores correspondía a los jueces ordinarios.

El sacudimiento volcánico que fué el 5 y 6 de abril provocó la reacción del Cabildo abierto de 19 de setiembre y la creación del Triunvirato, antecedente que cito para comprender ese momento político de crisis que trajo consigo la transformación de la Junta Grande de casi veinte miembros en un nuevo tipo más simple de Poder Ejecutivo, previsto por Mariano Moreno.

Para salvar a la Patria de los peligros que la amenazaban, en una circular impresa dirigida a las Provincias la Junta Grande explicaba el cambio de gobierno invocando "nuestra triste experiencia".

Triste pero fecunda era esa experiencia, porque sobre todas las cosas era nuestra y ensayaba dar con el tipo de Gobierno ejecutivo, Nacional y Provincial, más adecuado a la naturaleza del organismo político.

II

El Reglamento de 22 de octubre de la Junta Conservadora tiene valor político y doctrinario al propio tiempo.

En la introducción se hacen consideraciones generales que recuerdan los principios expuestos por Mariano Moreno en sus artículos de la "Gazeta" sobre las miras del Congreso que acaba de convocarse y Constitución del Estado. Siguiendo a Montesquieu, se expresa el concepto de la división de los poderes legislativos, ejecutivo y judicial. Pero al fijar los límites de las respectivas autoridades, se reservó al Poder Legislativo el ejercicio de facultades preeminentes.

Por el artículo 1^o al disponer que los diputados de las Provincias Unidas —adoptando el nombre que perduró por muchos años y a él se refiere también el art. 35 de la Constitución— debían integrar la Junta Conservadora de la Soberanía de Fernando VII y de las leyes nacionales, se aclara que lo es "en cuanto no se oponen al derecho supremo de la libertad civil de los pueblos americanos". Como se advierte, la idea directriz revolucionaria era que las leyes nacionales de España e Indias no se aplicarían en el listado naciente en cuanto se opusiesen a la libertad civil de los hombres. Son notables las disposiciones de la sección segunda sobre el P. E., artículo 7^o, que establece la prohibición puní conocer en todo negocio judicial, abocarse causas pendiente! ni ejecutarlas, ni mandar abrir nuevamente los juicios o alterar el sistema de la administración de justicia, ni conocer de las causas de los magistrados superiores, ni inferiores ni demás jueces subalternos; y artículo 9^o, conforme al cual el Poder Ejecutivo no podría tener arrestado a ningún individuo por más de 48 horas, dentro de cuyo término debía remitirlo al Juez competente. La infracción de este artículo se consideraba como un atentado contra la libertad de los ciudadanos, y cualquiera de ellos podía elevar su queja a la Junta Conservadora. Se disponía por el artículo 10^o, que para el conocimiento de cada uno de los recursos de suplicación que antes se dirigían al Consejo de Indias, el Poder Ejecutivo nombraría una Comisión judicial de tres ciudadanos de probidad y luces.

Con respecto a la Justicia de que se ocupa la tercera sección se establecen disposiciones importantes; como las de considerar que el Poder Judicial es independiente y a él solo le toca juzgar a los ciudadanos.

El Reglamento redactado por Funes fué rechazado por el Triunvirato después de someterlo al pronunciamiento de una Asamblea heterogénea, compuesta por los regidores del Cabildo y los miembros de una Junta Consultiva del Pueblo.

A su vez el Triunvirato dictó el Estatuto Provisional de 22 de noviembre, compuesto de nueve artículos. Está precedido de extensas consideraciones sobre el grave estado de las Provincias, por la situación de los ejércitos en el norte y en la Banda Oriental y respecto al orden interno que le hace afirmar "la necesidad urgente de concentrar el poder para salvar la patria en el apuro de tantos conflictos". Declara que el código constitucional de la Junta Conservadora estaba llamado a precipitar al país al abismo de su ruina, y que los diputados habían tenido más presente "su exaltación que la salud del Estado". Por los primeros artículos se establece la amovilidad de los miembros del Triunvirato, cada seis meses, y su elección en lo sucesivo por una asamblea general; se hace especial mención y se agregan al Estatuto los decretos sobre la libertad de imprenta y seguridad individual, y se afirma, como en el "Reglamento", que el conocimiento de los asuntos judiciales corresponde privativamente a las autoridades judiciales.

En teoría todos proclamaban el ideal del equilibrio de poderes, pero en la realidad de las luchas políticas fué difícil lograrlo. El 18 de diciembre de 1810 no se había podido inaugurar el Congreso al incorporarse los diputados al P. E. integrando un cuerpo de 19 miembros, y cuando después de la crisis de 1811 se constituía al fin la Junta Conservadora, ésta se atribuyó a sí misma la preeminencia sobre el P. E. La reacción del Triunvirato consistió en la disolución de la Junta Conservadora en 1811 e hizo lo mismo en 1812 —por dos veces más— en abril y en octubre al disolver las Asambleas que convocó, hasta la Revolución del 8 de octubre

El documento trascendental del año 1811, debido a las inspiraciones y experiencia de Rivadavia, no es precisamente el Estatuto de 22 de noviembre —en cuanto pretendió tener subordinado a su mando a la Junta Conservadora—, como el decreto adicional con los artículos sobre el Habeas Corpus, consagrando las libertades del hombre a que ya se había referido el Deán Funes en el Reglamento.

Conforme a las prescripciones adoptadas, ningún ciudadano podía ser penado ni expatriado sin que preceda forma de proceso y sentencia legal, ni arrestado sin prueba al menos semiplena o indicios vehementes de crimen, que constarían en un proceso informativo en el término de tres días, y en el mismo término se haría saber al reo la causa de su detención y se le remitiría con los antecedentes al juez respectivo. Se

proclamaba que la casa del ciudadano es un lugar sagrado cuya violación es un crimen, y su allanamiento sería personalmente por el Juez de la causa o, si algún motivo urgente impide su asistencia, dará al delegado una orden por escrito. El artículo 6° del decreto prescribía el siguiente principio que está en la Constitución actual: "Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarles será castigada rigurosamente".

Por último se admitía la suspensión de las garantías individuales "sólo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria", y mientras dure esa necesidad, dando cuenta inmediatamente a la Asamblea General con justificación de los motivos y quedando responsable en todos los tiempos de esta medida.

Lo expuesto demuestra que en medio de las agitaciones de 1811, al inaugurar la triste historia de las asonadas y luchas fratricidas, se creó un régimen institucional, precedente orgánico de las conquistas incorporadas después a nuestra Constitución, aunque muy pronto fué aventado por la furia de las pasiones políticas. El Gobierno destacó la significación de este decreto realizando un acto público para jurar el Estatuto. El cronista de la "Gazeta" (del 3 de diciembre) comenta la Carta pública adoptada y los derechos sobre la seguridad individual y libertad de prensa, aduciendo que "de nada servirían las buenas intenciones de los magistrados si no sujetasen su conducta a una regla que prescribiendo las formas del Gobierno, afiance la libertad, seguridad y propiedad de los ciudadanos". Al final, el comentarista proclama solemnemente: "Así concluyó el acto en que se fixaron las primeras bases de los derechos sagrados del hombre".

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Gazeta de Buenos Aires, de 28 de febrero, 22 do abril y 3 de diciembre de 1811.

LEVENE, RICARDO: *Las Provincias Unidas del Sud en 1811, consecuencias inmediatas de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, 1940, cap. I.

RAVIGNANI, EMILIO: *Historia Constitucional de la República Argentina*. Buenos Aires, 1926, t. I.

SECO VELLALBA, JUAN ARMANDO: *Fuentes de la constitución argentina*, Buenos Aires, 1943.

C A P I T U L O X X I V

EL REGLAMENTO DE INSTITUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE 1812

La reforma de los establecimientos civiles y criminales y simplificación de la justicia. — Alcaldes de Hermandad y Tribunal de Alzada de Provincia. — Creación de la Cámara de Apelaciones. — Sus funciones. — Supresión de los Juzgados de Provincia y Bienes de difunto. — Críticas del doctor Manuel Antonio de Castro a este reglamento. — Las leyes que se opusieran a la obseivancia del Reglamento de institución y administración de justicia quedaban sin valor.

EL año 1812 es el de las reformas orgánicas en la administración de la justicia patria. El 23 de enero de 1812 se dictó el "Reglamento de institución y administración de justicia", breve código de procedimientos para Buenos Aires y las Provincias, de cincuenta y seis artículos, destinados a satisfacer la aspiración pública de reformar loa establecimientos civiles y criminales y simplificar el trámite de la justicia en el que se comienza afirmando sentenciosamente: "Poco importaría ser libres si al mismo tiempo no orarnos felices". En los considerandos refiérese a la existencia Je numerosos y complicados tribunales, instituidos para colocar a los agentes del despotismo y mantener a las Provincias en deprimente dependencia, que no son ya los que convienen a pueblos libres y virtuosos. Se declara que "no hay felicidad pública sin una buena y sencilla administración de justicia, ni esto puede conciliarse sino por medio de magistrados sabios que merezcan la confianza de sus conciudadanos".

De acuerdo con tales principios, se suprimió la Real Audiencia, creándose en su reemplazo la Cámara de Apelaciones para los negocios "de grave importancia", se dejó a los pueblos la decisión de sus diferencias domésticas, se restablece la Minoridad de los jueces ordinarios, previniéndose sus contiendas por medio de un Tribunal de Concordia, compuesto de hombres buenos, y se adoptaban medidas eficaces para sofocar las cabalas de los curiales.

En la parte dispositiva, se manda por el artículo 2⁹ que la pequeña fortuna de los habitantes de la? campañas, las distancias que les separan y la asiduidad que demandan sus labores, justifican una excepción en sus juicios. De ahí que los alcaldes pedáneos o de hermandad conocerían jurisdiccio-nalmente, hasta librar sentencia definitiva, en

demandas civiles que no excedieren de 50 pesos, guardando la forma esencial del juicio, o sea, la audiencia o contestación de la demanda y prueba.

Las apelaciones de estos juicios se llevarían a cualquiera de los Alcaldes ordinarios de la ciudad, con certificación por escrito del pronunciamiento. Las demandas civiles de más de cincuenta pesos pertenecían en primera instancia a los alcaldes o jueces ordinarios. Si no excedieren de doscientos pesos, debían ser, sin excepción, verbales, y el juez llevaría uno o más libros para sentar en ellos las actas de dichos juicios. Excediendo de doscientos pesos, el juicio sería escrito, ceñido rigurosamente a los trámites necesarios. El Tribunal Supremo de Justicia, que hasta entonces había sido la Real Audiencia, quedaba disuelto y extinguido, llamándose en adelante Cámara de Apelaciones. Se integraba con cinco miembros, tres de >los letrados y dos vecinos sin esa calidad. Esta admisión de dos jueces legos obedecía al concepto de la justicia popular y social. Había además un agente fiscal sin voto y un letrado redactor para que, relacionando breve y substancialmente los asuntos, acelerara en lo posible el despacho. Todos los componentes de la Cámara de justicia serían nombrados por bienio. Los miembros y el agente fiscal que fueren subrogados serían sometidos al juicio de residencia. El despacho de la Cámara tenía su sede en la Sala de las Casas consistoriales. Asistirían vestidos de corto de color negro, que era el traje de ceremonia en los magistrados de un pueblo libre, como ya lo había declarado la Junta Patria de 1810. En el artículo 23 se establecía que la primera condición del magistrado era su integridad y la segunda, no menos exigente, su laboriosa dedicación al cargo. Las funciones de la Cámara de justicia eran generalmente las instancias de apelación, segunda suplicación, recursos ordinarios y extraordinarios por injusticia o nulidad notoria, fuerzas eclesiásticas y demás que por leyes y ordenanzas conocían las audiencias de América.

Por el artículo 35 se restituía a todo hombre el derecho que por la naturaleza ha debido poseer siempre, el de hacer por sí su defensa, no exigiéndose en principio la firma de letrado.

No se exigía tal firma de letrado, no por prevención contra ellos sino como respeto a la libertad individual.

Importante es también la disposición del artículo 37 por In que se suprimen los Juzgados de Provincia a cargo de un oidor o conjuer, y de Bienes de Difuntos no sólo por la extinción de dichos Juzgados sino porque significaba la ampliación Jurisdiccional de los Alcaldes.

En el artículo 41 se expresa un concepto fundamental iluminándose que para propender al más recto y breve despacho de los pleitos, "solo puede conseguirse por un

sistema perfecto de legislación que dista mucho del alcance del actual gobierno", dejándose así consignada la necesidad de llevar a oabo la reforma de las leyes. Los últimos artículos se refieren al juicio de residencia de los funcionarios judiciales, así como también el carácter nacional de este Reglamento, que fué reconocido y jurado por todos los gobiernos, cabildos y autoridades de los pueblos y villas que comprendían las Provincias Unidas del Río de la Plata.

El doctor Manuel Antonio de Castro es el autor de las "deflexiones sobre el Reglamento de institución y administración de justicia", serie de artículos publicados en "El Censor" de 1812 e interrumpidos con motivo de la cesación del periódico, que revelan la presencia de un jurisconsulto.

La innovación en la institución judicial debía emanar de la deliberación de los representantes del pueblo, al decir del doctor Castro, reforma que seguiría a la Constitución, no debiéndose anticipar a ella, olvidando que la Revolución misma era la fuente de las grandes reformas desde 1810. Luego analiza cada uno de sus artículos con conocimiento de la tradición jurídica. Dedicó extensas reflexiones para criticar el artículo 13 por el que la Cámara de Apelaciones se integraba con cinco miembros, tres letrados y dos vecinos, sin esta calidad. Si los pleitos deben determinarse por las prescripciones de las leyes, los principios jurídicos o las opiniones de los doctores, dice, ¿cómo han de votar en justicia los que jamás cultivaron ese estudio o no lo hicieron con método? El ciudadano que pone su vida, su honor y su fortuna bajo la inmediata protección de las leyes, ¿había de librar estos grandes bienes al voto del instinto y de la suerte? Si es necesaria la ciencia del Derecho en los jueces inferiores, cómo no había de serlo —decía con razón— en los jueces que debían formar el primer Tribunal de Justicia en donde se tramitan arduos y graves asuntos: recursos de fuerza en sus tres especies, recursos de nuevos diezmos, juicios posesorios que paralizan al más ilustrado, incidencias sobre inmunidad eclesiástica, real, local y otros diversos asuntos, ¿podían resolverse con el voto de hombres buenos?

Estas observaciones anticipadas de Castro sobre el Tribunal de Concordia, no resultaron del todo acertadas, como explicaré más adelante, pero hace distinciones muy interesantes con respecto a las funciones del nuevo Tribunal.

En cambio nada dice respecto de los jueces delegados o en comisión de que trataban los artículos 19, 24 y 33.

Las críticas que hizo en "El Censor" de 1812 se reiteraron cuatro años después en el periódico "El Observador Americano". Este Reglamento, que transformó todo el orden judicial, fué publicado en "El Censor" del mismo año de 1812 con juiciosas

observaciones —decía en 1816—, y el letrado que lo impugnó ha tenido la satisfacción de ver acreditadas por la experiencia sus reparos y derogados muchos artículos que juzgó inaplicables. Era un error, repetía en 1816, haber hecho jueces de la Ley en materia civil y criminal a dos hombres buenos, que no podían acertar sino por casualidad

A pesar de estas críticas, insiste en su juicio acerca del "Reglamento", considerándolo como el instrumento judicial que inició un plan general de reformas, con elevadas inspiraciones.

A poco de ponerse en vigor, el 11 de marzo de 1812, se dictó una resolución general de gran valor. La Cámara de Apelaciones creada por el Reglamento consultó al gobierno si le correspondía el conocimiento del recurso interpuesto por Domingo Estanislao Belgrano contra Narciso Marul, sobre fundación de una Capellanía. El gobierno se pronunció sobre el caso planteado, y dispuso con carácter general "q^e todas las leyes que se opongan a la observancia del Reglam^{to} de institución y administración de justicia han quedado sin valor".¹

Esta comunicación de significación revolucionaria lleva la firma de Bernardino Rivadavia.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL: *La organización judicial argentina*, La Plata, 1938.

LEVENE, RICARDO: *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1948, t. IV, capítulos II y VI. MEDRANO DANIEL, W.: *Problemas de la organización de la justicia en las primeras soluciones constituyentes*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1954, N° 6, páVg. 66. VÁRELA, LUIS V.: *Historia constitucional de la República Argentina*, La Plata, 1910, t. II.

1 Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, C. 3, A. 3, leg. 1, Exp. 155.

CAPITULO XXV

LA CAMARA DE APELACIONES Y EL TRIBUNAL DE CONCORDIA. COMISION DE JUSTICIA. EL PROCESO SEGUIDO A LOS AUTORES DE LA CONSPIRACION DE ALZAGA. JUZGADO DE BIENES EXTRAÑOS.

- I. La Cámara de Apelaciones hasta 1814.—Los primeros voia des — Cambio producido en su seno desde la La Cámara de Apelaciones hasta 1814.—Los primeros voia des — Cambio producido en su seno desde la incorporación del doctor Manuel Antonio de Castro y la fundación de la Academia de Jurisprudencia.
- II. El Tribunal de Concordia y su intervención para poner término a las contiendas. — Derechos o intereses públicos y causas criminales que no eran do su conocimiento. — Su abolición por el Estatuto Provisional de 1815. — Misión pacificadora del Tribunal de Concordia.
- III. Creación de la Comisión de Justicia el 20 de abril de 1812, para el conocimiento de las causas pendientes sobre robos, muertes y asesinatos.

I

No está escrita la Historia de una de las instituciones de más jerarquía en el pasado de la organización judicial argentina. Me refiero a la Cámara de Apelaciones, que nació con el Reglamento de Institución y Administración de Justicia de 23 de enero de 1812. Si el Reglamento mismo tuvo por fin reformar los establecimientos civiles y criminales y simplificar la Justicia, su órgano fué la Cámara de Apelaciones.

Su vida intensa encarna las vicisitudes y las luchas por la independencia del Poder Judicial argentino, intento que asomó en 1810, con la Revolución de Mayo, y comenzó a realizarse en 1812, con la Cámara de Apelaciones.

El primer período de esa Institución, en el que apenas alcanza a cumplir un cometido muy sencillo y aun obscuro —que coincide por otra parte con los graves sucesos políticos del momento—, se extiende hasta mayo de 1813, en que se incorpora a su seno la figura del magistrado y jurisconsulto que fué Manuel Antonio de Castro.

Puede afirmarse, a través de los estudios que he tenido el honor de realizar, que la presencia del doctor Castro tiene un significado decisivo para explicar el cambio producido en el seno de la Cámara de Apelaciones, en favor de la Administración de Justicia.

Fué el hombre representativo en las materias concernientes al orden judicial y a la cultura jurídica, renovación de esta última, producida con el establecimiento de la Academia de Jurisprudencia.

Destaco la significación de algunas de las figuras que integraron la Primera Cámara de Apelaciones.

Tomás Valle, licenciado y abogado que egresó de la Universidad de Charcas, era tío del doctor Mariano Moreno. Diputado a la Asamblea General Constituyente de 1813, fué Presidente de la misma y uno de los miembros que integraron la famosa Comisión que tuvo a su cargo el juicio de residencia a los jefes del P. E. desde el 25 de Mayo de 1810. También fué miembro de la Comisión de Justicia que se creó en 1817 a iniciativa del Director Pueyrredón.

Por su actuación política le separaron más de una vez de su cargo de la Cámara de Apelaciones.

Como se sabe, Hipólito Vieytes fué uno de nuestros primeros industriales, fundador y director desde 1802 a 1806 del importante "Semanario de Agricultura, Industria y Comercio". Actuó decididamente en la Revolución de Mayo, nombrándosele Secretario de Gobierno y Guerra en el cargo que dejó vacante Mariano Moreno.

En el proceso de la conspiración de Alzaga intervino como fiscal y fué diputado a la Asamblea General Constituyente de 1813.

José Miguel Díaz Vélez había sido alcalde del primer voto en Concepción del Uruguay en los años 1809 y 1810 y actuó en Entre Ríos al servicio de la Revolución de Mayo. Tuvo participación en la labor diplomática que Carlos de Alvear llevó a cabo en el Alto Perú, habiendo trabajado eficazmente por la reincorporación de Tarija a las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Del doctor Pedro José Agrelo he hecho varias referencias, presentándolo como la figura del magistrado revolucionario inflexible, y del doctor Manuel Antonio de Castro me ocuparé más adelante destacando su influencia en la cultura jurídica y en la política nacional.

Tales antecedentes de algunos de los vocales de la primera Cámara de Apelaciones —al igual de los primeros conjuces criollos de la Audiencia de 1810— testimonian la

idoneidad y la probidad que desde los orígenes han podido exhibir los magistrados argentinos. La independencia del Poder Judicial era difícil alcanzaría mientras sus magistrados tuvieran intervención activa en las luchas políticas como ciudadanos y aun como diputados.

El acto de instalación de la Cámara de Apelaciones tuvo gran solemnidad, y se llevó a cabo en la Sala Consistorial del Cabildo.

Se conocen las peripecias dramáticas pasadas por el organismo en los años 1812, 1813 y 1814, las alternativas de su existencia, las injusticias irritantes que ha debido padecer en los tiempos inaugurales de nuestra formación nacional.

No todos los gobiernos le rindieron la expresión del respeto que la ley imponía, en virtud de graves complicaciones políticas del momento, pero en su seno actuaron figuras preeminentes por su saber y su rectitud.

La Audiencia con los jueces criollos nombrados en junio de 1810 a inspiraciones de Mariano Moreno, y la Cámara de Apelaciones de 1812, que es su continuación, concebida por Bernardino Rivadavia, es la misma institución creada y renovada bajo el signo de esos dos patriotas.

La Cámara de Apelaciones conquistó su alta jerarquía, desde mayo de 1813, con el jurisconsulto y magistrado Manuel Antonio de Castro. A partir de ese momento, el espíritu del Tribunal fué otro, sus actitudes son estrictamente legales, con una conciencia formada sobre su dignidad y la misión que debía cumplir. La Cámara de Apelaciones estaba destinada a ser el símbolo de la independencia del poder judicial argentino. Su prestigio se acrecentó con la creación de la Academia de Jurisprudencia para la enseñanza práctica; principalmente, de la Ciencia del Derecho. El autor de la iniciativa fué primero José Dámaso Xigena, pero el proyecto aprobado por el gobierno de 1814 es el del doctor Manuel Antonio de Castro.

II

Se llevaba a cabo un ensayo de trascendencia social al aplicarse las prescripciones del artículo 41 y siguiente, por las que se implantó el juicio de arbitros. Al fijarse el término medio en el empeño de las partes no sólo trataba de avenirlas, sino que en la imposibilidad de ello, decidía si hay mérito o no, a una cuestión judicial de hecho o de derecho. A este [in se instituyó el Tribunal de Concordia, una creación original¹, que en todas las ciudad es debía componerlo el Procurador Síndico con dos Regidores del Ayuntamiento, y en caso de impedimento o recusación se subrogaba con un vecino ele-

gido de acuerdo entre las partes. Este servicio sería enteramente gratuito. El Procurador síndico llevaba un libro en el que se dejaría constancia, en términos sencillos, de las demandas, contestaciones, pruebas, las propuestas de composición de los arbitros, el asenso o disenso de las partes, y por último, el juicio del Tribunal fundado, declarando no haber lugar a la cuestión judicial o permitiendo su iniciación. Ningún juez de clase alguna, admitiría pleito por escrito sin encabezar el pedimento de demanda con el decreto del Tribunal de Concordia: pase a la justicia ordinaria. Cuando el valor del asunto no excedía de quinientos pesos, la sentencia de los arbitros era inapelable. Pasando dicha cantidad hasta la de cinco mil pesos, podía recurrirse con copia certificada del acta a los Gobiernos provinciales, los que pronunciarían sentencia sumariamente que, confirmatoria o no, era inapelable. Pero excediendo de cinco mil pesos podía recurrirse en tercer grado al Gobierno Superior.

Para Presidente del Tribunal de Concordia, tratándose de "un establecimiento nuevo de objeto tan delicado y de tanta magnitud [que] exige para su perfección o mejor efecto, un reglamento especial" se nombró al doctor Julián de Leiva, con la misma dotación que los vocales de la Cámara de Apelaciones por el presente año en que debía proyectar el Reglamento. Por enfermedad del doctor Leiva, ejerció la presidencia el doctor Agustín Pío de Elía y se encomendó al doctor Juan José Paso el proyecto de Reglamento que fué elevado a la consideración de la Cámara de Apelaciones. El 1º de julio se realizó la apertura del Tribunal, y sus miembros atendían todos los días el despacho desde las 9 a la 1, a excepción de los martes y viernes, porque asistían a los acuerdos del Cabildo.²

En el proyecto de Reglamento se declara que todas las cosas, derechos e intereses públicos y las causas derivadas estaban fuera del alcance del Tribunal de Concordia y debían tratarse, ante sus respectivos magistrados. Igualmente lo estaban los crímenes y las acciones criminales consiguientes, pero las que se intentaba civilmente por separado, para reparación del agravio o indemnización del daño ocasionado por el crimen, se sujetaría al juicio previo del Tribunal si el ofendido lo pidiese. Antes de instaurarse en los Juzgados ordinarios una acción ejecutiva, el actor debía ocurrir al Tribunal de Concordia, en el que se reconocerían los documentos respectivos.

Si del examen resultare que la acción no era ejecutiva usará en ella y en todas las causas civiles ordinarias de las facultades que se le concedían por el artículo 44 del Reglamento de Justicia en donde se facultaba al Tribunal de Concordia a librar formal sentencia sobre si resulta o no mérito a un litigio de buena fe.

1 Se creó entre nosotros antes que en España. En la Constitución española de 1812, por los artículos 280 al 284 se instituían los Jueces Arbitros, con alguna semejanza del Tribunal de Concordia.

2 *Gazeta Ministerial*, viernes 26 de julio de 1812

Si del examen resultare que la acción no era ejecutiva usará en ella y en todas las causas civiles ordinarias de las facultad es que se le concedían por el artículo 44 del Reglamentó de Justicia en donde se facultaba al Tribunal de Concordia a librar formal sentencia sobre si resulta o no mérito a un litigio de buena fe. Extensas consideraciones se formulan respecto de las acciones de injurias verbales, declarándose que sin duda el honor y buen nombre son más apreciablcs que la vida y bienes de fortuna, pero que una injuria suele excitar la imaginación exaltada del ofendido, origen muchas veces de divisiones, discordias y odios. Estas acciones de injurias, verbales en que no hubiese lesión de personas r.i perjuicios de bienes eran del conocimiento previo del Tribunal de Concordia, el que debía terminarlas, sofocándolas en su nacimiento, bien fuera por una satisfacción dada por el ofensor al injuriado o por declaración competente del Tribunal que restableciera la opinión del ofendido, o aun por admonición al injuriente hasta llegar el caso de una condenación pecuniaria.

El Tribunal tenía la jurisdicción y autoridad necesarias para proveerse de todos los medios conducentes en el desempeño de sus funciones, según el Reglamento. En consecuencia podía citar y hacer comparecer a las partes, obligarlas a exhibir los documentos concernientes a la causa, recibir por escrito las exposiciones e informaciones de testigos. El procedimiento a seguir era el de las contestaciones verbales, lo más breve posible, sin escritos, autos ni diligencias judiciales. Cuando los negocios fueran muy difíciles o complicados se remitían al Juzgado o Tribunal de Justicia con el pase correspondiente.

El Tribunal de Concordia logró resolver favorablemente, componiendo a las partes en un juicio de arbitros o amigablemente, fijando un término medio en numerosos casos; negó el pase para el litigio, declarando que no hay mérito a una cuestión judicial sobre hecho o derecho, en otros, y otorgó el pase para litigar en los casos de duda., de hecho o de derecho.

Fué una de las creaciones necesarias del Derecho Patrio, con beneficiosos resultados en esa etapa revolucionaria que se adoptó en algunas constituciones o leyes de las provincias. En Córdoba, por ejemplo, se crearon los Juzgados de Concordia en 1835.

Como la Comisión Especial de Justicia aplicaba medidas drásticas contra el recrudecimiento de la delincuencia, el Tribunal de Concordia cumplió una misión pacificadora, en una medida relativa, para serenar las pasiones alborotadas en la vida íntima, difundiendo el espíritu de concordia.

Fué abolido por el Estatuto Provisional de 1815, pero dejó sentado un notable precedente: la conquista del principio de orden moral, conforme al cual, los jueces procurarían el avenimiento de las partes antes de conocer en las causas. En efecto, en el capítulo sobre administración de justicia, en la disposición nona, el Estatuto de 1815 prescribía: "Queda enteramente abolido y disuelto el Tribunal de Concordia; los jueces de primera instancia ante quienes se promuevan demandas deberán invitar a las partes a la transacción y conciliación de ellas por todos los medios posibles antes de entrar a conocer judicialmente".

La justicia social de la Revolución de Mayo se impregnó desde sus orígenes en el espíritu de equidad del Tribunal de Concordia.

III

A la novedad del Reglamento siguió la creación, el 20 de abril de 1812, de una Comisión de Justicia, como la llaman la comunicación a la Cámara de Apelaciones y la "Gazeta", o Comisión extraordinaria de Justicia, como la denomina su principal organizador y director, el doctor Pedro José Agrelo. Estaba integrada por los doctores Miguel de Irigoyen, Vicente A. de Echeverría y el citado doctor Agrelo, determinándose las facultades y formas de proceder de la Comisión en los tres delitos, robo, muerte y asesinato, con privativo conocimiento e inhibición de los demás juzgados y tribunales.

En efecto, se retiraron de los juzgados y de la Cámara los procesos en trámite para que fallase la Comisión.

Conocería en todas las causas pendientes sobre robos, muertes y asesinatos y de las que en adelante ocurrieran, con jurisdicción, exclusiva. Reunía las jurisdicciones ordinaria y militar, quedando los delincuentes sujetos a su conocimiento, sin excepción ni privilegio de fuero.

Las sentencias se ejecutarían inmediatamente, sin apelación, súplica ni otro algún recurso o instancia más que la primera. Los sumarios sobre delitos ya cometidos dentro de la ciudad se concluirían a los seis días. Dos votos conformes y sostenidos sin variantes hacían sentencia en todo asunto.

Las ejecuciones, hasta la pena capital inclusive, se harían sin más término que el de doce horas desde su pronunciamiento hasta las diez del día siguiente. Termina el Reglamentó con el juramento de los miembros de la Comisión de no perdonar, en su desempeño, fatiga ni sacrificio personal que conduzca a la seguridad y "al pronto ejemplar castigo de los delincuentes que atenten contra ella".

Eran facultades exorbitantes e inapelables, especialmente las consagradas en los artículos 13 y 14, en que las causas que determinaron la creación de esta Comisión de Justicia, están expuestas en la "Gazeta Ministerial" del 24 de abril. So habían dictado medidas represivas para contener la multitud de robos y muertes que se venían repitiendo, como las propuso la Audiencia en 1811 pidiendo la aplicación de pragmáticas severas para reprimir con la pena de muerte los delitos contra la propiedad. Pero no había sido eficaz este procedimiento.

El Gobierno consideró que era indispensable "abrir un paréntesis a todas esas fórmulas y rituales ordinarias que no pueden sostenerse con peligros inminentes del resto de la comunidad", a cuyo fin se delegaba en sus miembros "las facultades omnímodas de este gobierno".

La creación del Juzgado de Bienes extraños es de enero de 1812. Se mandaba que todo negociante, almacenero, tendero, pulpero, consignatario o comisionista, y toda persona que por resultas de compra o cualquier otro contrato tuviere en su poder o en poder de otro, dinero o especies de todo género pertenecientes a sujetos de España, Brasil, Montevideo, debía manifestarlo al gobierno en el término de cuarenta y ocho horas, y si no lo hiciese se le confiscaría irremisiblemente la mitad de sus bienes propios. En consecuencia, se creó, con el nombre de "Ramo de bienes extraños", una especie de Juzgado, designándose al Dr. Pedro José Agrelo con el título de comisionado.

El Triunvirato, por resolución del 2 de junio, pasó el asunto de la conspiración de Martín de Aliaga al vocal Feliciano Antonio Chiclana, quien desempeñó al mismo tiempo las funciones de Juez sumariante y de vocal del gobierno.

Por más de un mes la ciudad vivió bajo el terror, asistiendo a las escenas espeluznantes de la ejecución, pues todos los 39 conjurados fueron colgados en las horcas de la Plaza. ¡Basta de sangre!, dijo el propio Gobierno al pueblo en el manifiesto del 24 de julio, explicando que ya habían perecido los principales autores, y que ahora la clemencia sustituiría a la justicia, por mediación del Cabildo, en favor de la vida de los cómplices.

Son fundadas las observaciones hechas a este proceso, en el sentido de que mucho se había avanzado en principio desde el 25 de Mayo de 1810 para lograr la separación de los poderes, que no se aplicó en esta grave circunstancia.

Corresponde dejar establecido, que si no se cumplieron formalidades judiciales tan simples como la defensa en juicio y se precipitaron violentamente los procedimientos, a impulsos de la pasión y el terror de esos días, de los voluminosos expedientes emerge, claramente comprobada, la culpabilidad de los conspiradores y la gravedad del intento contrarrevolucionario, en connivencia con la Princesa Carlota

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Gazeta Ministerial do 24 de abril de 1812.

GONZÁLEZ, JULIO CÉSAR: *La poycelada modificación a la Real Ordenanza de Intendentes en el año 18,2*, publicaciones del Instituto de investigaciones históricas, N° LXXXII, Buenos Aires, 1942.

LEVENE, RICARDO: *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*, edición del Instituto de Historia del derecho, Buenos Aires, 1941.

MÉNDEZ CALZADA, LUIS; *La función judicial en las primeras épocas de la Independencia*, cit.

CAPITULO XXVI

LA ASAMBLEA GENERAL CONSTITUYENTE DE 1813

EN LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. La Asamblea declaró que en ella residía la representación y ejercicio de la soberanía de las Provincias Unidas. — Estatuto dado al Supremo Poder Ejecutivo. — La potestad del Poder Ejecutivo concentrada en una sola persona por ley de 1814. — Creación del Consejo de Estado. — El Himno como fuente del derecho argentino. — Leyes que abolieron la esclavitud en la Argentina. — Leyes sobre supresión de la Inquisición, los tormentos, los mayorazgos. — Ley sobre el Reglamento de administración de justicia.—Leyes sobre la Iglesia Argentina. — Las comunidades religiosas quedaban libres de todos los prelados generales existentes fuera del territorio. — Despertar de la conciencia jurídica de la Nación independiente.
- II. Examen de los proyectos constitucionales de 1813. — Proyectos de la Comisión oficial y de la Sociedad Patriótica. — La Constitución española de 1812. — El Poder Judicial Independiente. — El federalismo. — Influencia del constitucionalismo norteamericano.
- III. Juicio de residencia a los funcionarios públicos que habían ejercido hasta entonces las primeras magistraturas. — Ley de amnistía general por delitos políticos.

I

EL año 1810 fué el de la creación de la nacionalidad como fuente revolucionaria de las instituciones republicanas y de los derechos individuales; el año 1811 es el de los ensayos constitucionales; el de 1812 el de las reformas judiciales y los Juzgados de excepción al mismo tiempo, y el de 1813, inspirándose en los ideales de Mayo, fué el año de la nueva legislación, que rompió los moldes jurídicos del antiguo régimen de la dominación española.

En la primera sesión celebrada por la Asamblea General Constituyente el 31 de enero de 1813, declaró que residía en ella la representación y ejercicio de la soberanía de las Provincias Unidas del Río de la Plata, que las personas que la constituían eran inviolables y no podían ser "aprehendidas ni juzgadas" sino en los casos y términos que la misma corporación determinara, que los miembros del P. E. para poder entrar en ejercicio de sus funciones debían prestar el juramento de reconocimiento y obediencia a la Asamblea, disponiendo que lo hicieran inmediatamente las demás corporaciones.

En la sesión del 27 de febrero dictó el "Estatuto dado al Supremo Poder Ejecutivo", para deslindar sus atribuciones y facultades. Comienza estableciendo que dicho Poder quedaba

delegado en tres personas y su duración sería hasta la sanción de la Constitución del Estado. Sus miembros cesarían alternativamente, al cumplirse los períodos de seis meses.

Pero se expresó un año después, enero de 1814, "que el tiempo y la experiencia que mejora todas las instituciones humanas, habían convencido que la unidad de acción, la rapidez de la ejecución y el impulso que demandan tan difíciles negocios, todo exigía que el gobierno fuera administrado por una sola persona". Precedida de otras consideraciones no menos importantes, la Asamblea dictó la Ley por la que ordenaba que la potestad ejecutiva se concentraba en una sola persona, y en la sesión siguiente, del 26 de enero, se reformó el Estatuto del Gobierno, ordenando que en la persona que ejerciese el P. E. debían recaer todas las facultades y preeminencias acordadas por el Estatuto de 27 de febrero de 1813, llamándosele Director Supremo de las Provincias Unidas. Tendría el tratamiento de Excelencia, llevaría una banda bicolor, blanca al centro y azul a los costados, terminada en una borla de oro y residiría en la Fortaleza, durando en el cargo el término de dos años.

Además se creaba un Consejo de Estado, de nueve vocales, con Presidente y Secretario. El Presidente, que supliría al Director en caso de enfermedad, era designado por la Asamblea, pero el Secretario y los demás consejeros por el Director Supremo. Las obligaciones y facultades del Consejo consistían en producir dictamen en los negocios de mayor gravedad, que el Director Supremo tenía a bien proponerle, y elevar a su consideración aquellos proyectos que concibiere de utilidad para el Estado. El Director Supremo debía consultar indefectiblemente con su Consejo sobre las negociaciones que hubiese entablado, de paz, guerra y comercio con las cortes extranjeras.

Se nombraron en carácter de Director Supremo a Gervasio A. Posadas y como Presidente del Consejo a Nicolás Rodríguez Peña.

En las páginas anteriores, el lector ha podido seguir el curso de los antecedentes del P. E. argentino. Fué colegiado en 1810, en la Capital, creado a imagen de las Juntas Peninsulares; colegiado en 1811 en las Provincias, a imitación de la Capital, y en ambos casos por oposición al Ejecutivo unipersonal de la Monarquía y de los Gobernadores Intendentes. Tal P. E. llevaba consigo el germen de la anarquía. En el momento en que se definía su transformación hacia el P. E. de tres miembros —en vez de los diecinueve vocales de la Junta Grande— el Poder Legislativo que pretendió someterlo a su autoridad, por el Reglamento del 22 de octubre de la Junta Conservadora, fué disuelto por un golpe de Estado

Con el P. E. colegiado apareció debilitada la autoridad política, y con el P. E. de organización simplificada o Triunvirato, asomó la autoridad despótica. En 1814, al reducirse el P. E. en una sola persona, se inició un nuevo proceso histórico, llamado a combatir al mismo tiempo, sin lograrlo todavía, los males de la anarquía y la tiranía.

Nuestra Marcha patriótica no es únicamente la canción que exalta el sentimiento nacional, el heroísmo y el amor a la gloria, sino una fuente del Derecho argentino, derecho positivo y derecho ideal sobre los valores normativos sociales, que ha ilustrado y encendido la conciencia del pueblo.

El texto, como se sabe, recuerda los grandes hechos de nuestra Historia y de la guerra de la Independencia, y como ha escrito el historiador Vicente Fidel López, hijo del autor: "como si fuese una grande profecía nos prometió desde entonces que todos los libres del mundo habían de saludarnos viniendo a nuestro suelo en busca de las instituciones y del trabajo".

Ya en la primera estrofa se advierte «pie su autor es poeta y estadista. Vicente López y Planes no se concretó a defender la independencia, sino que ha expuesto en el Himno las bases republicanas de la nueva nacionalidad, los principios de la libertad, de la igualdad ante la ley y el odio a la tiranía.

Los primeros versos proclaman:

Oíd, mortales, el grito sagrado: Libertad, Libertad, Libertad, Oíd el ruido de rotas cadenas, Ved en trono, a la noble igualdad.

Y más adelante:

*En los fieros tiranos la envidia Escupió su pestífera hiél
Sus banderas, sus armas se rinden, Por trofeos a la libertad.*

Y los libres del mundo responden: Al Gran Pueblo Argentino, Salud!

Se dictaron leyes aboliendo las diversas formas de la esclavitud en la Argentina, que fueron de lenta aplicación en virtud de que se trataba de arrancar de raíz, del seno de la sociedad, una institución varias veces secular.

La declaración de la libertad de todos los niños que nacen en el territorio de las Provincias Unidas desde el 31 de enero de 1813 y el dogma de la igualdad son las materias de las primeras leyes fundamentales.

Como ya dije, el derecho patrio se revistió de un nuevo carácter en lo concerniente a la legislación de los indios.

A las disposiciones dictadas en 1810, siguieron otras, de igual espíritu revolucionario, que se aplicaron en 1811 y 1812.

Todas ellas tendían a reconocer a los indios los derechos políticos de los ciudadanos. En las asambleas electoras de las Intendencias del Alto Perú, cuatro diputados representarían las comunidades de indios.

Fué voluntad de la soberana corporación la extinción de la mita, las encomiendas, el yanaconazgo y el servicio personal de los indios, desde todo punto de vista, sin exceptuar aun el que se prestaba a las iglesias y párrocos, considerando que los indios de todas las Provincias Unidas se tengan por "hombres perfectamente libres y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos". Este decreto se publicó, traducido al aymará, quichua y guaraní.

Se mandó extinguir el Tribunal de la Inquisición, radicándose en los Tribunales eclesiásticos ordinarios la facultad de velar sobre la pureza de la creencia, por los medios canónicos únicamente, "conforme al espíritu de Jesucristo guardando el orden y respetando el Derecho de los ciudadanos".

La celebración del 25 de Mayo de 1813, declarada fiesta cívica —que venía conmemorándose dignamente en 1811 y 1812— se revistió de carácter social revolucionario.

Por ley dictada en vísperas del 21 de mayo de 1813 se prohibía "el horroroso y detestable uso de los tormentos adoptados por la política más tirana para el esclarecimiento de la verdad o investigación de los crímenes en cuya virtud serán inutilizados en la plaza mayor por mano del verdugo antes del feliz día 25 de Mayo, los instrumentos destinados al efecto".

En la reunión del Cabildo del 22 de mayo se dio entrada al oficio sobre la abolición "del detestable uso de los torméntos", acordándose que el día siguiente "se arroge a las llamas en los términos ordenados la silla de tormento que hay en la cárcel", a presencia del alguacil mayor.

En la misma sesión se declararon caducos los títulos de nobleza, condes, marqueses y barones, y el 26 de octubre se dispuso que "no deberá desde el presente existir en las fachadas de las casas y demás parajes públicos, armas, jeroglíficos ni distinciones algunas de nobleza".

La extinción de los mayorazgos y vínculos en todo el territorio de la Nación, iniciativa del diputado Alvear, dio motivo a una ilustrada discusión, poniéndose en claro "la contradicción que ellos dicen al espíritu de igualdad que reclamamos —según "El Redactor de la Asamblea"—, al interés de la población y al aumento de nuestras riquezas territoriales, objetos que siempre distaron de nuestros deseos, mientras el patrimonio de muchas familias forme la fortuna de un solo ciudadano". De ahí que la nueva ley prohiba la fundación de mayorazgos, no sólo sobre la generalidad de los bienes, sino sobre las mejoras de tercio y quinto, como asimismo cualquier otra especie de vinculación que, no teniendo un objeto religioso o de piedad, trasmita las propiedades a sus sucesores sin la facultad de enajenarlas.

En las sesiones del 14 y 19 de julio comenzó a considerarse el Reglamento de Administración de Justicia, uniformando el procedimiento en las Cámaras de Buenos Aires y Charcas, y se aprobó en setiembre de 1813, en el que no se establece el fuero de los empleados y se incorporan algunas reformas inspiradas por Manuel Antonio de Castro.

La ley dictada introdujo pocas variantes al Reglamento de administración de Justicia, del año anterior, ya explicado.

Siguiendo la tradición de Mayo, que fundó la Iglesia argentina, fueron importantes las decisiones adoptadas por la Asamblea General Constituyente relacionadas con la jurisdicción eclesiástica. El diputado Tomás Antonio Valle consideró que la edad que debía prefijarse a los regulares de ambos sexos estaba establecida por el Concilio de Tiento, no siendo materia de la Asamblea. La opinión contraria fué expuesta por el sacerdote diputado Pedro Pablo Vidal, sosteniendo que era necesario distinguir los deberes del soberano con respecto al dogma, de los que eran de mera disciplina, y que la Asamblea tenía una autoridad incontestable para dictar la ley prohibitiva de que la profesión de regulares fuese abrazada antes de los treinta años de edad. Expuso consideraciones de orden político, conforme a las cuales la religión necesita conservar su pureza, habiendo enseñado la experiencia que en los primeros períodos de la juventud casi siempre se confunde el entusiasmo con el celo, y la razón impone que no es el número de los sacerdotes el que recomienda su ministerio, sino su ejemplo. En la sesión del 19 de mayo se dictó la ley conforme a la cual los regulares de ambos sexos no podían profesar en las órdenes de esta clase hasta que no hubiesen cumplido treinta años de edad.

El mismo diputado Vidal propuso en la sesión del 31 de mayo que se interrumpiese toda comunicación entre los regulares existentes en las Provincias Unidas y las autoridades eclesiásticas reconocidas en la Península. Se leyeron por el Secretario los informes del provisor y ministros provinciales del clero regular, materia que volvió a tratarse en otra sesión, y en la realizada el 16 de junio la Asamblea hizo las tres declaraciones siguientes:

1º La Asamblea establece que las comunidades religiosas de las Provincias Unidas del Río de la Plata quedan por ahora y mientras no se determine lo contrario en absoluta independencia de todos los prelados generales existentes fuera del territorio del Estado.

2º La Asamblea prohíbe que el Nuncio Apostólico residente en España pueda ejercer acto alguno de jurisdicción en este Estado.

3º La Asamblea ordena que habiendo reasumido los obispos de estas Provincias Unidas sus primitivas facultades ordinarias, usen de ellas plenamente en su respectiva diócesis mientras exista la incomunicación con la Sede Apostólica.

La exposición precedente pone en evidencia que la Asamblea General Constituyente había removido los cimientos de la sociedad jurídica anterior a 1810, imprimiendo un

enérgico impulso a la reforma del Derecho público y privado. A partir de este momento se mantuvo el ritmo en la acción revolucionaria, alentándose el despertar de la conciencia jurídica de la Nación independiente.

II

En este párrafo me ocupo de los proyectos constitucionales de 1813 que se conocen y de las importantes reformas que introducían sobre el Poder Judicial.

La Comisión oficial que se designó para preparar un proyecto de Constitución estaba compuesta por Valentín Gómez, Manuel José García, Hipólito Vieytes, Nicolás Herrera, Pedro Somellera, Pedro José Agrelo y Gervasio A. Posadas.

El proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica fué preparado por una comisión, integrada por Antonio Sáenz, Bernardo Monteagudo, Juan Larrea, Francisco José Planes y Tomás Antonio Valle

Estos nombres tenían una significación en la política y la cultura naciente, y como consecuencia de la labor a la que fueron llamados, adquirieron un prestigio legítimo, teórico y práctico, en el dominio del derecho público.

Con respecto al sistema político —federal o de unidad— existe un matiz diferencial entre ambos proyectos, y acaso era más simple y concreta la separación en las ideas entre Gorriti, defendiendo la autonomía de los Cabildos, y Funes, la de las Intendencias, dos años antes.

El proyecto de la Comisión oficial era de tendencia federal, y el de la Sociedad Patriótica de tendencia a la unidad de régimen.

Ambos proyectos reconocían explícitamente los poderes del Estado que emanan de la voluntad de los pueblos, trasuntan ya la experiencia de una política nacional, aunque breve, pero no se podría desconocer que en el de la Comisión oficial se acusa la influencia de la Constitución española de 1812 y, a través de ésta, la de la Constitución francesa de 1791, y en el de la Sociedad Patriótica adquieren mayor resonancia las ideas de los revolucionarios de Francia y Estados Unidos.

Hago mío, en definitiva, el juicio de un historiador respecto de los dos proyectos constitucionales. Acerca del de la Comisión oficial se ha observado que adoptó un sistema electoral complicado para aplicarlo a pueblos que no tenían sino vagas

nociones de lo que eran comicios regulares, organizó poderes públicos con cuidadoso detenimiento para un país dividido en regiones aisladas entre sí, no dio a esas comarcas la necesaria autonomía y mantuvo el ejecutivo colegiado.

El proyecto de la Sociedad Patriótica es más acertado en la organización del P. E. unipersonal y tiene dos capítulos bien estudiados sobre los derechos individuales

A estas observaciones corresponde agregar las que se refieren al Poder Judicial, considerando en principio que significan un evidente progreso en tan importante materia, con respecto a los ensayos anteriores.

En el proyecto de la Comisión oficial existe una influencia indudable de la Constitución española de 1812, pero esta última es superior en todo lo concerniente a los Tribunales y la administración de justicia en lo civil y criminal.

Se trata de un conjunto de disposiciones que revelan el espíritu liberal de la Constitución gaditana, dictada durante el cautiverio de Fernando VII Cuando el Rey volvió al trono en 1814, entre sus primeros actos figura el rechazo de la Constitución y persiguió y encarceló a no pocos diputados a las

Cortes de Cádiz. Se explica asimismo que los proyectos constitucionales de 1813 y aun los Reglamentos de 1815 y 1817, no hayan ido tan lejos en materia judicial como la Constitución española de 1812, por el estado revolucionario del país, conmovido profundamente durante el proceso de la guerra por la Independencia y el de la organización institucional.

Todo el cap. XXI, de treinta y seis artículos en el proyecto de la Comisión oficial, está dedicado al Poder Judicial, advirtiéndose a través de su contenido la intervención de hombres de gran versación jurídica.

Comienza declarando que es un Poder independiente; la facultad de juzgar y de aplicar las leyes pertenece exclusivamente a los jueces y tribunales; los jueces deben juzgar por el texto expreso de la ley, y toda interpretación o arbitrariedad se consideraba un crimen que los hacía responsables personalmente; el orden judicial en lo civil y criminal era uniforme en todo el Estado; los jueces permanecerían en sus empleos mientras obraran bien; no podían ser removidos sino en virtud de sentencia legal, pero el Supremo Tribunal de Justicia tenía facultad para suspenderlos por justas causas.

Se creaba la Corte Suprema de Justicia para todo el Estado, un Tribunal Superior en cada Provincia, jueces letrados en cada partido y jueces de paz en todos los pueblos; una organización eminentemente teórica, en virtud del estado general del país.

Son notables las facultades de que se investía la Corte Suprema de Justicia, revelándose así que sus autores tuvieron la visión de la labor de cohesión nacional que estaba llamado a desempeñar el Poder Judicial.

Por último se deben recordar los términos del art. 32 de este capítulo XXI en el que se expresa que en los negocios civiles ejecutivos se procederá con arreglo al Código Civil, y en los mercantiles según lo establecido en el Código respectivo.

De su simple enunciado resulta que, ya en 1813, los legisladores argentinos tenían la preocupación de dictar los códigos civil y comercial como altas y uniformes expresiones jurídicas de la nacionalidad.

En el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica los capítulos XXI y XXII están dedicados al Supremo Poder Judicial.

Este Supremo Poder Judicial se componía de nueve magistrados elegidos entre "los más Provetos de todas las Provincias", que recibirían una compensación que no podría ser disminuida mientras permanecieran en los cargos. Entre las facultades asignadas figura la de "juzgar a todos los delincuentes contra la Constitución", extendería su jurisdicción a todos los casos procedentes de tratados celebrados con las naciones, con embajadores y otros ministros y a los que ocurriesen entre una y otra Provincia. En 15 artículos se organizaba el Poder Judicial de cada Provincia, sobre la base del juicio criminal por jurados, como en el proyecto de la Comisión Oficial, y el establecimiento en cada pueblo de dos jueces de primera instancia, cuando pasase de cinco mil habitantes y no excediese del duplo, creándose además en cada Provincia una Sala de Apelaciones de cinco jueces en los que se terminaban los juicios.

También se prepararon otros proyectos de Constitución.

Ya en 1813 el federalismo era un fenómeno general, pero todavía sin definirse entre sus distintas formas, la confederación, la federación pura, la federación mixta, la descentralización administrativa y judicial.

Con el federalismo de 1813 surge el caudillismo. Su expresión anticipada es José Artigas, quien desde 1811 venía desempeñando una misión trascendental en la campaña, hasta rebelarse contra los hombres del Primer Triunvirato, que firmaron el Tratado de Pacificación de 20 de octubre de 1811¹

Se debe señalar también la Influencia del pensador Thomas Paine, radicado en los Estados Unidos de Norte América, en Filadelfia, con la obra " La independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha". Es un extracto de sus obras, traducidas del inglés al español por el venezolano Manuel García de Sena,

edición de Filadelfia del año 1811. Paine proclamó que el sistema representativo republicano era la invención del mundo moderno, Fundado en la igualdad de derechos. En este libro, además de diversos textos figura la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, y las Constituciones de algunos Estados norteamericanos, documentos destinados a alentar el amor a la república.

Es la influencia del constitucionalismo norteamericano que se acusó en la primera carta política hispanoamericana, que es la Constitución de diciembre de 1811 de Venezuela.

1 Serenas y fundadas son estas palabras del historiador ARIOSTO D. GONZÁLEZ en *Las primeras fórmulas constitucionales*, cit., pág. 114:

"El estudio de las bases constitucionales establecidas para regir la actuación de los representantes por Tucuman, Córdoba y Jujuy, enseña que era convicción definitivamente adquirida por esos pueblos, antes de abril de 1813, la de que el nuevo régimen Institucional habría de asentarse sobre principios de descentralización (federación, confederación o municipios autónomos) que consagrasen el derecho de las comarcas a regir sus destinos con cierta independencia dentro de un ordenamiento jurídico superior al Estado.

"Se desvanece por ello, como una leyenda, sin al más leve arraigo en la realidad, la afirmación —tan insistentemente reiterada por escritores de distintas épocas y procedencias— de que las "Instrucciones" artiguistas fueron las primeras que proclamaron, con precisión categórica, la adhesión al régimen federal. Voces anteriores a la de Artigas —aunque sin duda de resonancia más limitada— reclamaron la implantación del sistema federal para librar a los pueblos de la atracción poderosa y del dominio de Buenos Aires".

III

Una de las trascendentales resoluciones de orden político y judicial al propio tiempo fué la adoptada por la Asamblea el 9 de marzo al afirmar que era función inherente a la misma realizar el juicio de residencia a los funcionarios públicos que habían dirigido hasta entonces el gobierno de las Provincias Unidas. Su conducta debía ser juzgada por los representantes de la Nación. La Asamblea se reservaba el conocimiento privativo de estas causas, no obstante que pertenecían al orden judicial, para que el pueblo supiera a quiénes debía confiar su suerte, además de ser un medio seguro para escribir "la última página de la Revolución" y restituir la paz y la libertad a la familia americana.

Con el fin de cumplir esta Ley se nombró una Comisión con todas las facultades judiciales necesarias para la substanciación del proceso y sentencias en último grado, avisando al P. E. a objeto de que se le franquearan a sus miembros todos los documentos y auxilios que estimaren convenientes.

La Comisión recibiría en público "delante de la barra y en presencia del acusador en lo pertinente" o de los testigos que hubiesen depuesto contra el reo. Este podía presentar, en el término de tres días después de su confesión, hasta tres testigos idóneos. Concluido este acto la Comisión examinaría la causa en sesión secreta y se emplazaría al reo ante la barra para el día del pronunciamiento final, en sesión pública. No habría apelación ni recurso alguno de la sentencia pronunciada por la Comisión.

La lista de los comprendidos en el juicio de residencia se refería a treinta y cinco personas.

La Asamblea ordenó sobreseer, a iniciativa del Director Supremo Posadas, las causas de residencia en que entendía la Comisión Permanente, sin perjuicio de los asuntos entre partes, a excepción de Saavedra y Campana, que debían ser expatriados del territorio de las Provincias Unidas. Aun circunscripto al 5 y 6 de abril, que no es un simple episodio sino una revolución política y social, y respecto de la culpabilidad de las dos personas a que se hace referencia, este pronunciamiento de la Asamblea como Tribunal no está fundado en la justicia según las modernas investigaciones históricas. Además, encontrándose confinadas algunas personas de las que habían ejercido el poder, y conforme al pensamiento del Director Supremo de lograr "la conciliación general", haciendo desaparecer para siempre "los vestigios de la discordia", la Asamblea General Constituyente dictó una ley de amnistia general. El mal era más grave. La crisis social y política continuó conmoviendo al país.

Como se sabe, el 15 de abril de 1815 se produjo la Revolución Federal que depuso al Director Alvear y disolvió la Asamblea, hecho trascendental que inicia un nuevo ciclo en la Historia del Derecho Argentino.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

CANTER, JUAN: *La Asamblea General Constituyente en Historia de la Nación Argentina*, edición de la Academia Nacional de la Historia, Vol. VI, Primera Sección, Buenos Aires, 1944.

El Redactor de la Asamblea, (1813-1815), edición facsímil de la Junta de Historia y Numismática (Academia Nacional de la Historia), Buenos Aires, 1913.

FREGEIRO, CLEMENTE L.: *Estudios históricos sobre la Revolución de Mayo*, edición de la Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1930, tomo I.

GONZÁLEZ, ARIOSTO D.: *Las primeras fórmulas constitucionales en los países del Plata (1810-1813)*, Montevideo, 1941.

PAINE, THOMAS: *La independencia de la Costa Firme...*, Filadelfia, 1811.

RAVIGNANI, EMILIO: *Historia constitucional de la República Argentina*, cit., t. I.

CAPITULO XXVII

EL CONGRESO DE TUCUMAN EN LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

Los diecisiete asuntos que trataría el Congreso señalados en la sesión del 19 de junio. — Alcance político y jurídico del Acta de la declaración de la Independencia de las Provincias Unidas de Sud América de 9 de julio de 1816. — El "Manifiesto de las Provincias Unidas" del 1° de agosto de 1816. — El "Manifiesto que hace a las Naciones" de 25 de octubre de 1817. — Primeras leyes sobre la bandera nacional. — En la sesión secreta del 6 de julio de 1816, el General Belgrano informó al Congreso sobre el estado político europeo, donde "se trataba de monarquizarlo todo". — La opinión de Fray Justo Santa María de Oro. — La simulación monárquica en 1819.

EN el seno del Congreso de Tucumán los diputados trabajaron con noble afán y probada capacidad, hombres en quienes palpitaba el amor y el dolor de la patria.

A partir del 24 de marzo las reuniones del Congreso, que actuó casi un año en Tucumán y luego en Buenos Aires, se suceden sin interrupción, adoptándose decisiones eficaces y de orden práctico en unos casos, y en otros formulando declaraciones o redactando manifiestos con miras patrióticas superiores.

El juramento de la Independencia, como acto de dimensión, política y social, era el asunto candente en el que todos estaban unánimemente de acuerdo y cuya pública y solemne afirmación se hacía en la hora más difícil para la causa común de la revolución hispanoamericana. Esa declaración, de acuerdo con el plan de guerra, inició la ofensiva contra la restauración española en América, triunfante desde México a Chile.

Después de la Revolución de 1815 y la derrota de Sipe-Sipe, celebrada en España como la última batalla de la reconquista de la América española, el Congreso de Tucumán en 1816 declaró la Independencia "que esperaban con ansia los pueblos", como dijo con razón "El Redactor". Como se sabe, la Independencia era el objetivo de la Revolución desde los días de Mayo de 1810.

La Independencia a la faz de la tierra —cuya acta fue redactada por el diputado José Serrano— contiene expresiones de alcance político y jurídico. Se eleva desde las primeras palabras en inspirado vuelo, diciendo: "Nos, los representantes de las Provincias Unidas de Sud América", reunidos en Congreso General, invocando al Eterno, manifestaron "en nombre y autoridad de los Pueblos" que es voluntad unánime

e indubitable romper los "violentos vínculos" que los ligaban a los Reyes de España, dispuestos a recuperar los derechos de que fueron despojados, invistiéndose del "alto carácter de nación libre e independiente". Quedaban en consecuencia "de hecho y de derecho con amplio y pleno poder para darse las formas que exige la justicia e impere el cúmulo de sus actuales circunstancias". Más adelante, en muestra de arrogancia y valor, se comprometían los firmantes al cumplimiento y sostén de esa voluntad, bajo la garantía de sus "vidas, haberes y fama". En seguida manda explicar en un manifiesto las razones de esta declaración. El Secretario presentó la proposición para requerir el voto, y al terminar de formularla con vehemencia, "puestos en pie los señores diputados en sala plena, aclamaron la independencia de las Provincias Unidas de la América del Sur".

A la declaración del 9 de julio se agregó la del 19 del mismo mes, a propuesta del diputado Pedro Medrano, de que la Independencia era, además de España, "y de toda otra dominación extranjera", con el fin de desautorizar las versiones propaladas de que se había iniciado una negociación para coronar a un Príncipe de la casa de Portugal.

El Congreso envió al Director Supremo, el 10 de agosto, las versiones del Acta de la Independencia, en idiomas quichua y aymará, a los efectos de su impresión.

Dieciséis días después de declarada la Independencia, el 25 de julio, se dictó la primera ley sobre la bandera, en virtud de haberse elevado las Provincias Unidas de Sud América "al rango de una nación", adoptándose la bandera celeste y blanca "que se ha usado hasta el presente y se usará exclusivamente en lo sucesivo en los ejércitos, buques y fortalezas". Por ley de 26 de febrero de 1818, de este mismo Congreso, se mandó que la bandera nacional de guerra o Bandera Mayor, llevara el sol, para distinguirla de la bandera mercante o Bandera Menor, y dice que será blanca y azul "en el modo y forma hasta ahora acostumbrada", manteniendo en vigor la ley anterior. La Asamblea General Constituyente no se había ocupado de la bandera, pero en sesión de 26 de enero de 1814. al tratarse la reforma del Estatuto Provisorio, dispuso que el primer magistrado "llevará una banda bicolor, blanca al centro y azul a los costados, terminando en una borla de oro, como distintivo de su elevada representación".

El Acta de la declaración de la Independencia de 1816, dada en el momento de mayor peligro americano, ratifica el coraje moral de un pueblo y es el documento solemne y formal, erigido en carácter de una ley de derecho natural, eterna e invulnerable, consagratoria de la independencia, pero no es precisamente la fe de

bautismo, pues el documento que descubre el origen de ese pueblo es la Petición escrita de los días de mayo de 1810, por la que se derribó la monarquía con la firma (le más de cuatrocientos vecinos representativos de los distintos sectores sociales, se designó el primer gobierno y se enviaron a las Provincias las expediciones libertadoras.

El "Manifiesto de las Provincias Unidas de Sud América excitando a los pueblos a la unión y al orden", Pechado el 1º de agosto de 1816, es de Juan José Paso (se expidieron otros manifiestos), y el "Manifiesto que hace a las Naciones el Congreso General Constituyente...", aprobado el 25 de octubre de 1817, es de Antonio Sáenz.

Se trata de dos expresiones vigorosas del pensamiento argentino, concebidas y redactadas con espíritu jurídico y filosófico.

El Manifiesto del publicista Paso es una de las páginas más profundas de la Revolución argentina. Escrito en 22 días de declarada la Independencia, ensaya una interpretación del proceso social revolucionario, con el noble objeto de extirpar los gérmenes mortales y robustecer la autoridad del Congreso y del Director, combatiendo el desorden y la desunión. Tiene palabras severas para juzgar los hechos que degradaban el mérito de la Revolución de Mayo y el crédito de las expediciones militares. Desarrolla el concepto orgánico sobre la anarquía y sus funestas consecuencias para la conservación del patrimonio, manifestando que éramos dueños de un gran territorio, pero la división lo había reducido, privándonos de partes pobladas y ricas. Se trata de un concepto fundamental para explicar un lustro de historia patria, pero además anticipa una dolorosa profecía. Su autor, con el noble afán de conjurar a tiempo la tragedia, proclamó a su generación la verdad aleccionadora. Hasta 1816 esa política anárquica venía provocando el desmembramiento de algunas partes integrantes del organismo nacional, pero a la luz de esa visión se explican los desmembramientos producidos después.

El gobierno español había acusado de perfidia ante las demás naciones el acto de emancipación de las Provincias Unidas, imputándoles ideas de anarquía y miras de introducirlas en otros países, designios de destruir la religión, abolir la moralidad y establecer licencia de costumbres. Para defender nuestra causa y explicar la Independencia se aprobó el "Manifiesto que hace a las Naciones. ..", que se había mandado redactar en las primeras sesiones del Congreso.

Antonio Sáenz, que venía desarrollando una intensa acción pública desde la Revolución de Mayo y que ya gestionaba la fundación de la Universidad de Buenos Aires y fué después su primer Rector, inició el "Manifiesto" con esta declaración que

coloca alto el ideal revolucionario: "El honor es la prenda que aprecian los mortales más que su propia existencia y que deben defender sobre todos los bienes que se conocen en el mundo por más grandes y sublimes que ellos sean". En seguida presenta el cuadro histórico de las irrupciones de la guerra, visto a través del dolor y pasiones exaltadas de ese momento, desde que los españoles penetraron en América.

Como se advierte, las Provincias Unidas de la América del Sur era el nombre entonces más en boga que se daba a nuestra Nación, pero era también el espíritu y el destino solidario de estos pueblos del Continente, como que habían gestionado el envío de representantes del Paraguay y de Chile.

La Argentina grande de 1816 a 1820, levantaba su pensamiento en la extensión de esta parte del hemisferio occidental, porque americana había sido la inspiración de la Revolución de Mayo y americana era la única forma de sostener y hacer invencible la propia independencia. Estos ideales se exteriorizaron en los documentos de la época, desde 1810, y también se estamparon en las instrucciones y tratados reservados con Chile y Perú, en los que se habla de la "consolidación de la Independencia de América".

El Congreso de Tucumán se ocupó del problema fundamental de la organización nacional, pero desde sus comienzos no pocos de sus miembros revelaron su preferencia monarquista, explicable por las razones imperantes entonces en Europa.

En la sesión secreta del 6 de julio de 1816, el general Belgrano, a la vuelta de su viaje a Europa, después de haber desempeñado su misión diplomática, fué invitado por el Congreso a que explicara el estado político del Viejo Continente y concepto que le merecía la Revolución de las Provincias Unidas. La Revolución había perdido prestigio, al decir de Belgrano, por su declinación en el desorden y anarquía continuada y con respecto a la forma de gobierno, en Europa se había producido una mutación completa de ideas, que en años anteriores eran republicanas y que en el día "se trataba de monarquizarlo todo". De ahí su concepto de que la forma de gobierno más conveniente para estas Provincias era la de una monarquía temperada, llamando la dinastía de los Incas.

En la sesión del 15 de julio, el diputado Fray Justo Santa María de Oro expuso la tesis de que para proceder a declarar la forma de gobierno era preciso consultar previamente a los pueblos sin ser conveniente otra cosa por ahora, que dar un Reglamento provisional; y que en caso de procederse sin aquel requisito a adoptar el sistema monárquico

constitucional, a que veía inclinados los votos de los representantes, se le permitiese retirarse del Congreso".

No se hizo la consulta a los pueblos y las discusiones continuaron, pero en definitiva la forma monárquica de gobierno no se aprobó de inmediato, y cuando se adoptó como recurso diplomático y como medio para dominar la anarquía, a fines de 1819, trajo la caída y disolución del Directorio y del Congreso.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

ARCHIVO HISTÓRICO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: *Documentos del Congreso de Tucumán, 1816-1820*, La Plata, 1947.

CAILLET BOIS, RICARDO: *El Directorio, las Provincias de la Unión y el Congreso de Tucumán (1816-1820)*, en *Historia de la Nación Argentina*, editada por la Academia Nacional de la Historia, Vol. VI, Primera Sección, Buenos Aires, 1944.

El Redactor del Congreso Nacional de 1816, edición del Museo Mitre, Buenos Aires, 1916.

Gazeta de Buenos Aires, de 17 de agosto de 1816, en que se publica el Acta de la Independencia y de 81 de agosto del mismo año en que se refiere al manifiesto de las Provincias Unidas.

CAPITULO XXVIII

EL ESTATUTO DE 1815, EL REGLAMENTO DE 1817

Y LA CONSTITUCION DE 1819

- I. La Revolución federal de 15 de abril de 1815 y la Junta de Observaciones. — Creación de Tribunales revolucionarios. — El Estatuto Provisional de 1815 contiene una organización de los poderes y declaración de los derechos individuales. — Prescripciones sobre la administración de justicia y la independencia del Poder Judicial.
- II. El Reglamento de 1817. — Prescripción del Reglamento de 1817, conforme a la cual el cuerpo social debía garantir y afianzar el goce de los derechos del hombre y aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos. — Observaciones a este Reglamento de los publicistas Daunou y Bentham. — Afirmación de que, comparativamente, el Reglamento Provisorio de 1817 era preferible a las Constituciones permanentes en vigor en Europa.
- III. La Constitución de 1819. — Adopción del sistema bicamarista. — Composición del Senado con personas de representación. — Prescripciones sobre el Poder Judicial independiente. — Creación de la Alta Corte de Justicia. — La Constitución de 1819 no fué un pacto de unión.

I

CON la Revolución federal de 15 da abril de 1815, que interrumpió el gobierno nacional y disolvió la Asamblea General de 1813, se inicia un nuevo período de la historia política y jurídica argentina.

La impopularidad de Alvear, el nuevo Director Supremo, fué general. Caído el Director Supremo, el cabildo reasumió el mando, procediéndose después a elegir la Junta de Observación, que daría al gobierno un Estatuto Provisional. Tal Junta estaba compuesta de cinco personas: Dres. Esteban Agustín Gazcón, Pedro Medrano, presbítero Dr. Antonio Sáenz, José María Serrano y Tomás Manuel de Anchorena, en calidad de titulares.

Las malas pasiones de 1815 crearon tribunales revolucionanos con facultad para juzgar a las principales personas del régimen depuesto por el delito político de facción.

El procedimiento seguido y las magistraturas especiales que entraron a funcionar señalan este acontecimiento entre los más censurables de la historia judicial argentina.

El Cabildo declaró que para salvar la salud del pueblo se establecían tres comisiones, una militar, otra civil y una tercera de secuestros; esta última destinada a "la indagación y hallazgo de los bienes e intereses de todos los que resultaran reos".

La Junta de Observación, que se inauguró el 25 de abril, en reunión del 16 de mayo trataba el Estatuto. Como se ha observado, no es posible admitir que en veinte días se pudiera dar forma a un cuerpo constitucional tan extenso, y es que el Estatuto Provisional de 1815 repite en gran parte el proyecto de Constitución de 1813, de la Sociedad Patriótica, redactado por Monteagudo, pero no así en lo referente al Poder Judicial, materia en la que aparecen nuevas e importantes reformas.

De todos modos, el Estatuto Provisional del mes de mayo de 1815, que contiene una organización de los poderes y la declaración de los derechos de las personas, que dedica secciones especiales a las elecciones (sección quinta) y al ejército y a la armada (sección sexta), fué aprobado y mandado observar por el Congreso de Tucumán, con algunas modificaciones y adiciones en noviembre de 1816, hasta dictarse la Constitución general.

En este Estatuto, la Junta de Observación no sólo era Poder Legislativo, sino también Constituyente.

Por este Estatuto de 1815 se reconocía a las Provincias el derecho de elegir sus gobernantes.

La sección quinta, capítulo IV, está dedicada a las elecciones populares de los Cabildos seculares de ciudades y villas, en elecciones de segundo grado, la primera reforma a fondo en el régimen político del Poder Municipal que inoculó en su seno el principio que determinaría, con la crisis de 1820, la abolición del Cabildo de Buenos Aires en 1821.

Interesa referirse particularmente a las disposiciones del Estatuto de 1815 sobre la administración de justicia.

Para explicar la trascendencia de las reformas judiciales incorporadas a este cuerpo legal debe tenerse presente que habían actuado en la Junta de Observación que lo dictó hombres de significación pública o actuación forense como los ya citados.

Corresponde decir que en todo lo concerniente al Poder Judicial, el Estatuto de 1815 representa un evidente progreso en la legislación en vigor, y los proyectos

constitucionales anteriores y muchas de sus prescripciones pasaron casi textualmente a las Constituciones subsiguientes.

Toda la sección cuarta, compuesta de tres capítulos, está dedicada al Poder Judicial.

La administración de justicia seguiría los mismos principios anteriores, con las siguientes reformas:

1º Se abolía en todas sus partes el Reglamento de Administración de Justicia de 1812 y se restablecía el orden de derecho para la prosecución de las causas criminales con un nuevo sistema de defensa. En efecto; se permitía a los reos nombrar un padrino que presenciara su confesión y declaración de los testigos, cuidando dejar constancia por el escribano o juez de la causa, claramente, en los mismos términos en que hubieran sido expresadas, sin modificaciones ni alteraciones, ayudando al reo en todo aquello en que por el temor, poca inteligencia u otras causas, no pudiera por sí mismo manifestarse, debiéndose entender que el padrino sería a voluntad del reo, sin perjuicio del abogado o procurador.

2º En los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria, las Cámaras, terminada la sustanciación del grado, darían cuenta, con autos, al Director del Estado, incurriéndose en el grave error de que se nombraría inmediatamente una Comisión de cinco letrados que la determinen, la cual, concluido su cometido, quedaba disuelta.

3º Los recursos de nulidad e injusticia notoria de las sentencias del Tribunal de Alzadas de Comercio se decidirían en la Cámara de Apelaciones.

4º Además, se mandaba abolir y disolver al Tribunal de Concordia, pero los jueces de primera instancia, ante quienes se promuevan las demandas, debían invitar a las partes a la transacción y conciliación por todos los medios antes de entrar a conocer judicialmente.

II

El Reglamento de 1817 consignaba importantes reformas sobre la elección por el Director de los Gobernadores Intendentes, de la lista que enviaban los Cabildos; la elección de miembros de los Cabildos popularmente, pudiendo concurrir a las elecciones los ciudadanos de las Inmediaciones y de la campaña; la forma de provisión de los empleos, en que se especificaban los nombramientos de letrados por el Director a indicación de las Cámaras de Apelaciones; las propuestas militares, que se harían conforme a las ordenanzas del Ejército, y las de Hacienda, Policía, Maestranza,

Fábricas, Capitanías de Puerto y de otros ramos, que se llevarían a cabo por el Director a indicación de los respectivos jefes, por orden de antigüedad, en igualdad de méritos y buenos servicios, admitiéndose la elevación del recurso para los que fueron postergados, debiendo conocer el Director sumariante. Asegurado el principio del escalafón o ascenso, se declaraba también la estabilidad del empleado, que permanecería en su cargo según "su buena y arreglada conducta".

En cuanto a las milicias —que el Estatuto de la Junta de Observación ponía bajo el mando del Cabildo, las milicias cívicas, y que había motivado una severa crítica de Pueyrredón— se prescribía en el Reglamento de 1817 que el Director General era el Comandante en Jefe nato de todas las fuerzas del Estado y tenía bajo sus órdenes la armada, ejércitos de línea, milicias nacionales y cívicas, para protección de la libertad civil de los ciudadanos, defensa, seguridad, tranquilidad y buen orden de todo el territorio de la Unión.

Entre las notables finalidades del Estatuto aprobado por el Congreso en 1816 y el Reglamento de 1817 figuran las referentes a los deberes del Cuerpo Social, conforme a las cuales dicho Cuerpo debía garantizar y afianzar el goce de los derechos del hombre, aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse, declarándose que toda disposición o Estatuto contrario a estos principios sería de ningún efecto.

En honor a la verdad debe decirse que los cambios de opiniones que originó el proyecto de reformas del Director Pueyrredón revelan las elevadas inspiraciones políticas y patrióticas del Congreso en 1817, su conocimiento de la realidad nacional y los antecedentes propios, al punto desde que no hacen pensar en el cambio de criterio que se produciría entre sus miembros y en la crisis que se originó entre ellos cuando se consideró y sancionó la Constitución de 1819.

El Reglamento Provisorio para las Provincias Unidas de Sudamérica fué aprobado por el Congreso el 3 de diciembre y comunicado al Director.

La crítica de este Reglamento fué hecha por el gran publicista P. C. F. Daunou, autor del "Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad", que tradujo del francés el Deán Gregorio Funes, agregándole valiosas notas. Era interesante conocer la opinión que merecían las instituciones argentinas a los publicistas europeos que, como Daunou, tenían autoridad en la materia, pues además de su obra personal había colaborado en la redacción de las Constituciones de los años III y VIII de Francia.

En estas observaciones, Daunou justifica por cierto la Independencia argentina, y "demuestra al mundo entero que al imperio de las luces no "ha dejado de extender su benéfica influencia sobre la república del Río de la Plata", como se consigna por el traductor del opúsculo "América Meridional", que firma D. O., que corresponde a Domingo Olivera.

El Poder Ejecutivo, de que trata la sección tercera, le inspira la crítica de que tiene facultades excesivamente amplias, confiado a un solo magistrado Supremo, nombrado por el Congreso. No está prescripto el tiempo que debe durar en sus funciones ni se detalla la organización del Congreso. El Director nombra y tiene bajo sus órdenes tres Ministros, comfiere todos los empleos civiles, judiciales y militares "y aun eclesiásticos"; tiene la facultad de otorgar gracias, trata a nombre del Estado con las potencias extranjeras, dispone de las rentas públicas y de toda la fuerza armada. Sin embargo, agrega, se le ha declarado responsable, y uno de estos capítulos pone límites a su autoridad, pero es preciso que sean "determinados e inalterables", porque la mayoría estaban alterados por restricciones.

Todo hace creer —explica acertadamente Daunou— que la institución de este enorme Poder Ejecutivo ha sido reclamada por el imperio de las necesidades de los tiempos y lugares; y que no se ha confiado sino a manos seguras e incapaces de abusar. Consideraba que en Europa jamás se había establecido un poder provisorio semejante, porque traería consigo "turbaciones, desgracias y por último la servidumbre". Estaba persuadido que la "República de Bueños Aires" se hallaba al abrigo de estos peligros, y de ahí que circunscribiese sus observaciones en esta parte: 1º, que tal Reglamento provisorio no le prolongaría por un término indefinido, y 2º, la Constitución circunscribiría mucho mejor el poder Ejecutivo y no lo concentraría en manos de uno solo.

Aceptaba la disposición de que el Director debía hacer respetar la Religión Católica, pero no la de hacerla observar, que sería obligar a los particulares a profesar sus dogmas. También le impresionó que en el Reglamento se consignaran los títulos con que se calificaba de Bzoelenoia al Director y de Señoría a cada uno de sus Ministros. Sí, en efecto, estos varios títulos aún se imponían a los pueblos de la América Meridional, era un motivo más poderoso para no emplearlos —según la argumentación de Daunou—, a menos que se quiera terminar en instituciones monárquicas o aristocráticas.

Después de enunciar el contenido de los diversos capítulos de la cuarta sección sobre el poder judicial, recuerda que los cuidados de la administración interior y el poder de juzgar habían sido confundidos entre las instituciones que el gobierno español formaba para los americanos. Es la parte del Reglamento que la considera digna de elogio porque no se limita a señalar esa confusión sino que la remedia.

Al terminar, Daunou alcanza a afirmar que la organización provisoria de este nuevo Estado era preferible a las Constituciones permanentes que regían a las naciones europeas. De ahí que pronosticara con fundamento los progresos que la libertad, la equidad y la razón debían hacer en la América Meridional.¹

Se impone a nuestro espíritu el valor de las observaciones de Daunou al Reglamento Provisorio de 1817, con respecto al "enorme Poder Ejecutivo" y sus peligros, a la Religión de Estado, distinguiendo entre respetada y hacerla observar, a los "vanos títulos" de los magistrados, a la importancia concedida al Poder Judicial, a las garantías individuales y las libertades públicas. Todas estas observaciones confirman la tesis que sustento de la originalidad de las instituciones políticas argentinas articuladas en este ensayo constitucional, porque las críticas formuladas son de carácter teórico, en virtud de que no se conformaban con los principios en boga y con la necesidad de realizar progresos acelerados, entonces dominante.

Jeremías Bentham era en Inglaterra la expresión más avanzada del liberalismo. Había concebido un sistema de reformas sociales sobre la base de que la personalidad humana no procede por inspiraciones de orden moral sino por el interés, considerándolo como el resorte de todas las acciones.

Una gran admiración profesó Rivadavia a Bentham, y éste distinguía en forma excepcional al estadista argentino. Por virtud de estas relaciones nos enteramos de las observaciones que formuló el filósofo inglés al Reglamento de 1817.

Rivadavia pensaba traducir a Jeremías Bentham, a través de la obra extractada por Daunou, publicada en francés con el título "Táctica de las asambleas legislativas y sofismas políticos". Bentham alude a la libertad de prensa, "libertad siempre vacilante

¹ P. C. F. DAUNOU, *Ensayo sobre las garantías individuales...*, traducido del francés al castellano por Gregorio Funes, Buenos Aires, 1822 Apéndice "De la América Meridional". La Junta de Estudios de Derecho Político Argentino de la Universidad de Córdoba hizo una reedición de esta obra en 1941, con prólogo de Enrique Martínez Paz (h)

que la prensa posee; que la posee, no en virtud de leyes, sino a pesar de las leyes y por debilidad de espíritu de los gobernantes". Otro asunto era el de Director Supremo. "A

través de esta supremacía... de atributo en atributo, en todos los momentos se puede tener un Dios completo sobre la tierra, tal como nosotros lo tenemos".

Agrega que "por falta de conocimientos locales y temporarios, no sé que decir: puedo figurarme un estado de cosas, en que la libertad de la prensa podría hacer mas mal que bien y donde por el bien del pueblo mismo, el poder del Jefe del Estado no sabría tener, en efecto otras tutelas que las puestas por tiempo".

La visión de Bentham era notable. Sin conocer estos pueblos, señaló la significación que tienen en su destino la libertad de prensa y el Poder Ejecutivo fuerte, indicando sus fallas.

III

"La voz unísona de las Provincias no es otra que Constitución, ¿pero están en estado y aptitud para recibirla?, ¿seria acaso la Constitución el poderoso dique que contuviese el torrente de las disensiones que nos devoran?", se preguntaba "El Redactor" de 20 de enero de 1817.

La comisión especial nombrada para redactar la Constitución, e integrada por los patriotas publicistas Paso, Zavaleta, Sánchez de Bustamante, Serrano y Sáenz, se reunió desde el 24 de septiembre de 1817, llevando adelante la realización del proyecto en ocho meses, hasta el 23 de mayo de 1818, y en la sesión del Congreso del 25 de Mayo, Pueyrredón decía en su discurso respecto al proyecto, que la comisión lo había puesto ese día en sus manos "y el Congreso va a examinarlo y discutirlo". Al tratarse el Poder Legislativo, en la sesión del 7 de agosto de 1818, se mandó que se compondría de dos Cámaras, una de Representantes y otra de Senadores, adoptado en las Constituciones de Inglaterra y Estados Unidos. La división del Cuerpo Legislativo aseguraba la permanencia de la Constitución y daba una gran responsabilidad a las Leyes, precaviendo su inestabilidad.

Al adoptarse el Poder Ejecutivo unipersonal (elegido por las dos Cámaras reunidas) se daba unidad al Gobierno, "esa cualidad importante de las monarquías", llamando al Senado a los hombres distinguidos, ya por pertenecer a la clase militar y a la eclesiástica, ya por sus riquezas y talentos; se incorporaba la aristocracia, y reservando la Cámara de Representantes " a los ciudadanos sin goce de fuero o de la clase común", le daba carácter a la democracia. Al tratarse el estado vitalicio de los senadores (uno por cada Provincia, tres militares, el Obispo de la Diócesis, uno por cada Universidad y el Director del Estado concluido el tiempo de su mandato), se dijo con razón que la perpetuidad del cargo ponía en evidente riesgo la parte democrática de la Constitución,

y que si las senadurías eran premios, debían renovarse entre los ciudadanos más beneméritos "y no estancarse en unos pocos". El artículo fué modificado, fijándose doce años.

La sección Cuarta dedicada al Poder Judicial fué adoptada sin mayores debates y contiene un conjunto de prescripciones que tendían a asegurar la Independencia de ese poder y a promover el progreso de la magistratura.

La primera y más importante de esas reformas era la creación original —asignándole una categoría superior— de la Alta Corte de Justicia, compuesta de siete miembros y dos fiscales que ejercería el Poder Judicial del Estado; sus miembros serían letrados con ocho años de ejercicio profesional y cuarenta de edad, nombrados por el Director con noticia y consentimiento del Senado. La autonomía de esta Corte se extendía hasta reconocer que el Presidente sería electo cada cinco años a pluralidad de sufragios por los miembros de ella y sus fiscales, facultad que no se reconoció en la Constitución de 1826 en la que el Presidente de la República designaba al Presidente de la Corte, como a los demás miembros, con noticia y consentimiento del Senado. La Alta Corte de Justicia conocía exclusivamente en todas las causas concernientes a los enviados y Cónsules de las Naciones extranjeras, de aquéllas en que fuere parte una Provincia o que se susciten entre Provincia y Provincia, o pueblos de una misma Provincia sobre límites u otros derechos contenciosos; de las que tengan su origen de contratos entre el Gobierno Supremo y un particular y de los funcionarios sometidos al juicio político.

Conocería en último recurso de todos los casos respecto de tratados hechos bajo la autoridad del Gobierno, de los crímenes cometidos contra el derecho público de las naciones y de todos aquellos en que según las leyes hubiere lugar a los recursos de segunda suplicación, nulidad o injusticia notoria.

Aunque se enunciaba el propósito de establecer el juicio por jurados —institución creada en Inglaterra—, como ya se había previsto en las Instrucciones a los diputados de Buenos Aires al Congreso de Tucumán, en las que figuraba la necesidad de reservar al pueblo el poder judicial, entre otros, los Constituyentes de 1819 declaraban con acierto que su adopción dependería de las circunstancias, que no fueron favorables entonces ni después, cuando se repitió este artículo en la Constitución de 1853. Las cárceles sólo debían servir para la seguridad y no para castigo de los reos, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exige, sería corregida según las leyes. Como se sabe, tal artículo que aparece en lo principal, en el Estatuto de 1815, y se repite en la Constitución de 1819, pasó a ser la parte final del artículo 18 de la Constitución de 1853.

Ningún habitante podía ser penado ni confinado sin que precediera forma de proceso y sentencia legal.

Estas garantías individuales y otras sobre la libertad personal e inviolabilidad del domicilio, no podrían suspenderse, salvo "por un muy remoto y extraordinario acontecimiento", debiéndose dar cuenta al Cuerpo Legislativo.

Esta Constitución de 1819, inspirada principalmente en el Estatuto de 1815 y el Reglamento de 1817, es la obra de la comisión especial designada, que son sus verdaderos autores —cuyos nombres ya he dado en páginas anteriores—, y se sancionó bajo la presidencia del Deán Funes, que no fué su autor y que escribió un importante manifiesto en el que se explican los antecedentes históricos desde 1810. Se caracteriza la Constitución de 1819 como un estado intermedio entre la convulsión democrática, la injusticia aristocrática y el abuso del poder ilimitado, "y se organizaron de un modo mixto" los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

El juicio de Mitre es lapidario. Dijo que la Constitución de 1819, "en vez de un pacto de unión fué una nueva bandera de discordia que se levantó en el campo de los principios y en el terreno de los hechos, obra de sofistas bien intencionados que soñaban con la monarquía".

La Constitución sancionada el 22 de abril de 1819 fué jurada el 25 de Mayo y tuvo comienzo de aplicación. Se juró por el Congreso y el Director Supremo, oficiándose el Te-Deum en la Catedral.

Los caudillos del Litoral se levantaron contra las autoridades de Buenos Aires, por la sanción de una constitución de unidad de régimen y porque estaban gestionando la venida de un Príncipe europeo, para adoptar el sistema monárquico.

La Constitución fué rechazada por los pueblos, por su espíritu monarquista, aristocrático y centralista, originándose la anarquía de 1820.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

ARCHIVO HISTÓRICO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. *Documentos del Congreso de Tucumán, 1816-1820*, La Plata, 1947.

COLL, JORGE EDUARDO: *Antecedentes históricos de la Constitución Argentina, textos inéditos de la Constitución de 18tu*, cu *Boletín de la Comisión Nacional de Museos y Monumentos Itufárteos*, Vol. II, Buenos Aires, 1940.

DAUNOU, P. C. *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*, traducido del francés al castellano -por Gregorio Funes, Buenos Aires, 1822.

PICCIRILLI, RICARDO: *Rivadavia y su tiempo*, cit., t. II, pág. 301.

RAVIONANI EMILIO: *La obra institucional del Congreso de Tucumán*, en *La Nación*, Buenos Aires, 9 de julio de 1911 y en *Historia constitucional de la República Argentina*, Buenos Aires, 1926, t. I.

C A P I T U L O X X I X

LA REFORMA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y DE LA LEGISLACION PENAL, COMERCIAL Y PROCESAL. UN NUEVO DERECHO INTERNACIONAL

- I. La reforma de la administración de justicia en 1821 fué inspirada y realizada por Manuel Antonio de Castro y Bernardino Rivadavia. Mensaje del gobierno sobre abolición de los Cabildos de Buenos Aires y Lujan. Colaboración de la Cámara de Apelaciones en la reforma de la justicia. La primera parte del proyecto de reforma enviado por la Cámara de Apelaciones el 6 de diciembre. La ley de 24 de diciembre de 1821. Jueces letrados e inamovibles de la ciudad y la campaña. Justicia de pae. Supresión de los Alcaldes de Hermandad. Organización de la policía. Causas contenciosas. Nuevo procedimiento para la elección de los miembros del Tribunal del Consulado.
- II. Necesidad de la reforma en materia penal. Su iniciación por Rivadavia. Llegada al país de Goret Bollomare. Su "Discurso" en el que expone las condiciones sociales y jurídicas de la Argentina. Defensa de la institución del jurado. La obra de Beccaria y su influencia entre nosotros. Necesidad de la reforma comercial. Inauguración de la Bolsa Mercantil. Decreto del Gobernador Rodríguez y Ministro Rivadavia sobre Actos de comercio. Decreto del Gobernador Las Heras y Ministro García, constituyendo la comisión encargada de la redacción del Código de Comercio. Los primeros codificadores argentinos en materia comercial: Pedro Somelloru y Bernardo Vélez. Iniciativas posteriores. Necesidad de la reforma procesal. El primer proyecto de Código de Procedimientos del Doctor Manuel Antonio de Castro. Abolición de toda comisión para juzgar determinadas causas. Supresión de los casos de Corto y recursos extraordinarios de Segunda Suplicación, nulidad e injusticia notoria.
- III. Creación de un nuevo derecho Internacional argentino y americano. Teoría de San Martín sobre el americanismo.

I

LA reforma de la administración de justicia en 1821, fué inspirada y realizada por dos espíritus superiores: Manuel Antonio de Castro y Bernardino Rivadavia.

El doctor Castro había sido el fundador de la Academia de Jurisprudencia, y en el período inaugural de la Cámara de Apelaciones prestigió esta institución hasta erigirla en el carácter de un Poder. Después de su caída como Gobernador Intendente de

Córdoba en 1820, de vuelta en Buenos Aires, reanudó su tarea judicial desde el mes de enero y luego realizó una labor periodística, consagrándose nuevamente a enaltecer la administración de justicia. Son notables sus prédicas en las páginas de la "Gazeta", periódico que comenzó a dirigir el 12 de setiembre de 1820, sobre la necesidad de adoptar reformas fundamentales en la organización de los tribunales civiles y comerciales.

La campaña periodística de Castro precedió a la actuación política de Rivadavia, designado Ministro de Gobierno en julio de 1821, hombre público que mucho había hecho en el orden judicial, como que fué el creador de la Cámara de Apelaciones y del Tribunal de Concordia.

Rivadavia y Castro aplicaron sus energías para llevar a cabo un plan trascendental sobre la administración de justicia, aunque no hubo acuerdo de voluntades, evidentemente lo mismo en 1821 como en 1812.

Eran necesarios el pensamiento político de Rivadavia —que llegó a la abolición de los Cabildos de la Provincia de Buenos Aires, de los que dependían los Alcaldes— y el saber jurídico de Castro —que le permitió abarcar los aspectos del Derecho Procesal y Judiciario del problema a resolver— para hacer una obra fundamental en la justicia, al propio tiempo de sentido revolucionario, pero consolidada en el conocimiento de la realidad del país y de sus instituciones jurídicas.

El proceso acelerado de la descomposición de los Cabildos —y en particular del de Buenos Aires— hizo crisis en 1821. Debe tenerse presente la sucesión de hechos que conmovieron al Cabildo de la ciudad metrópoli en el curso de la primera década revolucionaria.

Pero en 1820 la institución municipal que dio vida a la Junta de Representantes y que concluiría por suprimir los Cabildos, aceleró su descomposición interna desde la Revolución del 19 de octubre, en que se intentó deponer al Gobernador Martín Rodríguez y en que la Junta de Representantes separó de sus cargos a los cabildantes complicados en el escandaloso suceso.

El asunto de la abolición de los Cabildos de la Provincia de Buenos Aires, tuvo su origen en una representación de Lujan firmada por 160 vecinos, que pedían la supresión del Cabildo que venía funcionando desde 1756 y era el único en toda la extensión de la campaña. En la sesión celebrada por la Junta de Representantes el 5 de diciembre, Rivadavia hizo una extensa exposición sobre la historia de los Cabildos desde la más remota antigüedad, relacionándola con el Gobierno Feudal, y sus cambios en Europa, en España y en América.

Afirmaba que eran incompatibles con el gobierno representativo en que la autoridad suprema de los Monarcas había retrovertido a la sociedad y se ejerce por aquellas autoridades que tienen "la viva representación de los Pueblos". Respecto de la administración de justicia, que habían ejercido hasta entonces, declaró Rivadavia que no podía ser más viciosa, pues se ejercía por hombres que recibían asesoramiento para juzgar, confesando así su inhabilidad.

El 20 de setiembre, la Cámara de Apelaciones informó al Gobierno que estudiaba el proyecto de organización de los Tribunales y simplificación de los juicios.

Este importante documento revela que la iniciativa de la reorganización de la Justicia pertenece a Rivadavia —que antes de cumplirse un mes de haber prestado juramento, ya exponía sus planes sobre la materia—, pero a la Cámara de Apelaciones se encomendó la preparación de los Proyectos respectivos, que sólo en parte fueron enviados a tiempo y que en definitiva fué quien aplicó la reforma.

El mismo día 6 de diciembre en que se celebraba la sesión de la Junta de Representantes, resolviéndose suspender la consideración del proyecto de abolición de los Cabildos hasta que se enviaran los Reglamentos de Justicia y Policía, la Cámara de Apelaciones elevaba al Gobierno la primera parte del proyecto que le había sido encomendado desde el 18 de agosto. Explicaba el Presidente de la Cámara de Apelaciones el envío anticipado de la primera parte antes de haber concluido la segunda sobre la administración de justicia y simplificación del orden de los juicios "por la urgencia q." V. S se ha servido manifestarle", quedando en remitirle muy pronto la «Ira parte (que recién pudo hacerlo el 12 de marzo) y sin la cual no se abarcaba "claramente el plan de reforma" con el fin de extirpar los abusos "mas notables en el ejercicio del Poder Judicial", pero agregaba la observación, que le separaba completamente de los propósitos revolucionarios de Rivadavia, "sin dar el paso peligroso de alterar substancialmente el sistema de las leyes". A este concepto me referiré nuevamente en el parágrafo sobre la reforma de la legislación.

Acerca del número y distribución de las magistraturas, Castro hacía reflexiones importantes sobre el estado general de la justicia en la Provincia.

Sólo dos alcaldes ordinarios, y con residencia en la Capital, debían juzgar en 1º instancia en todas las causas civiles y criminales de la Provincia, "desde cuyos confines" eran obligados los pobres labradores y hacendados a andar setenta y ochenta leguas en busca de justicia, fuera de su domicilio. En materia criminal era difícil si no imposible, el esclarecimiento de los delitos a tan grandes distancias. Por eso la campaña estaba infectada de malhechores, sin que el celo de los magistrados de la ciudad pudiera

precaverlo ni remediarlo. De ahí que propusiera distribuir la Provincia en siete Departamentos, uno en la Capital y seis en la campaña, en cada uno de los cuales actuarían magistrados ordinarios de justicia, que residirían de continuo en sus respectivos territorios.

Respecto del Juzgado de Alzada de Provincia, establecido por el Reglamento Provisorio de 1817, su supresión, así como los casos de Corte, habían dado lugar a odiosos privilegios inconciliables "con la igualdad de la Justicia", y privaban a las partes del derecho de apelación. Al iniciarse todos los juicios, civiles como criminales, se entablarían ante los jueces de primera instancia. De ahí la necesidad de suprimir el recurso de segunda suplicación, y en cuanto al de injusticia notoria, también se proponía su suspensión, al referirse al orden de los juicios, por las razones que se expondría oportunamente en su informe correspondiente. Esta segunda parte, que se refiere a la administración de justicia y orden de los juicios desde el art. 57 al 112 es lo que constituye un proyecto de Código de Procedimientos —cuyo antecedente es el Reglamento de 1812—, materia relacionada con la reforma de la legislación.

En el seno de la Junta de Representantes él debate continuó, tratándose el despacho de la Comisión, sobre la abolición del Cabildo por razones políticas.

En el texto de la ley de 24 de diciembre se consignaban las resoluciones siguientes principales:

1° Se suprimían los Cabildos hasta que la Junta de Representantes dictara la ley general de las municipalidades.

2° La justicia ordinaria sería administrada por cinco letrados denominados jueces de primera instancia.

3° De los cinco jueces, dos administrarían justicia en la Capital y tres en la campaña. La justicia letrada en la campaña fué suprimida poco después a partir de 1825.

4° Se nombraba un letrado para el desempeño de las funciones de defensa de pobres, menores y procurador general de la Provincia.

5° En cada parroquia se creaba un Juez de Paz,

6° En las parroquias de campaña, el gobierno establecería los jueces de paz que considerara necesario según su extensión.

7° Las atribuciones de los jueces de paz "inter se publican los códigos respectivos" serían las de juzgar en todas las demandas que las leyes y prácticas vigentes declara verbales o de árbitros en las diferencias. Los jueces de paz de la campaña ejercerían además las atribuciones de los alcaldes de hermandad que quedaban suprimidos.

8° La policía alta y baja, inspección de mercados y abastos en todo el territorio de la Provincia, se ponía a cargo de un Jefe de Policía, de seis comisarios para la Capital y ocho para la campaña.

Tal la importante Ley de 24 de diciembre de 1821, que no necesitó sino un artículo —el primero— para abolir los Cabildos de la Provincia de Buenos Aires, pero fueron necesarios los restantes para dar una nueva organización a los Tribunales de Justicia y a la Policía.

Es que la abolición del Cabildo como institución política estaba decretada por la crisis que aquejó a ese organismo.

En todo lo concerniente a la nueva organización de la magistratura judicial, ordenada por la ley, es visible la influencia del pensamiento del doctor Castro. A él se deben los principios que consagró la Ley de 1821, sobre la Justicia letrada, descentralizada, rentada e inamovible y permanente¹ (es decir, no por tiempo limitado o periódico), como pensamiento, pero sobre todo como acción desarrollada públicamente, desde 1812.

Ha sido grande la repercusión que tuvo la abolición de los Cabildos de Buenos Aires, en las Provincias, donde también fueron suprimidos, llevándose a cabo importantes reformas políticas y judiciales.

Desde la creación de las Gobernaciones Intendencias en 1782, las causas contenciosas en asuntos de hacienda eran de jurisdicción privativa de los Intendentes, como jueces de primera instancia.

Observaba con fundamento el doctor Castro que debía separarse de los Gobernadores esta jurisdicción y atribuirse a los magistrados ordinarios de justicia o crearse jueces letrados de primera instancia para que la ejercieran. En Buenos Aires, la desempeñaba el Gobierno, pero no conforme con la Ordenanza de Intendentes de 1782 sino de acuerdo al sistema de contabilidad en hacienda establecido por la Junta de Representantes.

Ante la Cámara de Justicia se elevaban las apelaciones de los fallos de la Intendencia, en lo contencioso.

Como Tribunal de Justicia Comercial el Consulado mantuvo su antigua organización con el carácter de justicia lega, integrado por el Prior y dos Cónsules, primero y segundo.

¹ Luis MÉNDEZ CALZADA; *La función judicial en las primeras épocas de la independencia*, cit., pág. 316

De los fallos del Consulado podía apelarse, en asuntos de más de mil pesos, al Tribunal de Alzadas de Comercio. Este último se integraba con un miembro de la Cámara de Apelaciones y dos colegas que él nombraba en cada causa de los dos que le proponían las partes. Se podía interponer recurso de nulidad o injusticia notoria ante la Cámara de Apelaciones, de las sentencias ejecutoriadas en el Tribunal de Alzadas.

La importante reforma que se introdujo fué acerca del procedimiento para la elección de los miembros del Tribunal Consular que, conforme a la Real Cédula de su erección de 1794, era por sorteo.

En la sesión del 2 de setiembre de 1822, la Junta de Representantes votó el primer artículo del Proyecto de ley enviado por el Gobierno y según el cual la elección del Prior, Cónsules y Conciliarios, sería directa. El diputado Agüero observó que debía comprenderse en la elección al Síndico y los Tenientes de todos los funcionarios citados, resolviéndose de conformidad. Al tratarse si la elección se haría por los individuos del comercio y hacendados matriculados, se dispuso que se llevaría a cabo por todos los comerciantes y hacendados, previniéndose que el Consulado, a la mayor brevedad, hiciese la matrícula de unos y otros en los términos correspondientes.

II

Durante los gobiernos de Rodríguez y Las Heras se llevaron a cabo importantes reformas en todos los órdenes, pero las principales fueron en la legislación penal, comercial y procesal.

Rivadavia inició la reforma penal con decretos tendientes a reprimir los robos de la campaña y para precaver los delitos que se cometían por la embriaguez y el juego en las pulperías. A tales fines también respondían los Reglamentos puestos en vigor sobre las cárceles en general y sobre cárceles de mujeres.

La necesidad de la reforma penal adquirió impulso con la llegada al país, en marzo de 1822, de un antiguo juez de Francia, Guret Bellemare, letrado de vasta cultura, que abrió su estudio de abogado y se incorporó a la vida argentina, tomando carta de ciudadanía.

Puede afirmarse que fué un corifeo de la codificación entre nosotros, y años después de su incesante batallar le decía a Rivadavia en 1827: "lo que Napoleón realizó puede efectuar lo usted, para bien del país".

En "El Argos" del 30 de octubre de 1822, se da noticia de que el ex magistrado francés había proyectado un código de instrucción criminal y otro penal. El Código de Instrucción criminal estaba concluido adoptándose "los mejores principios del fruto de

su experiencia y conocimiento de nuestras costumbres y localidad". El proyecto se elevó a la Academia de Jurisprudencia.

En el notable "Discurso pronunciado por M. Bellemare"² se expone el concepto de que las naciones han dictado buenas leyes comerciales, pero han pasado siglos, han concluido diferentes etapas de la civilización, sin que se haya podido formar una legislación criminal que prevenga los delitos, los castigue y mejore las costumbres.

Luego de estas reflexiones generales, M. Bellemare se refiere conceptuosamente a las condiciones sociales de la Argentina. En esta parte del mundo, dice, donde ha venido a refugiarse la libertad, donde los hombres son buenos por carácter, donde han hecho esfuerzos de gigantes para romper las cadenas que los sujetaban, pueblos enteramente nuevos, que aún no han adquirido malos hábitos y es necesario evitarlos, ¿y cómo conseguirlo sino inspirando los buenos principios y la buena moral que sugieren las buenas leyes criminales?

Exhorta a la masa ilustrada que lo escuchaba, a no retardar tan bella empresa y a prevenirse contra las opiniones aventuradas dirigidas a persuadir de "que nuestro país no ha avanzado suficientemente en la civilización para recibir nuevas instituciones en materia criminal y sobre todo en la del jurado".

Se informó —en "El Argos" de 30 de abril de 1823— que había llegado al país la obra de Lieccaria con el comentario de Voltaire, la respuesta de Beccaria a las notas y observaciones de Facehinci, las observaciones de Ilautefort, las consideraciones de M. Rededer sobre la pena de muerte y nota de numerosos autores, algunas inéditas, de Diderot, Briissot y Mirabeau. "El Argos" olvidaba decir que ya existían entre nosotros importantes antecedentes legales sobre la benignidad de las penas. Pueden citarse: el Reglamento de Justicia de 1812, en que se reclamaba el despacho preferente de los juicios criminales "por justicia y humanidad"; la Asamblea de 1813, que prohibió "el horroroso y detestable" uso de los tormentos; las disposiciones referentes a los delitos y al procedimiento criminal en los Proyectos Constitucionales redactados por la Comisión oficial y la Sociedad Patriótica, algunas de cuyas disposiciones pasaron al Estatuto de 1815, y al Reglamento de 1817. Como se sabe, a la obra maestra de Beccaria se debe en gran parte la abolición de la pena de muerte y de los tormentos y la benignidad de las leyes penales.

2 Museo Mitre. *Discurso pronunciado por M. Bellemare*, 17-4-1. Sobre este tema. Ricardo Piceirilli dio una comunicación científica y documentada en el Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano, publicada en 1942, con el título de "Guret Bellemare, los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires".

Desde la fundación del Consulado en 1794 y por virtud de la actuación de su secretario Manuel Belgrano y principalmente desde que Mariano Moreno escribió en 1809 la "Representación de los Hacendados y Labradores", los comerciantes en general y sobre todo los comerciantes ingleses, habían ensayado constituirse en corporación, no sólo para la defensa de sus intereses, sino para hacer efectivas importantes donaciones patrióticas.

Aunque se había puesto en evidencia la necesidad de organizar la Bolsa de Comercio, en una ciudad eminentemente mercantil, fué recién el 1º de agosto de 1821 cuando el Ministro Rivadavia propuso al Consulado el establecimiento de esa institución, para dar impulso al comercio y reglar y promover la circulación de fondos y rentas públicas. Siete meses después de esta comunicación se inauguraba la Bolsa Mercantil, el 1º de febrero de 1822, realizándose un acto en la Sala de Representantes, de significación por la asistencia del Gobernador y los Ministros de Gobierno y Hacienda, Rivadavia y García, de los comerciantes argentinos y extranjeros y entre estos últimos principalmente ingleses y portugueses.

En primer término, Rivadavia exaltó los méritos adquiridos por la clase comercial de Buenos Aires. El Ministro García, tomó la palabra y dijo: que al despedirse creía de su deber asegurar que el Gobierno se lisonjaba al anunciar "el establecimiento de un nuevo código Mercantil, que sería el primero que elevaría a la Sala de Representantes en sus primeras sesiones", porque estaba penetrado que su protección a esta clase era como dispensarla a todo un pueblo, que por infinitos títulos "merecía el renombre de Pueblo Comercial". Esta actitud de Manuel J. García demuestra que le corresponde la paternidad en la idea de la codificación comercial, sobre cuya materia insistió tres años después durante el gobierno de Las Heras.

Es importante el decreto de Rivadavia sobre actos de comercio, de 25 de abril de 1822.

Se trataba de una cuestión fundamental de carácter revolucionario, pues hasta entonces la legislación hispano-indiana no admitía sino el gremio o corporación de comerciantes, como un privilegio, desde los tiempos medievales, y ahora se reconocía el carácter propio del acto comercial con independencia de la persona.

Se comprende, después de lo explicado anteriormente, que la sanción del Código de Comercio fuera uno de los planes del Gobernador Rodríguez y ministros García y Rivadavia, exteriorizado en diversas oportunidades, hasta dictarse el Decreto del 20 de agosto de 1824, firmado por Las Heras y García.

En los considerandos del notable decreto, dice que se sentía cada vez más la conveniencia de preparar los Códigos sin los cuales es imposible obtener el mayor bien que la Provincia podía exigir, esto es, "una administración de justicia pronta, fácil e imparcial". "Sin buenos códigos —observo fundadamente— los jueces y los pueblos seguirán sufriendo la desgracia de una perpetua arbitrariedad y la libertad y la propiedad perderán continuamente de la voluntad de los juzgadores o de su razón, confundida en casi todos los casos por la arbitrariedad y extravagancia de las Leyes".

Resuelto el gobierno "a principiar esta obra necesaria", que la consideraba más urgente, designó la comisión que tendría a su cargo la redacción del Código de Comercio, Integrada por Pedro Somellera, profesor de Derecho Civil del Departamentó de Jurisprudencia, doctor Mateo Vidal, el Prior del Consulado Mariano de Sarratea y e l Sindico del mismo Tri bunal José María Rojas.

En los considerandos del Decreto de Las Heras y Garcia están expuestos los sólidos argumentos que sustenta la tesis de la codificación.

Pero García no advirtió, como Rivadavia, que aparte la necesidad de dictar el Código de Comercio, como se sostenía desde 1822, al inaugurarse la Bolsa Mercantil, era necesario reformar el Tribunal de Justicia Comercial, como se había hecho al transformarse la justicia lega de los Cabildos en la justicia letrada, en ese mismo año do 1822.

La exposición que paso a hacer aclara ampliamente la investigación sobre el primer proyecto de Código Mercantil.

La primera parte del Proyecto fué encomendada y realizada por el profesor Pedro Somellera y la segunda, tercera y cuarta parte son de Bernardo Vélez.

Somellera es una figura de relieve en la historia de la cultura jurídica de la Nación.

Nació en Buenos Aires en 1774, cursó los estudios del Colegio de San Carlos, doctorándose en Jurisprudencia en la Universidad de Córdoba en 1802.

Había actuado destacadamente en las invasiones inglesas, antecedente que le valiera el nombramiento de Teniente Letrado y asesor interino de la Intendencia del Paraguay, radicandose por algún tiempo en la Asunción. Más tarde desplegó una labor jurídica estimable en diversos cargos de asesor y juez.

Fué uno de los miembros de la Comisión oficial redactara del Proyecto Constitucional de 1813, que la Asamblea de ese año no alcanzó a tratar, y debe haber tenido una intervención descollante en la redacción de la parte referente al Poder Judicial.

Pero desde 1821, al fundarse la Universidad de Buenos Aires, fué el primer profesor de Derecho Civil y autor de los "Principios de Derecho Civil", obra famosa, de trascendencia americana, porque fué adoptada en la enseñanza en Montevideo y en La Paz.

Debe citarse también el antecedente, que mucho entraña en este caso, de que Pedro Somellera integraba como Profesor de Derecho la Comisión designada en 1824 para proyectar el Código Militar.

Con respecto a la primera parte del Proyecto del Código Mercantil, he aquí las afirmaciones que hace Somellera en su autobiografía, que merece entera fe:

"En agosto de 1824, me comisionó el gobierno en consocio del Prior del Consulado (Sarratea) y el sindico (José Maria Roxas) para la formación de un Código Judicial Mercantil: Mis colegas me cometieron su redacción; la di en los siguientes términos: 1º Composición del Juzgado Mercantil; 2º Competencia del Juzgado Mercantil; 3º Modo de conocer y proceder del Juzgado Mercantil. La redacción sufrió un último examen en la comisión aumentada con los señores doctores Don Manuel J. García y Don Vicente López, comisionado al efecto por el Gobierno".

Hasta aquí esta información de Somellera casi no admite observación. El texto hallado de esta primera parte del Proyecto del Código Mercantil coincide en las divisiones con lo expuesto por su autor y otras noticias que agregaré. La novedad consiste en que Somellera sigue diciendo en su autobiografía que en esa Comisión "se discutieron los doscientos y tantos artículos que comprendía el proyecto, los que aprobados se pasó todo al Gobierno que lo elevó a la Honorable Junta de la Provincia para su sanción".³

En efecto, Somellera se refiere a esta parte que contenía más de doscientos artículos, y no llegaba a cien, eran 92, variante en el texto que bien puede explicarse por una simplificación o reducción de su proyecto que hizo la Comisión.

Tal proyecto es parte del primer proyecto de reformas del Código Mercantil. La segunda, tercera y cuarta parte por los informes que se tienen, han sido redactadas por el doctor Bernardo Vélez.

Bernardo Vélez, que nació en Entre Ríos, en 1783, y había hecho sus estudios de segunda enseñanza en el Colegio de San Carlos y universitarios en Santiago de Chile, actuó de manera destacada en la revolución chilena. A principios de 1812 vino a Buenos Aires, y al ocupar el cargo de Secretario del Gobierno Intendencia de esta capital, firmó, en ese carácter, como se ha dicho, el Himno Nacional, autenticando la copia que se había mandado imprimir. Realizó una labor periodística encomiable como editor de la

"Gaceta de Buenos Aires", pero complicado en los hechos políticos de 1820, fué expatriarlo. Vuelto a Buenos Aires tuvo actuación destacada en el foro, como puede demostrarse a través de numerosos escritos.⁴ Después fué nombrado Vicepresidente y Presidente de la Academia de Juris-prudencia. En 1834 publicó el primer periódico forense del Plata, "El Correo Judicial".

La Comisión constituida el 30 do agosto de 1824, presidida por el Ministro García, encargó a Bernardo Vélez la redacción de la segunda, tercera y cuarta parte dol Código de Comercio.

Vélez elevó el proyecto, el 23 de abril de 1825, acompañado de una nota explicativa. El Proyecto de Vélez no se ha encontrado aún.

A este proyecto del Código Mercantil se refino elogiosa mente un autor recordando que a no ser la disolución del Congreso por los trastornos políticos que se sucedieron, las Provincias Unidas hubieran tenido una Ley Mercantil que ne dictó recién treinta años más tarde.⁵

Dice Obligado que el Código de Comercio que preparó un Bernardo Vélez, "el saber de otro Vélez" sería necesario para hacerlo sancionar.

El Presidente Rivadavia encomendó la redacción de un Código de Comercio a Vicente Anastasio de Echeverría.⁶

A partir de 1829, año en que se dictara el nuevo Código Comercial en España, que adoptaba innovaciones tomadas del Código Comercial francés de 1807, se intensificó entre nosotros el movimiento de opinión tendiente a promulgar un Código propio.

3 Autobiografía en *Revista de Derecho, Historia y Letras*, mayo do 1902. Sigue diciendo el doctor Somellera: "Todos los años que estuvo ausente de la Capital en comisión del Gobierno, el doctor Don Manuel Antonio Castro, fundador de la Academia de Jurisprudencia, desempeñé por especial encargo suyo, y por el querer de los alumnos, la Presidencia de dicha Academia. "En las épocas posteriores hasta 1828 fui muchas veces electo Presidente por los mismos académicos. Es uno de los servicios de que más me complazco. Serví como representante en la Honorable Junta Provincial extraordinaria constituyente y como Diputado por la Provincia de Buenos Aires en el Congreso General hasta su disolución", (*Revista de Derecho Historia y Letras*, cit., t. XII, pag. 830).

4 RODOLFO TROSTINÉ, noticia preliminar de Bernardo Vélez, *Indice de la compilación de Derecho Patrio...*, cit., p/i.g. X X I X laa referencia del documento fué facilitada por el doctor Emilio Ravignani. Citó esta nota de Vélez al Ministro García, VICENTE CUTOLO en un trabajo presentado a la facultad de Derecho, en 1943, sobre *Ensayos de codxficaiión desde 1810*.

5 PASTOR S. OBLIGADO: *Noticia Biográfica del Doctor Bernardo Veles Gutiérrez*, en *La Revista de Buenos Aires*, t. II, Buenos Aires, 1863, pag. 427.

A ese fin respondería la serie de artículos publicados en 1831 en el "Diario de la tarde", vinculados a un episodio local, de gran trascendencia, que fué la quiebra Armstrong, que revela en su autor —posiblemente el Dr. Bernardo Vélez— un gran conocimiento de la legislación patria argentina.

En ese año de 1831, el diputado Victorino García de Zúñiga —que había sido Prior del Consulado en 1823 y por tanto tenía experiencia y conocimiento de la materia judicial comercial— propuso en la Cámara de Representantes la designación de una comisión que estudiaría el Código de Comercio español, pero que el examen debía hacerse teniendo en cuenta los antecedentes propios, "los trabajos importantes celebrados en la Provincia". La comisión se constituyó en 1832 integrada por Mateo Vidal, Nicolás Anchorena y Faustino Lezica.

Otras iniciativas se presentaron después —de que me ocuparé más adelante— y recién en 1856 se encargó de la redacción del Código de Comercio al Dr. Eduardo Acevedo, que era en ese tiempo presidente de la Academia de Jurisprudencia. Al año siguiente se aprobaba el Código de Comercio para Buenos Aires, que está firmado conjuntamente por Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sársfield.

Al estudiar la reforma judicial me ocupé de la primera parte del Proyecto del Dr. Manuel Antonio de Castro, sobre la organización de las magistraturas. La segunda parte, elevada a la consideración del Gobierno el 12 de marzo de 1822, se refiere a la administración de justicia y orden de los juicios y comprende desde el artículo 57 al 112. Con razón se ha llamado esta segunda parte el Primer Proyecto de Código de Procedimientos en nuestra legislación⁷, pudiendo agregar que por el carácter substancial de las innovaciones adoptadas, se trata de un proyecto revolucionario en el sentido más elevado de la expresión, por el progreso legislativo que representa.

Esta segunda parte, como la primera, revela que su autor poseía una cultura jurídica teórica y experimental.

El Código de Comercio se encargó a Vélez Sársfield y a Eduardo Acevedo.

6 El Dr. Echeverría, egresado de la Universidad de Charcas, estuvo en el Cabildo abierto del 22 de mayo en el que votó la cesantía del Virrey. En seguida de la Revolución de Mayo, fué designado conjuce en la Audiencia, cuya reorganización llevó a cabo Mariano Moreno. Con Manuel Belgrano fué en carácter de Comisionado al Paraguay en 1812, después de las derrotas del ejército patrio. En 1814, había actuado como secretario de Estado y en 1810 armó su crucero "La Argentina" bajo las órdenes de Hipólito Bouchard. Tuvo intervención en los sucesos políticos en 1820 y fué profesor de Jurisprudencia.

El Dr. Castro explica en su extensa y fundada nota que en los juicios civiles la abreviación era el principal objeto que había propuesto el Tribunal. De ahí los nuevos artículos sobre el juicio ordinario referentes a la demanda por el actor brevemente y "en precisos términos", y la contestación que contendría sencillamente o la confesión del demandado o sus excepciones, y reservando los alegatos en derecho para después de las publicaciones de probanzas.

Son notables las prescripciones referentes a la seguridad individual, así como también las que tratan las condiciones de las cárceles que lo serían "para seguridad y no para castigo de los reos".

Pero ninguna de estas prescripciones, con ser de tanta importancia, tiene el alcance judicial y político del artículo 89, que merece su transcripción, no sólo por la materia de que trata, sino por la severa y lograda redacción de su texto, que dice así: "Todo hombre tiene derecho a ser juzgado por sus jueces naturales y no es menos inicuo señalarle jueces al reo después de cometido el delito, que darle nueva ley penal. Queda por lo mismo reprobada toda comisión para juzgar causas determinadas y expedita la jurisdicción de los magistrados y tribunales establecidos".

Se simplificaba la segunda instancia en los negocios de vía ordinaria, haciendo de modo que el recurso de apelación en autos interlocutorios y en todo el juicio sumario fuera tan rápido y breve como la primera instancia.

Del recurso de súplica se ocupa el capítulo VIII, y como según las nuevas prescripciones debía ser siempre la tercera instancia, en el Proyecto del Dr. Castro se establece que el recurso de súplica se vería en Sala plena y laminen del fiscal, y en el caso de impedimento de algún camarista o del fiscal se nombrarían letrados hasta integrar la Sala. De este modo se inspiraba a las partes la confianza de obtener justicia en el último grado.

El capítulo IX y último —de excepcional importancia—, declaraba suprimidos los casos de Corle y consiguientemente el recurso de segunda suplicación, que vendría a ser una cuarta instancia y que se aplicaba también a asuntos criminales.

7 MANUEL IBÁÑEZ FROCHAM: *La organización judicial argentina*. La Plata, 1938, pág. 205, y RICARDO LEVENE (h), *El primer Proyecto de Código Procesal Argentino*, en *Revista de Derecho Procesal*, año III, N° IV. Buenos Aires, 1945.

Se suprimirían los recursos extraordinarios de nulidad e injusticia notoria de las sentencias de revistas del Tribunal Superior de Justicia, como desconocidos por las leyes e introducidos solamente en perjuicio de la cosa juzgada y que sólo se concedían en asuntos civiles y comerciales.

Agregaba que la comisión eventual competente para entender en el recurso estaba compuesta muchas veces de abogados jóvenes, inexpertos en el arte de juzgar, con el agravante de que no se señalaba "un solo ejemplar de haberse confirmado las de la Cámara desde que se estableció la Comisión".

Hacía seis años que funcionaba esta Comisión de abogados, y la triste consecuencia de lo actuado era por lo tanto que "todas las sentencias de la Cámara han sido notoriamente injustas". Pero como era absurdo admitir semejante conclusión, respecto de los miembros de un Tribunal permanente que tenían responsabilidad legal y estaban sujetos al juicio de residencia, el sentimiento público criticaba a la Comisión de abogados jóvenes e inexpertos, que además "conservan resentimientos con el Tribunal de la Cámara por las prevenciones, apercibimientos o condenaciones que a las veces les hace en razón de su oficio".

Vuelvo sobre este tema al tratar en capítulo aparte el Tribunal de recursos extraordinarios.

La labor del Dr. Castro en lo concerniente a la reforma procesal se exteriorizó también en otras oportunidades.

En mayo de 1825 elevó al Gobierno un "Proyecto de Ley sobre procedimiento judicial en causas criminales", de 18 artículos, respondiendo a un pedido que le había formulado el Ministro Dr. García. En este proyecto el Dr. Castro señala tres causas principales que provocaban la dilación del juicio criminal: el procedimiento seguido por los comisarios de policía, la ratificación de los testigos en el estado del plenario de la causa y la falta de procuradores.

Tal la síntesis de estos documentos del Dr. Castro, de alto valor para conocer la realidad de nuestra vida judicial.

III

Del simple relato de los sucesos de la emancipación, resulta la formación de un nuevo Derecho Internacional Argentino y Americano, fundado en principios esenciales sobre la solidaridad humana para la Independencia y la Libertad.

Uno es el de la cooperación política y militar de los Estados del Nuevo Mundo, que proclamó la Revolución de Mayo e hizo efectiva nuestra patria con el envío de las Expediciones Libertadoras o de la Libertad, al Alto Perú, Paraguay, Uruguay, Chile, Perú y Ecuador, constituidas hoy en naciones soberanas. Así se explican las invocaciones americanas de nuestro Himno de 1813, que recuerdan los sacrificios de los pueblos de este Continente, y todos los hombres libres del Mundo saludan al Pueblo Argentino, como dispuestos a venir a estas tierras, llamado que aparece después en la Constitución Nacional, y así se explica también la amplitud de la declaración de la Independencia para las Provincias Unidas de Sud América del Congreso de Tucumán de 1816.

Este sentimiento solidario significaba el repudio de toda "idea de conquista" territorial, como ya había escrito Mariano Moreno en 1810, al referirse a la primera victoria argentina, expresando que nuestros guerreros estaban "dirigidos por el genio invencible de la libertad", y como se estampa ni las "Instrucciones reservadas", que debía observar San Martín, estableciéndose en el artículo 1º, que la consolidación de la Independencia de América y la gloria a que aspiran en esta grande obra, las Provincias Unidas del Sur", "son los únicos móviles a que debe atribuirse el impulso de la campaña". Y agrega textualmente: "Se celará no se divulgue ninguna especie que indique saqueo, opresión, ni la menor idea de conquista o que se intenta conservar la posesión del país auxiliado". Tal repudio absoluto de la idea de conquista se reitera en el Tratado reservado entre la Argentina y Chile de 8 de octubre de 1819, para realizar la Expedición Libertadora a Lima y por el que ambas partes resuelven auxiliar con fuerza armada a los hijos del Perú para arrojar de allí al Gobierno Español, y el "ejército combinado dejara de existir en aquel país luego que se haya establecido el Gobierno por la voluntad libre de los naturales".

El pensamiento y acción de San Martín contienen una nueva política internacional.

No sólo repudiaba toda idea de conquista, ni toda idea de tiranía, pues no reconocía sino la voluntad soberana de los pueblos como fuente de su autodeterminación política. Tal fué su consecuente actitud en Chile, Perú y Guayaquil.

El mismo día de su partida a Europa —el 10 de febrero de 1824— San Martín dejó fundada en carta a Brandsen una teoría trascendental. Le dijo que partía a Europa para acompañar a su hija y que regresaría a la Patria ese mismo año, agregando: "ó antes si los soberanos de Europa intentan disponer de nuestra suerte".

Exponía ya un concepto fundamental, el de que la Independencia de América sería decidida por América sin la intervención europea.

Este pensamiento ha vibrado en el espíritu de San Martín en todo el viaje, porque en la primera carta que escribió con destino a su patria, desde el Havre, informa a su amigo Toma Guido sobre la situación desesperante de España y Europa. Le dice que ésta era una excelente oportunidad "para los

americanos si tenemos juicio. Nada de intervenir en los asuntos de América los soberanos aliados, esto no hay que dudarlo, de consiguiente la contienda se decidirá con solo los españoles".

El mensaje del Presidente Monroe era de 2 de diciembre de 1823, y dos meses después, el 10 de febrero de 1824, se exponía la doctrina sanmartiniana —ampliada el 25 de abril.

Es necesario asignar a las palabras de San Martín el alcance que tienen.

No admitía otras gestiones a realizarse que las que debían llevarse a cabo con España, rechazando la intervención de cualquier otra potencia en la Independencia de los Estados Hispano-Americanos. Si bien en la primera parte de su carta se refiere a la necesidad de rechazar la intervención, de los soberanos aliados, termina en la fórmula breve y tajante: "La contienda se decidirá con solo los españoles". Su pensamiento, iba pues, más allá de la fórmula del Presidente Monroe, pues para el Libertador del Sur, era necesario conquistar la Independencia, sin ayuda de nadie, con el esfuerzo propio de los pueblos de Hispano-América.

La idea de soberanía en su madurez es uno de los rasgos del genio político de San Martín.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

ACEVEDO, CARLOS ALBERTO: *Ensayo histórico sobre la legislación comercial argentina*, Buenos Aires, 1914.

HERAR, CARLOS: *La supresión del Cabildo de Buenos Aires*, en "Humanidades", La Plata, t. XI.

IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL: *La organización judicial argentina*, ct.

LEVENE, RICARDO (H.): *El primer proyecto de Código procesal argentino*, en "Revista de Derecho Procesal", año III, N° IV, Buenos Aires, 1945.

PICCIRILLI, RICARDO: *Guret Bellemare, los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires*, edición del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1942, y *Rivadavia. y su tiempo*, Buenos Aires, 1943.

REIMUNDIN, RICARDO: *Apuntamientos para una introducción al estudio de la literatura procesal argentina* en *Revista de derecho procesal*, Buenos Aires, Año X, 3er. trimestre 1952, N° 3.

SÁENZ VALIENTE, JOSÉ MARÍA: *Rivadavia y la administración de Justicia y La justicia capitular porteño durante los últimos años del funcionamiento del Cabildo*, en "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", tomo XXIII y *Bajo la campana del Cabildo*, Buenos Aires, 1952.

SALVADORES, ANTÓNIMO: *Alcaldes de Hermandad sus funciones*, en "Jurisprudencia argentina", Buenos Aires, año XII, tomo XXXII.

SOMELLERA, PEDRO: *Autobiografía*, en "Revista de Derecho, Historia y Letras", Buenos Aires, mayo de 1902, t. XII.

TROSTINÉ, RODOLFO: *Bernardo Vélez, Índice de la compilación de derecho patrio (1832) y El Correo Judicial*, reedición facsimilar del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1946.

C A P I T U L O X X X

LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA. EL DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Fundación de la enseñanza del Derecho en Buenos Aires — La Academia de Jurisprudencia creada por el Dr. Manuel Antonio de Castro en 1815. — La Universidad de Buenos Aires y el departamento de Jurisprudencia creados por el presbítero Dr. Antonio Saenz en 1821. — Las cátedras de Derecho Natural y de Gentes, dictadas por el Dr. Sáenz; de Derecho Civil por el Dr. Pedro M. Somellera; de Economía Política por el Dr. Dalmacio Vélez Sárnfiel, y Al Derecho Canónico por el Dr. Eusebio Agüero.

En Buenos Aires se inició la enseñanza del Derecho en general y del Derecho Patrio con la fundación de la Academia de Jurisprudencia en 1815, intensificándose su estudio desde la creación del Departamento de Jurisprudencia en 1821.

Fundada y presidida por el doctor Manuel Antonio do Castro, la Academia de Jurisprudencia tenía por fin promover los medios de mejorar la administración de justicia y sostener en todo su vigor las leyes públicas que la afianzan. La administración se resentía de la ignorancia de loa derechos. La Jurisprudencia era la ciencia universal que no significaba, meramente la decoración de un país, sino que defendía el orden de la sociedad, el castigo al vicio, el premio a la virtud, ilustrando al hombre en el conocimiento de sus deberes, para habituarlo a cumplirlos y a inspirarle las ideas de justicia, de bondad, de amistad, de sinceridad, del amor a la patria y a los padres y de todas las demás virtudes sociales que ligan a los hombres entre sí.

También se proponía la Academia contener, con la ley, las demasías del ciudadano injusto y concluir las contiendas judiciales, haciendo menos dispendiosos, mas sencillos y ordenados los litigios.

El Gobierno, al aprobar las Constituciones en 1814, que tenían por modelo las de Chile y Charcas, expone consideraciones que demuestran que la Academia a crearse es precursora de la fundación de la Universidad. En el decreto se declara que la instrucción de los jóvenes jamás será completa si en las Universidades no se examinan las leyes

dictadas, es decir, que antes de entrar a hacer la práctica, se debía estudiar las leyes que nos rigen, por lo menos durante dos años.

Ya en 1815, se nombró Director de la Academia al doctor Castro y Presidente al doctor Antonio Sáenz, dos figuras representativas de esta primera época de la cultura jurídica argentina. El último de los nombrados sería pocos años después, en 1821, el fundador y primer Rector de la Universidad de Buenos Aires, sin desconocer, por cierto, el impulso vigoroso que le imprimió el Ministro Bernardino Rivadavia.

La Academia de Jurisprudencia fué el órgano que proclamó y puso en evidencia la necesidad de dictar la nueva legislación, principalmente en materia procesal, comercial y penal.

El doctor Castro dominaba el conocimiento del Derecho Patrio, como lo reveló en *Prontuario de práctica forense* (1834), y había sido el primer codificador argentino en materia procesal, autor de numerosas reformas judiciales y del primer Proyecto de Código de Procedimientos (1821-1822).

Un decreto de alcance docente fué el dictado por el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Manuel Sarratea, en 1820, modificando el plan de estudios del Colegio de la Unión del Sud, a pedido de su cancelario. De acuerdo con la reforma adoptada se suprimieron dos cátedras de teología, de las tres que se dictaban, y en su lugar se estableció una de Derecho Público de las Naciones y otra de Historia.

El edicto ereccional de la Universidad de Buenos Aires, redactado sin duda por Rivadavia —que desde hacía veinte días era Ministro—, contiene ideas fundamentales sobre la estructura y función de las Universidades. Después de mencionarse los antecedentes de la creación, el edicto se refiere a las calamidades del año 1820, que habían paralizado las gestiones, pero restablecido el sosiego y tranquilidad de la Provincia, era uno de los primeros deberes del gobierno entrar de nuevo a ocuparse de la educación pública. Rivadavia, asignaba, pues, a la fundación de la Universidad, un sentido político y social y no únicamente docente, como reacción de la cultura contra la ignorancia.

Es también trascendental el principio de que se promovería la educación pública por un sistema de educación general, abarcando todos los sectores de la enseñanza: la escuela primaria, que fué objeto de una verdadera reorganización, poniéndola bajo la dependencia de la Universidad, la segunda enseñanza con la creación del Colegio de Ciencias Morales, el internado para la cultura literaria y artística, reuniendo a jóvenes de distintas provincias, que fué formando el sentimiento nacional de las nuevas

generaciones; la educación de la mujer por la perfección de la moral, el cultivo del espíritu femenino y la dedicación de ésta al trabajo y la asistencia social, que tales fueron los altos fines de la Sociedad de Beneficencia, y el establecimiento de los cursos superiores de la Universidad.

Figura descollante de la Universidad y del Departamento de Jurisprudencia fué la del doctor Antonio Sáenz, sacerdote de calidades destacadas por su ilustración y carácter. Venía actuando desde los pródromos de la Revolución de Mayo y es uno de los firmantes de la declaración de la independencia en 1816.

En el Departamento de Jurisprudencia, el doctor Sáenz proyectó la creación de las cátedras de Derecho Natural y de Gentes, de Derecho Civil y una de Magistratura, pero sólo se aprobaron las dos primeras. No es necesario llamar la atención, que la enseñanza de Magistratura era la destinada a dar un conocimiento el más completo posible de la organización de la justicia en la Argentina, que en buena parte se llevó a cabo en las disertaciones de la Academia de Jurisprudencia.

La prédica de los principios del derecho revolucionario y el despertar de nuestra cultura jurídica, tuvieron su expresión más alta en las cátedras de Derecho Natural y de Gentes, que profesó el Dr. Antonio Sáenz, y de Derecho Civil, ejercida por el Doctor Pedro M. Somellera, cátedras inaugurales del Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires en 1821.

La exposición doctrinaria de Antonio Sáenz es de gran valor, al considerar el Derecho de Gentes como el mismo Derecho Natural aplicado a la vida social del hombre en común. Afirma que todas las sociedades son iguales e independientes, y así las pequeñas y las grandes tienen iguales derechos soberanos y lo son también en dignidad. Las páginas que dedica a la guerra son notables, estableciendo el principio de la guerra justa, que era la tradición procedente de los publicistas hispanos del siglo XVI, y particularmente de Francisco de Vitoria, el autor de *Reelecciones Teológicas*. En síntesis, puede decirse que la cátedra del Dr. Antonio Sáenz inaugura la enseñanza de los principios jurídicos argentinos, como la igualdad de derecho entre las naciones grandes o pequeñas, la fe inviolable debida a los tratados firmados, el respeto a la máxima de que ningún poder es ilimitado, oponiéndose por igual a la anarquía y a la tiranía, la actitud simpática hacia las formas democráticas de gobierno, el sentimiento de amor a la Patria, la soberanía incuestionable del Estado en relación con los extranjeros y la libertad de cultos.

1 ANTONIO SÁENZ: *Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, edición del Instituto de Historia del Derecho Argentino, BUCHÓN Aires, 1930.

Estas declaraciones han contribuido a formar, sin duda, la conciencia propia sobre el patrimonio moral de nuestra nacionalidad.

La enseñanza del Derecho Civil a cargo del Dr. Somellera —acerca de este juriconsulto he hecho mención de sus antecedentes como el primer codificador de una parte del Proyecto de Código de Comercio—, inspirada en Bentham, tiene la misma finalidad política. El dogma de la igualdad y la libertad explican la concepción de nuestro primer profesor de derecho privado. La igualdad absoluta de bienes es una quimera, dice, pero se debe conservar la que existe, proporcionar la posible, disminuyendo las desigualdades, por obra de la ley para lograr esa posible igualdad sin ofender los derechos de seguridad.

La igualdad es el derecho que compete al hombre para emplear sus facultades físicas e intelectuales del modo más conforme a su genio, de no ser excluido de los honores, dignidades y empleos de la sociedad, sino por crímenes personales, siempre que tenga los méritos y virtudes que se requieren para el desempeño de tales funciones, de no ser recargado en iguales circunstancias, más que otro sin ninguna recompensa, de ser juzgado y castigado por los delitos de la misma manera y con la misma pena que cualquier otro individuo de la sociedad en igual caso. La igualdad de hecho es imposible, pues los medios y facultades de los hombres son desiguales, pero lejos de repugnar a la igualdad de derecho, la confirma y demuestra la necesidad de respetar este derecho.

En cuanto a la libertad, enseñaba Somellera que es el derecho o facultad que compete a todo hombre de hacer lo que crea conveniente para sí, de no obedecer sino a la Ley, a cuya sanción él por sí o por sus representantes ha contribuido. La libertad se funda en la misma naturaleza del hombre, en su alma inteligente y racional, siendo los vicios contrarios a la libertad: el despotismo, la tiranía y la anarquía.²

En Buenos Aires, hacia 1823 se mencionó, con motivo de una incidencia estudiantil, la conveniencia de crear la cátedra de Historia del Derecho.

2 PEDRO SOMELLERA: *Principios de Derecho Civil*. Noticia preliminar de Jesús H. Paz, edición del Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1939. En esta noticia el Dr. Paz ha trazado una vigorosa síntesis sobre las ideas del juriconsulto argentino.

La influencia de Bentham fué profunda en América, y no solamente de sentido jurídico sino político. Santander adoptó la enseñanza de Bentham en la Universidad de Colombia y Bolívar la prohibió en 1828.

Más tarde, Santander promovió nuevamente el restablecimiento de esos estudios. ARMANDO ROJAS: *La batalla de Benthán en Colombia*, en *Revista de Historia de América*, México, N° 29, junio de 1950).

Alumnos del Departamento de Jurisprudencia asistían a las clases de Derecho Civil y no a las de Derecho Natural y de Gentes. Se dictó un decreto estableciendo que no se admitiría a examen a los alumnos que concurrían a una y no a otra de las cátedras.

Prodújose entonces la protesta de los que consideraban que se perdía el tiempo en el curso "de Derecho Natural y de Gentes aprendiendo nociones "que no tienen utilidad alguna práctica", estimando más conveniente a la juventud convertir esa cátedra en una de Derecho Público o de Historia del Derecho. Lo singular es que ya entonces se tenía el concepto de que la enseñanza de la Historia del Derecho era un conocimiento práctico, como si se tratara de Derecho Constitucional o de materia codificada.

Los estudios históricos adquirieron importancia donde entonces, pues Rivadavia, en el famoso decreto del 6 de marzo de 1823, en que obligaba a los profesores a publicar los cursos a su cargo —que tiene su antecedente en las Universidades de la Península, en la segunda mitad del siglo XVIII—, y una vez concluida la impresión del curso, cada profesor se consagraría "a redactar con criterio y precisión la historia de su respectiva Facultad desde su origen conocido hasta el presente".

Esteban Echeverría criticó la orientación docente de la filosofía sensualista de Condillac y De Tracy y los principios de la legislación utilitaria de Bentham. Fácil es calcular qué dirección darían a las inteligencias jóvenes estas doctrinas que enseñan en sí el materialismo y el ateísmo —decía— y desconocen la noción imperativa del deber y la influencia que por ese medio ejercían sobre la sociedad culta de Buenos Aires y de las Provincias, de donde aflucía constantemente la juventud a aleccionarse con ellos. Fué Juan María Gutiérrez quien contestó a Echeverría explicando que la enseñanza filosófica y jurídica a que se refería el ilustre poeta, más que sistemática fué emancipadora, por la forma y por el fondo, pues tuvo por objeto abrir la razón de la juventud y avezarla al examen franco de todos los problemas, rompiendo los viejos métodos escolásticos y el yugo de las doctrinas dogmáticas. Los apóstoles y mártires contra la reacción de la política de Rosas —agregaba concretamente— fueron discípulos de la Universidad de Buenos Aires, durante la época mencionada.

Pedro Somellera vivió en Montevideo durante su expatriación, y allí continuó enseñando el Derecho Civil.

La enseñanza de Economía Política, que había figurado en un plan de Colegio a crearse en 1812 ideado por Rivadavia cuando era secretario del Triunvirato, se impartió después en el Colegio de la Unión del Sud. Fué el mismo Rivadavia quien llevó esa

cátedra más tarde, en 1823, a la Universidad, debiéndose enseñar en dos años. En el primero, la parte teórica, conforme a los *Elementos de Economía Política*, de Santiago Mill, en la edición castellana de la Imprenta de la Independencia de ese año de 1923, y en el segundo la parte aplicada sobre examen comercial, estadística y administración pública.

En sus cuatro principales capítulos la obra de Mili trata de la producción, la distribución, el cambio y el consumo de la riqueza, comenzando con la definición de que la Economía Política es con respecto de un Estado lo que la Economía doméstica es respecto de una familia.

El texto de Mill es una exposición de las ideas económicas de la escuela clásica, de Adam Smith, Ricardo, Malthus y Say.

El primer profesor nombrado fué Vicente López, pero no pudo hacerse cargo de la enseñanza por sus ocupaciones. Inauguró la cátedra el doctor Pedro José Agrelo. Se suprimió en 1825, y restablecida en 1826 por Rivadavia fueron designados, primero Dalmacio Vélez Sársfield, y luego Juan Fernández de Agüero.³

Al hacerse cargo de la enseñanza de Economía Política, se hicieron estas dos reformas fundamentales: la cátedra pasó del Departamento de estudios preparatorios al de Jurisprudencia, y se derogó la imposición del texto de Mill, Es posible que Vélez Sársfield haya dictado el curso durante los años 1826, 1827 y 1828. Fernández Agüero profesó su enseñanza, probablemente en los años 1829 y 1830, en que se suprimió. Intentó restablecerlo en el proyecto de reformas universitarias de 1834.

Al destacarse la importancia de la enseñanza de Vélez Sársfield —por entonces diputado al Congreso y miembro de su Comisión de Hacienda— se ha observado con razón que de las seis tesis presentadas para obtener el título de doctor, cinco de ellas, durante los años 1828 y 1829, corresponden a temas económico-financieros.⁴

No es necesario encarecer la importancia que tiene la enseñanza del Derecho Canónico en la Historia del Derecho.

3 CARLOS ALBEKTO ACEVEDO: *La enseñanza de la ciencia de las Finanzas en la Universidad de Buenos Aires, desde su fundación hasta 1880*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Nº 2, pág. 35, Buenos Aires, 1950.

4 EUSEBIO AGÜERO: *Instituciones de Derecho Público*, año de MDCCCXXVIII, ejemplar existente en el Museo Mitre, incompleto, sólo tiene hasta la página 272.

El texto do Agüero es un trasunto de la obra clásica sobre la materia *Las instituciones del Derecho eclesiástico*, por Francisco Javier Gmeiner, austríaco, profesor de Historia Eclesiástica.

(Véase la nota del Dr. José Ma. Mariluz Urquijo: *Las instituciones del Derecho eclesiástico de Gmeiner*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1949, N° 1, pág. 39).

El doctor Eusebio Agüero publicó en 1828 *Instituciones del Derecho Público Eclesiástico*. Su autor, nacido en Córdoba, había sido Prefecto de estudios del Colegio de la Unión del Sud en 1818 y Diputado Nacional al Congreso de 1826. Poco tiempo después, el Presidente Rivadavia lo designó catedrático de Derecho Público Eclesiástico y dejó a salvo sus principios, renunciando a la diputación.

Expatriado o preso durante la tiranía, a la caída de Rosas Agüero volvió a ocupar su cátedra de Cánones en la Universidad y estuvo al frente del Colegio.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

ACEVEDO, CARLOS ALBERTO: *La enseñanza de la ciencia de las Finanzas en la Universidad de Buenos Aires desde su fundación hasta 1830*, en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1950. N° 2.

AGÜERO, EUSEBIO: *Instituciones del Derecho Público*, Buenos Aires, 1828.

CASTRO, MANUEL ANTONIO DE: *Prontuario de práctica forense*, Buenos Aires, reedición facsímil del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1934.

CUTOLO, VICENTE: *El primer profesor de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores*, edición del Instituto de Historia Aires, 1948.

LEVENE, RICARDO: *La fundación de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1940.

SÁENZ, ANTONIO: *Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes*, edición del Instituto do Historio del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1939.

SOMELLERA, PEDRO: *Principios de Derecho Civil dictados en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1824, reedición facsímil del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad do Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, con noticia preliminar del Dr. Jesús H. Paz.

CAPITULO XXXI

EL CONGRESO GENERAL CONSTITUYENTE DE 1824 a 1827, EN LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. Leyes políticas dictadas por este Congreso. — Ley fundamental de 23 de enero de 1825. — La discusión ilustrada de cada uno en sus artículos hace honor al Congreso. — Delegación del Poder ejecutivo nacional en el gobierno de la Provincia de Buenos Aires. — Ley sobre creación del Poder Ejecutivo permanente y del ministerio.— Ley sobre la Capital del Estado.
- II. Leyes políticas (continuación).—Los primeros trabajos del Congreso acerca de la Constitución que convenía dar al país. — La expresión del diputado Gómez: "Ahora las idons son populares". —El mensaje del Presidente Rivadavia de 4 de abril de 1826. — Consulta a los pueblos. — Las contestaciones dadas por las Provincias sobre la Constitución, según el diputado Paso, no permitían al Congreso pronunciarse.— Debates acerca de la religión de Estado, la cuestión de la ciudadanía y el derecho del sufragio al doméstico a sueldo, jornalero, soldado. — Nuevo debate sobre In forma de gobierno.— Aprobación del artículo sobre la forma do gobierno en el sistema de unidad. — Aprobación de los artículo»» .tohro los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. — La Constitución do 1826 representa un progreso comparada con la de 1819 ou lo concomiente al Poder Judicial.
- III.Leyes económicas financieras. — Formación do un fondo general.— Fundación del Banco Nacional. — Leyes sobre la» aduanas exteriores y sobre la enfiteusis.
- IV.Leyes militares. — Creación y organización del Ejército Nacional. — Nuevas leyes militares con motivo de la guorra dol Brasil.
- V. La Constitución de 1826, rechazada por las Provincias.

I

Había transcurrido la tregua de casi un lustro, desde la disolución del Congreso Nacional a principios de 1820, y se reanudaba a fines de 1824, con la experiencia adquirida, la marcha progresiva del país. Al concurrir las Provincias al Congreso de Buenos Aires se formalizaba un nuevo pacto nacional. Designado presidente del

Congreso el Dr. Manuel Antonio de Castro, éste hizo la síntesis sobre la situación del país, en la sesión inaugural del 16 de diciembre, después de largo y peligroso período revolucionario en que, divididas las Provincias y aislados los Pueblos, la Nación se había salvado por el sentimiento de unión de sus miembros dispersos.

En el estudio de la labor del Congreso Nacional Constituyente, me referiré, aunque brevemente, a las grandes leyes políticas, económicas y militares dictadas.

Entre las leyes políticas destaco la Ley Fundamental, establecimiento del Poder Ejecutivo Nacional permanente, Ministerio Nacional, Capital de la República y la Constitución de 1826. Entre las leyes económicas, la formación de un fondo de la Nación, establecimiento del Banco Nacional, la consolidación de la deuda y la enfiteusis; y entre las leyes militares, las de creación y organización del Ejército Nacional.

El Proyecto sobre Ley Fundamental es una de las grandes Leyes argentinas, y su discusión hace honor a los miembros de aquel Congreso. En la exposición de motivos se deja constancia de la importancia del "Proyecto de Ley Fundamental o artículos de perpetua unión", que reproduce el Pacto con que se unieron las Provincias desde el día que proclamaron su Independencia —era pues a modo de un nuevo pacto interprovincial— y en el que se señalaban sus atribuciones y objetos.

Se aprobó el artículo 1º que dice así: "Las Provincias del Río de la Plata reunidas en Congreso reproducen por medio de sus diputados y del modo más solemne el pacto con que se ligaron desde el momento en que sacudiendo el yugo de la antigua dominación española se constituyeron en Nación Independiente y protestaban de nuevo emplear todas sus fuerzas y todos sus recursos para afianzar su independencia nacional y cuanto pueda contribuir a la felicidad general".

El Congreso decidió que todas las resoluciones tuviesen este encabezamiento: "El Congreso General de las Provincias Unidas del Río de la Plata ha acordado y decreta lo siguiente ..."

Se resolvió continuar tratando el artículo 3º, en el que se declara: "Por ahora y hasta la promulgación de la Constitución que ha de reorganizar el Estado, las Provincias se regirán interiormente por sus propias instituciones".

El brillante debate que se produjo entonces anticipa las ideas federales y sobre el régimen de unidad que profesaban sus miembros. El diputado Funes propuso el agregado, "... menos aquellas que están en oposición de los derechos esenciales del Congreso y que embaracen sus deliberaciones". La Comisión entendía que no debía

alterarse ninguna de las instituciones provinciales, porque se referían a su administración interior, y si fuesen alteradas, se pondría a las Provincias en un estado violento.

El discurso del diputado Paso contiene conceptos elevados de orden político y económico: "Yo conozco que el país no está en estado de constituirse. Organícense primero las Provincias, que vayan tomando el gusto a la propiciad y el interés y llegará la ocasión de tener más exacto conocimiento de estas cosas para proceder con más acierto".

El Congreso aprobó el artículo 3º y rechazó el agregado del diputado Funes. Comenzó la sesión del 21 de enero, tratando el artículo 4º, cuyo texto, propuesto por la Comisión decía así: "Cuanto concierne a los objetos de la Independencia, integridad, seguridad, defensa y prosperidad nacional, arreglo de la liga y valor de la moneda, pesos y medidas y las relaciones interiores de las Provincias entre sí, a las exteriores de estas mismas Provincias con cualesquiera otro gobierno, nación o Estado Independiente, es del resorte privativo del Congreso General". El diputado Gómez explico que este artículo es correlativo con el anterior. Después que el Congreso ha establecido que las Provincias se regirán por sus propias instituciones pasaban a declarar que todo negocio de caracter nacional sería de la atribución privativa del Congreso Se promovió la cuestión previa para que se suprimieran de dicho artículo dos cláusulas, pero fué sancionado en la forma propuesta por el citado diputado.

Habiéndose reservado a las Proviñcias el derecho de aceptar o rechazar la Constitución, se suprimio el artículo 7º, que decía: "La ratificación de la Constitución por las dos terceras partes de los habitantes de las Provincias, según sus censos, será suficiente para el establecimiento de la Constitución entre las Provincias que la ratifiquen"

Continuó la discusión con el artículo 8º. El diputado Zavaleta, vocal de la Comisión, dijo que entre todos los artículos del proyecto ninguno había dividido más las opiniones de los miembros de la Comisión que este artículo. En definitiva se aprobó el artículo 8º, que pasó a ser el 7º en esta forma: "Por ahora y hasta la elección del P.E Nacional, queda éste provisoriamente encomendado al Gobierno de Bueños Aires con las facultades siguientes:

1º Desempeñar todo lo concerniente a negocios extranjeros, nombramiento y recepción de ministros y autorización de nombrarlos.

2° Celebrar tratados, los que no podrá ratificar sin obtener previamente especial autorización del Congreso.

3° Ejecutar y comunicar a los demás Gobierno todas las resoluciones que el Congreso expida en orden a los objetos mencionados en el artículo 4°.

4° Elevar a la consideración del Congreso las medidas que conceptúe convenientes para la mejor expedición de los negocios del Estado.

Esta Ley Fundamental es ella misma una breve constitución de carácter orgánico, porque ratifica los ideales de Independencia y de organización republicana de Mayo y Julio, porque comprende y resuelve las cuestiones en los órdenes interno y exterior que convulsionaban el país, constituye un Gobierno Nacional Provisorio, y señala las direcciones políticas e institucionales a adoptarse para sancionar la Constitución definitiva.

Ya en octubre de 1825 se dijo en el Congreso que debía crearse el Poder Ejecutivo Nacional, porque sin él las Asambleas representativas eran cuerpos informes, sin alma. Se consideraba que era indispensable que el Congreso se ocupara de dicha creación, entre otras razones por el recargo de tareas en que se encontraba el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, además de que los negocios nacionales exigían la atención de una autoridad exclusivamente dedicada a ellos. A estas razones de orden político se sumaron las referentes a la guerra con el Brasil.

Aprobado el proyecto de institución del Poder Ejecutivo permanente, en febrero de 1826 se creaba el cargo de Presidente de la República, que elegiría el Congreso. La Ley de Ministerios organizaba los cargos de cinco ministerios, pero el mismo tiempo se facultaba al Presidente para reducir su número según las circunstancias.

En la designación de Presidente obtuvo 35 votos Bernardino Rivadavia contra 3. La opinión pública, después de su labor en el gobierno de Martín Rodríguez, había forjado la aureola del estadista que era Rivadavia.

En el mensaje de 9 de febrero de 1826 el Presidente Rivadavia enviaba al Congreso el proyecto de ley sobre la Capital del Estado, considerando que era la base fundamental de la organización del gobierno nacional.

El ministro Agüero sostuvo en el Congreso que era necesario que el Estado tuviera una Capital, y que era imposible que la Capital existiera en otra parte que en Buenos Aires. El diputado Manuel Antonio de Castro, partidario de Rivadavia, sostuvo, sin embargo, que era un proyecto de ley ilegal y perjudicial. El diputado de la oposición doctor Manuel Moreno llegó a afirmar que el establecimiento de la Capital en la

Provincia de Buenos Aires era la extinción de esta Provincia. El proyecto de Rivadavia fué aprobado por 25 votos contra 14. Ya, entonces, se exteriorizó una protesta de los hacendados de la Provincia de Buenos Aires, encabezados por Juan Manuel de Rosas, contra el proyecto de ley, y prodújose un nuevo movimiento de oposición poco tiempo después contra el proyecto, también de Rivadavia, de dividir en dos Provincias el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

II

En el mensaje del Presidente Rivadavia, de 4 de abril de 1826, representaba ante el Congreso la necesidad de dictar la Constitución.

Reconoce el acierto demostrado hasta entonces, que se debía "a la marcha ilustrada y circunspecta", pero que ya había llegado el momento de actuar con más decisión. Se realizó la consulta a los Pueblos, sobre la forma de gobierno más conveniente a la República. Las contestaciones dadas por las Provincias habían puesto al Congreso —según una fundada reflexión del diputado Paso— en estado de incapacidad para pronunciarse. Se hacía notar por el diputado Gorriti que las Provincias se manifestaron con una discrepancia extraordinaria. El dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales proponía la forma Gobierno Republicano, Representativo, constituido en unidad de régimen. El diputado Paso hizo referencia a la Constitución de 1819, diciendo que los pueblos le dieron fin y que no se podía esperar mejor resultado de una Constitución sobre la misma base. Según el diputado Gómez, en la nueva Constitución se harían variaciones importantes con respecto a la de 1819, como en lo referente a la composición del Senado, que no tendría carácter aristocrático.

En el dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales se establece que no se pretendía hacer una obra original, sino perfeccionar la Constitución de 1819. Se produjeron brillantes debates sobre la religión del Estado, votandose el art. 3º, conforme al cual la religión sería la católica apostólica romana y sus habitantes le prestarían el mayor respeto sean cuales fueren sus opiniones religiosas.

Vale la pena registrar la observación formulada acerca del apartado de ese artículo, por la que se suspende el ejercicio del derecho de ciudadanía por no saber leer y escribir, condición que no se exigiría hasta diez años de la fecha.

En la sesión del 25 de septiembre se consideró el último punto de este artículo 6º, por el que se suspendían los derechos de ciudadanía al doméstico a sueldo, jornalero, soldado, notoriamente vago, legalmente procesado en causa criminal en que pueda

resultarle pena aflictiva o infamante. En esta importante materia se desplegó en el Congreso un cambio de ideas acerca de la extensión del sufragio y la condición de las clases sociales argentinas.

Comenzó por oponerse a la aprobación del apartado el diputado por Santa Fe, José Elias Galisteo. Dijo, con visión clarividente, que el doméstico a sueldo y jornalero no debían estar privados de los goces de sus derechos cívicos, porque de ellos se echaba mano en caso de guerra para el servicio militar.

Hizo la defensa de esa prescripción el diputado Castro, quien manifestó que lo importante en ese artículo era buscar en los individuos que han de ejercer la ciudadanía, que tengan voluntad propia, para que en el momento de expresar su opinión se verifique lo que se desea en estos actos, o sea que resulte la expresión de la voluntad general "y no, tal vez, la expresión de la voluntad de un pequeño número de hombres, por un gran número de bocas". Pero el diputado Dorrego replicó con índice acusador: ¿los empleados de cualquier clase que sean no perciben inmediatamente su subsistencia o al menos sus empleos, no están dependientes del Gobierno? ¿y quién tendrá más empeño en las elecciones, un particular que una que otra vez podrá mezclarse, o el Gobierno que siempre debe empeñarse en que el resultado de las elecciones sea según sus deseos para poder tener influjo en el poder legislativo?" Y, sin embargo, los empleados no eran excluidos de las elecciones. Con energía proclamó: "¿Y qué es lo que resulta de aquí?, una aristocracia, la más terrible, si se toma esa resolución, porque es la aristocracia del dinero, Y desde que esto se sostenga se echa por tierra el sistema representativo que fija su base sobre la igualdad de los derechos".

Fué eficiente la argumentación del diputado Paso, para quien no había razón bastante para excluir a los jornaleros y criados del derecho de sufragio. Si yo me hallara en el Perú, dijo fundando sólidamente su opinión, tal vez allí sí pensase de este modo, porque es preciso en cada país considerar esa disposición propia y adaptarse a su localidad.

Terminado el importante debate se aprobó el apartado con la variante de criado a sueldo, en vez de doméstico a sueldo, de peón jornalero, en vez de jornalero, de simple soldado de línea en vez de soldado. También se aprobó lo de notoriamente vagos, y la parte final quedó redactada así: "o legalmente procesado en una causa criminal en que pueda resultar pena corporal o infamante".

Después tratóse extensamente la forma de gobierno que ya había sido discutida y resuelta, pero en este segundo debate se adujeron nuevas razones en favor de la Federación, desde los puntos de vista social y económico. En nombre de la Comisión

el diputado Valentín Gómez recapitulaba los antecedentes relacionados con el pronunciamiento del Congreso en favor de la unidad, votando cuarenta y tres o cuarenta y cuatro contra once. "No nos queda pues otro medio que el de seguir adelante", dijo. Esta nueva exposición del diputado Gómez tendía a demostrar que si el Congreso sancionaba la federación en el estado en que se encontraban los pueblos, no habría hecho más que sancionar la disolución " y el estado de desgracia política".

Luego de rechazar las frases con que había sido zaherida la oposición, el coronel Dorrego dijo en la sesión del 2 de octubre: "Opino por el sistema federal porque es el que quieren los pueblos, porque creo que es el que únicamente aceptarán. ¡Ojalá me equivocase, pues en ese caso el error sería de un hombre..."

El Congreso aprobó el artículo de la Constitución sobre la forma de gobierno, en la sesión del 4 de Octubre por cuarenta y un votos contra once.

Se sancionó que el Poder ejecutivo de la Nación se encargaba a una sola persona con el título de Presidenta de la República Argentina, duraría en el cargo cinco años y no podría ser reelecto a continuación.

El Presidente nombraría a los gobernadores de las Provincias a propuesta en terna de los Consejos de Administración, durando tres años en el cargo.

La Constitución de 1826 representa un progreso, comparada con la de 1819, en lo concerniente al Poder Judicial.

Se incorporaron a la carta fundamental prescripciones importantes sobre materia judicial y reorganización de los tribunales. Se dijo con razón que en el seno de este Congreso se había previsto todo lo necesario a fin de que el Poder Judicial actuara con independencia. La Intervención principal le correspondió al diputado Manuel Antonio de Castro.

El Poder Judicial de la República sería ejercido por la Alta Corte de Justicia, Tribunales Superiores y demás juzgados establecidos por la ley. La Alta Corte de Justicia se componía de nueve jueces y dos fiscales. El presidente duraría cinco años en el ejercicio de sus funciones. Todos los miembros de la Corte permanecerían en sus cargo mientras durara su buena conducta, debiendo merecer juicio y sentencia legal para su destitución.

Fué complicada la discusión del proyectado artículo conforme al cual la Alta Corte conocería en último grado de todos los recursos que se elevaran de los Tribunales subalternos, quedando suprimidos los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria. Ante las observaciones que le formularon, el diputado Castro

modificó el artículo en discusión, proponiendo esta forma: "No podrá haber en ningún género de causas más que tres instancias". En la votación se rechazaron los proyectos presentados, dejándose constancia que lo habían sido porque no era la Constitución el cuerpo de leyes adecuado en que debían establecerse tales mejoras.

En principio puede afirmarse respecto de las atribuciones de la Alta Corte de Justicia que eran casi las mismas las de la Constitución de 1826 y las que se registraron en la de 1853. La diferencia principal consiste en que en esta última se reconoció a la Corte Suprema la facultad de entender en las causas en que estuviese en cuestión un principio de orden constitucional, de modo que el Poder Judicial puede declarar en tal caso la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto.

Se creaban los Tribunales Superiores de Justicia en las Provincias, compuestos de jueces letrados nombrados por el Presidente de la República a propuesta en terna de la Alta Corte de Justicia. Tales Tribunales superiores conocerían en grado de apelación de los recursos que se elevaran a ellos de los juzgados de primera instancia y de los demás asuntos que les correspondiera por ley.

El diputado Castro propuso el siguiente artículo, que fué aprobado por cuarenta y dos votos contra uno: "Queda absolutamente prohibido todo juicio por comisión". También se aprobó a iniciativa del diputado Castro un artículo que representaba igualmente un notable progreso judicial, que es el siguiente: "Queda prohibida la pena de confiscación de bienes".

III

La Nación surgía gradualmente organizando sus grandes instituciones. A la Ley Fundamental y a la de la creación del Ejército, siguieron otras de iguales proyecciones nacionales, correspondiendo destacar las de orden económico financiero.

El Ministro pidió una sesión extraordinaria para presentar el Proyecto de Ley sobre fundación de un Banco Nacional redactado en 86 artículos. El 7 de enero de 1826, el doctor García encareció la importancia de esa iniciativa, a que ya se había referido anteriormente, afirmando que el estado de las Provincias exigía con carácter urgente esta medida, que serviría a modo de un lazo que las reúna entre sí a un centro común de fuerza y de vigor que puede reanimarlas. Era necesario auspiciar en primer lugar la industria del país, para fomentar la producción y de este modo, obtener no sólo las contribuciones necesarias, sino también todo el crédito, sin el cual no se podían recaudar aquellas sumas para acudir a las necesidades de la guerra y gastos de la administración. El Congreso General Constituyente sancionó la Ley que creó el

Banco Nacional de las Provincias Unidas del Río de la Plata, con el capital de diez millones.

El 15 de febrero de 1826 se dictaba la Ley para la consolidación de la deuda nacional anterior al 1° de febrero de 1820, procedente de servicios nacionales.

La Ley que ponía a disposición del Poder Ejecutivo Nacional todas las aduanas exteriores y oficinas de recaudación, nacionalizándose los impuestos de lo que se importe o exporte, es de fecha 13 de marzo de 1826.

Al tratarse el artículo primero, el diputado Gorriti dijo enérgicamente que ésta y otras leyes semejantes iban "dejando a los Gobernadores de las Provincias en tal calado de nulidad e insignificancia que no habría persona de alguna delicadeza que consintiese encargarse de un Gobierno nominal o teatral". Por otra parte, agregó, se le van concediendo insensiblemente tales atribuciones al Gobierno General, que el Presidente de la República viene a ser quien disponga de todo en los Pueblos, de modo que sus Juntas locales quedan sin objeto.

El Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso, en 1826, el Proyecto de Ley sobre enfiteusis. Según el artículo 1° se entregaba en enfiteusis la tierra pública durante el término de diez años a contarse desde el 1° de febrero de 1827. Por el artículo 2° se fijaba el canon de un ocho por ciento anual sobre el valor que se consideraba a las tierras si eran de pastoreo o de un cuatro por ciento si eran de pan llevar.

Al votarse el primer artículo se resolvió que la enfiteusis se daba por un término no menor de veinte años. El artículo 2° motivó dilatadas discusiones, considerando excesivo el canon. Se aprobó con una mayoría de votos exigua el artículo 2° tal como había sido redactado por el Poder Ejecutivo.

La Ley de enfiteusis fué sancionada en la sesión del 18 de mayo de 1826.

IV

La grave situación en que se encontraba la Provincia Oriental determinó que el Poder Ejecutivo de la Nación, con fecha 12 de marzo de 1825, elevara al Congreso su proyecto sobre creación y organización del Ejército Nacional.

En el mensaje de Las Heras y el Ministro De la Cruz, se expresa conceptuosamente que había llegado el tiempo oportuno para la formación del Ejército Nacional, "el q.^e no sólo debe conquistar la integridad del territorio ocupado p.^r los enemigos, sino también mantener la República en el estado de respetabilidad q.^e le corresponde".

El Proyecto se trató en la sesión del 31 de mayo, y por él se ascendía la fuerza a 6.112 soldados en todas las armas, despachado favorablemente por la Comisión Militar, con observaciones.

El pensamiento enunciado por el diputado Agüero sintetizado en la frase "nación sin ejército no puede haber", fué contestado en un extenso discurso por el diputado Gorriti para quien "no podía haber Ejército Nacional sin Nación". ¿Cuándo se ha formado la Nación? ¿Cuándo se aceptó la Constitución?, preguntaba. Sin estos requisitos, la Nación no existía, porque es suponer existente un ser, antes de poseer sus atributos constitutivos. De ahí su opinión de que se tratara primero la forma de gobierno a adoptarse y aceptada por las partes; entonces sería el caso de aprobar ese proyecto.

En la sesión del 4 de mayo concurrió al Congreso el Ministro de Guerra, General Cruz, quien consideró los tres objetos principales de la Ley, la creación del Ejército Nacional, el establecimiento de una igualdad proporcional a la población de las Provincias y darle a este Ejército la forma conveniente a nuestra situación, prefiriéndose el arma de caballería, por la clase de enemigo con quien habría que pelear en la guerra.

Continuó la discusión del Proyecto del Gobierno sobre la creación del Ejército Nacional, con asistencia del Ministro de Guerra y la intervención de numerosos diputados, y en la sesión del 31 de mayo se aprobó esta importante Ley.

En el agitado debate que originó, todo fué puesto en disensión, aun la existencia de la Nación misma. Contra la fórmula de que no podía haber Ejército Nacional sin Nación constituida, triunfó el concepto trascendental en la historia política argentina, de que la Nación era preexistente y existía en el momento del juramento de la Independencia en 1816 y de que el Ejército Nacional, creado antes de constituirse la Nación, tiende a asegurar la existencia de la Nación misma.

El Congreso General Constituyente, al dictar esta Ley, fiel a su misión histórica, organizó una gran institución, en la que los hombres pasan y la estructura cambia, pero las glorias son eternas, conquistadas por la fuerza al servicio del derecho y la libertad, el Ejército Nacional, que se había cubierto de gloria en las invasiones inglesas y en la guerra de la Independencia contra España, llamado a realizar una campaña no menos glorios por la defensa de la Banda Oriental.

V

A punto ya de terminar el debate sobre el proyecto de Constitución, estalló la guerra civil en las Provincias.

Sancionada la Carta, se dispuso que el Congreso nombraría comisionados de su mismo seno que presentarían la Constitución a aquellas Provincias en que se había manifestado opinión contraria a la forma de unidad establecida. Así hizo, pero los comisionados fracasaron en su misión.

El proyecto del Presidente Rivadavia sobre división en dos Provincias del territorio de la Provincia de Buenos Aires levantó gran agitación política y social encabezada por Juan Manuel de Rosas. En el escrito presentado con las firmas de numerosos hacendados Rosas enuncia el concepto de que la campaña de Buenos Aires dependía de la ciudad y que todos deseaban verse regidos por un mismo gobierno y unos mismos tribunales de justicia.

La Constitución de 1826 fué rechazada por las Provincias organizándose una alianza ofensiva y defensiva de once de ellas en mayo de 1827, contra el Gobierno de Buenos Aires.

Los sucesos internos se complicaron con la guerra del Brasil, produciéndose la crisis política con la renuncia del presidente Rivadavia.

Un sociólogo moderno¹ ha expresado un concepto político fundamental afirmando que el sentido teórico persistió en los unitarios y el práctico en los federales, y que esta diferencia de mentalidades es una de las causas de los antagonismos políticos.

Las palabras federal y régimen de unidad tenían un sentido propio y vital, que fué cambiando hasta perderse después.

La lucha fué al principio entre unitarios y federales, pero a poco del fracaso de la sublevación de Lavalle, hizo crisis y la lucha fué entonces dentro de la Federación, entre el federalismo doctrinario y el de orden práctico.

La Constitución de 1826, como la de 1819, tampoco hizo la paz y no llevó de inmediato el bienestar a los pueblos.

Al Congreso de 1824-1827 y al Presidente Rivadavia les corresponde la gloria de haber iluminado el panorama del país, con un plan institucional y jurídico que sólo pudo tener comienzo de realización un cuarto de siglo después. El infortunio que sobrevino fué la consecuencia de este divorcio entre la teoría y la práctica en la política argentina.

1 JUAN A. GARCÍA : *Las ideas nadales en el Congreso de 1826*, edición del Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1944.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires: *Documentos del Congreso General Constituyente de 1884-1887*, La Plata, 1949, y *Libro de sesiones reservadas...*, La Plata, 1936.

CONI, EMILIO A.: *La verdad sobre la enfiteusis de Rivadavia*, Buenos Aires, 1927.

CÁBCANO, MIGUEL ANGEL: *Evolución histórica del régimen de la tierra pública*, Buenos Aires, 1920.

Diario de Sesiones del Congreso Nacional de las Provincias Unidas del Río de la Plata en Sudamérica.

GROUSSAO, PABLO: *El desarrollo constitucional y las "Bases" de Alberdi*, en *Anales de la Biblioteca*, tomo II, Buenos Aires, 1902.

GARCÍA, JUAN AGUSTÍN: *Las ideas sociales en el Congreso de 1826*, edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1944.

Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras: *Asambleas Constituyentes argentinas*, tomo III y IV.

RAVIGNANI, EMILIO: *Historia Constitucional de la República Argentina*, Buenos Aires, 1927, y *El Congreso Nacional de 18M-1821* en *Historia de la Nación Argentina*, edición de la Academia Nacional de la Historia, volumen VII, primera sección, Buenos Aires, 1949.

CAPITULO XXXII

MOVIMIENTO DE IDEAS POLITICAS Y JURIDICAS EN 1827-1829, 1833-1835 Y EN 1837-1838. POLEMICAS JURIDICAS Y TESIS UNIVERSITARIAS

- I. El movimiento de ideas políticas y jurídicas producido en 1827-1829. Tesis doctorales.
— Discurso en favor de la pena de muerte por Valentín Alsina. — Contestación de Guret Bellemare. — Polémica sobre el recurso extraordinario. — La obra de Bellemare *Plan general de organización judicial para Buenos Aires*.
- II. El movimiento de ideas políticas y jurídicas producido en 1833 y 1835. — Intento de reacción contra las facultades extraordinarias en el gobierno del general Balcarco: la aspiración a dictar la Constitución de la Provincia y el Proyecto de Ley sobre Administración de Justicia. — Proyecto de Constitución federal. — Espíritu político de este proyecto, contrario a las facultades extraordinarias. — Proyecto de Reglamento de la administración de justicia: ún documento fundamental en la Historia Judicial Argentina. — Constitución del Poder Judicial independiente
- III. El movimiento de ideas políticas y jurídicas en 1837-1838. — Inauguración del "Salón Literario". — El *Fragmento preliminar al Estudio del Derecho*, de Alberdi, y *Naturaleza filosófica del Derecho*, de Manuel J. Quiroga de la Rosa. Polemicas filosoficas y juridicas. Las *Palabras simbólicas*, de Esteban Echeverría.

I

Un movimiento de ideas políticas y jurídicas se había producido con la Revolución de 1810 y las consiguientes influencias principalmente hispánica e india una y la repercusión de las influencias exteriores.

Después, la nueva época fué la de las reformas legislativas durante el gobierno de Martín Rodríguez, con la intervención del publicista Dr. Antonio Sáenz y los primeros codificadores argentinos: Manuel Antonio de Castro y Pedro Somellera, sin omitir las influencias universales, principalmente de Beccaria y Bentham, que se prolongaron por algunos años.

El movimiento de ideas políticas y jurídicas y de reformas legislativas que le sigue, producido con motivo de la reunión del Congreso General Constituyente de 1824, es el que corresponde especialmente a los años 1827 a 1829.

Téngase presente el cambio de opiniones y la exaltación política que provocó el Congreso General Constituyente al tratar la Constitución de 1826, la forma de gobierno a adoptarse y reformas auspiciadas sobre el Poder Judicial Independiente y las garantías individuales.

También prodújose un movimiento de ideas jurídicas que tuvo por centro de irradiación la Academia de Jurisprudencia, la Universidad y el periodismo.

Voy a referirme en primer término a las tesis de Florencio Várela y Carlos Villademoros que preceden a la controversia entre Valentín Alsina y Guret Bellemare.

Graduado en Jurisprudencia en 1827, Florencio Várela se doctoró con su tesis *Disertación sobre los delitos y las penas*. Elogia en ella al Marqués de Beccaria, defensor de la humanidad, que levantó su voz contra todos los abusos y especialmente los tormentos, y a Bentham, que construyó sus tratados de legislación civil y penal, partiendo del principio de utilidad, pesando escrupulosamente los bienes y los males que produce un acto cualquiera, y según resulta de su cálculo, hace o no de él un delito. Observaba que en las penas notábase una severidad inútil y una monstruosa desproporción con los delitos, como que eran dictadas sin consideración alguna a la índole y costumbres de los pueblos. En una palabra, escribía Várela, la Filosofía era absolutamente extraña a la Jurisprudencia Criminal.

Con respecto a la pena de muerte, tema de permanente interés, adopta una posición original. Consideraba que era una pena injusta pero que era imposible "suprimirla en mucho tiempo con especialidad en nuestro país".

En ese mismo año de 1827, Carlos Villademoros presentaba su tesis, *Disertación sobre la necesidad de que se reformen los procedimientos de la Justicia Criminal*, en la que criticaba el procedimiento de la justicia entonces imperante en esa materia, que se hallaba "en un estado aún tenebroso, inquisitorial y arbitrario", considerando conveniente la introducción del juicio por jurados.

El *Discurso sobre la pena de muerte*, en favor de dicha pena, por Valentín Alsina, fué leído en la Academia de Jurisprudencia el 15 de abril de 1828 (se publicó en Montevideo en 1829) y dio origen a la contestación de Guret Bellemare que "sostuvo con talento y solidez la conveniencia de extinguir la pena capital".

Valentín Alsina no era un espíritu teórico. La posición adoptada se explica lógicamente por las nuevas características de los fenómenos de la criminalidad argentina. De ahí el interés palpitante que adquirió éste a modo de debate jurídico sobre la significación social del delito. Llegaba a afirmar que todos los argumentos

que se aducen contra la pena de muerte o nada prueban o también prueban que debe extinguirse el Código Penal.

Poco tiempo después, en 1832, en un suceso que apasionó a la opinión pública, el Coronel Paulino Rojas era condenado a la pena de muerte. Valentín Alsina fué su defensor, y ante la Cámara presidida por el doctor Gregorio "el partidario de la pena de muerte y el opositor de Bellemare en el año 1828, produjo en la emergencia una pieza jurídica brillante"¹ y Rojas fué condenado a ocho años de servicio.

Siendo Presidente Rivadavia, en 1827, Bellemare continuaba demostrando los beneficios de la codificación y pedía el nombramiento de una comisión legislativa compuesta por jurisconsultos entre los más antiguos y experimentados. Llegaba a proponer la creación de la cátedra de derecho criminal para la enseñanza de la ciencia Penal y su aplicación.

Había proyectado dos listas en materia de derecho, de instituciones nuevas que concordaban mejor con un gobierno republicano y de viejas leyes que oslaban en desarmonía con el espíritu del país. Estas dos listas contenían, una un curso de Derecho Comercial y la otra un curso de Derecho Criminal.

Importante es la colaboración que Bellemare publicó en *La Gaceta Mercantil* de 30 de enero de 1828 sobre una cuestión de Derecho o de Jurisprudencia, como se decía entonces, que había merecido la opinión favorable de "los doctores mas distinguidos del país". La cuestión era la siguiente: El recurso extraordinario de nulidad o injusticia notoria, tal cual hoy existe, es no sólo inútil, sino altamente perjudicial a la recta administración de Justicia. No es necesario recordar los antecedentes de este Recurso Extraordinario, en la legislación indiana y patria y la crítica enérgica que hizo de él, y de la existencia de un tribunal especial, Manuel Antonio de Castro, materia a la que dedico un capítulo en este "Manual".

Los graves acontecimientos políticos que sobrevinieron no lograron hacer desistir a Bellemare de sus elevados propósitos. Fué el Gobernador Dorrego quien auspició sus planes legislativos.

1 RICARDO PICCIRILLI: *Gurét Bellemare...*, cit..., pag. 49, que es el trabajo de investigación original sobre la materia. La pena de muerte por su mantenimiento o por su abolición, fue, el tema constante, durante muchos años, tratado en las tesis (MARCIAL R. Candiotti: *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires...*, Buenos Aires 1920, pág. 443 y sigts.).

Como consecuencia del encargo dado a Bellemare, éste escribió el *Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires en que van asentados los principios que podrán servir de base para un Código de leyes nacionales*, publicado en Buenos Aires en 1829.

Se trata de una obra jurídica fundamental en la bibliografía argentina que revela la preparación y el talento de su autor.

Los problemas fundamentales propuestos y resueltos por Bellemare en su *Plan general de organización judicial* son los siguientes:

- 1° Creación de la policía judicial, dividida en judicial propiamente dicha, municipal y rural.
- 2° Creación del servicio judicial, de cuarenta porteros de Estado, encargados de iniciar las demandas de los acreedores con respecto a los deudores.
- 3° Los Juzgados de Paz existentes serían perfeccionados con la declaración de la inamovilidad del Juez.
- 4° Creación del Tribunal de Primera instancia dividido en tres Cámaras: civil, comercial - marítima y de información criminal.
- 5° Creación de una Alta Corte de Justicia integrada con dos Cámaras.
- 6° Incorporación en el Ministerio Público del orador general de la ley de la Alta Cámara.
- 7° Creación del "jury" de acusación y de juicio.
- 8° Creación del cuerpo o colegio de abogados.
- 9° Creación del cuerpo de escribanos.
- 10° Supresión de los procuradores.
- 11° Creación de los "Honorable conciliadores", tomados de una nómina de negociantes y propietarios.
- 12° Supresión del Consulado y el Tribunal de Alzada.
- 13° Creación de las "Actas cronológicas de las familias", o sea la constancia de nacimiento, matrimonio y muerte.

No es necesario destacar el avanzado pensamiento teórico de Bellemare que ya en 1829 proponía la supresión del Consulado y Tribunal de Alzada, la necesidad de dictar sus Códigos, la creación del Ministerio de Justicia y la Corte de Casación, y que afirmaba la supresión de la pena de muerte, replicando a Valentín Alsina en materia penal.

Durante el gobierno interino del general Viamonte, siendo ministro el general Guido, en 1829, se realizaron importantes reformas en el Orden Judicial, a que me

referiré en el capítulo sobre el Poder Judicial y el restablecimiento del Tribunal de recursos extraordinarios.

II

Un breve pero nuevo período en la Historia del Derecho Argentino se inició en 1833 con el gobierno del General Juan Ramón Balcarce, período que se extiende hasta 1835, en que asumió Rosas el mando con la Suma del Poder Público.

Política y judicialmente, el gobierno de Balcarce y su sucesor Viamonte significa un intento de reacción contra las facultades extraordinarias, de afirmación del principio de dictar la Carta constitucional para la Provincia de Buenos Aires, y un ensayo tendiente a erigir con carácter independiente el Poder Judicial.

Asumió el mando el general Balcarce el 17 de diciembre de 1832, y pocos días después, el 4 de enero, designaba presidente de la Cámara de Apelaciones al Dr. Gregorio Tagle.

En el mes de agosto de 1832 había fallecido el antiguo Presidente de la Cámara de Apelaciones e ilustre fundador y director de la Academia de Jurisprudencia, Dr. Manuel Antonio de Castro.

El nuevo Gobernador resolvió que la presidencia del Tribunal fuese desempeñada desde ese año por el miembro que determinase el gobierno, hasta tan lo so estableciera una ley general sobre la materia.

La reacción política que significaba el gobierno de Balcarce se concretó en la necesidad de dictar en primer término la Constitución para la Provincia de Buenos Aires y la organización institucional del Poder Judicial

El proyecto de Constitución se fundaba en el acuerdo adoptado por la Legislatura, conforme a la cual la Provincia no se reuniría en Congreso con las demás que componen la República Argentina sino bajo el Pacto Federal, con el exclusivo derecho de gobernarse a sí misma, como un Estado libre e independiente.

La Sección Quinta del proyecto se ocupa del Poder ejecutivo con prescripciones tendientes a garantizar la libertad del ciudadano e imposibilitar a aquél de poder abusar de la autoridad que se le ha confiado para bien del pueblo y felicidad de los gobernados. El gobernador duraría en el cargo el término de tres años y no podría ser reelecto sino después de seis de haber cesado.

Tal sección del Poder Ejecutivo denuncia por sí sola el espíritu político de este Proyecto de Constitución contrario a Rosas. Además de lo expuesto, en efecto, el

artículo CLXX (de la sección novena sobre disposiciones penales) prescribía en forma terminante: "Jamás podrá en la Provincia, el P. E. ser investido con facultades extraordinarias para disponer de las vidas ni fortunas de los particulares, ni trastornar el orden y forma de la administración establecido por las Leyes".

La Sección Séptima destinada al Poder Judicial —en la que es visible la influencia de la Constitución de 1826— contenía una serie de artículos que aseguraba su independencia de todo otro poder en el ejercicio de sus funciones.

Las principales prescripciones destacan el valor político y doctrinario de este Proyecto de Constitución, preparado por la Comisión de Negocios Constitucionales de la Legislatura, que no pudo ser considerado ante el empuje violento de los acontecimientos que culminaron con la Revolución de los Restauradores, hecho trascendental que echó por tierra los planes de dictar la Constitución y la Ley sobre la administración de justicia.

El ministro de Gobierno doctor Tagle, que retuvo su cargo de Presidente de la Cámara de Apelaciones, presentó diversos proyectos de reformas judiciales, aunque pronto se produjeron los graves sucesos —relacionados con la acusación del Fiscal doctor Agrelo contra los periódicos de la oposición— que debía originar la crisis política y su caída del Ministerio.

El Proyecto de Administración de justicia llevado a la Legislatura por el gobernador Juan R. Balcaree y el ministro Gregorio Tagle, con fecha 16 de septiembre de 1833, es un documento fundamental cuya importancia paso a destacar a los estudiosos de la Historia del Derecho Argentino.

Antes que nada, significa el término de un largo proceso de reformas en la magistratura y la sustanciación de los juicios que habían sido adoptados en principio, y admitidos en parte desde 1810, reformas presentadas sistemáticamente en este Proyecto orgánico. Pero significa también la explicación histórica de la actitud de Rosas y su Legislatura, que no ha tratado un Proyecto sobre la administración de la justicia por la razón, de orden superior, de que era inconciliable con la delegación de las Facultades Extraordinarias y sobre todo con la delegación de la suma del Poder Público.

En el momento de elevarse el Proyecto a la Legislatura, que tiene 262 artículos, el doctor Gregorio Tagle era al mismo tiempo presidente de la Cámara de Apelaciones y Ministro de la Provincia, como he dicho.

El capítulo primero de la Sección primera, de cinco artículos, del Reglamento de la Administración de Justicia, proyectado por la Cámara de Apelaciones en 1833, se

refiere a la constitución del Poder Judicial independiente ratificando los propósitos tantas veces manifestados por los gobiernos argentinos desde la Revolución de Mayo.

Es independiente el Poder Judicial de todo otro poder en el ejercicio de sus funciones; y en él debe arreglarse a las leyes de su institución, cuya inviolabilidad sostendrá como su primer deber, dice el artículo primero en forma terminante. Según el artículo segundo, "ninguna autoridad puede ejercer sus funciones ni avocar causas pendientes, ni mandar abrir juicios fenecidos; cuando esto sucediere —se declara en el Proyecto con el fin de poner término a todo avasallamiento— el juez o Tribunal ante quien pendiere o a quien correspondiere el conocimiento de la causa, es obligado a reclamar de este procedimiento, formando competencia si fuere necesario en defensa de la jurisdicción". Los otros artículos de este primer capítulo se refieren a las conquistas de las garantías judiciales indispensables en una nación libre; el derecho que tiene todo hombre de ser juzgado por sus jueces legales y no por comisión especial, "salvo en caso extraordinario, a juicio de la Legislatura", y a la afirmación del principio de que los jueces sean temporales o perpetuos, no podrían ser removidos sino precediendo juicio legal.

Concretamente, las reformas introducidas eran las siguientes :

La experiencia había demostrado que los juzgados ordinarios estaban sobrecargados con demandas diarias, civiles y criminales también, pero correccionales y de policía en su mayor parte, de modo que no podían expedirse en los otros negocios de importancia. No bastaban cuatro jueces de paz para oír y concluir con brevedad estos pequeños pleitos —el juicio ante los juzgados de Paz era verbal— que debían repartirse entre los diez o doce jueces de Paz inmediatos de otros tantos distritos de la ciudad, fuera de los de la campaña. Se aumentaban las facultades a los jueces de Paz haciendo de ellos "verdaderos magistrados". Se proponían los nombramientos de suplentes teniendo en vista otra reforma judicial posible, la del juicio por jurados, ya prevista por diversas leyes.

Según la Cámara, con esta experiencia de los suplentes se aleccionaba y familiarizaba con la administración de justicia "un número competente de ciudadanos para constituir los jueces de Paz bastantes y capaces" que demandaba el juicio por jurados.

Con respecto a los jueces de primera instancia —dos en lo civil y dos en lo criminal— nombrados por el gobierno a propuesta del Tribunal de Justicia, que permanecerían en sus cargos todo el tiempo de su buena conducta, no se hacía mayor

innovación, estimándose que al separarlos de su conocimiento las demandas verbales y suprimir los trámites superfluos, se expedirían con más desahogo, hasta tanto se pudiera aumentar el número de estas magistraturas.

Una de las reformas más profundas enunciada en este Proyecto es la supresión del Tribunal del Consulado que ya había preconizado Guret Bellemare.

Era notable la indiferencia que venía ofreciendo el cuerpo del comercio en las elecciones de los jueces consulares y la resistencia de los electos a la aceptación de los cargos. Tales las razones que daban sólido fundamento al establecimiento del juez letrado con audiencia y despacho diario, para decidir los asuntos comerciales en primera instancia.

El tribunal de Alzada de Comercio —de que trata el capítulo V— se compondría de uno de los miembros del Tribunal de Justicia, designado anualmente, acompañado de dos comerciantes, a nombrarse por cada una de las partes entre los dieciocho anuales, y no como se hacía entre los que proponían las partes litigantes, sino entre un número que proporción almente al vecindario elegiría el mismo comercio todos los años.

Se creaba, pues, una segunda instancia en esta materia, que era una verdadera revisión.

En el capítulo VI se abolía el Juzgado de Alzada de Provincia, debiendo interponerse todos los recursos en el Tribunal de Justicia, integrado éste por siete jueces, inclusive el Pre>-sidente, y un Fiscal, y nombrados en lo sucesivo por el gobierno a propuesta en terna del mismo Tribunal.

El Tribunal de Justicia conocería de todos los recursos ordinarios y extraordinarios en grado de apelación.

En el Tribunal fenecían todos los pleitos en última instancia. El recurso extraordinario de nulidad e injusticia notoria entendía el Tribunal de Justicia en su sala civil, aumentada hasta el número de cinco, con la sola remisión especial de los autos.

Tal proyecto de reformas fundamentales de 1833 que hacían efectivas las aspiraciones patrióticas sobre la constitución e independencia del Poder Judicial y las garantías de los derechos individuales, no fué considerado por la Legislatura en virtud de la crisis política producida.

III

El año 1837 tiene especial significación en la historia de las ideas argentinas, porque es el año del "Salón Literario", del periódico "La Moda", de la obra orgánica

Fragmento preliminar al estudio del Derecho, de Juan B. Alberdi, y de la tesis juvenil *Sobre la naturaleza filosófica del Derecho*, de Manuel J. Quiroga de la Rosa.

Para explicar ese momento ideológico, se impone recordar los antecedentes inmediatos del mismo —los movimientos de ideas de 1827-29 y 1833 y 34 a que ya me he referido, que descubren su filiación eminentemente nacional, sin desconocer, por cierto, las influencias externas universales.

Se comprende así, siguiendo el curso de este proceso histórico, que hacia el mes de junio de 1837 se fundara el Salón Literario, a iniciativa de Marcos Sastre, con carácter predominantemente cultural. Un año después, en julio de 1838 creaba con sentido político la Asociación de Mayo, o la Joven Argentina, presidida por Esteban Echeverría

El discurso inaugural de Marcos Sastre, *Ojeada filosófica sobre el estado presente y la suerte futura de la Nación Argentina*, señala un rumbo evidentemente nacional a la cultura del país. Plagio político, científico y literario había imperado en algún momento, y de ahí la necesidad, al decir de Sastre, de adoptar una política y legislación propia de su ser, un sistema de instrucción pública acomodado a su ser y una literatura propia y peculiar de su ser. Desde el punto de vista general se había puesto en evidencia "el extravío de una marcha política que guiada sólo por teorías exageradas y alucinada con el ejemplo de pueblos de otra civilización, no ha hecho más que imitar formas e instituciones extranjeras cuando todo se debía buscar en el estudio de la naturaleza de nuestra sociedad, de sus vicios y virtudes, de su grado de instrucción y civilización, de su clima, de su territorio, de su población y sus costumbres".

Entendía Sastre que aquel "error de plagio político ocupa también del error del plagio científico y literario, como he dicho, el instinto nacional lo había reemplazado, adoptando el sistema federal como expresión de la voluntad del pueblo. "El gran Rosas es el hombre elevado por la sola fuerza de su genio al alto grado de influencia y de fama, que le pone en aptitud de rechazar toda reacción extraña o anarquía que intente oponerse a la realización de las esperanzas de la Nación".

El orador del Salón Literario que siguió a Marcos Sastre fué Juan B. Alberdi, el joven de 27 años, pero ya figura de relieve en 1837, no sólo por su intervención en el acto citado, sino porque en ese año, dirigió "La Moda" y publicaba su obra *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*.

En su discurso en el Salón Literario, titulado "Doble armonía entre el objeto de esta institución con una exigencia de nuestro desarrollo social: y de esta exigencia con otra

general del espíritu humano", Alberdi desarrolló conceptos fundamentales de orden histórico y filosófico.

Dos direcciones debían tomar nuestros trabajos intelectuales, decía Alberdi, ampliando en cierto modo el horizonte intelectual de Marcos Sastre: 1º La indagación de los elementos filosóficos de la civilización humana; 2º El estudio de las formas que estos elementos deben recibir bajo las influencias particulares de nuestra edad y nuestro suelo.

Sobre lo primero había que seguir el pensamiento europeo, pero sobre lo segundo no había que consultar a nadie, sino a nuestra razón y observación propias. No termina Alberdi sin advertir que el estudio de lo nacional era un trabajo nuevo, porque no se sabía suficientemente "que lo nacional era un elemento necesario de nuestro desenvolvimiento argentino".

Alberdi mantuvo desde entonces una actitud desigual en sus ideas, exaltando el pasado político y jurídico, pero no el económico, en el *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, en las *Bases*, en *Elementos del Derecho público provincial*, y en, la polémica con Vélez Sársfield sobre el proyecto de Código Civil y sus fuentes históricas.

Esta dirección del pensamiento, expuesta por Sastre y Alberdi, fué desconocida en seguida por Juan María Gutiérrez quien hizo una subestimación de España —tan rotunda como injusta— en su *Fisonomía del saber español, cual debe ser entre nosotros*, negándole toda intervención en el desarrollo de las ciencias, las letras y las artes, exposición que por su espíritu de combate mucho se asemeja al *Manifiesto de las Naciones* que aprobó el Congreso en 1818, redactado durante la guerra de la Independencia por el Pbro. doctor Antonio Sáenz.

La opinión de Gutiérrez, contraria a España, era compartida por Esteban Echeverría, que insistió en ese punto de vista relacionado con la civilización española, desarrollando otros más en sus dos lecturas en el "Salón Literario": "Nosotros fuimos parte integrante de la sociedad española...", reconocía Echeverría. Pero agregaba: "Verdad es que la España de entonces era la más atrasada de las naciones europeas".

Tales los conceptos fundamentales enunciados en el "Salón Literario", en 1837, que señalaban una orientación nacional.

En el citado *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, bajo la impresión profunda de Savigny y a través de Lerminier, Alberdi concibió al derecho, no como una colección de leyes, sino como la constitución misma de la sociedad, un fenómeno vivo que era menester estudiar en la economía del Estado, y subrayó la jerarquía de la Historia del Derecho. Por no haber comprendido bien estos principios, hemos querido

poner en armonía un Derecho formado "en la altura que no había podido soportar la Europa y que la Confederación de Norte-américa sostiene merced a un concurso prodigioso de ocurrencias felices", con una población, una riqueza y una cultura que acababan de nacer, observó. Anota Alberdi que De Angelm había prometido hacer conocer a Vico. "Haría un gran servicio a nuestra patria", dice, porque Vico es uno de los que han enseñado a Europa la Filosofía de la Historia.²

La tesis que sustenta Manuel J. Quiroga de la Rosa en busca de la verdad y la justicia y con fe en el porvenir, se enuncia así:

"El Derecho es la esencia del autor de las cosas, la base de la naturaleza o de la creación y el alma de la humanidad".

³ También en esta obra, Alberdi elogio a Rosas. He aquí la información de Alberdi en, "Mi vida privada que se pasa toda en la República Argentina", ("Escritos Postumos" - T. XV, pag. 891. Buenos Aires, 1900): "A Rosas le repetí el calificativo de grande hombre que le daba todo el país. Todo esto no impidió que Rosas recibiese informes de mi libro, amenazantes para mi seguridad. Supe que don Pedro de Angelis me daba como perdido me daba como perdido, por causa de esa publicación. Don Felipe Arana, ministro de Rosas y muy ligado con De Angelis informo al dictador en mal sentido sobre la índole política del libro... Yo escribí a Rosas pidiéndole una audiencia. Más tolerante que sus concejeros, me dispensó de ella, mandándome palabras calmantes por medio de Nicolas Mariño, su camarada en el Colegio de Ciencias Morales, que era redactor en "La Gazeta Mercantil". Un cambio notable se produce en Alberdi, ese mismo año 1837 de que da cuenta en "Memorias y documentos" ("Escritos Postumos", T. XV, cit. Pág. 434). "Tres cuestiones extranjeras se suscitaron con el gobierno de Buenos Aires, Bolivia, el Estado Oriental y la Francia tuvieron reclamaciones que hacer, de Rosas, a mano armada. Se comprendió entonces, que un cambio inmediato era posible viniese de fuera de la República Argentina. La juventud dejó inmediatamente la revolución inteligente y se entregó a la revolución armada; dejó las ideas, y tomó la acción; este camino le pareció preferible por ser más corto. La juventud no olvidó que el país no contenía elementos suficientes de reacción y que era indispensable para hacer girar la rueda de la revolución, adoptar un eje extranjero. Bolivia podía servir a este fin a falta de otro poder mayor. El Estado Oriental con mucha más razón que Bolivia, pero ninguno como la Francia. La juventud, pues, se contrajo a establecer la cuestión francesa en provecho de la revolución".

"...El primer joven que atravesó el Río de La Plata con miras revolucionarias contra Rosas fui Yo. Llegué a Montevideo el 25 de Noviembre de 1838..."

En "Memorias sobre mi vida y mis escritos" ("Escritos Postumos". T. XV, cit. pág. 257) Alberdi ensaya una explicación, según la cual había visto en el extranjero un elemento menos hostil y peligroso para la República Argentina que el localismo doméstico que suscitó siempre conflictos externos para disfrazar la fealdad de su despotismo usurpador con falsos prestigios de gloria nacional. Así es como se vio aliado (Alberdi) de los franceses en 1840, de los brasileños en 1851 y lo ha sido de los paraguayos en 1865: en todos con el mismo desinterés, con la misma abnegación".

Escrito el pequeño libro en estilo brillante, revela en su autor una sincera vocación filosófica.

Su influencia fué fugaz, como su vida —desaparecido a temprana edad—, pero alcanzó a ser profunda en el momento en que escribió por la irradiación de su pensamiento en hombres representativos de su generación, principalmente en Echeverría, Alberdi y Sarmiento. Muy pronto, la acción política contra el gobierno de Rosas, le llevó a la expatriación, y no conozco que haya producido en el exterior —en Chile, donde murió— trabajos de la importancia de su tesis sobre la naturaleza filosófica del Derecho.

Su biografía no está escrita aún, y habrá que esperar para realizarla, los resultados de la investigación histórica. Entre tanto, el contenido de la tesis citada, presenta a Quiroga de la Rosa como un valor en la historia de las ideas jurídicas argentinas.

Quiroga de la Rosa desarrolla el concepto de que el Derecho es el alma de la Humanidad, y parte del principio kantiano de que en el hombre hay una voluntad filosóficamente libre, reservando al derecho natural el conocimiento de la Ley de Dios y de todas las cosas.

Exalta la dignidad de los estudios filosóficos, despreciados por quienes los consideran superfluos, desprovistos de utilidad.

Critica con argumentos nuevos, no esgrimidos hasta entonces, la doctrina de Bentham.

Fué una etapa de significación filosófica y espiritual —y no únicamente jurídica— durante la cual se libraron verdaderas batallas del pensamiento: la enseñanza de Bentham y la reacción contra ella en América.

Entre nosotros, Pedro de Angelis, en "El Lucero" de 22 de octubre de 1829, criticaba la enseñanza de Bentham (aun ocupaba la cátedra el doctor Pedro Somellera después de un intervalo en que estuvo a cargo de su discípulo Florencio Várela, quien en su tesis *Disertación sobre los delitos y las penas* se ocupa asimismo de Bentham). "¿Qué caso puede hacerse —decía De Angelis— del criterio de un joven que sale de la Universidad sin haber estudiado las leyes de ningún pueblo, ni aun las de su país, y que diserta sobre todas por haber aprendido con Bentham a despreciar todo sistema de jurisprudencia?"

Somellera defendió su posición doctrinaria en las mismas columnas de "El Lucero". Pero la polémica se hizo general. El 12 y 13 de noviembre de 1829, en "La Gaceta Mercantil", un colaborador versado en la materia, defendía la orientación de la enseñanza del derecho civil profesada por el doctor Pedro Somellera.

Pero Quiroga de la Rosa impugnó a Bentham con argumentos nuevos desde el punto de vista más elevado de la moral y la filosofía. Lo cierto es que la batalla por el autor de *Tratados de Legislación civil y penal* continuaba librándose sin tregua. Seguía siendo la guía habitual de muchos. "Bentham está siempre en su boca; Bentham para todo y nadie más que Bentham..."

Ataca severamente la filosofía moral de Bentham, quien dijo que "El bien moral no es bien sino por su tendencia a producir bienes físicos". Así, proclama Quiroga de la Rosa, Bentham "desconoce la virtud".

Bentham no sólo desconocía la moral sino el derecho.

Concluía así: "Bentham es hombre de ley, no es hombre de derecho",

A la definición de Rousseau, de que la ley es la voluntad general, agrega que la ley no es la voluntad sola, sino la voluntad justa del pueblo.

En ese mismo año de 1837 se entraba en una etapa de crisis: el gobierno dictaba un decreto disponiendo que el superior gobierno de justicia previniera al Director de la Academia de Jurisprudencia para que elevara el Estatuto, y entre tanto el gobernador deliberaba sobre tan grave materia, en la próxima elección de Presidente, Vicepresidente, Censores y Fiscal, como en las que se hicieran en adelante, no se procedería como hasta entonces, conforme al Reglamento, según el cual era el director quien designaba sobre las bases de las propuestas de la Academia, sino que el director nombraría a los abogados que se distinguieran por su capacidad, buen crédito y notoria adhesión a la causa de la federación "sometiendo su nombramiento a la aprobación del gobierno para que tenga el debido efecto".

El cierre del "Salón Literario" determinó que Gutiérrez, Alberdi y Echeverría constituyeran la Asociación de Mayo, o la Joven Argentina.

Esteban Echeverría fué encargado de redactar "las palabras simbólicas" o sea el programa, condensado en el "dogma social de mayo", que imponía la necesidad de retroceder y buscar aliento en la obra de los (pie habían hecho la Revolución de Mayo, para poder cumplir el segundo propósito del movimiento emancipador de 1810: organizar la sociedad y constituir un gobierno libre. Los miembros de la "Asociación de Mayo" llamaron a su seno a todos los argentinos, sin distinción de federales y unitarios, invitándolos a deponer los odios de partido.

Echeverría es el autor del *Dogma socialista de la Revolución de Mayo*, publicado por primera vez con el título de "Código o declaración de los principios de la nueva

generación", en el último número de "El Iniciador" de Montevideo, en el año 1839, y reeditado en 1846.

Las quince "Palabras simbólicas" que Echeverría explica en el "Dogma socialista", son las siguientes: 1º Asociación; 2º Progreso; 3º Fraternidad; 4º Igualdad; 5º Libertad; 6º Dios, centro y periferia de nuestra creencia religiosa: el cristianismo su ley; 7º El honor y el sacrificio, móvil y norma de nuestra conducta social; 8º Adopción de todas las glorias legítimas, tanto individuales como colectivas, de la Revolución ; menosprecio de toda reputación usurpada e ilegítima; 9º Continuación de las tradiciones progresistas de la Revolución de Mayo; 10º Independencia de las tradiciones retrógradas que nos subordinan al antiguo régimen; 11º Emancipación del espíritu americano; 12º Organización de la Patria sobre la base democrática; 13º Confraternidad de principios; 14º Fusión de todas las doctrinas progresivas en un centro unitario; 15º Abnegación de las simpatías que pueden ligarnos a las dos grandes facciones que disputaron el poder durante la Revolución.³

Echeverría, sólo en parte se inspiró en el pensador Saint-Simón, especialmente a través de Leroux. En los cuatro años que estuvo en Europa, Echeverría no se interesó por el movimiento de las ideas saint-simonistas, sino algunos años después de su regreso a Buenos Aires. Cuando se publicó el *Dogma*, Leroux era ya autor de "La humanidad", en que aparecen sus ideas principales, que son: ley del progreso y solidaridad; sociabilidad y perfectibilidad del hombre; propiedad, familia, patria. Estas ideas también se reflejan en la concepción de Echeverría, pero la parte principal tiene fundamento argentino y consecuencias nacionales, proclamando los principios de Mayo, Progreso y Democracia.

Como ya lo he escrito en otra oportunidad, refiriéndome al valor del *Dogma socialista*, juzgo infundada la respetable opinión de Pablo Groussac, para quien, si se quitara de esa obra de Echeverría todo lo que pertenece a Leroux, Mazzini, Lamennais, etc., no quedaría más que las "alusiones locales y los solecismos", punto de vista este último seguido por José Ingenieros y Raúl Orgaz.

Por lo mismo que el trabajo de Quiroga de la Rosa es un trasunto del pensar y el sentir «le un sector social, se explica que su pensamiento haya influido en el Dogma.

Se puede afirmar que Alberdi Anticipa en el *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* las bases históricas del Dogma, pues él fué quien redactó la Palabra Simbólica XV, que se enuncia así: "La abnegación de la simpatía que puedan ligarnos a las dos grandes facciones que se lian disputado el poderío durante la revolución", como

profesión de fe política de la juventud, y en la que se mencionan, como se sabe, los antecedentes unitarios y federales nacionales.

Visiblemente, el pensamiento de Quiroga de la Rosa es distinto del profesado por Alberdi, que, como se sabe, se concretó después en las *Bases* en una interpretación materialista. En cambio, esa doctrina espiritualista de Quiroga de la Rosa que combate a Bentham se proyecta en algunas de las *Palabras simbólicas* de Esteban Echeverría.

3 En 1846, Echeverría publicó en "El Nacional" de Montevideo otro de sus notables trabajos, el titulado *Ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37*. En cierto pasaje desarrolla la tesis de que los partidos unitario y federal no han muerto ni morirán jamás porque representan dos tendencias legítimas, dos tendencias necesarias de la vida de nuestro país: el partido federal es el espíritu de la localidad y el partido unitario el centralismo, y agrega:

"La lógica de nuestra historia, pues, está pidiendo la existencia de un partido nuevo, cuya misión es adoptar lo que haya de legítimo en uno y otro partido y consagrarse a encontrar la solución pacífica de todos nuestros problemas sociales con la clave de una síntesis alta, más nacional y más completa que la suya, que satisfaciendo todas las necesidades legítimas, las abraza y las funda en su unidad.

"Ese partido nuevo no pueden representarlo sino las generaciones nuevas, y en concepto nuestro, nada útil harán por la patria, malgastarán su actividad sin fruto, si no entran con decisión y perseverancia en la única gloriosa vía que les señala el rastro mismo de los sucesos de nuestra historia.

"Siempre nos ha parecido que nuestros problemas sociales son de suyos tan sencillos, que es excusado ocurrir a la filosofía europea para resolverlos; y que bastaría deducir del conocimiento de las condiciones de ser de nuestro país unas cuantas bases o reglas de criterio para poder marchar desembarazados por la senda del verdadero progreso.

"El problema fundamental del porvenir de la Nación Argentina fué puesto por Mayo: la condición para resolverlo en tiempo es el progreso; los medios están en la democracia, hija primogénita de Mayo; fuera de ahí, como lo dijimos antes, no hay sino caos, confusión, quimeras.

"La fórmula única, definitiva, fundamental de nuestra existencia como pueblo libre, es: Mayo, Progreso, Democracia".

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

ALBERDI, JUAN B.: *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, Buenos Aires, 1837, reedición facsímil del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho, con noticia preliminar de Jorge Cabral Texo, Buenos Aires, 1942; y *Escritos Postumos, memorias y documentos*, T. XV, Buenos Aires, 1900.

El Iniciador, de 1838-39, reimpresión facsímil de la Academia Nacional de la Historia, Estudio preliminar de Mariano de Vedia y Mitre, Buenos Aires, 1941.

JBÁ&EZ FBOCHAM, MANUEL: *La organización judicial argentina*, Buenos Aires, 1938.

IRAZUSTA, JULIO: *Alberdi, verdadero y único precursor de la claudicación*, en *Revista del Instituto de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas*, año I, N° 1, Buenos Aires, 1939.

La Moda, 1837-1838, reimpresión facsimilar de la Academia Nacional de la Historia. Estudio preliminar de José A. Oria, Buenos Aires, 1938.

PALCOS, ALBERTO: *Esteban Echeverría. Dogma socialista, edición crítica y documental*, edición de la Universidad Nacional de La Plata, 1940.

PICCIRILLI, RICARDO : *Guret Bellemare. Los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires*, edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, 1942.

PUNTES, GABRIEL A.: *El gobierno de Balcarce, división del Partido Federal*. Buenos Aires. Editorial Huarpes.

QUIBOGA DE LA ROSA, MANUEL: *Sobre la naturaleza filosófica del Derecho*, Buenos Aires, 1837, reedición facsímil del Instituto de Historia del Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1956.

CAPITULO XXXIII

EL PATRONATO EN LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO. LEYES SOBRE LA FAMILIA ARGENTINA Y LOS MATRIMONIOS MIXTOS

- I. Antecedentes patricios sobre el derecho del Patronato. – Después de casi veinte años de interrupción de relaciones con al Sante Sede, el gobernador Viamonte pidió en 1829 que se designara un obispo. – El Dr. Mariano Medrano, Obispo de Aulón y Vicario Apostolico. – Vistas del Fiscal Dr. Pedro José Agrelo – La resolución del ministro Dr. Tomás Manuel de Anchorena, contraria a la tesis del Fiscal – Decretos de Rosas sobre la materia en 1831.
- II. El 16 de agosto de 1833 se presentaba la Bula por la que Su Santidad nombraba motu proprio al Dr. Medrano, Obispo y Vicario Apostólico. – Por traslación del Dr. Medrano a la Silla Episcopal, Su Santidad también nombró al Dr. Mariano Escalada en dicha vacante. – El Dr. Escalada no se prestó a una declaración jurada. – La Constitución de una Junta especial de teólogos, canonistas y juristas, y publicación del Memorial ajustado y el Apéndice. – Dictámenes sobre 14 proposiciones acerca del derecho de Patronato. – El decreto de 24 de marzo de 1834 ponía fin a este asunto acordándose considerar al Dr. Medrano como si hubiese sido nombrado y presentado en forma – El clero en las luchas por la independencia. – Decreto de Rosas sobre el pase de Bulas.
- III. Leyes sobre la familia argentina y los matrimonios mixtos.

El Patronato eclesiástico –único e insolidum– correspondió a los Reyes de España por haber sido concedido por Bulas de los Sumos Pontífices y haber edificado y dotado en India las iglesias y monasterios.

Paso a ser ejercido por los Gobiernos Patrios, después de la Revolución de Mayo, y en cuanto a su extensión y contenido, está fijado en los antecedentes y leyes propias, y en las Leyes de Indias sobre la materia, que como lo ha declarado la Corte Suprema mantienen toda su fuerza y vigor mientras no dicte el Congreso la ley sobre el Derecho de Patronato.

Según las opiniones del Deán Gregorio Funes y de Juan Luis de Aguirre y Texada adoptadas por la Junta Gubernativa de 1810 y luego por todos los gobiernos— la regalía del Patronato era inherente a la soberanía y no a la persona del Rey. Decía

también el doctor Funes, que el Derecho de Patronato tenía carácter de inalienable, imprescriptible, irrevocable e inherente a la soberanía, y que cualquier renuncia o innovación de este derecho se juzgaría como un exceso de autoridad contra el que tendría la Nación derecho a reclamar.

Los Obispos de Buenos Aires, Córdoba y Salta eran contrarios al establecimiento del Gobierno Patrio, pero el clero criollo estaba con la Revolución de Mayo, y oportunamente fueron provistas las vacantes en los Obispos citados por las autoridades revolucionarias. La Asamblea General Constituyente de 1813 declaró: 1º El Estado Argentino era independiente de toda autoridad eclesiástica existente fuera de su territorio; 2º Las comunidades religiosas de estas Provincias quedaban por ahora, y mientras no se determinara lo contrario, en absoluta independencia de todos los prelados generales existentes fuera del territorio del Estado; 3º El Nuncio Apostólico residente en España no podía ejercer acto alguno de jurisdicción en estas Provincias.

El gobernador Martín Rodríguez y el ministro Rivadavia, consideraron que continuaba en vigor la Ley de 26 de noviembre de 1819 sobre delegación de facultades, declarada no solamente mientras se allanaba la comunicación con la Silla Apostólica, sino hasta tanto se preparaban "los convenientes concordatos".

En seguida iniciáronse las grandes reformas religiosas, y en julio de 1822, el gobernador eclesiástico doctor Mariano Medrano, que ocuparía con el tiempo las más altas dignidades en la Iglesia, dirigió a la Junta de Representantes un importante escrito, reclamando protección contra el ataque a las comunidades regulares de la ciudad y el propósito de suprimir la autoridad del Provincial, sustituyendo a éste la del ordinario. Tales antecedentes y otros más habían preparado, como se sabe, las conspiraciones encabezadas por el doctor Gregorio Tagle.¹

Esta tradición, que venía de la época hispánica y de la Revolución de Mayo, cruzó una etapa de crisis, al reanudarse las relaciones con S. S., durante la época de Viamonte y de Sosas.

El general Juan José Viamonte, durante su breve gobierno en 1829, se dirigió al Sumo Pontífice presentándole el cuadro de la Iglesia argentina que desde hacía casi veinte años tenía interrumpida sus relaciones con la Santa Sede. No había ministros para el culto, al punto de no contarse con los necesarios para proveer los curatos de la campaña, encontrándose sin medios para remediar ese mal por falta del Obispo diocesano.

¹ *Historia del Derecho Argentino*, t. IV, pág. 97, y t. V, pág. 471.

Reclamaba de su bondad y celo quisiera destinar un Obispo, sino con jurisdicción ordinaria en toda la antigua Diócesis de esta ciudad y capital de Buenos Aires, al menos con título de *in partibus infidelium*, pero autorizado competentemente para reformar y revalidar lo conveniente que no estuviera en contradicción con las leyes vigentes de este país. A tal fin proponía al doctor Diego Estanislao Zavaleta, Deán de la Santa Iglesia Catedral, y al doctor Mariano Medrano, cura de la Iglesia Parroquial de la Piedad.

El Papa Pío VIII resolvió de conformidad al pedido designando obispo a Monseñor doctor Mariano Medrano —diputado en la Junta de Representantes— quien desde Río de Janeiro pidió el pase correspondiente para los dos Breves de Su Santidad, que había recibido últimamente, acompañando a ellos el Rescripto del Vicario Apostólico y la credencial de su consagración.

Del oficio de Monseñor doctor Medrano y de los documentos originales se pasó vista al fiscal de lo civil doctor Pedro J. Agrelo. Este opinaba que las Bulas y Rescriptos fueran vertidos del latín al idioma del país, y que el Reverendo Obispo presentara las autorizaciones y facultades, porque la intervención del Fiscal tenía por objeto saber si las comisiones del Vicario Apostólico podían perjudicar de cualquier triodo las regalías nacionales del Patronato sobre nuestra iglesias.²

En una segunda vista fiscal el doctor Agrelo anunciaba que en la Corte de Roma había un intento de invadir las regalías y atribuciones más sagradas de estos Gobiernos que por las Leyes de Indias afirmaban la preeminencia del Patronazgo Real. Observaba el preferente respeto que tributaba el Reverendo Obispo al juramento de no defraudar los derechos de la Santa Sede sobre los juramentos que tenía prestados anteriormente a la Nación, como ciudadano de la República y diputado a la Junta de Representantes. Terminaba pidiendo se le requiriera al Obispo nuevamente para que manifestara todas las bulas y anticipaciones que hubiese recibido.

En oposición a lo expuesto y pedido por el Fiscal, se ordenó por resolución del ministro doctor Tomás Manuel de Anchorena, el 31 de enero de 1831, devolver al Obispo los autos y rescriptos presentados y que fuera puesto por quien correspondiera en posesión del Vicario apostólico en la Diócesis de Buenos Aires, autos y rescriptos presentados y que fuera puesto por quien correspondiera en posesión del Vicario apostólico en la Diócesis de Buenos Aires, después de presentado ante el Senado Eclesiástico un testimonio

2 Memorial Ajustado de los diversos expedientes seguidos sobre la provisión de Obispos en esta Iglesia de Buenos Aires, dispuesto por el Fiscal General de Estado. Buenos Aires, 1834.

de escritura pública en el que haga juramento de guardar y hacer guardar, en cuanto estuviere de su parte, las instituciones vigentes en esta Provincia.

Puso término a estas y otras enojosas incidencias, los Decretos de Rosas y Anchorena, de 23 de marzo de 1831, que mandaba tener y reconocer en toda la Provincia al Ilustrísimo Mariano Medrano, Obispo de Aulon, por Vicario Apostólico de esta Diócesis, y de 3 de agosto del mismo año, mandando guardar al citado Reverendo Obispo, dentro y fuera de las iglesias, los mismos honores, distinciones y prerrogativas que se acostumbraban a guardar a los Obispos Diocesanos.

II

Pero el 16 de agosto de 1833, el Obispo y Vicario Apostólico doctor Medrano, presentó oficio al gobernador general Balcarce expresando que Su Santidad, con el fin de "llenar en toda su extensión los deseos de este gobierno que nos había presentado para Obispo diocesano, en virtud del Patronato, había librado a su favor la Bula que acompañaba para que se le diera el pase o exequátur. Según el Fiscal doctor Agrelo, correspondía dejar establecido que no existía la presentación para el nombramiento del Obispo. Como había vacado la Iglesia Episcopal de Aulon por traslación del doctor Medrano a la silla Episcopal, Su Santidad también nombró a Mariano Escalada, *motu proprio*, en dicha vacante, sin presentación ni nominación formal por parte del gobierno, como en el caso anterior del doctor Medrano. Al oponerse a este reconocimiento como antes al del doctor Medrano, el Fiscal formulaba consideraciones sobre el abandono del derecho del Patronato. Pidió que el Obispo fuera invitado a prestar juramento, acerca de si reconocía y juraba la independencia de la Nación, si reconocía en el gobierno el alto Patronato, etc. Pero el doctor Escalada contestó manifestando que no se prestaba a la declaración jurada.

Por su número y gravedad, los diversos asuntos relacionados con el ejercicio del derecho de Patronato, reclamaban la adopción de providencias de carácter general y fundamental por parte del gobierno. El Fiscal doctor Agrelo aconsejó al Ministro que se publicara un *Memorial Ajustado* en el que se expusieran y documentaran las incidencias producidas en los asuntos trascendentales del Derecho de Patronato para ilustrar a la opinión pública. Al resolver favorablemente este pedido "se dejó establecido en los considerandos del dectH.o de 20 de diciembre de 1833, que no se podía permitir que se perjudicaran en ningún sentido los derechos más esenciales de la soberanía del país. En

la parte resolutoria se encomendaba al Fiscal que procediera a hacer publicar un *Memorial Ajustado* de las instancias obradas sobre la nominación de Vicario Apostólico y Obispos en esta Iglesia por el solo Sumo Pontífice, y sobre el Breve que se había retenido y mandado suplicar, y se disponía la constitución de una Junta que consideraría los expedientes originales con cargo de pronunciarse sobre los puntos que el gobierno fijaría. Al día siguiente se constituía la Junta especial de ciudadanos teólogos, canonistas y juristas, con figuras destacadas en su gran mayoría, de la Magistratura, el Foro, la Iglesia y la Política, presidida por el Ministro de Gobierno.

Se mandó suspender la convocatoria por las dificultades que podían presentarse en las reuniones diarias, y se dispuso que los ciudadanos nombrados pasarían, dentro de los quince días siguientes, su dictamen al Gobierno, por escrito, acerca de las catorce proposiciones sometidas a examen para su publicación.

Las dos primeras proposiciones se refieren a la afirmación de los principios de que el Gobierno reconoce retrovertida a la Nación, toda la soberanía de los Pueblos que integran la República, con todas las atribuciones, derechos, y regalías anexos, e igualmente que cada Gobierno o Provincia ha reasumido y ejercido esta soberanía en el territorio respectivo.

Las siguientes proposiciones declaraban que el Gobierno reconoce y sostiene que entre estos derechos y regalías de la Soberanía es la más preciosa y principal el Supremo Patronato; que es privativo de la Nación y sus gobiernos el examinar y dar exequátur o denegarlo a todas las Bulas, Breves y disposiciones Pontificias de cualquier naturaleza que sean y aunque sean tan espirituales como las mismas indulgencias; que corresponde al gobierno la nominación de los Arzobispos, Obispos, Curas, Canónigos y demás prebendas y Beneficios eclesiásticos de sus Iglesias; que al gobierno toca la división de los territorios de los respectivos Arzobispados, Obispados, Curatos; que no ha podido reservarse la provisión de las Iglesias vacantes y por vacar, procediendo a proveerlas; que todo Obispo debe prestar a la Nación, por separado, el juramento de fidelidad y respeto a su soberano y a su gobierno, reconociéndole como una atribución suya esencial e inalienable el Patronato de sus Iglesias; que todos los subditos de la República están obligados a manifestar y presentar todas las Bulas y despachos que obtengan de la Corte de Boma para que se les dé o se niegue el pase y exequátur; que el Gobierno declara que la incomunicación no se considerará haber cesado, mientras por parte de S. S. no se facilite un concordato en que se reconozcan recíprocamente los derechos y regalías de la

Soberanía de la Nación en sus Iglesias y las que competan y deban reservarse en éstas a dicho Primado, y otras más.

Señalo a continuación los dictámenes más importantes por los datos que contienen y las observaciones que se formulan relacionadas no sólo con el derecho canónico, sino político también. La casi totalidad de los autores de dichos dictámenes se pronuncian a favor del ejercicio amplio del Derecho de Patronato por parte del Gobierno, con las excepciones principales de Felipe Arana y Tomás M. de Anchorena entre los veintiséis escritos publicados.³

La posición contraria al doctor Agrelo —desde todo punto de vista, aun personal— fué la asumida por el doctor Ancho» rena, autor de la más extensa de las respuestas a la consulta; y acaso en una posición intermedia eminentemente legalista fué la adoptada por el jurista doctor Baldomero García. Pero en todas ellas se percibe el latido del asunto trascendental de orden jurídico, religioso y político en debate.

Entre los que colaboraron en el *Memorial Ajustado*, además de los citados, figuran entre otros, los letrados doctor Marcelo Gamboa, el doctor Dalmacio Vélez, el doctor Valentín Alsina, el ex Rector de la Universidad, sacerdote doctor Valentín Gómez; el doctor Diego Estanislao Zavaleta y el doctor Felipe Arana.

El 24 de marzo de 1834, el ministro doctor García, ponía fin al importante asunto de gobierno en discusión, ante la vista de la Bula expedida por S. S. Gregorio XVI, dictada en Roma el 2 de julio de 1832, y otras, por la cual se instituía obispo de esta diócesis al R. doctor Mariano Medrano, antes Obispo de Aulon y Vicario Apostólico, y oído sobre ello el Ministerio Fiscal y los pareceres de teólogos, canonistas y juristas, aunque en virtud del derecho del Patronato, deberían retenerse dichas Bulas y suplicarse de ellas por falta de nombramiento y presentación del Obispo instituido, con todo, atendiendo a la persona en quien se ha propuesto, que fué ya antes designada a la Santa Sede por el Gobierno, acordó la autoridad considerar al Reverendo doctor Medrano como si hubiese sido nombrado y presentado en forma y otorgar el pase a las Bulas referidas.

Se tendrían por no consentidas cualesquiera cláusula o expresiones contenidas en dichas Bulas que podían entenderse en sentido contrario a los derechos de soberanía y patronazgo. El Obispo doctor Medrano prestaría ante el Ministro de Relaciones Exteriores el juramento de fidelidad a la Nación, de reconocimiento a su soberanía y alto patronato y de no recibir ni aceptar dignidad alguna que no le confiriera el Gobierno de

³ Apéndice al *Memorial Ajustado* publicado por el Fiscal general del Estado sobre la provisión de obispos en esta iglesia y otros asuntos de disciplina eclesiástica. Buenos Aires, 1834.

la Nación y de que nada juraría que se oponga al juramentó de fidelidad de la Nación. Cumplidas estas formalidades el doctor García le expresó que el Gobierno sentía satisfacción por ese acontecimiento que haría época de feliz recuerdo en esta Diócesis, después de tan dilatado tiempo de incertidumbre. Además la silla de la Iglesia ora ocupada por un compatriota venerable nacido y educado a la sombra de nuestros altares, unido por vínculos religiosos y por las afecciones de patria y familia. Estaba seguro de que el Prelado sería en todas las ocasiones defensor celoso de las leyes y de los derechos de su Patria. Terminaba reconociendo que el Clero "en la tremenda lucha de la Independencia acaba de prestar insignes servicios a la Religión y a la Patria".

Estas palabras eran la expresión de la justicia histórica ante la misión pacificadora realizada por la Iglesia argentina.

Por un decreto de Rosas del 27 de febrero de 1837 —para cortar abusos perjudiciales al orden público, según los considerandos del mismo— se manda que ninguna persona ni autoridad civil o eclesiástica de la Provínola podía reconocer o prestar obediencia a Bulas, Prevés y Rescriptos sin que tuviera el pase o exequátur de las Relaciones EOxterioera de la República. Se exceptuaban aquellos documentos cuyo contenido se refiriera solamente "al fuero sacerdotal de la penitencia o interno de la conciencia", cuyos documentos podían ser obedecidos sin pase o exequátur.

III

Las uniones matrimoniales entre extranjeros y nacionales se hacían cada vez más numerosas, caminando la composición social de las familias. La Asamblea General Constituyente de 1813 le dio una nueva organización, especialmente con la supresión de los Mayorazgos, para satisfacer el espíritu «le igualdad entre los hijos, de acuerdo con el Ínteres del pueblo y el aumento de la riqueza.

En el momento culminante de la guerra de la Independencia, en 1817, se dictó un decreto por el que se prohibía el matrimonio entre españoles y mujeres nacidas en el país; pero fundado en razones relacionadas con la necesidad de propender al aumento de la población —el 3 de agosto de 1821—, durante el gobierno de Rodríguez, siendo ministro Rivadavia, se derogó aquel decreto.

El artículo 12 del Tratado con Inglaterra, de 1825, se aprobó en el Congreso General Constituyente después de un importante debate, pues según él, los subditos de S. M. B. no serían inquietados, perseguidos ni molestados por razón de su religión. El ministro inglés en Buenos Aires sostenía que por el citado tratado se podían consagrar los matrimonios mixtos entre católicos y protestantes.

La Ley 15, título 2º, partida 4º declaraba nulos tales matrimonios, Para obtener la dispensa matrimonial, la parte interesada elevó el caso a la Junta de Representantes y ésta dictó la ley en 1833 conforme a la cual, se autorizaba al gobierno, para que en el caso presentado o en cualquiera otros de igual naturaleza, pueda dispensar los impedimentos que establecen las leyes civiles para la celebración de matrimonios entre católicos y protestantes.

Esta es una de las grandes leyes dictadas con espíritu comprensivo de la evolución de la sociedad argentina y de la nueva legislación en vigor. Se ha dicho de ella con razón "que constituye un capítulo importante de la Historia del Derecho privado argentino".⁴

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

LEGÓN FAUSTINO: *Doctrina y ejercicio del Patronato Nacional*, Buenos Aires, 1920.

LETURIA, PEDRO (S. J.): *La encíclica de Pío VII (SO de enero de 1816)*, en *Anuario de Estudios Americanos*, t. IV, Sevilla, 1947.

MARILUZ URQUIJO, JOSÉ MA. : *Los matrimonios entre personas de diferente religión ante el derecho patrio argentino*, edición del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1948.

Memorial Ajustado de los diversos expedientes seguidos sobre la provisión de Obispos en esta Iglesia de Buenos Aires, dispuesta por el Fiscal General de Estado, Buenos Aires, 1834.

VARGAS UGARTE, RUBÉN (S. J.): *El episcopado en los tiempos de la emancipación sudamericana*, Buenos Aires, 1945.

VILLEGAS BASAVILBASO BENJAMÍN: *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1950.

⁴ JOSÉ MA. MARILUZ URQUIJO: *Los matrimonios entre personas de diferente religión*, Buenos Aires.

C A P I T U L O X X X I V

EL PODER JUDICIAL Y EL RESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS

El Poder Judicial durante la tiranía de Rosas – El estudio del Tribunal extraordinario de los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria – Periodo de los antecedentes hispano –indianos – El período inicial en la legislación patria (1811 – 1821): vicisitudes del Tribunal Extraordinario – El período subsiguiente de 1821 a 1829: la época de las grandes reformas judiciales. – La crítica de Castro y Bellemare. – Nuevo escrito de este último sobre el recurso extraordinario. – El decreto del gobernador Viamonte y el Ministro Guido, de 20 de octubre de 1820, por el que se suprimió el Tribunal Extraordinario. – Se mandaba concentrar todos los recursos en la Cámara de Justicia como magistratura permanente. – El nuevo período de 1829 a 1838 no es el de la extinción del Tribunal Extraordinario. – Mensaje de Rosas, en que encareció a la Junta de Representantes que dictara la ley sobre recursos extraordinarios. – El debate se prolongó por un año. – La ley dictada en diciembre de 1838. – La supresión del Tribunal Extraordinario, veinte años después, en 1858.

Deben recordarse los decretos de Rosas relacionados con la justicia, de 5 de marzo de 1830, refrendado por el Ministro Tomás Guido. Uno de estos decretos, que aumentaba el número de miembros de la Cámara de Apelaciones y los sueldos de los magistrados, declaraba la necesidad de adoptar reformas principalmente sobre las magistraturas y orden de los juicios, encomendando el proyecto a la citada Cámara de Apelaciones. Por otro decreto se ordenaban algunas cesantías pero se mantenía a magistrados, como el Príncipe doctor Manuel Antonio de Castro.

En los periódicos se comentó elogiosamente el propósito del Gobierno de emprender la reforma de la administración de justicia. A poco se hizo evidente que tal reforma no se llevaría a cabo y que, por el contrario, el Gobernador Juan Manuel de Rosas, con las facultades extraordinarias desempeñó constantemente funciones judiciales. Por decreto de 20 de febrero de 1830, el gobierno autorizó al Coronel Gervasio Rosas, comisionado de la organización de la campaña del Sud, para aplicar las penas que prescriben las leyes contra los asesinos, ladrones y salteadores de caminos.

Un caso ilustrativo —revelador por sí solo de que Rosas ejercía el poder judicial supremo ya durante su primer gobierno— es el del recurso de nulidad elevado ante él por el sacerdote y letrado doctor Santiago de Figueredo, contra una sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones. En 1829 se había suprimido el Tribunal Extraordinario de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria, pero Rosas, en 1831 hacía lugar al recurso y constituía un Tribunal Judicial ad-hoc, no obstante los términos del pronunciamiento del Tribunal de Justicia, en que llamaba la atención acerca de "las funestas consecuencias" de una resolución semejante.

El ejercicio de las facultades extraordinarias llevaron a Rosas a erigirse él mismo en juez único, llegado el caso. Por ley de 7 de marzo de 1835 y el plebiscito realizado en ese mismo mes los días 26, 27 y 28 se delegó en Rosas la suma del Poder Público, es decir, la tiranía, sin otras restricciones que las de conservar la Religión Católica y sostener la causa nacional de la Federación.

A los nueve meses del ejercicio del poder absoluto, Rosas decía en el mensaje a la Junta de Representantes, con respecto a la justicia, que no había hecho gran alteración, pero como se notaba en los procesos criminales un retardo perjudicial, se "sentía un clamor" por la pronta represión de los delitos que el gobierno había satisfecho, disponiendo que algunas causas se resolviesen por un orden especial, encomendándose a un juez comisionado designado a este objeto, "salvando las formas esenciales del juicio".

Dos grandes causas judiciales —la quiebra de los hermanos Lezica y el asesinato de Quiroga— fueron resueltas, dicho sea en honor de la verdad, con espíritu de justicia, pero con sentencia de Rosas, y asesoramiento de magistrados especiales.

El estudio del Tribunal Extraordinario y de los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria, es fundamental para comprender la organización de nuestra justicia. Las vicisitudes de este Tribunal en la historia patria y su peregrinaje en procura de su autonomía, en busca de un poder que le amparara, las reformas de que fué objeto, su supresión, su restablecimiento y su nueva supresión, comprende más de medio siglo. Además se identifica —por su carácter de institución vertebral, pues se trataba del tribunal de más alta jerarquía y de los recursos extraordinarios de alcance político— con la historia misma del decreto judoario argentino y la independencia del poder judicial. Su conocimiento comprende los siguientes períodos:

1° El período de los antecedentes hispano indianos, a que me referiré brevemente, lo suficiente para señalar los antiguos orígenes de los recursos de

apelación extraordinarios en la historia, precisamente de Castilla y Aragón, en que ningún juicio podía valer siendo "contra ley o contra fuero" verdaderos antecedentes constitucionales cuando no existían las Constituciones propiamente dichas—, y su perduración en la legislación de Indias y en el derecho patrio hasta el moderno recurso de inconstitucionalidad.

2° El período de cambios sucesivos adoptados en la composición y naturaleza del Tribunal extraordinario por la legislación patria en la primera década, desde 1811 hasta 1821-22.

3° El período subsiguiente, desde 1821-1822 hasta 1829, durante el cual se produce un movimiento de ideas políticas y jurídicas y de reformas legislativas en ocasión de los progresistas gobiernos de la generación de Rodríguez y Las Heras y los ministros Rivadavia y García en la Provincia de Buenos Aires, y con motivo de reunirse el Congreso General Constituyente de 1824-1827 en la época en que se realizaron grandes reformas judiciales, y poco tiempo después la supresión del Tribunal extraordinario en 1829.

4° El nuevo período que se extiende desde 1829 hasta 1838 en cuya etapa no existía nominalmente el Tribunal extraordinario, pero desde diciembre de 1829, y por ley de agosto de 1830 se delegaron en el Gobernador Juan Manuel de Rosas las facultades extraordinarias, y en 1835, la suma del poder público. En realidad, subsistieron los recursos de queja contra las sentencias de Cámara de Apelaciones y se constituyeron comisiones judiciales especiales, para que entendieran en los recursos de nulidad e injusticia notoria, hasta que en 1838, por Ley de la Junta de Representantes se restableció el Tribunal extraordinario, cuyos miembros eran nombrados anualmente por el gobernador.

5°- El quinto período se extiende por espacio de veinte años, desde 1838 hasta 1858. En la última fecha citada, se suprimió el Tribunal con carácter definitivo

La carta de 1853 incorporó un artículo conforme al cual la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son ley suprema de la Nación, y por la ley N^o 48, de septiembre de 1863, en su art. 14, el recurso extraordinario mantiene el imperio y supremacía de la Constitución Nacional, y tiene sus orígenes remotos en los fueros españoles y en el recurso de nulidad e injusticia notoria de la legislación indiana.

En cada uno de los períodos del derecho patrio argentino es preciso distinguir la supresión del Tribunal extraordinario del mantenimiento de los recursos. Cobran relieve propio grandes personalidades de jurisconsultos y gobernadores: Manuel Antonio de

Castro, durante el gobierno de Martín Rodríguez y Rivadavia; Guret Bellemare y el gobernador Manuel Dorrego; Tomás Guido y el general Viamonte; Pedro Medrano y Baldomero García, estos últimos en la época de Rosas, que se opusieron al restablecimiento del Tribunal extraordinario en debates memorables de la Junta de Representantes prolongados durante todo el año 1838.

Por el Reglamento Provisorio sobre los recursos de segunda suplicación, querrela, queja, apremio, nulidad o injusticia notoria y todos los extraordinarios, dictado el 21 de junio de 1811, que consta de trece artículos, se ordenó que los recursos citados que se interponían hasta entonces ante el Consejo de Indias, se elevarían en lo sucesivo a la Junta de Gobierno, pues como se sabe no se había jurado el Consejo de Regencia de España y no se enviaban diputados a las Cortes de Cádiz. Fué equivocada la resolución de dirigir los recursos extraordinarios a un poder político como era la Junta Gubernativa, además de que infringía el art. 7º del Reglamento del 25 de mayo, preparado por el Cabildo, que mandaba refundir en la Audiencia —en ese momento de 1811 integrada por conjuces criollos— el poder judicial.

Tal resolución fué objeto de alguna variante posterior. El Reglamento de 22 de octubre quitaba esa atribución al P. E. y constituía una comisión judicial de tres ciudadanos y el Estatuto Provisorio de 22 de noviembre volvió a reconocer esa atribución al P. E., hasta que al decretarse el Reglamento de Administración de Justicia, que creaba la Cámara de Apelaciones (23 de enero de 1812) se le reconocía como Tribunal competente para entender en los recursos extraordinarios. La Asamblea de 1813 le atribuyó tal facultad al Poder Legislativo y a este fin organizó una comisión permanente de cinco diputados y se dictó un Reglamento para el trámite de los asuntos en 1814. En los Estatutos de 1815 y 1817 se restableció el principio de que una comisión eventual de cinco letrados, nombrados por el Poder Ejecutivo para cada caso, fuera encargada del conocimiento de tales recursos en materia civil, pues en materia comercial entendía en dicho recurso del Tribunal de Alzada, la Cámara de Justicia.

La crisis de esta institución hizo evidente la necesidad de emprender su reforma.

Desde 1815 hasta 1829, casi durante quince años, el Tribunal extraordinario se integró con cinco letrados nombrados por el P. E. que entendían en los citados recursos. Los asnillos pasaban por las siguientes instancias: juez letrado, juez de Alzada de Provincia, Cámara de Apelaciones en vista y revista y el Tribunal de Recursos Extraordinarios.

En la mayoría de los casos los nombramientos recalcan en "abogados forenses inexpertos en el arte de juzar y tal vez sin el tiempo de estudios que la ley exige en los jueces. Antes se decidía en este grado de la injusticia i nulidad notoria, clásica y constante *ex actis*; ahora se decide por variedad de opiniones como cualquier recurso ordinario de apelación, sin más requisito que la diferencia de pareceres. . . Antes era rarísimo el caso de revocarse las sentencias revistadas de los tribunales superiores; hoy no se señala todavía un ejemplar de haberse confirmado las de la Cámara de Justicia desde que se estableció la Comisión". El mismo autor pregunta con razón: ¿Cómo se provee al caso en que esta comisión agrave con notoria injusticia al colitigante? Era un fallo fatal o inapelable, la única instancia.¹

La crítica del sistema procesal imperante fué hecha por Manuel Antonio de Castro — en nombre de la Cámara de Apelaciones, en sus oficios de 6 de diciembre de 1821 y de 12 de mayo de 1822, con los que envió el Proyecto de Ley sobre organización de las magistraturas en la Provincia de Buenos Aires. En tal proyecto —en la materia que interesa señalar en esta oportunidad—se suprimían los casos de Corte, introducidos con objeto estimable, pero pronto motivo de odiosos privilegios, y por tanto el recurso de segunda suplicación.

El movimiento más intenso de ideas jurídicas y políticas prodújose con motivo de la reunión del Congreso General Constituyente de 1824-1827, la legislación política, económica, militar, judicial que dictó, y sobre todo la sanción de la Constitución de 1826, como ya he explicado.

La Sección Sexta de la Constitución de 1826 trata del Poder Judicial, materia en la que representa un avance con respecto a la Constitución de 1819, que ya había registrado importantes progresos en el desenvolvimiento de las instituciones judiciales argentinas.

Fué complicada la discusión del proyectado artículo por el que se dispone que conocería en último grado de todos los recursos que se elevaran de los Tribunales Subalternos, quedando suprimidos los recursos de súplica, nulidad, injusticia notoria y segunda suplicación. En la votación resultó suprimida la parte del artículo en discusión, y en su reemplazo, al votarse las propuestas del diputado Castro, fueron rechazadas por 37 votos contra 6, dejándose constancia que lo había sido porque no era la Constitución el cuerpo de leyes adecuado en que debían establecerse tales reformas.

1 MANUEL ANTONIO DE CASTRO: *Prontuario de práctica forense*, cit. pág. 124; y MANUEL IBÁÑEZ FROCHAM: *La organización judicial argentina*, Buenos Aires, 1938, pág. 205.

Pronto volvería a tratarse públicamente —en la Academia de Jurisprudencia y en el periodismo— con la intervención de los jurisconsultos Castro, Somellera y Guret Bellemare, la necesidad de abolir el Tribunal de Recursos Extraordinarios, hasta lograrlo por decreto durante el gobierno interino de Viamonte en 1829.

En tanto Castro sostenía la necesidad de suprimir los recursos y el Tribunal Extraordinario (pero siempre recomendando la necesidad de declarar llegado el caso, las sentencias, "notoriamente nulas"), Bellemare consideraba que los recursos eran sagrados, pero debía suprimirse el Tribunal extraordinario.

También se ocupó Bellemare en su libro *Plan General de Organización Judicial* sobre el Tribunal Extraordinario.

No es necesario destacar el avanzado pensamiento de Bellemare, que ya en 1829 proponía con acierto la supresión del Consulado y Tribunal de Alzadas, la necesidad de dictar seis códigos, la supresión del Tribunal Extraordinario, la creación del Ministerio de Justicia y la Corte de Casación y que afirmaba la supresión de la pena de muerte.

El Gobernador Viamonte, nombrado por Rosas y Lavalle, conforme a la Convención de Barracas de 24 de agosto de 1829, comenzó por depojarse de la atribución del nombramiento directo de los magistrados, acordando, el 17 de octubre, que las designaciones de jueces de primera instancia en lo criminal y civil se harían por el Gobierno a propuesta de la Cámara de Apelaciones en terna de abogados, naturales de la Provincia o domiciliados en ella.

De mayor significación que los anteriores decretos, es el de 20 del mismo mes — como se advierte se trataba de un conjunto de reformas armónicas respecto de la justicia, dictadas con pocos días de diferencia—, pues se puso en vigor una iniciativa, expuesta años antes por el doctor Manuel Antonio de Castro y por Guret Bellemare. Comienza el decreto afirmando que por graves que fuesen los motivos que determinaron la creación del Tribunal Superior para los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria, con cinco letrados a elección del Gobierno, era evidente que tal determinación no había producido sino grandes males. Se alentaban las maqui naciones de los litigantes de mala fe, para demorar la ejecución de las leyes o eludirlas con recusaciones infundadas. De ahí la necesidad de establecer la magistratura permanente para conocer en aquellos recursos —o sea, no se suprimían los recursos— y a este fin se había indicado el establecimiento de otra Sala en la Cámara de Apelaciones, que ahora no se podía crear en consideración al estado del erario. El Gobierno admitió que entretanto se debían concentrar todos los recursos en

la Cámara, dando al mismo tiempo, con el suficiente número de jueces y grados de apelación, las garantías a los derechos de los litigantes.

Por otras disposiciones se establecía que lo que el Tribunal "en esta plenitud" resolviera, terminaba el pleito y todo recurso, llevándose a debido efecto, agregándose que estas disposiciones tendrían cumplimiento hasta tanto la Legislatura organizara en mejor forma la administración de Justicia.

La supresión del Tribunal de Recursos Extraordinarios —reforma trascendental del Gobernador Viamonte y el Ministro Guido— que inaugura un nuevo período, estuvo en vigor durante nueve años, hasta 1838, pero con la salvedad que haré en seguida.

El intenso movimiento de ideas y reformas Judiciales, durante el breve Gobierno de Viamonte, tuvo en el Ministro Guido su eficiente realizador. En efecto, no poco de iniciarse el Gobierno de Rosas, el Ministro Guido que continuaba desempeñando la cartera de Gobierno, suscribía el importante decreto sobre nueva composición de la Cámara de Justicia y dotación de sus miembros.

El nuevo período que se inicia en 1829 no es el de la extinción del Tribunal. No podía ser de otro modo, pues desde 1829 y 1830 hasta 1832 el Gobernador Juan Manuel de Rosas ejercía el mando con las Facultades Extraordinarias, y cuando volvió al cargo en 1835, lo hizo con la Suma del Poder Público, es decir, la tiranía. Esta afirmación la formulo a través de una nueva documentación que daré a conocer oportunamente, en donde constan los casos importantes en que se concedieron las apelaciones extraordinarias ante comisiones especiales. Así se explica, a la luz de estos antecedentes y no por un solo caso individual —el del pleito de Nicolás Anchorena y José María Riglos— que en 1838 se restableciera, en virtud de una ley, el Tribunal Extraordinario.

El gobierno deseaba estar autorizado por ley especial a ese objeto o proveerse de medios para expedirse dignamente en la resolución de tales asuntos. Habría que leer y examinar procesos voluminosos que le absorbían todo el tiempo, "no encontrando cómo establecer un Tribunal de letrados que superando en crédito y responsabilidad a la Cámara de Apelaciones dejase aquietada en lo posible la opinión pública sobre la rectitud y sabiduría de sus fallos". De ahí que sometiera a la Junta este grave asunto rogando a los diputados que dictaran cuanto antes la ley sobre el particular, pero les encarecía que se le exonerara a él de todo conocimiento en esta clase de recursos.

El asunto fué abordado por las Comisiones de Negocios Constitucionales y de Legislación, y en la sesión del 7 de marzo de 1838 comenzó a tratarse el dictamen correspondiente, asunto que ocupó íntegramente las sesiones de ese año de la Junta de Representantes.

En parte, el debate promovido para dictar la ley se hacía sobre la base del caso Riglos-Anchorena (pleito que había perdido Nicolás Anchorena en el juicio de retracto entablado por José Riglos, llevado a Rosas en queja de la Cámara de Justicia). La ley fué sancionada en la sesión del 5 de diciembre. El Tribunal de Recursos Extraordinarios de protección por nulidad e injusticia notoria dependiente de Rosas, se integraría con tres representantes nombrados por el gobierno, el Fiscal de Estado y el asesor mayor del gobierno, debiendo ser presidido por uno de los cinco nombrados que designe el P. E. Este Tribunal declarará que ha lugar al recurso, cuando sea interpuesto de los pronunciamientos y en el tiempo legal. En sesión del 30 de julio de 1839, la Junta de Representantes declaró que en virtud de la ley de 5 de diciembre de 1838, había quedado restablecido el recurso ordinario de suplicación y sin efecto el extraordinario de revisión.

Veinte años después, en 1858, volvió a producirse un nuevo y apasionado debate sobre dicha ley, suprimiéndose el Tribunal Extraordinario que había sido restablecido en 1838, durante la tiranía de Rosas. Pero al dictarse la Constitución de 1853 se creó el recurso extraordinario, que mantiene el imperio y supremacía de la Constitución Nacional, que tiene sus orígenes remotos en los fueros de la Edad Media española y en los recursos de nulidad e injusticia notoria de la legislación de Indias y la legislación patria argentina, según he explicado.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

- Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Real Audiencia de Buenos Aires.
- CHANETON, ABEL: *Un Tribunal de la época de Rosas*, en *Un precursor de Sarmiento y otros ensayos históricos*, Buenos Aires, 1934.
- GARCÍA GALLO, ALFONSO: *Curso de Historia del Derecho Español*, tomo I, 1947.
- GOROSTIAGA, NORBERTO: *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación*, Buenos Aires, 1944.
- IBAÑÍSZ FROCHAM, MANUEL: *La organización judicial argentina*, La Plata, 1938.
- LEVENE, RICARDO : *Contribución a la historia del Tribunal de recursos extraordinarios*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

CAPITULO XXXV

EL DERECHO ARGENTINO EN EL ORDEN INTERNACIONAL

- I. Los derechos argentinos sobre las Islas Malvinas. — El decreto de 10 de junio de 1829 creando la comandancia política y militar de las islas Malvinas. — Las agresiones norteamericana e inglesa a las Islas. — Protesta de la Argentina. — Teoría acerca de la unión de las Repúblicas de América para defender el territorio. — La posesión violenta de las Malvinas: el primer caso producido en América después de la Independencia. — Uniformidad de los principios de las naciones americanas llama a contrarrestar “la ambición y arrogancia europea”. — Los derechos argentinos a las Islas Malvinas
- II. La cuestión con Bolivia. — La misión de Pedro Feliciano de Cavia. — Guerra con Bolivia. — Defensa del territorio del norte argentino.
- III. En 1838 el almirante Leblanc pedía explicaciones a Rosas por varios asuntos. — El ministro doctor Felipe Arana rechazó las pretensiones intervencionistas de los franceses. — Declaración del bloqueo de los puertos argentinos. — La nota de Rosas y el Ministro Arana. — a la Junta de Representantes de 25 de mayo de 1838 dando cuenta de los hechos. — Posición de la isla Martín García. — Tratado de Mackau (1840) — El gobierno de Rosas reconocía las indemnizaciones por perjuicios sufridos por los súbditos franceses, y el almirante Leblanc levantaba el bloqueo y entregaba la isla Martín García.
- IV En 1845 los enviados de Inglaterra y Francia declararon el bloqueo de los puertos argentinos. — Nota de Rosas y el ministro Arana a la Junta de Representantes de 9 de diciembre de 1845 sobre el nuevo bloqueo y las medidas adoptadas para rechazar la intervención violenta. — Conforme a la convención Arana-Southern (1849) y Arana-Lepredour (1850), Rosas retiraba las tropas del sitio de Montevideo y se levantaba el bloqueo anglo-francés. — La navegación del Río Parana sería interior de la Confederación y la del Uruguay, en comunidad con la República del Uruguay.
- V. La cuestión con Chile. — Relaciones comerciales de Chile con las Provincias de Cuyo. — Misión Baldomero García. — La reclamación argentina por la fundación de una colonia chilena en el Estrecho de Magallanes.
- VI. La cuestión con el Paraguay. — Rosas expresó en sus mensajes que no reconocería la independencia del Paraguay. — El Presidente Carlos Antonio López declaró la guerra a la Confederación el 4 de diciembre de 1845. — La Junta de Representantes autorizó a Rosas a incorporar el Paraguay a la Confederación

Argentina. — Brasil y Paraguay firmaron un tratado de unión el 25 de diciembre de 1850 para promover el reconocimiento de la soberanía del Paraguay y constituir una alianza contra Rosas y Oribe.

- VII. La cuestión con el Brasil. — La política del Imperio desconoció el bloqueo de Montevideo, decretado por Rosas. Misión del Vizconde de Abrantes y explicación dada por el Gabinete del Brasil al Gobierno argentino. — El Brasil se inclinó resueltamente en favor de la independencia del Paraguay. — La unión del Brasil con el Paraguay significó el triunfo político y diplomático de los adversarios de Rosas. — Rosas y la defensa de la soberanía nacional.

I

Corresponde destacar la importancia del decreto de 10 de junio de 1829, del gobernador Martín Rodríguez como delegado de Lavalle, y el ministro doctor Salvador María del Carril, sobre las Islas Malvinas. En ese decreto se recuerda que hasta el 25 de Mayo de 1810, España tenía la posesión material de dichas islas y de todas las demás que rodeaban el Cabo de Hornos, hallándose justificada aquella posesión por el derecho del primer ocupante, por el consentimiento de las principales potencias europeas y por la adyacencia de estas islas al Continente que formaba el Virreynato del Río de la Plata. La República había sucedido a España en todos los derechos que tenía en estas Provincias, se agrega, y había ejercido actos de dominio en dichas islas, puertos y costas. Se acordó crear el cargo de comandante político y militar con sede en la Isla de la Soledad.

En diciembre de 1831, un buque de guerra norteamericano, la "Lexington", llevó a cabo un atropello contra sus autoridades con motivo de la vigilancia que estas últimas ejercían en sus costas para prohibir la pesca de anfibios. El ministro doctor Manuel V. Maza, del gobernador Rosas, reclamó al encargado de Negocios de Estados Unidos, pronta y completa satisfacción del atentado.

El 2 de enero de 1833, la tripulación de una corbeta de guerra inglesa, la "Clío", desembarcó en ellas como si se tratara de una posesión de Gran Bretaña. Tal hecho se llevaba a cabo en medio de la paz y amistad reconocida en el Tratado de 1825, que existía con Inglaterra.

El 24 de enero el gobernador general Balcarce y el ministro doctor Maza, comunicaban a la Junta de Representantes la ocupación violenta de las Islas Malvinas por Inglaterra y la altiva protesta de las autoridades. El gobernador volvió a dirigirse a la

Junta de Representantes proponiendo una fórmula de solución ante la actitud indiferente de Gran Bretaña que no procedía a devolver las Islas. En este oficio se consideraba importante "uniformar la política de las nuevas Repúblicas del Continente, haciéndole tomar parte activa en estas cuestiones, la primera de su clase que ha ocurrido después de la emancipación del nuevo mundo —dijo con razón y la que por su vitalidad y trascendencia puede titularse propiamente una cuestión americana".

En la investigación realizada, es de excepcional alcance el texto de la circular del ministro doctor Maza, en nombre del gobernador Balcarce, a las Naciones de América hispana, de 23 de enero de ese año de 1833, en el que desarrolla teoría acerca de la unión de sus Repúblicas en América para defender el territorio y rechazar conjuntamente las agresiones europeas.

Deseaba el gobierno argentino —se afirma en el oficio de finiendo la idea de la solidaridad de las naciones frente a los Estados poderosos— "que la uniformidad de principios en los americanos, supla la debilidad respectiva de cada república para balancear y contrarrestar las demandas de la ambición y de la arrogancia europea". Algunas naciones americanas adhirieron a los principios sustentados por la Argentina y dieron prueba de sus sentimientos de solidaridad ¹

El ministro argentino en Londres doctor Manuel Moreno, expuso entonces en forma concluyente los títulos argentinos, que son incuestionables. "Las Provincias Unidas han probado con documentos intachables que sus títulos a las Malvinas —dice— a la Isla de la Soledad o Puerto Luis (separada de Puerto Egmont por un canal de mar), son: compra legítima a la Francia; prioridad de ocupación, cultivo y habitación formal; en fin posesión notoria y tranquila de más de medio siglo hasta el momento en que han sido despojadas por la fuerza el 2 de enero de 1833. Estos títulos están fundados especialmente en el principio de que la ocupación confiere un dominio real y exclusivo al bien inapropiado, principio que se halla consagrado en los Códigos de las Naciones como de una justicia eterna..."

En el mensaje de Rosas a la Junta de Representantes de 1835, reiteraba su seguridad de que sus reclamaciones por la entrega de las Malvinas serían atendidas, así como también de que el gobierno de Washington repararía los agravios y perjuicios inferidos

¹ El doctor Alfredo L. Palacios dio a conocer en "La Nación", de Buenos Aires, el documento emanado de Bolivia expresando su solidaridad, y por mi parte pude comprobar que el Brasil asumió igual actitud, en mi trabajo "La política internacional argentina en 1833 ante la invasión de las islas Malvinas", en el "Boletín de la Academia Nacional de la Historia", volumen XXII, año 1949.

al país por el comandante de la corbeta "Lexington". Aseguraba asimismo que jamás desistiría de su empeño en reclamar el reconocimiento de los derechos argentinos a aquellas Islas.

Al informar en 1837 que la reclamación continuaba en el mismo estado, volvía a asegurar que las negociaciones seguirían su curso, pues no creía que al término de ellas "el poder usurpe a la razón el lugar que le asigna la civilización del mundo".

En 1838 —el 21 de noviembre— el ministro doctor Felipe Arana daba instrucciones al ministro argentino en Londres, doctor Manuel Moreno, para que insistiera en el reclamo respectivo de la ocupación de las Malvinas, "y entonces explorará con sagacidad sin que pueda trascender ser idea de este gobierno, si habría disposición en el de S. M. B. a hacer lugar a una transacción pecuniaria, que sería para cancelar la deuda pendiente del empréstito argentino".²

Otras gestiones se hicieron en 1842, 1843 y 1844, insistiendo Rosas en el grave error de proponer la cesión de las Islas en pago de la deuda.

II

Con la victoria del general Quiroga en Cindadela, el 4 de noviembre de 1831, unitarios representativos del Norte, emigrados en Bolivia, pedían al general Andrés Santa Cruz la incorporación de Salta a la República vecina.³

En 1834 en las Instrucciones del gobernador interino doctor Maza redactadas de acuerdo con Rosas, que debía observar Quiroga en su misión de paz en el Norte argentino, figura una cláusula en que se recomendaba al Comisionado que juzgara severamente a la parte de Salta que pretendía incorporarse a Bolivia. También se le encomendaba contener la ingerencia de Bolivia en las disensiones entre Salta y Tucumán.

2 ISIDORO RUIZ MORENO: *Transacciones territoriales en América. Una negociación sobre las Malvinas*, en "La Prensa", Buenos Aires, de 11 de julio de 1941.

3 Principalmente Rudecindo Alvarado y Facundo de Zuviría, en cartas al general Santa Cruz, dadas a conocer por Enrique M. Barba en "Formación de la tiranía" en "Historia de la Nación Argentina", edición de la Academia Nacional de la Historia, volumen VII, segunda sección, Buenos Aires, 1950, pág. 143.

El decreto de Rosas declarando la guerra a Bolivia es de 19 de mayo de 1837, fundado en que el general Andrés' Santa Cruz, titulado Protector de la Confederación Perú-Boliviana, promovía la anarquía en la Confederación Argentina, con sintiendo y auxiliando las expediciones militares, que armadas en Bolivia, invadían la República. El general Santa Cruz rumen taba disturbios continuos en las Provincias de Salta y Tucumán, impidiendo el restablecimiento de la confianza y buena inteligencia —dice el decreto— para obtener por medio de una negociación pacífica "la devolución de la Provincia de Tarija, incorporada a Bolivia por un acto de insurrección"

Cuando en 1842 el general Oribe creía llegado el momento de penetrar en Bolivia para reconquistar parte de su territorio que había sido argentino, Rosas contesto con estas palabras: "Y que respecto de Tarija no es digno de la República Argentina, reincorporarle hoy por la fuerza ni reclamar nuestros derechos, en circunstancias que Bolivia se encuentre aflijida y envuelta en la anarquía".

III

El litógrafo César Hipólito Bacle recibió orden del gobierno de Buenos Aires de levantar los planos para uso de la guerra. Bacle manifestó hallarse enfermo y obtuvo licencia para retirarse al interior del país. Rosas tuvo aviso de que mantenía correspondencia con el Presidente de Bolivia y que se dirigía a ese destino. A su vuelta se le encontraron, en efecto, planos y documentos que Bacle preparaba para entregar al enemigo. El gobierno le obligó entonces a residir en la Provincia de Santa Fe. Poco tiempo después murió Bacle. El Vice cónsul francés, Aimer Roger, entabló la reclamación en favor del subdito de su nacionalidad, pero lo hizo en términos tan violentos que Rosas le entregó los pasaportes y lo despidió.

En el mismo año Roger había entablado otra reclamación, motivada porque Rosas obligaba a los extranjeros que tuviesen dos años de residencia en el país a prestar servicios en la guardia nacional de acuerdo con la ley de 1821, como ya expliqué.

En 1838, el almirante Leblanc, jefe de las naves francesas en el Plata, invitó a Rosas a dar explicación en los asuntos referentes a Bacle y al servicio militar prestado por los subditos franceses. El ministro de Relaciones Exteriores de Buenos Aires, doctor Felipe Arana, demostró a Leblanc que solo prestaban servicios en el ejército seis franceses, de los cuales

cinco eran voluntarios y el otro se le había alistado por bandolero. Argumentaba además que la reclamación habría sido justa si el gobierno hubiera hecho pesar esa, obligación solo sobre los franceses, en tanto que la ley mandaba por igual a todos los extranjeros residentes, cualquiera fuera su nacionalidad. El ministro doctor Arana rechazó, pues, las pretensiones del agente francés y éste declaró entonces bloqueado el puerto de Buenos Aires y todo el litoral de la República, el 28 de marzo de 1838.

Es importante la nota de Rosas a la Junta de Representantes del día "25 del mes de América" de 1838 sobre la agresión francesa.

Se recuerda en ella los gratuitos e inmerecidos cargos que se habían hecho al gobierno argentino de haber atacado en distintas ocasiones los derechos de Francia y la seguridad de los franceses establecidos en nuestro territorio y la de sus propiedades.

La Junta de Representantes aprobó y adhirió a la política exterior de Rosas.

La declaración del bloqueo dificultaba la vida económica del país, por cuya razón Rosas aceptó la mediación amistosa del ministro inglés Juan Mandeville. La situación internacional se complicó con motivo del estado político del Uruguay donde el general Rivera sitiaba a Montevideo. El vicecónsul francés se entrevistó con Rivera y allí se decidió que no debía aceptar la mediación inglesa, manteniendo firme la posición de Francia. Por esta razón el almirante Leblanc protestó de que había recibido nuevas instrucciones de su gobierno en el sentido de mantener el bloqueo. Rivera y los agentes franceses celebraron una alianza, y de acuerdo con la ¹ "Comisión Argentina" tomaron la Isla de Martín García. Este hecho influyó en el triunfo de Rivera en el Estado Oriental donde fué electo Presidente de la República.

Llegaba por entonces el barón de Mackau en carácter de plenipotenciario de Francia, y el ministro británico M. Mandeville se dirigió a él, en octubre de 1840, proponiendo una nueva negociación con Rosas. El barón de Mackau aceptó la mediación inglesa, iniciándose así la negociación entre el citado agente francés y el ministro argentino doctor Arana. El Tratado de Paz se firmó el 29 de octubre, y conforme a él el gobierno de Rosas reconocía a Francia las indemnizaciones por las pérdidas o perjuicios sufridos por los subditos de esa Nación, bajo la condición de que el emisario francés levantaría inmediatamente el bloqueo y entregaría la Isla de Martín García. Por el artículo 3^o se mandaba que el gobierno de Buenos Aires diera permiso para volver al territorio de la patria a los unitarios que se habían levantado en armas contra Rosas y por último este gobierno se obligaba a mantenerse neutral en las cuestiones políticas del Estado vecino.

Así terminaba la grave complicación internacional que pocos años después se renovarí, motivada por las cuestiones referentes a la República del Uruguay.

IV

El general Oribe, jefe del Partido Blanco del Uruguay, venció a Rivera, jefe del Partido Colorado, el 6 de diciembre de 1842 en "Arroyo Grande", y sitió después la plaza Montevideo, comenzando así la historia de la Nueva Troya que organizó la resistencia contra el sitiador. Rosas, de acuerdo con el general Oribe, ordenó el bloqueo del puerto de Montevideo

Inglaterra y Francia cuyos intereses se sentían perjudicados por el bloqueo de Montevideo, protestaron, invocando las estipulaciones del Tratado de Mackau. Rosas contestó que el general Oribe era el Presidente constitucional del Uruguay depuesto por una revolución de Rivera y que el ejército argentino era apenas una división auxiliar. Además intervenía en la política oriental en represalia de lo que hacía Rivera, quien a su vez intervenía en la política argentina auxiliando al ejército unitario.

El bloqueo de Montevideo ordenado por Rosas estaba a cargo del almirante Brown, quien tomó posesión de la Isla de las Ratas. El comodoro inglés Mr Juan Purvis, jefe las fuerzas navales de S. M. B. en la estación del Plata, desconoció el bloqueo y secuestró la escuadra de Buenos Aires.

Como consecuencia de la reclamación interpuesta por Rosas, el Almirante Purvis fué retirado. Los nuevos representantes, Ouseley por parte de Inglaterra, y Deffaudis por parte de Francia, reclamaron de Rosas la suspensión del bloqueo de Montevideo. Como Rosas rechazó el pedido, los representantes nombrados pidieron sus pasaportes y declararon el bloqueo de los puertos argentinos el 18 de setiembre de 1845.

El ministro de Inglaterra, Ouseley, le expresó al ministro de Relaciones Exteriores doctor Arana, el 1° de agosto de 1845 que había recibido su nota de 29 del mes julio, incluyendo copias privadas, confidenciales y otros documentos que tenían el carácter de minutas o recuerdos de varias conferencias o comunicaciones privadas. De estos documentos privados o confidenciales, dice el ministro Ouseley que se enviaban sin previo acuerdo de las partes interesadas, era "enteramente opuesto al uso y cortesía diplomática, ni cree que tal proceder bajo ninguna circunstancia ni en ningún país, pueda ser aducido".

Rosas y el ministro Arana dieron cuenta a la Junta de Representantes el 16 de agosto y el 9 de diciembre de 1845, de los sucesos ocurridos sobre la misión de los ministros de Francia e Inglaterra. La junta de Representantes trató un proyecto de decreto de la

Comisión de Negocios Constitucionales aprobando en todas sus partes la conducta del gobernador en la correspondencia seguida con los ministros de Francia e Inglaterra. Se declaró que las contestaciones dadas por el gobierno a los ministros extranjeros "es la expresión enérgica de la voluntad de los Argentinos" y de que continuaría expidiéndose "en este grave asunto con la firmeza y dignidad con que ha procedido en sostén del honor e independencia de la Confederación".

La nota enviada al gobernador comunicando la resolución es de 20 de diciembre de 1845.⁴

Como los buques extranjeros intentaron hacer la navegación de los ríos interiores, Rosas mandó artillar el paso del Tonelero en el lugar llamado "Vuelta de Obligado", declarado lugar histórico porque en él se trabó un reñido combate el 20 de noviembre de 1845. Las fuerzas argentinas, al mando del general Lucio V. Mansilla, desde las baterías de la costa cañonearon con coraje y patriotismo a los buques de la escuadra anglo-francesa.

También fracasaron ante Rosas, las pretensiones, especialmente sobre la libre navegación de los ríos interiores, de los nuevos representantes, Lord Howden enviado de Inglaterra, y el Conde Walesky, de Francia.

El término de las cuestiones diplomáticas se logró por la Convención Arana-Southern, entre la Confederación e Inglaterra, de 24 de noviembre de 1849, y la Convención Arana-Lepredour, con Francia, de 31 de agosto de 1850.

Conforme a los términos de la Convención Arana-Southern, el gobierno de S. M. B. se obligaba a evacuar definitivamente la Isla de Martín García, a devolver los buques de guerra argentinos que estaban en su poder y a saludar al pabellón de la Confederación Argentina con veintiún tiros de cañón. Las fuerzas argentinas existentes en el Estado Oriental, repasarían el Uruguay cuando el gobierno francés desarmara las legiones extranjeras.

El artículo 49 que significaba el triunfo de la política exterior de Rosas decía: "El gobierno de S. M. B. reconoce ser la navegación del Río Paraná una navegación interior de la Confederación Argentina y sujeta solamente a sus leyes y reglamentos lo mismo que la del Río Uruguay, en común con el Estado Oriental".

V

Con respecto a Chile un hecho trascendental daría comienzo al conflicto de límites con la nación vecina.

Chile y la Confederación Argentina se unieron en la guerra contra el Protector de la Confederación Perú-Boliviana, el general Andrés Santa Cruz.

Las reclamaciones de Chile ante los gobiernos de Mendoza y Buenos Aires por el incumplimiento del Tratado comercial y otras negociaciones, decidieron a Rosas a designar un comisionado ante el gobierno de la nación vecina, que lo fué el doctor Baldomero García, en 1845, pero que no pudo cumplir su misión.

En 1847 el gobierno argentino reclamó por el establecimiento de una colonia chilena en las costas del Estrecho de Magallanes, fundada en 1843.

Esta reclamación después de un silencio del gobierno argentino de más de cuatro años, fué rechazada por el gobierno chileno "respecto de un territorio que se ha mirado siempre como parte integrante del Reyno de Chile y ahora de la República en que fué constituido".

La gestión diplomática hecha por el gobierno argentino, aunque tardía, se fundaba en incontestables títulos de soberanía, pues desde los tiempos más remotos de la monarquía española, las órdenes para la vigilancia y policía del Estrecho de Magallanes, islas adyacentes y Tierra del Fuego, siempre fueron dirigidas a los gobernadores y virreyes de Buenos Aires. Las repúblicas de la América del Sur, al desligarse de España —observaba—y constituirse en Estados independientes, adoptaron por base de su división territorial la misma demarcación que existía entre los varios Virreynatos que las constituían. Era evidente, por tanto y así lo expresaba la nota del ministro de Relaciones Exteriores doctor Arana, que la colonia mandada fundar por Chile en el Estrecho de Magallanes, "atacaba la integridad del territorio argentino". El estudio y demostración documental de los derechos de la Argentina fue encomendado por Rosas a los publicistas Dalmacio Vélez Sárifield y Pedro de Angelis.

VI

En enero de 1841, Rosas dictó un decreto por el que prohibía la navegación de los ríos Uruguay y Paraná a todo buque que no fuera patentado por el Gobierno de la Confederación bajo el pabellón nacional, fundado en la injusta guerra que el Presidente del Estado Oriental del Uruguay había declarado a la Confederación.⁵

5 *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires* Libro vigésimo, 1841, Buenos Aires, Imprenta del Estado.

El Paraguay firmó con las autoridades de la Provincia de Corrientes, un tratado comercial, en momentos que esta Provincia se hallaba en guerra con Rosas.

El Congreso General extraordinario del Paraguay, declaró al año siguiente —el 25 de noviembre de 1842— la independencia de esa nación, ratificando un pronunciamiento de 1813.

En sus mensajes a la Junta de Representantes de 27 de diciembre de 1843 y 1844 decía Rosas —ratificando su concepto de que "el río de La Plata y del Paraná le pertenece a Buenos Aires de hecho y de derecho de costa a costa"— que el Paraguay gestionaba el reconocimiento de su independencia, pero que había manifestado a sus autoridades con "fraternal franqueza los gravísimos inconvenientes que no le permitían prestar su aquiescencia y de las dificultades y peligros en que pondría la independencia del Paraguay y la Confederación, el reconocimiento de la del Paraguay. Le había dado una prueba de amistad, permitiendo la navegación del Paraná, obstruida hasta entonces por el estado político de Corrientes.⁶

El Presidente Carlos Antonio López firmó un tratado, el 2 de diciembre de 1844, que facilitaba el comercio con la Provincia de Corrientes, y pidió a Rosas que se suscribiera uno semejante con Buenos Aires. Ante esta unión comercial de Paraguay y Corrientes y sus consecuencias políticas para la Confederación, Rosas contestó cerrando la navegación del río Paraná. El Presidente López declaró la guerra a Rosas el 4 de diciembre de 1845.

Esta inaudita declaración —dice Rosas en su mensaje a la Junta de Representantes de 27 de diciembre de 1846—era una nueva prueba de la funesta influencia ejercida por los unitarios y las maquinaciones extranjeras. La mediación de los Estados Unidos — que exigía como previo el reconocimiento de los derechos del Paraguay— había sido rechazada, pero en setiembre del año siguiente el estado de guerra había cesado.

El nuevo Gobernador de Corrientes, Coronel Benjamín Virasoro, activó el comercio con el Paraguay, conforme a instrucciones recibidas de Rosas.

Fuerzas paraguayas ocuparon la isla de Apipé dependiente de la jurisdicción de Corrientes, lo que motivó la intervención de Rosas, quien rechazó la política paraguaya de penetración en el territorio argentino.

6 *Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires*. Libro vigésimo segundo, 1843. Buenos Aires, Imprenta del Estado y "Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires, Libro vigésimo tercero, 1844, Buenos Aires, Imprenta del Estado".

Pero como el Presidente López no pudo concertar la unión con el Brasil, procuró una inteligencia con la Confederación Argentina. Tampoco lo logró, pues la Junta de Representantes autorizó a Rosas en marzo de 1850 a incorporar el Paraguay a la Confederación Argentina. Entonces Brasil firmó con el Paraguay, el 25 de diciembre de 1850, un tratado de unión por virtud del cual el Gobierno Imperial continuaría interponiendo sus efectivos y buenos oficios para promover el reconocimiento de la independencia y soberanía del Paraguay por parte de las potencias que aún no la habían reconocido. Asimismo, constituían ambos países una alianza defensiva para el caso de ser atacados por Rosas o por Oribe y para obtener la libre navegación del río Paraná hasta el río de la Plata. A su vez el Paraguay se obligaba a coadyuvar al Emperador del Brasil en el empeño de mantener la independencia del Uruguay.

VII

La designación del General Tomás Guido, en 1841, como Ministro de la Confederación Argentina en Río de Janeiro, tuvo por objeto iniciar la gestión, de acuerdo con las instrucciones de Rosas, tendiente a separar la política del Brasil de la política de Rivera en el Uruguay. En marzo de 1843 firmaba el ministro un tratado entre Brasil y la Confederación Argentina contra el Presidente Rivera y los revolucionarios republicanos de Río Grande, tratado rechazado por Rosas.

En el mensaje a la Junta de Representantes de 27 de diciembre de 1843, Rosas se congratulaba de que el gabinete del Brasil estuviese animado de una política amistosa, siéndole muy gratos los triunfos imperiales en la Provincia de San Pedro en Río Grande, deseando sinceramente la derrota de Rivera con los rebeldes.

Pero la política del Brasil había cambiado violentamente, pues llegó a desconocer el bloqueo de Montevideo decretado por Rosas.

El Vizconde de Abrantes desempeñó una misión diplomática en Europa en favor de la intervención de Francia e Inglaterra en los asuntos del Plata, pero fracasó en sus pretensiones. Además el Brasil se inclinó resueltamente por la independencia del Paraguay, uniéndose con esta nación contra Rosas.

En el mensaje de 27 de diciembre de 1845, Rosas informaba que los actos del nuevo gabinete brasileño y sus órdenes represivas contra los revoltosos enemigos de la Confederación, refugiados en el Imperio, respondían a la leal amistad de la Confederación con el Brasil.⁷ Anotaba asimismo que en las Cámaras del Brasil, en las tribunas y en la prensa, se había censurado la política de los ministros de Francia e Inglaterra en el Plata.

Ante la intervención franco-inglesa, en los negocios platenses Guido exigió el cumplimiento del artículo 3º de la Convención de 27 de agosto de 1828, sobre el reconocimiento de la independencia del Uruguay. También protestó el ministro argentino contra la violación del territorio fluvial de la república por dos barcas brasileras que habían entrado —dice Rosas en su mensaje de 1847— a los puertos de la Provincia argentina del Paraguay. El general Guido sostenía el derecho de la Confederación al dominio de sus ríos interiores. Con motivo de las nuevas reclamaciones del Ministro Guido el Brasil declaró en 1847 que no gestionaba la intervención de fuerzas armadas en las Repúblicas del Plata, pero que la política imperial no podía ser de neutralidad inactiva y procuraba la pacificación⁸, empleando los medios que la ley de las naciones ofrecen con ventaja para los pueblos cultos.

En 1850 fuerzas brasileñas al mando del Barón de Yacuby penetraban en territorio uruguayo. Las reclamaciones de Guido no fueron satisfechas, al punto de que Rosas era de opinión que su ministro debía retirarse del Brasil.

El hecho fundamental que permite comprender el rumbo de la política brasileña en el Plata es el tratado de unión del Imperio con el Paraguay, de 25 de diciembre de 1850, a que ya me he referido. Tal unión significaba el triunfo político y diplomático de los adversarios de Rosas.

Como se desprende de la exposición precedente, Rosas actuó con acierto desde su primer gobierno, en el curso de las complicaciones internacionales con Francia e Inglaterra, rechazando las cuestiones planteadas y el procedimiento seguido, en defensa de la soberanía e independencia del país. Pero careció de ese acierto en la política exterior con las naciones americanas.

⁷ *Begistro oficial del gobierno de Buenos Aires*. Libro vigésimo sexto. 1847. Buenos Aires. Imprenta del Estado. Adolfo Saldíate, *Historia de la Confederación argentina, Rosas y su época*, cit., t. IV, cap. LV.

⁸ ENRIQUE M. BARBA: *Las relaciones exteriores con los países americanos en Historia de la Nación Argentina*, edición de la Academia Nacional de la Historia. Vol. VII. Segunda sección, cit., pág. 349.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Archivo General de la Nación, *División nacional. Sección Gobierno Secretaria de Rosas*. Año 1835-1836.

Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Junta de Representantes.. *Legajos de documentos de los años 1838 – 1845*.

BARBA, ENRIQUE M.: *Rosas y las relaciones exteriores con los países americanos en Historia de la Nación Argentina*, edición de la Academia Nacional de Historia volumen VII, Buenos Aires 1950.

BURZIO, HUMBERTO: *Rosas, el empréstito y las Islas Malvina**, en Boletín del Centro Naval", Buenos Aires, 1944

CAILLET BOIS, RICARDO: *Una tierra argentina, las Islas Malvins Buenos Aires*, 1948.

COLLI, NÉSTOR S.: *Rosas a través de la intervención francesa en el Río de la Plata*. Buenos Aires, 1948.

FRABOSCHI, ROBERTO O.: *Rosas y las relaciones exteriores con Francia e Inglaterra. En Historia de la Nación Argentina*, Academia Nacional de la Historia, volumen VII, Buenos Aires, 1950.

GOEBEL, JULIUS, hijo: *La pugna por las Islas Malvina, un estudio legal y diplomático*, ed. Ministerio de Marina, Buenos Aires 1950.

IBARGUREN, CARLOS: *Juan Manuel de Rosas. Su vida. Su drama. Su tiempo*. Buenos Aires, 1943.

IRAZUSTA, JULIO: *Vida política de Juan Manuel de Rosas a través de su correspondencia*. tomos III y IV, año 1947 y 1950 respectivamente.

QUESADA, ERNESTO: *La época de Rosas*. Buenos Aires, 1898.

Registro Oficial del Gobierno de Buenos Aires, libro decimo sexto, 1837, décimo séptimo, 1838 y décimo nono, 1840. Buenos Aires, imprenta del Estado.

Buiz MORENO, ISIDORO: *Don Juan Manuel de Rosas, la integridad territorial y la soberanía de la República Argentina*, edición de la revista *Tierra de Urquiza, Paraná, 1951*.

SALDÍAS, ADOLFO: *Historia de la Confederación Argentina, Rosas y su época*. Buenos Aires, 1892, Tomos III y IV.

C A P I T U L O X X X V I

EL DERECHO PUBLICO DE LAS PROVINCIAS Y EL REGIMEN DE LOS PACTOS INTERPROVINCIALES

- I. Organización constitucional de las Provincias.
- II. El proeeso histórico del Federalismo nacional. — Sus antecedentes en el derecho patrio argentino. — El régimen de los pactos interprovinciales. —El Pacto Federal de 1831 y la creación de la Comisión representativa. — Rosas afirmó que el llamado al Congreso General debía retardarse. — Disolución de la Comisión de Representativa. — En el Pronunciamiento de Urquiza contra Rosas (1851) y en el Acuerdo de San Nicolás (1852) se invocaron los preceptos del Pacto Federal.

Después de producida la escisión del Paraguay en 1811, el primer decreto sobre creación de nuevas Provincias es de 1813 y fue suscripto por los miembros del Triunvirato. Por él se determina que las Provincias de Mendoza, San Juan y San Luis, que formaban parte de la Intendencia de Córdoba, constituirían una Intendencia aparte, cuya capital se fijaba en Mendoza.

Esta reforma política tuvo por fundamento las cuestiones relacionadas con el federalismo y además la necesidad de organizar en Cuyo un gobierno dotado de todas los elementos capaces de asegurar la frontera.

El 7 de marzo de 1814, el director Potadas creó la Provincia Oriental, considerando "que el territorio de la Banda Oriental, por su extensión, fertilidad, situación topográfica y su crecida población, debe formar por sí solo una parte constituyente de Estado". Algunos meses después —en octubre del mismo año— Posadas creó Las Provincias de Entre Ríos y Corrientes (esta última comprenderla los pueblos de Misiones) separándolas de la Intendencia de Buenos Aires. Tal reforma respondió a la conveniencia de oponer una acción enérgica a la influencia artiguista —en conflicto con la autoridad nacional— en las Provincias del Litoral.

El 8 de octubre de 1814 se dividió la antigua Intendencia de Salta en dos, formándose la provincia de Tucumán, con las jurisdicciones de las ciudades de Tucumán, Santiago del Estero y Catamarca, y quedando subsistente la provincia de Salta, con las ciudades de

Salta, Jujuy, Oran, Tarija y Santa María. Además corresponde mencionar las resoluciones de los cabildos de cada ciudad, erigiéndose en Provincias separadas. Imperaba en otras Provincias un federalismo de hecho con sus autoridades y leyes propias, fuerza social, que era preciso tenerlo presente en un plan de organización política. Todas las Provincias se sentían impulsadas por un sentimiento autonomista: Santa Fe, que era dependencia de la Provincia de Buenos Aires, había aspirado a la categoría de Provincia, sublevándose varias veces hasta lograrlo en 1818; la Provincia de Córdoba se había incorporado a la Liga Federal de Artigas y se declaró independiente en 1820; La Rioja, que era dependencia de Córdoba, se segregaba también constituyéndose autónoma en 1820; Salta tenía su propia autonomía, encarnada en Güemes; el Alto Perú se había perdido después de la derrota de Sipe-Sipe, y Entre Ríos y Corrientes respondían a la influencia artiguista y formaban con la Banda Oriental una confederación de Estados.

Tal era la situación política del país, en la que dominaba el régimen de un federalismo de hecho o de derecho en momentos en que el Congreso reunido en Buenos Aires sancionaba una Constitución fundada en la unidad del régimen en 1819.

El federalismo y el carácter popular de los caudillos, promovieron la organización constitucional en la mayoría de las Provincias, dictándose Estatutos y Reglamentos.

En agosto de 1819 la provincia de Santa Fe se dio un Estatuto inspirado por Estanislao López. El Poder Legislativo integrado con representantes del pueblo era el encargado de designar los miembros del Cabildo. El Gobernador debía elegirse por votación directa, "siendo uno de los actos más esenciales de la libertad del hombre el nombramiento de su caudillo", decía el Estatuto.

Hacia junio de 1820 la Junta de Representantes de Buenos Aires dictó un Reglamento Constitucional de siete artículos, sobre el ejercicio del poder omnímodo que se delegaba en el gobernador, estableciendo que no ejercería funciones judiciales, que no podía imponer tributos y que no podía proveer grados de coronel ni prebendas eclesiásticas. La organización institucional de la Provincia de Buenos Aires fué después la obra del gobernador Martín Rodríguez y sus ministros Rivadavia y García.

La Constitución de la República de Tucumán es de septiembre de 1820. La palabra *República* está empleada en el sentido de gobierno de la cosa pública, pues en varios de los artículos de la Constitución se reconoce que la Provincia forma parte del Estado, afirmando que no omitirá sacrificio alguno para la defensa de la

libertad, integridad e independencia del territorio de la Nación. Esta Constitución es una copia de la Constitución de 1819 con variantes y adaptada a la Provincia.

La llamada República de Tucumán comprendía Santiago del Estero, Catamarca y Tucumán

El Reglamento provisorio de la Provincia de Córdoba de enero de 1821. Por el artículo 2º se manda que la soberanía reside en la Provincia y le compete el derecho de establecer sus leyes fundamentales "en cuanto no perjudiquen los derechos particulares de las demás provincias y los generales de la Confederación", dejando pues a salvo la aspiración nacionalista. En otro artículo se prescribía que el Poder Ejecutivo de la Provincia era el agente natural del Poder federal. Entre sus nuevos mandatos de valor social se disponía: siendo instituidos los gobiernos para bien y felicidad común de los hombres, la sociedad debe proporcionar auxilio a los indigentes y desgraciados, y la instrucción a todos los ciudadanos.

Salta y Jujuy, que se organizaron automáticamente con Martín Güemes, a la muerte del caudillo dictaron la Constitución en agosto de 1821. En ella se consagraban los vínculos que unían a Salta y Jujuy con la Nación, estableciendo además que las reglas y disposiciones que se adoptaran quedaban sujetas a la aprobación, reforma y variación que el Congreso Nacional quisiera practicar.

Posteriormente, en 1834, Jujuy proclamó su independencia de Salta, considerando que había reasumido "todos sus derechos para discutir, resolver y decidir su suerte"

Santiago del Estero, separada de la República de Tucumán en 1820, se declaró autónoma, afirmando que era uno de los territorios unidos de la Confederación Argentina. No se reconocía otra soberanía ni superioridad sino "la del Congreso de nuestros co-Estados que va a reunirse para organizar nuestra federación".

En 1821, Catamarca se constituía en Provincia autónoma, separándose de Tucumán, y en 1823 dictaba su "Reglamento Constitucional", que instituía una Asamblea Provincial, un Poder Ejecutivo con la denominación de Gobernador Intendente (como en la Ordenanza de 1782) y Capitan General y el poder judicial.

La Rioja se erigió en Provincia en 1820, rompiendo los vínculos de subordinación a la Provincia de Córdoba, pero su organización constitucional se demoró hasta mediados del siglo pasado.

En el seno de las Provincias de Cuyo, se produjo el movimiento separatista de las Provincias de San Juan y de San Luis, en oposición a Mendoza.

El hecho histórico que promovió esta organización autónoma fué la sublevación del Regimiento Nº 1 de los Andes, producido el 9 de enero de 1820.

La carta de Mayo para la Provincia de San Juan fué obra del gobernador Salvador María del Carril. Este documento tiene el significado de ser la primera constitución argentina en que se afirma la libertad de cultos. Poco tiempo después de promulgada en 1825, prodújose un movimiento religioso, y en la plaza pública se quemó la Carta de Mayo y el gobernador del Carril fué depuesto.

La Provincia de San Luis se organizó autónómicamente en marzo de 1820, separándose de la obediencia de Mendoza como ya he dicho.

El Estatuto Provisorio de Entre Ríos es de marzo de 1822, dictado durante el gobierno de Lucio Mansilla, que sucedió al caudillo Ramírez. En él se establecía que la Provincia de Entre Ríos se constituía en "un formal Estado y gobierno representativo, independiente" declarando que era "parte integrante de las Provincias Unidas del Río de la Plata y forma con todas una sola nación, que se reconocerá bajo aquel dictado u otro que acuerde el Congreso General, a cuyas deliberaciones se sujeta desde ahora, así en esto como en todo lo demás que le corresponde".

El "Reglamento Provisorio Constitucional" de Corrientes fué aprobado en diciembre de 1821, y en él se organizaban los poderes ejecutivo, legislativo, municipal y judicial y se hacía una declaración generosa sobre los derechos individuales y la personalidad humana. Corrientes afianzó su autonomía durante la gobernación de Ferré, sancionando su constitución orgánica en 1824. De lo expuesto se desprende la importancia histórica de la formación autónómica de las Provincias y de su derecho constitucional, así como también del derecho privado, materia esta última que ha comenzado a ser objeto de estudios Intensivos.¹

1 En el Instituto de Historia del Derecho de la Facultad, de Derecho Y Ciencias Sociales de Buenos Aires.- Véase los trabajos ya publicados de Otilio Cornejo, "El derecho privado en la legislación patria de Salta" Buenos Aires, 1947), con advertencia del autor de este "Manual"; de Sigfrido Radaelli "Las fuentes de estudio del Derecho Patrio en las Provincias". Buenos Aires, 1947; de Manuel Lizondo Borda, sobre la legislación patria de Tucumán; y de Alfredo Gargaro, sobre la legislación patria de Santiago del Estero (este último trabajo, en "Revista del Instituto de Historia del Derecho", Buenos Aires, 1956, Nº 7)

Alberdi se ha referido a las facultades que se atribuían las Provincias en sus Reglamentos y Constituciones locales (como en Buenos Aires, Entre Ríos, Corrientes, Mendoza) que levantaban grandes obstáculos a la existencia de un gobierno nacional. Pero no fué así. Las Provincias no presentaron tal oposición, pues llegado el momento histórico del establecimiento del gobierno federal, a él delegaron las facultades nacionales, para constituir la unión, a la que todas las provincias aspiraban, y así lo proclamaron desde los primeros textos constitucionales.

II

El Federalismo argentino debe ser estudiado como un proceso histórico que se reviste de distintas formas, según las épocas, hasta lograr su expresión definida, en 1820, por el régimen interprovincial de los Pactos.

Existen importantes antecedentes del federalismo en la época hispánica.

Como no podía ser de otro modo, la Revolución de Mayo es eminentemente federal, y Mariano Moreno, un hombre de Buenos Aires, era partidario del federalismo.

El fenómeno de la descentralización tuvo originalmente por órgano a los Cabildos. Las Intendencias intentaron avasallarlos, pero los Cabildos reviven con la Revolución de Mayo, acontecimiento que lleva en su entraña el germen del desenvolvimiento federalista.

Ya en 1813 el federalismo era un fenómeno general, pero todavía sin definirse en sus distintas formas: la confederación, la federación pura, la federación mixta, la descentralización administrativa y Judicial. Téngase presente los términos explícitos de las Instrucciones a los diputados de la Banda Oriental, de Tucumán, de Jujuy, de Potosí, de La Plata, y se tiene ante sí el cuadro político de ese año. Con el federalismo de 1813 surge el caudillismo, cuya expresión anticipada es Artigas, quien desde 1811 venía desempeñando una misión trascendental en la campaña, dando un carácter aún más popular y social a la Revolución de Mayo.

El desorden de 1820 —comúnmente llamado la anarquía— engendró una organización creada por los Pactos Interprovinciales.

Desde los puntos de vista de la Nación y las Provincias, Santa Fe había dictado un Estatuto Provisional en 1819, y Buenos Aires aprobaba un Reglamento Constitucional en 1820. Además, en ese año 1820 se firmaron los Tratados de Pilar y de Benegas, en

que las partes signatarias se obligaron a reunir un Congreso General, evidenciando la subsistencia del sentimiento de la nacionalidad, exteriorizado en los ideales de Independencia y de organización democrática.

Así se inició la serie de los Pactos preexistentes de la Constitución de 1853.

En sus relaciones con las demás Provincias la actitud del gobierno de Buenos Aires fué contradictoria. Mientras el nuevo Ministro Rivadavia impidió la reunión del Congreso que estaba a punto de inaugurarse en Córdoba, sosteniendo que era prematura, por otra aseguraba la paz y unión con las Provincias del Litoral al celebrar con Entre Ríos, Santa Fe y Corrientes el Tratado del Cuadrilátero, en enero de 1822.

Conforme a lo estipulado en el mismo, las Provincias firmantes se obligaban a prestarse mutuo auxilio, y a influir para que las demás Provincias entraran en el Tratado. En él no sólo se reconocían los principios del federalismo y de la nacionalidad, exteriorizados en 1820, sino que se robustecía el régimen de los Pactos interprovinciales haciéndose posible la reunión del Congreso Constituyente en 1824.

En efecto. Por el artículo 1º de la Ley Fundamental de 1825, las Provincias reunidas en Congreso juraban del modo más solemne "el pacto con que ligaron desde el momento en que sacudiendo el yugo de la antigua dominación española se constituyeron en nación independiente" y protestaron "de nuevo emplear todas sus fuerzas y todos sus recursos para afianzar su independencia y cuanto pueda contribuir a la felicidad general".

Son numerosos los Pactos Interprovinciales firmados desde 1827 (en la fecha citada, a inspiraciones del general Bustos, gobernador de Córdoba, para derribar las autoridades nacionales representadas en el presidente Rivadavia), pero el Pacto Federal de 1831 es la expresión más elevada de ese régimen político e institucional, que llevaría a la sanción de la Constitución Nacional.

Después de La Tablada y Oncativo se celebró en Córdoba, el 31 de agosto de 1830, un tratado entre Mendoza, San Luis, San Juan, Salta, Tucumán, Santiago del Estero, Catamarca y La Rioja, por el que se organizaba un Supremo Poder Militar Provisorio, designándose a este fin al general Paz, y se establecía la reunión de un Congreso Nacional. Quedaban sujetas al Supremo Poder Militar de Córdoba todas las fuerzas, veteranas y milicianas, de las citadas Provincias, con facultades para hacer los arreglos y reformas convenientes y con ferir empleos y grados militares hasta coronel.

Frente a este régimen político y militar, se suscribió entre las Provincias del Litoral el Pacto Federal, en la ciudad de Santa Fe, el 4 de enero de 1831.

El Pacto Federal de 1831, en vez de iniciar con el Congreso Nacional, como en 1819 y 1826, la fijación de la forma de gobierno, eran las Provincias las que establecían la base de la Federación para reunirse en Congreso y dictar la carta constitucional.

Por el citado Pacto, celebrado entre los representantes de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, al que adhirió la Provincia de Corrientes el 19 de agosto, las entidades signatarias se obligaban a resistir cualquier Invasión extranjera o agresión de las demás provincias; prometían no dar asilo a ningún criminal que se estableciese en una de las Provincias huyendo de las otras por delito cualquiera fuere; y ponerlo a disposición del gobierno respectivo; sus habitantes gozarían recíprocamente de libertad y seguridad de entrar y transitar con sus buques y cargas en todos los puertos, ríos y territorios; los frutos y efectos de cualquier especie que se importaren o exportaren del territorio o puerto de una provincia a otra, no pagarían más derechos que si fuesen importados por los naturales de la Provincia adonde o de donde se exportaran o importan; no se concedería en una provincia derecho o privilegio a personas y propiedades de los naturales de ella que no se concedieran a los de las otras.

Como se advierte, por estos y otros artículos, el Pacto Federal es un esquema constitucional, con su correspondiente declaración de derechos y recíprocas garantías a favor de los habitantes de las Provincias signatarias.

Por el artículo 15 se creaba la Comisión Representativa de las Provincias del Litoral, con sede en Santa Fe, integrada por un diputado de esas Provincias con atribuciones para declarar la guerra, si las cuatro Provincias estaban de acuerdo, nombrar al general en Jefe del Ejército del Litoral, celebrar tratados y cuando las demás Provincias estuvieran pacificadas y en plena libertad, las invitaría a reunirse en Federación con las Provincias del Litoral "ya que por medio de un Congreso General Federativo, se arregle la administración general del país bajo el sistema federal, su comercio interior y exterior, su navegación, el cobro y distribución de las rentas generales y el pago de la deuda de la República, consultando del mejor modo posible la seguridad y engrandecimiento de la Nación, su

crédito interior y exterior y la soberanía, libertad e independencia de cada una de las Provincias.

Según Rosas, la Comisión Representativa era una "mera reunión diplomática" y creía que el llamado al Congreso General debía retardarse tres años por lo menos. De ahí la disolución de la Comisión Representativa y el triunfo de la política de Rosas, de que el país no estaba en condiciones de darse la Constitución.

Un hecho de excepcional alcance político en la formación del Estado argentino, fué el de la autorización dada por las Provincias a favor de Buenos Aires, para entender en los asuntos de paz, guerra y relaciones exteriores, concedida por la Ley Fundamental de 1825. Disuelto el Congreso Nacional y la Presidencia de la República, leyes del año 1827 declararon que hasta la resolución de las Provincias, quedaba el gobierno de Buenos Aires encargado de la guerra nacional y las relaciones exteriores, hasta que por el Pacto de 4 de enero de 1831, al que adhirieron todas las Provincias de la República, confirió a la Comisión Representativa reunida en Santa Fe las atribuciones que el Congreso General tenía en la época de su existencia, detallándolas en su artículo 16, y que esa misma Comisión dejó al gobierno de Buenos Aires la dirección de esos negocios exteriores, mientras estuvo reunida, y que luego de disuelta, los gobiernos confederados que aceptaron el Tratado encargaron nuevamente a Buenos Aires.

Se invocaron tales antecedentes en el Pronunciamiento de Urquiza en 1851 contra Rosas, y en el Protocolo de la conferencia de gobernadores de Buenos Aires, Entre Ríos, Corrientes y el Plenipotenciario de Santa Fe, que mandaba restablecer la Comisión Representativa de las Provincias Litorales. Se autorizó al vencedor de Caseros a dirigir las relaciones exteriores del país, adhiriendo al Pacto Federal como base de su derecho político. El Acuerdo de San Nicolás se celebró en San Nicolás de los Arroyos el 31 de mayo de 1852 y consta de 19 artículos.

Por el primero se renueva el Tratado de 4 de enero de 1831, por el 2º se convoca un Congreso Federativo y se determina por el artículo 49 que la elección de diputados se hará conforme a las leyes respectivas existentes para las Legislaturas Provinciales. Por otros artículos se daba al general Urquiza el mando efectivo de todas las fuerzas militares, quedando a su cargo el reglamentar la navegación de los ríos y la administración de Correos, facultándosele para que en caso de que la paz se altere, podía usar de todos los medios prudenciales para restablecerla.

El Acuerdo de San Nicolás —rechazado en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires en las jornadas de junio— es el precedente orgánico más inmediato que

explica la promulgación de la Constitución de 1853, fundada en los Pactos preexistentes.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Archivo General de la Nación, *División nacional Sección Gobierno. Secretaría de Rosas. Años 1885-1836*; año 1887, Academia Nacional de la Historia, *Historia de la Nación Argentina. Volúmenes IX y X*, dedicados a la Historia de la Provincia de Buenos Aires, 1940 y 1942.

ALBERDI, JUAN B.: *Elementos del Derecho Público Provincial Argentino*. En "Obras Completas". Buenos Aires, 1886

CELESIA, ERNESTO H.: *Constitución de la República de Tucumán, año 1820*, Buenos Aires, 1930, y *Federalismo Argentino. Córdoba, Buenos Aires, 1932*.

CORNEJO, ATILIO: *El derecho privado en la legislación patria de Salta*. Edición del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1947.

DANA MONTANO, SALVADOR: *Las primeras constituciones de la Provincia de Cuyo. Influencia de Alberdi en el Derecho Público Provincial Argentino*. Mendoza, 1938.

GÁRGARO, ALFREDO: *Actas inéditas y primera Constitución de Santiago del Estero*. Santiago del Estero, 1937

GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A.: *Introducción al Derecho Público Provincial*. Buenos Aires, 1913.

IBÁÑEZ PROCHAM, MANUEL: *La organización Judicial Argentina*.

LEVENE, RICARDO: *Historia del Derecho Argentino, t. IX, capítulos X al XII*, Buenos Aires, 1856.

MANDELLI, HUMBERTO H.: *Constituciones de Tucumán 1821 – 1856 Córdoba, 1946*.

MELÓ, CARLOS R.: *Introducción a las Constitución de la Provincia de Catamarca*, en la *Biblioteca de Derecho Pública Provincial Argentino*, T. I. Córdoba, 1947; *Constitución de la Provincia de San tiago del Estero*, T. II. Córdoba, 1948; *Oonstitución de la Provincia de Córdoba*, T. III, Córdoba, 1950.

RAMOS, JUAN P.: *El Derecho Público de las Provincias Argentinas*. Edición "Estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales". Buenos Aires, 1914.

RAVIGNANI, EMILIO: *Historia Constitucional da laRepública Argentina*, T. II. Buenos Aires, 1927.

CAPITULO XXXVII

SIGNIFICACIÓN HISTÓRICA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1853

La Constitución de 1853. — Dos notables documentos del general Urquiza: el Manifiesto sobre los sucesos de junio en Buenos Aires y el discurso leído en el acto inaugural del Congreso Constituyente. — Su divisa de no reconocer después de Caseros, como al levantar el sitio de Montevideo —ni vencedores ni vencidos- Influencias doctrinarias sobre los constituyentes de Echeverría, Alberdi y Mitre. — El dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales sobre la misión del Congreso de dictar la Constitución, según el artículo 2º del Acuerdo de San Nicolás y el artículo 16º del Pacto de 4 de enero de 1852. — principales prescripciones del Proyecto Constitucional sobre el Poder Judicial. — Sesión del 20 de Abril de 1852. — Sanción de la Constitución el 1853. — Reformas de 1860. — Significación histórica de la Constitución de 1853: sus artículos son capítulos de la Historia Patria.

EN la iniciación de la labor institucional el general Urquiza concretó en dos notables documentos los ideales políticos y constitucionales de la Revolución contra Rosas.

Uno es el manifiesto explicativo, en seguida de los sucesos de junio de 1852, en que la Junta de Representantes de Buenos Aires rechazó el Acuerdo de San Nicolás, y el otro es el discurso leído en el acto inaugural del Congreso Constituyente.

El general Urquiza había dicho al iniciar la campaña libertadora, que no reconocía otro enemigo que el dictador General Juan Manuel de Rosas, y que una vez vencido, su misión se concretaba a constituir la República. Vencido el general Rosas en una batalla, ahora se ocupaba en echar los cimientos de la República, y para llevar a cabo la “gran reconstrucción de las instituciones, y realizar un pensamiento llamando las pasiones locales y las ideas mezquinas “ a un centro común y de orden” , se rodeó de los concejos “ de hombres que bajo la dictadura o en el destierro debían haber estudiado las necesidades de la patria” y se propuso hacer comprender a todos —dice Urquiza notablemente- “la necesidad de trabajar en la fusión, la fraternidad, el olvido de todo el pasado, por que mis solemnes declaraciones me obligan —repite palabras que había pronunciado al levantar el sitio de Montevideo- a no reconocer ni vencedores ni vencidos, a dar garantías a los pueblos y a no prolongar una lucha que debía ya tener su término, después de tanta sangre y de tantos sacrificios inútiles”.

Refiere en este sentido Manifiesto, que cuando llegó a las puertas de Buenos Aires, una diputación de ciudadanos respetables vino a proponerle una capitulación. “Una capitulación. ¿Y con quien? ¿Con el pueblo de Buenos Aires? ¡Y que! ¿Puedo por un momento ver en este pueblo desgraciado a ciudadanos vencidos? ¿Considerar a mis hermanos de otro modo a mis hermanos? ¿Mirar de otro modo a mis compatriotas que como a mis compatriotas? Lejos de mí una idea semejante. Yo no veía en ellos sino un pueblo libre y no suspiraba sino por la gloria de hacerlo venturoso y constituido”.

Explica a continuación que entre los ciudadanos respetables que se presentaron a su campamento, figuraba el bardo feliz, el doctor Vicente López, á quien encargó del gobierno de la Provincia; que el orden y la libertad se habían restablecido en Buenos Aires y habían dado "una representación legislativa independiente" y que su único anhelo era la Constitución Nacional, la de ofrecer a su patria "un monumento sublime de instituciones liberales levantadas sobre los escombros de la tiranía". Aseguró que la base de la Constitución estaba puesta en el Acuerdo de San Nicolás y que ni el Grande Ejército Aliado ni el Jefe que lo condujo a la victoria estaban animados de otro sentimiento que el de la libertad ni de otro deseo que el de restablecer el orden.¹

Después de los sucesos de junio, prodúcese la renuncia del gobernador doctor Vicente López y estalló la Revolución del 11 de septiembre, encabezaba por el doctor Valentín Alsina. Triunfante este movimiento, el gobierno provisorio de Buenos Aires se constituyó definitivamente, nombrándose gobernador al doctor Alsina, cuyas miras eran las de debilitar el poder del general Urquiza y dilatar la reunión del Congreso Constituyente de Santa Fe.

Poco tiempo estuvo en su cargo el doctor Alsina, que debió presentar la renuncia ante el avance de la revolución de la campaña de Buenos Aires, que respondió al llamamiento del coronel Hilario Lagos, que había servido a las órdenes de Rosas, el 1º de diciembre de 1852, y hacía poco —el 20 de noviembre— se había instalado en Santa Fe el Congreso Constituyente.

En tanto la Confederación Argentina aprobó la Constitución Nacional a que me referiré en seguida, la Provincia de Buenos Aires se organizaba en Estado confederado pero no independiente, dictando su Constitución, que fué sancionada el 12 de abril de 1854, y cuya redacción estuvo a cargo de los publicistas Dalmacio Vélez Sársfield y Carlos Tejedor.

¹ *Manifiesto del Excmo. Sr. Director Provisorio de la Confederación Argentina con otros documentos correlativos*, 1852, en *Asamblea Constituyentes Argentinas*, edición del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, t. VI, segunda parte, pag. 1008.

El 20 de noviembre de 1852, como he dicho, se inauguró el Congreso Constituyente de Santa Fe, acto solemne en el que se leyó el discurso de Urquiza, de hondo sentido político. Comenzó afirmando que los Gobiernos del Litoral descansaban hoy del peso de sus compromisos contraídos desde 1831, que era el primero en reconocer que los argentinos se habían equivocado, pero no han dejado un momento de ser patriotas nobles y valientes; que era necesario constituir la Nación bajo el sistema federal, como expresión de la voluntad de los pueblos y gobiernos, y que la lucha que se había emprendido no era insensata: "era la pugna de dos principios políticos que no acertaron a capitular y se disputaron el triunfo" Rosas había monopolizado el triunfo de una de esas ideas —explico— exagerando en realidad el principio unitario rechazado por la mayoría, y pretendió: "con dilación y dificultades..., apartar el cumplimiento del Pacto federal a que estaba inmediatamente comprometido por el Tratado de 4 de enero de 1831".

El Pronunciamiento del 1° de mayo, hecho a las márgenes del Paraná, se cumplió el 3 de Febrero a las orillas del Plata, llevando escrito en las banderas del Ejército Grande: "Constitución para la República". La divisa de Urquiza fue: "El olvido de todo lo pasado, la fusión de los partidos". Precisamente Rosas luchaba, como lo dijo en repetidas ocasiones a los gobernadores de Provincias, contra la fusión de los partidos.

Estaba profundamente dolido por la ausencia de Buenos Aires, de la que se había ocupado especialmente, preparándola para lucidos destinos, porque el Congreso la elegiría para Capital de la República. Su ausencia no era sino un accidente transitorio, y con la visión de la Argentina grande, dijo: "La geografía, la historia, los pactos, vinculan a Buenos Aires al resto de la Nación. Ni ella puede existir sin sus hermanas ni sus hermanas sin ella. En la bandera argentina hay espacio para más de catorce estrellas, pero no puede eclipsarse una sola". Y presentando un ejemplo de austero republicanismo declaró que en ningún caso, ni como guerrero, ni como funcionario, ni como político, tendría más acción que la que las leyes le concedieran, y como deseaba que las lecciones de la Historia no fueran estériles, pedía al Congreso —en síntesis vigorosa— "una Constitución que bague imposible para en adelante la anarquía y el despotismo. Ambos monstruos nos han devorado".

El Congreso, al expresarle a Urquiza su confianza y su reconocimiento por el establecimiento del Congreso señalaba el bien que había hecho a la Patria; había destruido la causa de las querellas domésticas con la caída de Rosas, evitaba que esos males se reprodujeran sometiéndoles al sistema de la Constitución, y cumplía con la promesa hecha a los pueblos en el Tratado de 4 de enero de 1831.

Durante las sesiones preparatorias del Congreso existía en la secretaría un ejemplar del "Federalista", de Hamilton —perteneciente a Rivera Indarte—, relativo al régimen de gobierno federal implantado en los Estados Unidos del Norte, pero diferente del existente, en el hecho que se trataba de legislar, en las Provincias Unidas del Río de la Plata o la Confederación Argentina.

Las grandes influencias aun doctrinarias, en el espíritu de los Constituyentes del 53, fueron nacionales principalmente, con profundo y doloroso conocimiento sobre los problemas argentinos.

Desde el punto de vista general, el pensador influyente fué Esteban Echeverría. El autor del *Código o declaración de los principios de la nueva generación* publicado en "El Iniciador", de Montevideo y reeditado en 1846, con el título de *Dogma socialista de la Revolución de Mayo*, formalizaba un plan de organización nacional, proclamando la vuelta a la unidad e indivisibilidad de la Revolución de Mayo. Las quince palabras simbólicas se sintetizan en un juicio de la tradición que es Mayo; en una doctrina del porvenir que es progreso; y en el concepto esencial de la democracia como base de la evolución argentina, pasada y futura.

Más concretamente, la influencia en los constituyentes del 53 y su pensamiento político, correspondieron a Alberdi y Mitre. Llegaba por entonces a manos de los diputados un pequeño libro, amplio por sus concepciones: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República. Argentina*, de Alberdi. El Proyecto de Constitución de Alberdi fué enviado posteriormente.

Comienza por distinguir el autor de las "Bases" dos períodos esencialmente diferentes en la historia de nuestra América del Sur: uno que comienza en 1810 y concluye en la guerra de la Independencia contra España; y otro que data de esa época y termina hacia 1850. Las constituciones dictada! durante la guerra fueron expresión de la necesidad de ese momento histórico, o sea la consecuencia de proclamar y asegurar la independencia y de sustituir el sistema monárquico por el de la igualdad y libertad. "La riqueza, el progreso material, el comercio, la población, la industria, en fin, todos los intereses económicos eran cosas accesorias, beneficios secundarios, intereses de segundo orden, mal conocidos y mal estudiados".

Todo había cambiado, según Alberdi. "No es que la América de hoy olvide la libertad y la independencia como los grandes fines de su derecho constitucional; sino que mas pacífica que teórica, más reflexiva que entusiasta, por resultado de la madurez y de la experiencia, se preocupa de los hechos más que de los nombres, y no

tanto se fija en los fines como en los medios prácticos de llegar a la verdad de esos fines". La inspiración de esta política —eminentemente económica y materialista— obedecía al concepto de que los Estados, como los hombres, deben empezar por su desarrollo y robustecimiento corporal.²

Corresponde señalar que en tanto Urquiza —en su discurso inaugural de las sesiones del Congreso— destacaba los fines políticos de la Constitución a dictarse, concluir con el despotismo y la anarquía, Alberdi tenía en vista, sobre todo, los fines económicos: el libre comercio, la inmigración, habilitación de puertos, bancos garantidos, moneda sana.

"El Congreso Constituyente no rra llamado a hacer la República Argentina —advertía Alberdi— pues él no podrá reducir su territorio, ni cambiar su constitución física. Los hechos, la realidad, la historia, eran los factores que decidirían sobre la Constitución de la Argentina. Hacer otra cosa es legislar para un día. "

Alberdi estudia en las *Bases* —ya lo había anticipado en 1839, al redactar por encargo de Echeverría, la 15° Palabra Simbólica— los antecedentes federales y unitarios argentinos.

Son los siguientes, los antecedentes unitarios: 1° Unidad de principios republicanos. La nación ha sido siempre democrática; 2° Unidad de sacrificios en la guerra de la Independencia. Todas las Provincias han prestado su concurso para consolidar la emancipación; 3° Los distintos Pactos de unión celebrados entre las Provincias afirman el principio de la unidad política; 4° Los Congresos, Presidentes y Directorios que eran por esencia nacionales; 5° La unidad de glorias, de colores simbólicos, el escudo y la misma palabra argentina.

Los antecedentes federales que enumera Alberdi son: 1° Las rivalidades provinciales; 2° Los largos períodos de aislamiento y de independencia parcial; 3° Las peculiaridades en el suelo y clima, también en el carácter, en los hábitos y en el acento; 4° Las distancias enormes y costosas que separaban unas provincias de otras y la falta de caminos; 5° La soberanía parcial que la Revolución de Mayo reconoció a todas las Provincias.

Tales antecedentes enunciados por Alberdi en 1852, no son completos a la luz de la crítica moderna, debiéndose estimar otros, principalmente de orden económico e institucional, pero del imperio de todos ellos resultaba la grave crisis que sufría el país

² JUAN B. ALBERDI: *Bases y puntos de partida de la República Argentina*, en *Obras Completas*, t. III, Pág 388 y 409.

por su estado de inconstitucionalidad y por el fracaso de los ensayos constitucionales unitarios, de 1819, durante el Directorio de Pueyrredón, al que siguió la anarquía de 1820, y el de 1826, durante la presidencia de Rivadavia, el alejamiento de los caudillos.

Desde Valparaíso —donde se publicaron en 1852 las dos primeras ediciones de las *Bases*³— Alberdi envió a Urquiza un ejemplar de su obra, con carta fechada el 30 de mayo de 1852, diciéndole: "Abrigo la persuasión de que la inmensa gloria —esa gloria que a nadie pertenece hasta aquí— de dar una constitución duradera a la República está reservada a la estrella feliz que guía los pasos de V. B. Con este convencimiento he consagrado muchas noches a la redacción del libro... En él no hay nada mío, sino el trabajo de expresar débilmente lo que pertenece al buen sentido general de esta época y a la experiencia de nuestro país" Urquiza le contestó el 22 de julio de ese año, y después de elogiar el libro, dice: "La gloria de construir la República debe ser de todos y para todos. Lo tendré siempre en mucho la de haber comprendido bien el pensamiento de mis conciudadanos y contribuido a su realización".

En el primer número de "Los Debates", de Buenos Aires (1^o de abril de 1852), Mitre dio a conocer su *Profesión de fe* y en ella expone principios políticos generales íntimamente relacionados con sus ideas históricas. Coincide con las *Bases*, de Alberdi, como militante de la Asociación de Mayo. Proclamó que las cuestiones de la organización nacional serían con sideradas desde el punto de vista del derecho público federativo porque "todos los antecedentes constitucionales del país son federales" y porque " todos los tratados interprovinciales han sido su intuición histórica, dijo que la organización federativa argentina se fundaba en la tradición administrativa revolucionaria, "habiendo tenido por apóstol al célebre Moreno en 1810". Explicó a continuación que la tiranía de Rosas había falseado en la práctica el Pacto Federal de 1831, y que sólo dos Provincias habían sostenido la integridad de los tratados del Litoral, punto de partida del derecho público federal. Eran Entre Ríos y Corrientes, que, al sostener la integridad del gran Pacto Nacional, salvaron a la Confederación Argentina. De ahí su conclusión política, fundada en la historia de que "la República Argentina, salvada por el federalismo, debe constituirse federativamente".

3 La reproducción de las *Bases* en Buenos Aires se inició en "El Nacional", el 19 de julio. Groussac hizo la crítica externa e interna del libro como improvisación, y su carácter de manifiesto o un acto man que un escrito para "alcanzar al tiempo en su carrera y aprovechar su colaboración", así como también el juicio de que el talento del autor "no es de orden soberano, no se ha condensado para el vulgo en una obra de sangre y músculos como el *Facundo*". (PABLO GKOUSSAC: *El desarrollo constitucional y las "Bases" de Alberdi*, en *Anales de la Biblioteca*, t. II, Buenos Aires, 1902, pág. 205.

Establecidas estas premisas de su Profesión de fe, a continuación detalla sus ideas en materia política, administración, militar, económica, educacional, judicial y social.

Alberdi, al concluir este trabajo, le escribió a Mitre, desde Valparaíso, el 30 de mayo –ya en los primeros días de ese mes de mayo circulaba el libro Las Bases- felicitándole por su situación en Buenos Aires, y le enviaba sus Bases, diciéndole: “Las bases no son mías, porque ni el escritor ni el diputado hacen bases; las hace Dios, residen en los hechos normales, en las leyes de la naturaleza de la existencia y el desarrollo de las sociedades... Lea despacio mi libro; nadie es más capaz de comprenderme y de completar y suplir lo que me falta que UD.”

La Comisión de Negocios Constitucionales estaba integrada por Pedro Díaz Colodrero, Martín Zapata, Juan del Campillo, Manuel Leiva, Pedro Ferré, Juan María Gutiérrez y José Benjamín Gorostiaga, pero este último ha sido el principal redactor y expositor de la Constitución.

El 18 de abril se elevó el Proyecto Constitucional con su Preámbulo magistral, en el que se recuerdan los pactos preexistentes y se detalla "el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover al bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino, invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia".

En su importante dictamen la Comisión dejaba establecido que la misión del Congreso al dictar la Constitución consistía en arreglar el país bajo el sistema federal, según el artículo 2º del Acuerdo de San Nicolás, de conformidad con el artículo 16 del Tratado celebrado "en esta ciudad de Santa Fe" el 4 de enero de 1831. El régimen federal era, pues, la base del Proyecto de la Comisión, y por tanto cada Provincia conservaba su soberanía en independencia, se gobernaba según sus propias instituciones y la elección de magistrados y legisladores se verificaba exclusivamente por la libre voluntad de sus habitantes.

Dejaba especificado a continuación que estas soberanías independientes son sin embargo miembros de una misma familia y que deben tener un gobierno que las abrace a todas, las represente en el exterior como cuerpo de nación, procure su bienestar y engrandecimiento y las proteja tanto en el goce de sus instituciones propias como en su seguridad e independencia. Tal era el gobierno federal, dividido en los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El cuerpo legislativo se compondría de dos cámaras, una de diputados y otra de senadores, eligiéndose los primeros según la población y los segundos según el número de Provincias. El Presidente de la Confederación sería electo por el Pueblo, en elección indirecta, con facultades para nombrar los empleados principales de la

administración federal, con intervención del Senado, y ministros responsables. El término de sus funciones era de seis años y no podía ser reelecto sino con intervalo de un período.

Se creaba la Corte Suprema de Justicia, compuesta de nueve miembros y dos fiscales, que residirían en la Capital Federal. En ningún caso el Presidente de la Confederación podía ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas. Los jueces de la Corte Suprema y de los Tribunales inferiores de la Confederación conservarían sus empleos mientras durara su buena conducta y recibirían por sus servicios una compensación determinada por la ley, que no podría disminuirse mientras permaneciera en sus funciones. Correspondía a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores el conocimiento y decisión de todas las causas que versaren sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Confederación y por los tratados con las naciones extranjeras; de los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los recursos de fuerza; de los asuntos en que la Confederación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más Provincias; entre una Provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes Provincias; entre una Provincia y sus propios vecinos; y entre una Provincia y un Estado o ciudadano extranjero.

Corresponde transcribir el siguiente párrafo del dictamen de la Comisión, referente al Poder Judicial: "A la penetración del Congreso no se ocultará, entrando en el mecanismo de este Poder Nacional, cuáles hayan de ser para el futuro los preciosos frutos que él ha de dar, cuando, fuerte en la opinión que conquistó en el país, desenvuelva toda la esfera de mi acción en servicio de los principios de Justicia y de orden necesitamos establecer tras tantos años de turbulencias y de irregularidad administrativa".

El dictamen se extiende en consideraciones de interés para explicar los medios económicos y recursos financieros, el sostenimiento de la Religión Católica Apostólica Romana y la libertad de culto, con especial referencia al Tratado con Inglaterra de 1825, la residencia de las autoridades en la Capital Federal, que sería Buenos Aires.

Con toda justicia, y fijando su filiación nacional, se expresa que el proyecto "es la obra del pensamiento actual argentino manifestado por sus publicistas y reconocido en el trato diario que los miembros de la Comisión mantienen con sus dignos colegas. La Comisión no ha hecho más que redactar la idea del Congreso Constituyente, como había de probarlo, sin duda, la plena aprobación que de V.H. confiadamente espera".⁴

El 20 de abril se celebró la sesión histórica del Congreso. Su presidente, Facundo Zuviría, ante el cuadro de desorden general y con el temor de constituir la Nación sin Buenos Aires, pidió el aplazamiento de la Constitución para una época más oportuna que la presente, época de paz y no de guerra civil, de calma y no de revolución. "Para creer llegada la oportunidad de constituirse —dijo— parece que no hubiéramos contado con otros antecedentes que haber triunfado del "dictador", sin advertir que, triunfando de él, no hemos triunfado de la "dictadura". Aun pesan sobre nosotros la "dictadura" de los vicios que él nos ha legado, la 'dictadura' del crimen y la corrupción, la "dictadura" de la anarquía y guerra civil que con tanto furor ha sucedido a su caída, la "dictadura" de la fuerza armada, que a falta de otros medios decide entre nosotros de nuestro ser social y político.

Entre los diputados que contestaron a Zuviría sobresale Juan Francisco Seguí, que representaba a Santa Fe. "Estoy dispuesto —dijo— a suscribir una Constitución cualquiera, antes que conformarme con el modo de ser actual de la República que el diputado por Salta ha pintado con la más lúgubre exactitud, aunque para sacar una consecuencia diametralmente opuesta a la mía... Hoy nadie puede contraer prosélitos para oponerse a una Constitución generosa y libre como la que se ha presentado al Congreso. El mismo general Urquiza, con todo el poder y gloria que su inteligencia y su brazo le han conquistado, no sería el primer hombre de la República como lo es y está destinado a ser sino por la cooperación que no dudamos prestaría al triunfo de la ley constitucional que bajo sus auspicios va a sancionar el Congreso".

El 1^o de mayo de 1853 el Congreso sancionó la Constitución, y el general Urquiza, que se hallaba en San José de Flores, la declaró ley fundamental de la nación en la fecha simbólica del 25 de Mayo, y la comunicó a las Provincias para que todos los argentinos la cumplieran.

El Pacto de San José de Flores o de la concordia nacional de unión y paz de la familia argentina, firmado el 11 de noviembre de 1859 —después de la batalla de Cepeda en que el general Urquiza triunfó con las fuerzas de la Confederación sobre las de Buenos Aires — establecía que la Provincia de Buenos Aires era parte integrante de

4 La declaración es de alto significado pues anticipa a destacar el valor de las fuentes nacionales de la Constitución de 1853. Adhiero a la afirmación de Groussac, según la cual del estudio de las discusiones habidas en el Congreso, resulta que sus principales oradores, Gorostiaga, Leiva, Hcguí, Zapata, Llerena y Zavalía, "poseían un fondo de doctrina o experiencia practica muy superior a lo que generalmente se cree; y no CH dudoso que su abandono de muchas ideas alberdianas que el grupo de Gutierrez sostenía, fuera consciente y deliberado". (*El desarrollo constitucional y las Bases de Alberdi*", cit. pág. 228).

la Confederación argentina y verificaba su incorporación por el reconocimiento y jura de la Constitución Nacional.

En el término de veinte días se reuniría una Convención Provincial que propondría las reformas que creyera convenientes a la Constitución Nacional. El 5 de enero de 1860 se instaló la Convención Provincial, aprobándose una serie de reformas fundamentales, todas ellas tendientes a intensificar y consolidar el establecimiento del régimen federal. Tales reformas a su vez fueron adoptadas por la Convención Nacional *ad hoc* reunida en Santa Fe en septiembre de 1860.

La Constitución de 1853 y las reformas de 1860 han reflejado fielmente la imagen política de una época y sus artículos son capítulos vividos de la Historia Patria.

Pacificó el país sobre la base de la unión de todos los argentinos, en la unidad e indivisibilidad de los principios de la Revolución de Mayo y en cumplimiento de pactos preexistentes, extirpando la anarquía; y lo organizó como no lo habían logrado los Estatutos y Reglamentos de 1811, 1815, 1817, y las Constituciones de 1819 y 1826.

Al derribar el poder dictatorial de veinte años (1830 – 1850) de Rosas, que se oponía a que se dictara la Constitución combatió la tiranía estructurando constitucionalmente un gobierno vigoroso de acuerdo con la experiencia propia.

En el proceso formativo de la nacionalidad ha sido violenta la lucha para delimitar la órbita en las funciones de cada uno de los Poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial desde 1811, en que se constituyó un Poder Ejecutivo monstruoso de diecinueve miembros, como reacción contra lo que se llamaba la tiranía del gobierno absoluto.

Organizó el Poder Judicial Independiente al término de la larga lucha iniciada con la Revolución de Mayo, y al crearse la Suprema Corte de Justicia y organizarse los Tribunales se les asignó la facultad superior sobre la preeminencia e imperio de los puntos regidos por la Constitución, las leyes y los Tratados con Naciones Extranjeras.

Desde el punto de vista de las declaraciones y derechos que proclama, fué una Constitución liberal. Aseguró el ejercicio de las libertades individuales y llamó a todos los hombres sin distinción de nacionalidad a habitar el suelo argentino, concediéndoles los derechos civiles. La Constitución de 1853 realizó su labor pacificadora por la unión de todos los argentinos y el equilibrio político e independencia de los poderes entre sí. Con respecto al Poder Federal en sus relaciones con las Provincias, la acentuada autonomía de estas últimas fue establecida en el texto constitucional por la Convención Provincial de Buenos Aires de 1860, adquiriendo en consecuencia tales entidades el carácter de partes integrantes de la Nación en la inmensidad del coloso geográfico de

caracter de partes integrantes de la Nación en la inmensidad del coloso geográfico de nuestro patrimonio territorial.

Además creó un orden histórico, diré así del pasado y su continuación en el presente, dotando al país de grandes fuerzas con poder de absorción que han permitido asimilar la corriente de los hombres del mundo que quieren habitar nuestro suelo, llamados por la Constitución, cumpliéndole de este modo sin brusquedad, un cambio en la composición demográfica y una revolución social de dimensiones, pero manteniendo encendida la llama viva de la nacionalidad.

Debe agregarse que la Constitución de 1853 ha sido dictada bajo la influencia —en parte— de una filosofía política eminentemente económica, es decir, positivista y materialista, de procedencia alberdiana.

Se ha puesto así en evidencia la necesidad de la reforma constitucional para incorporar los preceptos de una filosofía política idealista, robustecer la personalidad moral de la nación, consagrar los derechos sociales y los referentes a la cultura y la vida intelectual de la Nación, así como también promover el desarrollo institucional de las Provincias y descentralizar el poder.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

ALBERDI, JUAN, B.: *Bases y puntos de partida de la organización política de la República Argentina*, tomo III de *Obras Completas*.

Asambleas Constituyentes Argentinas: Edición del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, bajo la dirección del doctor Emilio Ravignani, tomo VI, segunda parte, Buenos Aires, 1939.

CÁRCANO, RAMÓN J.: *Urquiza y Alberdi. Intimidaciones de una política*, Buenos Aires, 1938.

DANA MONTANO, SALVADOR M.: *La Constitución de 1853 y sus autores e inspiradores*. Edición de la Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe.

El Iniciador. Reedición facsímil de la Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1941, prólogo de Mariano de Vedia y Mitre.

GONZÁLEZ ARIOSTO, D.: *Las Primeras fórmulas constitucionales en los países del Plata, 1810-1813*, Montevideo, 1941.

- GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A.: *Historia de la Organización Constitucional*, Buenos Aires, 1930.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V.: *Manual de la Constitución Argentina*, en "Obras Completas", edición de la Universidad Nacional de La Plata, t. III.
- GROUSSAC, PABLO: *El desarrollo constitucional y las Bases de Alberdi*, en *Anales de la Biblioteca*, tomo II, Buenos Aires, 1902.
- KORN VILLAFARE, ADOLFO: *Derecho Constitucional Argentino. Valoración historiográfica de la Argentinidad*. La Plata, 1948, y *Derecho Constitucional Argentino*. La Plata, 1952, segunda parte.
- La Moda*. Reedición facsímil de la Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1938, prólogo de José A. Oria.
- LEGÓN, FAUSTINO y MEDRANO, MANUEL W.: *Las Constituciones de la República Argentina. Ediciones Cultura Hispánica*. Madrid, 1953.
- MITRE, BARTOLOMÉ: *Profesión de fe*, en "Los Debates", 1º de abril de 1852.
- REBOLLO PAZ, LEÓN: *Historia de la Organización Nacional*, tomo I, Buenos Aires, 1951. VÁRELA, LUIS V.: *Historia Constitucional de la República*, La Plata, 1910, tomo III.
- ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO : *Formación Constitucional del Federalismo*, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, año VIII, NO 33, pag. 459.

CAPITULO XXXVIII

LA ETAPA DE LA CODIFICACION. DALMACIO VELEZ SARSFIELD EN NUESTRA CULTURA JURIDICA. EL CODIGO CIVIL

- I. La etapa de la codificación. — El decreto de Urquiza de 24 de agosto de 1852, que se propuso resolver este problema.— Comisiones codificadoras nombradas por el Gobierno de Buenos Aires.
- II. Encuentro en Córdoba de Manuel Antonio de Castro, José Damaso Xigena y Dalmacio Vélez Sársfield, como abogado en Córdoba y en Buenos Aires.
- III. Dalmacio Vélez Sársfield, diputado al Congreso General. Su intervención en grandes asuntos políticos y económicos. Labor como Profesor de Economía Política en la Universidad. Publicación de obras jurídicas con introducción de Vélez en 1834 y 1835: las Instituciones de Derecho Real de España, de Alvarez y el Prontuario de práctica forense, de Castro. Influencia de Xigena y Castro en la formación intelectual de Vélez. Sus ideas sobre el Derecho Público Eclesiástico en 1834 y en 1854. Labor como letrado. Vélez y Rosas. Otros trabajos jurídicos e históricos de Vélez Sársfield.
- IV. Actuación pública de Vélez después de la caída de Rosas. El decreto de 24 de agosto de 1852, que se propuso resolver el problema de la codificación. Designación de Vélez como redactor del Código Civil argentino. Las críticas de Alberdi y López. El Código Civil Argentino, un exponente de ciencias jurídicas y legislación y un organismo de cohesión nacional.

I

En seguida de la Revolución de Mayo de 1810 se hicieron las primeras críticas a la legislación en vigor y se inició el movimiento de la codificación con el constitucionalismo naciente. Durante los gobiernos de Rodríguez, Las Heras y Dorrego se destacaron los beneficios que resultarían de la codificación. El país se encontraba en atraso en esta materia, pero el problema de la codificación era el de la heterogeneidad y antigüedad de las fuentes (según el orden de prelación de leyes en vigor). La sólida posición de Vélez Sársfield sobre la codificación consistió en tomar como base el

derecho existente, agregándole las instituciones de la época y el adelanto de la ciencia del derecho. A poco menos de seis meses de caído el régimen de Rosas, el Director de la Confederación dictó un gran decreto. El 24 de agosto de 1852, en efecto, el general Urquiza y el ministro Luis J. de la Peña crearon la Comisión encargada de preparar los Códigos Civil, Penal, de Comercio y de Procedimientos. Se nombraron los siguientes juristas: doctor Lorenzo Torres, para redactar el Código Civil (no aceptó el cargo y se designó a Dalmacio Vélez Sársfield); doctor Baldomero García, para el Código Penal; doctor José B. Gorostiaga, para el Código de Comercio y Código de Procedimientos Civil, Correccional, Criminal y de Pleitos, doctor José Pérez. Por el artículo 67, inc. 11, de la Constitución de 1853 se mandó dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería. Tales propósitos no se realizaron entonces y tampoco los planes del Estado de Buenos Aires, uue en 1857 elevó a la Legislatura el proyecto que se aprobó, conforme al cual, fueron designados redactores del Código Civil, Marcelo Gamboa y Marcelino Ugarte, del Código Penal, Angel Navarro y Roque Pérez y para el Código Militar al general Tomás Guido y al coronel Bartolomé Mitre. El doctor Marcelino ligarte, trabajó en un importante proyecto de Código Civil, elaborado once años antes que el de Vélez Sársfield.¹

II

Los juristas indianos influyeron en los publicistas de Mayo: Moreno, Paso, Castelli, Belgrano, Valle, Chiclana, que tenían versación en Derecho. Tales publicistas son precursores de los juristas patrios, como José Dámaso Xigena, Manuel Antonio de Castro y Pedro Somellera, que influyeron en la mentalidad de Dalmacio Vélez Sársfield.

Dalmacio Vélez se formó profesionalmente en el estudio del doctor Xigena y fué secretario de la Academia de Jurisprudencia, que fundó Xigena en Córdoba. Luego desempeñó los cargos de Celador Fiscal y Presidente de la Academia de Jurisprudencia fundada por Castro en Buenos Aires, espíritu representativo que continúa la tradición hispana y patria.

1 RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ: *Un proyecto desconocido de Código Civil en Revista del Instituto de Historia del Derecho*. Buenos Aires, 1952, N° 4 y en *Marcelino Ugarte, 1822-1872, un jurista en la época de la organización nacional*, edición del Instituto de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1954.

Es un episodio de proyecciones para las ciencias jurídicas, este encuentro en la Córdoba de los grandes hechos políticos, del joven Dalmacio Vélez, el profesor Xigena, el Gobernador Intendente depuesto Manuel Antonio de Castro y el Gobernador Supremo, general Juan B. Bustos, que encabezó la Revolución de Arequito. También lo había sido el encuentro en el escenario revolucionario de Charcas, del joven Mariano Moreno con el Fiscal de la Audiencia de esa ciudad, Victorino de Villava y de Manuel Antonio de Castro que había puesto el visto bueno a su trabajo acerca de la *Disertación jurídica sobre el servicio de los indios en general y sobre el particular de yanaconas y mitayos*.

Dalmacio Vélez nació en Córdoba el 18 de febrero de 1800, hijo de Dalmacio Vélez Baigorri y Rosa Sársfield Palacios. Su padre había sobresalido por su vasto saber y por una marcada inclinación al estudio del Derecho. Dalmacio era hijo postumo—su padre había fallecido tres meses antes de su nacimiento— y el hogar careció de los recursos más indispensables, circunstancia que él invocara" recordando la condición de ser "mi madre una viuda pobre" para obtener la certificación de haber hecho práctica profesional, a que aludire más adelante.

Dalmacio hizo sus estudios primarios en el Convento Franciscano y los secundarios en el Colegio de Monserrat. Después ingresó a la Facultad de Artes, que siguió durante cuatro años, y los cursos de Leyes hasta graduarse de Bachiller en Derecho en 1820..

Son conocidos los antecedentes de la recepción de Dalmacio Vélez como abogado en Córdoba y de los diversos trámites e incidencias a que dio lugar, no exentas de interés Judicial y aun político, como se verá.

Bachiller en ambos Derechos, civil y canónico, graduado en la Universidad de Córdoba, Dalmacio Vélez, cumplía su práctica para obtener la licencia con el fin de ejercer la profesión de abogado y pasar a Buenos Aires, pero no pudiendo realizar este último propósito por "las ocurrencias políticas acaecidas a fines del año anterior", y "como en el día se halla esta Provincia en absoluta independencia de aquella" tales eran, como se sabe, los hechos originados por la revolución de Arequito—, actuaba junto al Asesor General de Gobierno que lo era José Dámaso Xigena. No necesito recordar ahora la vida y actuación pública y judicial del profesor Xigena, de sólida preparación en Derecho, a quien he dedicado un capítulo en el tomo IV de mi *Historia del Derecho Argentino* de jurisprudencia, de quien se hizo su aliado desde entonces llevado por su profunda vocación jurídica.

III

Vélez tenía 25 años cuando actuó como diputado al Congreso General Constituyente, inaugurado en Buenos Aires el 16 de diciembre de 1824, y cuya historia ya he hecho en otros capítulos, destacando las figuras representativas que lo integraron y la trascendencia de las leyes dictadas.

En la sesión preparatoria del 6 de diciembre de 1824 se aceptó que debía nombrarse como Presidente y Secretario interinos al más anciano y al más joven, respectivamente, de los diputados presentes. En consecuencia, fueron designados el Deán Funes, que venía actuando desde hacía años, y Dalmacio Vélez, que se iniciaba en la vida política del país.

No intervino en la discusión de la ley sobre creación del Poder Ejecutivo permanente, pero votó a Rivadavia, como la casi totalidad de los miembros del Congreso, en carácter de Presidente de la República.

Entre sus grandes discursos figura el del 25 de febrero de 1826, sobre la Capital de la República, cuyos méritos están en el estilo, y en "que es una franca y leal declaración de fe política"³ y en la sesión del 19 de julio se declara partidario de la forma de gobierno fundada en la unidad de régimen, en virtud de razones económicas, considerando que tal sistema era el más conveniente al estado de pobreza en que vivía el país.

Como miembro de la Comisión de Hacienda, el diputado Vélez intervino en todos los proyectos económicos del Congreso.

La anarquía convulsionaba a las Provincias del Norte y el Oeste principalmente, razón que determinó al Congreso a enviar comisionados especiales con el fin de presentar la Constitución a aquellas que habían manifestado opinión contraria.

Manuel Antonio de Castro y Dalmacio Vélez fueron designados para actuar en Mendoza y San Juan, respectivamente. La guerra civil estalló en San Juan, y Vélez resolvió no salir de Mendoza, haciendo una gestión ante el caudillo Quiroga, que fracasó.

Ya informé en el capítulo dedicado a la Academia y el Departamento de Jurisprudencia, sobre el establecimiento de la cátedra de Economía Política. Nombrado el doctor López, éste no pudo profesar su enseñanza.

3 ABEL CHÁNETON": *Historia de Vélez Sársfield*, t. I, pág. 85, Buenos Aires, 1937.

La inauguración estuvo a cargo del doctor Pedro José Agrelo, pero suprimida tal enseñanza, se restableció en 1826, con carácter universitario, designándose profesor a Dalmacio Vélez Sárfield.

Hasta tanto pueda esclarecerse documentalmente si Dalmacio Vélez estuvo uno o tres años dictando la cátedra (1826, 1827 y 1828), es lo cierto que la actividad que desplegó en el Congreso, en materia económica y financiera, es de singular relieve, como ya he señalado, y su repercusión debido ser tanta, que de seis tesis doctorales, cinco, presentadas en los años 1828 y 1829, corresponden a temas económico financieros.⁴

En febrero de 1828, Velez dejó la cátedra de Economía Política y, después de los graves sucesos del 1º de diciembre de 1829, paso a su campo de Arrecifes, donde se aplico a realizar grandes mejoras.

Durante un año estuvo Vélez en Córdoba, obligado a expatriarse por orden de Rosas, que invito a todos los provincianos a salir de Buenos Aires. En su provincia intervino Vélez en algunos episodios políticos, pero sin mayor interes en el estudio de su personalidad como jurista.

Volvió a Buenos Aires con un hijita al sufrir el rudo golpe de la pérdida de su esposa.

Desde 1832 es evidente la dedicación intensiva de Vélez a los estudios jurídicos y a los escritos forenses.

Recuerdese que en los años 1833 hasta 1835, transcurre el breve período en que la opinión pública se exteriorizó enérgicamente a favor de la libertad de prensa, del proyecto constitucional para la Provincia de Buenos Aires, de la ley de Administración de la Justicia y de reformas a adoptarse en la Universidad, en la Biblioteca y escuela primaria. Ese fue el momento de la publicación de las obras *Instituciones del Derecho Real de España* (texto que la Comisión de reforma universitaria aconsejó en reemplazo de los *Principios de Derecho Civil*, de Pedro Somellera), y el *Prontuario de Práctica Forense*, de Manuel Antonio de Castro, ambas obras con introducción de Dalmacio Vélez.

La figura de Vélez señala por sí sola el advenimiento de una nueva época en los estudios de Historia del Derecho Argentino.

4 CARLOS ALBERTO ACEVEDO: *La enseñanza de la ciencia de las finanzas en la Universidad de Buenos Aires*, cil., Revista del instituto de Historia del Derecho, Nº 2, pág. 35.

No es ésta la oportunidad para insistir en su sólida preparación histórica en general, y especialmente en Historia, del Derecho. En la *Noticia* sobre Manuel Antonio de Castro trazó una breve y sentida biografía del autor del *Prontuario*, que termina así: "Este hombre que obtuvo los primeros empleos y que por cerca de veinte años fué miembro de su tribunal superior, no ha dejado a su viuda e hijos patrimonio alguno". Vélez no se limitó a una reedición de las *Instituciones* de Alvarez —el texto de enseñanza jurídica hasta la caída de Rosas— sino que, verificadas las citas de leyes y autores, agregó otras, incorporó leyes patrias dictadas después de 1810 y leyes de Indias, suprimidas en la edición española. No conoció la primera edición de Guatemala, en donde están citadas las Leyes de Indias, pero hizo una contribución valiosa desde el punto de vista de la Historia del Derecho.

Vélez dice de la obra de Alvarez, "que no había hasta Heineccio un manual de la jurisprudencia romana". Con manifiesta preferencia por las *Recitaciones* de Heineccio y por su método genético y no puramente exegético, concordadas con las leyes castellanas y patrias, Vélez se había propuesto realizar una gran labor. Aspiraba a concordar en un sistema los tratados romanos y el Derecho canónico elaborados "en un esquema, el saber entero de la legislación y de la doctrina de su tiempo". Esa obra, en que se relacionaban los Derechos antiguos y de la Edad Media con la nueva legislación, "sin aspirar a una originalidad que era imposible alcanzar después de Heineccio", era la que había llevado a cabo el guatemalteco José M^a Alvarez, que tomó por modelo las *Recitaciones* y "nos dio una obra elemental de la Jurisprudencia de España de igual mérito que las *Recitaciones*".⁵

5 JOSÉ MARÍA ALVAREZ: *Instituciones de derecho real de España*. Adicionadas con varios apéndices, párrafos, etc., por Dalmacio Vélez Sársfield. Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1834. Como digo en el texto, Vélez Sársfield no conoció, según el lo declara, la edición guatemalteca (1818-182C) de la obra de Alvarez y sólo pudo utilizar la edición de Madrid (1829). El ex presidente de la República de Guatemala doctor Juan José Arévalo —estrechamente unido a la vida educacional argentina— hizo donación al Instituto de Historia del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de un ejemplar de la segunda edición guatemalteca de 1854. Son importantes las variantes entre la edición guatemalteca citada y la de Buenos Aires de 1834.

La comisión encargada de reformar la Universidad en 1833, que integraban Vicente López, Valentín Gómez y Diego Zavaleta aconsejaron como texto de derecho civil para los estudiantes, las "Instituciones" de Alvarez que desde su publicación en Buenos Aires en 1834, reemplazó a los "Principios de derecho civil" de Pedro Somellera, prolongándose su influencia hasta la difusión de los Elementos de derecho civil y Pennl de Laserna y Montalván, publicados en Madrid en 1843.

Estas obras fueron publicadas bajo la dirección de Vélez, según he dicho, quien en ese mismo año de 1834, como miembro de la "Junta de ciudadanos teólogos, canonistas y juristas", redactaba su dictamen en el *Memorial ajustado de los diversos expedientes seguidos sobre la provisión de obispos en esta Iglesias de Buenos Aires, hecha por el Sumo Pontífice sin presentación del Gobierno, trabajo que explica el estudio orgánico que realizó después sobre la materia diversos expedientes seguidos sobre la provisión de obispos en esta Iglesia de Buenos Aires, hecha por el Sumo Pontífice sin presentación del Gobierno*, trabajo que explica el estudio orgánico que realizó después sobre la materia.

En el *Memorial ajustado*, Vélez sostuvo, desde el punto de vista eminentemente histórico, que el Derecho del Patronato debía existir mientras existieran las causas que obligaron a ejecutarlo "y éstas durarán mientras duren las leyes que hoy nos gobiernan". Tal Derecho, en una Nación se ejercía de un modo, y en otra, de diversa manera; en un tiempo comprenderá mil objetos, y en otro se reducirá a muy pocos. "Es preciso, por consiguiente —agregaba—, que sus límites se fijen por poderes a quienes dé o quite algún Derecho".

Anticipaba en 1834 sus ideas e investigaciones sobre el *Derecho público eclesiástico. Relaciones del Estado con la Iglesia en la Antigua América española*, publicado en 1854.

Para tener idea del prestigio que había adquirido rápidamente Dalmacio Vélez, basta recordar que el 2 de enero de 1835 fué designado presidente de la Academia de Jurisprudencia, de la que había sido interinamente fiscal, y al año siguiente fué reelecto en el cargo.

También en 1835, dirigió la reedición de las *Instituciones de Derecho eclesiástico*, del canonista germano Francisco Xavier Gmeiner.

Cultura jurídica del que sería treinta años después nuestro codificador, de profunda versación en derecho romano. Vinnio (1558-1657), Heineccio (1661-1742), Cuyas (1520-1590), etcétera; en derecho canónico y en el derecho moderno, los intérpretes del Código de Napoleón (principalmente Aubriy y Rau, el famoso autor del *Cours de Droit Civil francaís*), pero formado su espíritu jurídico, en las primeras enseñanzas en Córdoba, de Juan Antonio Saráchaga, de destacada actuación universitaria y política, a quien se le atribuye haber sido el mentor de Cuyas, y de José Dámaso Xigena, el erudito profesor de Derecho Real de Institufas de la Universidad; y en Buenos Aires, el doctor Manuel Antonio de Castro, el primer codificador en mal cria procesal, y muy versado en

el Derecho patrio español (que no era puramente Derecho romano), en el Derecho patrio indiano y en el Derecho patrio argentino.

Entre los letrados de la época se destacaron los doctores José Gabriel Ocampo, Valentín Alsina, Marcelo Gamboa, Bernardo Vélez, Eduardo Latidle y Baldomero García, autor este último del *Dictamen dado o ule el Supremo Gobierno en la causa criminal y civil seguida contra Federico Hornung y cómplices*, por quiebra fraudulenta, de 1839, publicado en 1840. que intervino en el asunto de la quiebra de Leziea.

El estudio del doctor Vélez Sársfield estaba especialmente favorecido por una clientela calificada.

Expatriado el doctor Valentín Alsina, sus 'asuntos pasaron al estudio del doctor Vélez. Los principales en que intervino el doctor Vélez como letrado o como juez se refieren, entre otros: *Informe y defensa de Estelan y José María Yañez*, 1835. En ese año de 1835, Vélez intervino como conjuez en la Comisión especial presidida por el doctor Vicente López, en el gran pleito en que se condenó al doctor Vicente Anastasio Echeverría a devolver la chacra en cuestión a Francisco Antonio Letamendi, asunto que llevaba catorce años de duración. Después defendió a Faustino Lezica (en 1836), que es sin duda el asunto que le situó entre los primeros, si no el primero, de los letrados de su tiempo. En 1838 son numerosos los escritos de Dalmacio Vélez, en carácter de asesor del Tribunal del Consulado, en el asunto Blas Después con poder de José M^a Esteves, deudor fallido de esta plaza y residente en Montevideo, que presentó ante el citado Tribunal una lista de acreedores, convenidos en darle quita y carta de pago por la suma de cien mil pesos, pero con la oposición de Manuel Francisco Cañedo.

Menciono, entre otros, los siguientes escritos de Vélez: *Memorial en el juicio seguido por don Manuel Haedo contra Lorenzo Uñarte; Defensa de los derechos de don José Olaguer Feliú; Si los pleitos acaban o no por la discontinuación de tres años; Vigencia en América de las leyes de Fuero; Dictamen sobre Pase de Bulas; Causas de los embargados por opiniones políticas; Nulidades absolutas y relativas y Posesión de herencia.* \

Pero la situación de los unitarios se hizo insostenible en Buenos Aires, después de la retirada de Lavalle. Por decreto de 16 de setiembre de 1840 se ordenó el embargo de los bienes del doctor Vélez. A principios de 1842, el doctor Vélez se expatrió a Montevideo. En 1846 gestionó su vuelta a la Patria y pidió y obtuvo el desembargo de sus bienes.

El 6 de abril de 1850, Vélez Sársfield escribió a Rosas para informarle que el finado Nicolás Marino le había hecho decir por el cura de San Miguel, Gabriel Fuentes, que tendría necesidad de ocuparse de la provisión de obispados: "haciéndome saber ligeramente algunas dificultades que la Silla Apostólica ponía a los deseos de V. E. y pidiéndome le diera algunos conocimientos sobre la materia". Pero como no encontraba libro alguno que pudiera recomendarle, estando las leyes tan dispersas en multitud de Códigos y cédulas sueltas para América, se ofreció "con mucho gusto a escribir lo que me fuera posible". Concluido su estudio creyó que era su deber presentarlo al gobierno, como lo hizo por intermedio de su hija Manuelita Rosas, explica el contenido de algunos capítulos, y termina pidiéndole quiera acoger "mi pequeño trabajo con su acostumbrada benevolencia, dedicado como estaba desde su origen como un tributo a la ilustre persona de V. E., por quien hago fervientes votos al Ser Supremo, así como por la conservación de su importante vida y la de su señorita hija doña Manuelita Rosas y Ezcurra".⁸

Le envió también, el 2 de mayo de ese año de 1850, el borrador de la carta de que le había hablado Rosas sobre la misma materia.

La defensa de los Derechos de Patronato se hacía, pues, de común acuerdo entre los tratadistas como Vélez y los gobernantes como Rosas y Oribe, que en este caso sostuvieron principios absolutos sin las limitaciones y restricciones de los hombres, que, como Tomás Manuel de Anehorena y Felipe Arana, habían sido sus correligionarios en las luchas políticas.

El Derecho de Patronato, conferido por los Papas a los Reyes de España, era inherente a la soberanía, transmitiéndose así al nuevo soberano de la Revolución de Mayo, que era el Pueblo, y a través de esto último a los gobiernos Patrios.

Este libro, *Derecho público eclesiástico*, estaba destinado a servir, dijo Vélez, de "manual a los encargados del Gobierno del Estado, a los Prelados eclesiásticos o los Letrados que puedan ser llamados al Consejo de uno u otro poder" En el capítulo final Vélez propone los principios de una nueva Ley de Patronato y las reformas más indispensables a adoptarse, "ahora que los Gobiernos no pueden empeñarse como los antiguos Reyes en participar del Pontificado de la Religión y que sólo deben tratar de obtener para los pueblos los beneficios que les prometen las grandes instituciones de la Iglesia".

Menciono también el trabajo de Dalmacio Vélez, *Discusión de los títulos del gobierno de Chile a las tierras del Estrecho de Magallanes*, publicado en 1853.

Escrito por encargo de Rosas, esta contribución, como la de Pedro de Angelis, *Memoria historica sobre los Derechos de soberanía y dominio de la Confederación Argentinaa la parte austral*, puso en evidencia los derechos argentinos en el Estrecho de Magallanes, en donde el gobierno de Chile habla fundado el Puerto Bulnes.

Las relaciones de Vélez con Rosas variaron con el transcurso de los años, como he anotado. Hubo un momento en que debió expatriarse sufriendo los infortunios del Ostracismo y del embargo de sus bienes. Ya en Buenos Aires expresó en 1847, su adhesión al sistema político imperante, que se explica teniendo en cuenta el momento, que fué aquel, en que Rosas había triunfado en los conflictos con Francia e Inglaterra y dominaba la situación del país encontrándose en condiciones de poder consagrarse a su organización constitucional.

Pero Rosas siguió oponiéndose a todo intento de organizar constitucionalmente el país.

A los seis años de publicada la segunda edición, en 1861 de la *Historia de Belgrano*, de Mitre, aparecieron las *Rectificaciones históricas Belgrano y Guemes*, de Dalmacio Vélez Sársfield, y con este libro prodúcese la primera polémica de categoría sobre las ideas históricas argentinas. Por los conceptos fundamentales que se discutieron, pues se planteaba ya la delicada cuestión de la Historia Argentina enfocada desde Buenos Aires o desde las Provincias, considero que esta polémica es de trascendencia, como la que se produjo, casi veinte años después, con Vicente Fidel López. Es interesante dejar consignado que el jurista Vélez ya poseía una sólida cultura, histórica, revelada en estudios anteriores, y principalmente en estas *Rectificaciones históricas...*, en que defendió la participación de las Provincias y de Güemes en la Revolución de Mayo.

IV

Con la caída de Rosas, el doctor Dalmacio Vélez pasó a desempeñar las más altas funciones públicas, comenzando poi la de diputado a la Legislatura, donde impugnó el Acuerdo de San Nicolás en las jornadas de junio (1852).

Según el ministro doctor López, que defendía el Acuerdo el único discurso que merecía una refutación era el de Vélez Sársfield.

Después del rechazo del Acuerdo, vinieron la renuncia del Gobernador y la disolución de la Legislatura, y la Revolución del 11 de setiembre.

El 24 de agosto de 1852, como he dicho, el Presidente de la Confederación, general Urquiza, dictaba el importante decreto creando la Comisión encargada de preparar los nuevos Códigos Civil, Penal, de Comercio y de Procedimientos.

6 ADOLFO SALDÍAS: *Papeles de Rosas*, t. II, pág. 30, 38 y 43, La Plata, 1907.

La Constitución del Estado de Buenos Aires, de 1854, fue preparada por Dalmacio Vélez Sársfield y Carlos Tejedor, y se encomendó el proyecto de Código de Comercio, promulgado en 1857, a Dalmacio Vélez Sársfield y a Eduardo Acevedo

Fué miembro de la Convención Constituyente, en 1860, encargada de examinar la Constitución de 1853, ministro de Hacienda del Presidente Mitre (1862) y más tarde ministro del Interior del Presidente Sarmiento (1868).

Durante la presidencia de Mitre, el Congreso Nacional sancionó, el 6 de junio de 1863, la ley que autorizaba al Poder Ejecutivo para nombrar comisiones encargadas de redactar los Códigos Civil, Penal, de Minería y de las Ordenanzas del Ejército. Firman el Presidente Mitre y el ministro Eduardo Costa el decreto por el que se designó redactor del Código Civil, al doctor Dalmacio Vélez Sársfield.

Desde el momento de la aceptación del nombramiento, en enero de 1864, el doctor Vélez se consagró a redactar el Código Civil argentino, de elevado valor jurídico. Expresó al Gobierno que no podía prometer todas las leyes civiles que debían regir la República, comparadas con las que estaban en vigor y con las legislaciones conocidas. Pondría los antecedentes y los elementos que le fueran posible para una obra de ese alcance, pero que no podría ser completada si no venían en su auxilio los estudios y las luces de todos los hombres competentes. No prometía sino principiar la obra "y poner en las fórmulas del proyecto los problemas jurídicos que otros hombres y otros conocimientos que los míos deben resolver", Era necesario realizar, dijo, un estudio mayor tratándose de "una legislación como la nuestra, nacida en la Edad Media y lo mada del derecho canónico; pero que entre lanío ha formado la costumbre de estos países nacidos y creados bajo ella y nos hallamos por otra parte, en los días de una transformación social, en usos y costumbres, con otras ideas religiosas y bajo muy diversa constitución política".

No se habían cumplido ocho meses desde su nombramiento, y ya el doctor Vélez elevó al Poder Ejecutivo el primer libro del Proyecto, sobre las personas, que él

consideraba la "parte principal y la más difícil", concordando los artículos de cada título con las leyes actuales y con los Códigos de Europa y América "para la más fácil e ilustrada discusión del proyecto". Subordinado a una estricta disciplina de trabajo intelectual durante cinco años, el doctor Vélez fué realizando toda la obra, hasta la última parte, impresa en 1869. Sancionado el Código Civil por el Congreso a libro cerrado, promulgóse la ley durante la presidencia de Sarmiento, poniéndose en vigor dicho Código desde el 1º de enero de 1871.

La crítica del doctor Vicente Fidel López al Proyecto de Código Civil del doctor Vélez Sársfield es de distinto carácter a la formulada por Alberdi, pues una parte se refiere a los principios de la ciencia política revolucionaria con muy relativa aplicación entre nosotros, y otra a cuestiones de forma y también de estilo o crítica literaria.

Los escritos del doctor López son de 1869 y comienzan por la cuestión institucional de la competencia de los poderes públicos para codificar.

Estimaba que el acto de codificar constituye el ejercicio primordial de la soberanía. Si el acto de constituir una nación requiere el ejercicio de un poder extraordinario que organiza para siempre y de un modo absoluto la sociedad política, el acto de codificarla es igualmente extraordinario, pues que organiza la sociedad civil para siempre y de una manera también absoluta. Aun afirmó el doctor López que a la luz de los principios sociales es de mucho menos consecuencia el ejercicio del poder constituyente que el ejercicio del poder codificador, y ambos poderes habrían engendrado la "omnipotencia" parlamentaria, que tiene su origen en las revoluciones, emancipadoras y que conduce al despotismo de las Asambleas.

Para el doctor López, la cuestión de forma no era menos grave que la de fondo.

Tal cuestión de forma, comprometía la dignidad moral de la sociedad, porque se hacía la imposición de un Código, sin que preceda la discusión, en un país democrático.

Defendió el sistema de leyes existentes, que llevaban siglos de aplicación y que habían adquirido en la conciencia; del pueblo la flexibilidad natural de los hechos morales. Sus formas y resoluciones se habían incorporado a la vida jurídica, "formando esa inestimable tradición que los hombres de sajona llaman el *common law*".

La conclusión del doctor López se concretaba en que el proyecto del código era la obra más mal escrita entre toda del doctor Veloz Sársfield "que son como se sabe, defectuosa mas en cuanto a sintaxis, prosodia y analogía". En prueba de su afirmación, cita numerosos ejemplos sobre los vicios gramaticales y de redacción del Proyecto,

considerando que no eran nimiedades, pues "una simple coma basta para hacer negativo o afirmativo un texto, es decir, para cambiar radicalmente la ley misma".

Replicó al doctor López, Victorino de la Plaza, quien observaba que la concepción, organización y redacción de un Código no es la misma que la de "redactar bellos artículos de literatura, hermosos discursos políticos, famosas combinaciones económicas..., escribir novelas, hablar y escribir de idiomas antiguos..." La redacción de un código —observaba con fundamento— necesita otros estudios, otros conocimientos, una inteligencia más elevada, una concepción más vasta. Rebate asimismo, la tesis de que la obra del Código debió encomendarse a una comisión compuesta de grandes personalidades, para que unas conciliasen, otras organizaran y otras redactasen las leyes, sistema difícil e impracticable en la realidad.

A través de las observaciones de Alberdi, que tenía la autoridad que le daban sus obras *Fragmento preliminar al estudio del Derecho y Las Bases*, la mayoría de ellas fáciles generalizaciones dictadas por la pasión política, más que por el ideal de la verdad —que paso a sintetizar—, se puede valorar el mérito intrínseco del Código Civil argentino y sus proyecciones institucionales en la vida de la Nación.

Dice Alberdi que no se ocupará del Código Civil, sino del espíritu del Código proyectado, es decir, del Código considerado en sus relaciones con el motivo determinante de su composición, con el método de trabajo, con las fuentes y modelos en que se había inspirado el autor, con el sistema de gobierno del país en que debe ser aplicado, con la vocación comercial de los pueblos del Plata, por su índole y carácter histórico y por fin con el momento político de su elaboración y sanción.

Afirmó equivocadamente que la Constitución no fijaba el plan de reforma de la legislación, fuese por Código o por leyes generales y sucesivas.

"Ya que tanto respeto inspiran hoy los Estados Unidos de América, ¿por qué no seguimos el ejemplo de su circunspección en legislación civil?" Y agrega (negando su propia obra): "Al mismo tiempo que les copiamos su Constitución federal y su descentralización política, imitamos al Brasil, a la Francia sus Códigos, unitarios e imperiales, de donde resulta que tenemos la federación en el Código político y la unidad en el Código Civil..." "¿Por qué no se han dado un Código Civil Federal los Estados Unidos? Porque la idea de un Código esencialmente unitario y centralista es incompatible con la idea de un país compuesto de muchos Estados soberanos o semisoberanos".

Alberdi califica así el plan seguido por el codificador: "Su trabajo carece de originalidad y con todas las pretensiones de independencia no es más que la imitación de un modelo extranjero y que el autor toma ese modelo que no nombra pero que tampoco olvida... Ese modelo ideal, que parece J'aber gobernado al autor, según su propia confesión indirecta, no es otro que el Código Civil francés, calcado a su vez en cuanto a su método en la *Instituía* de Justiniano e introducido en el Plata por las aduanas de Holanda, Cerdeña, Chile, Brasil y Alemania".

Vélez había dicho, sobre las fuentes que inspiraron el Código Civil: "Para este trabajo he tenido presente todos los Códigos publicados en Europa y América y la legislación comparada del señor Seoane. Me he servido principalmente del proyecto del Código Civil para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los Códigos europeos, y sobre todo del proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos. Respecto de las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes (para resolver antiguas y graves cuestiones entre los jurisconsultos ó legislar en puntos de Derecho que debían ya salir del estado de doctrina) mis guías principales han sido los jurisconsultos alemanes Savigny y Zachariae; la grande obra del señor Serrigny sobre el Derecho administrativo del Imperio romano y la obra de Story *Conflict of Law*".

Tal el texto de Vélez que critica Alberdi, obligando al autor del Código a hacer la necesaria aclaración, como se verá después: "Según estas palabras del autor, su Código viene a ser la conversión en ley argentina de doctrinas jurídicas sacadas del dominio de la ciencia extranjera y una especie de sanción argentina dada a dos proyectos extranjeros de Código Civil... Lo que no son sino proyectos de ley en la monarquía del Brasil y en la de España, serán el Código Civil de la República Argentina. ¿Qué motivos han podido determinar al autor del proyecto argentino para servirse de estas fuentes extranjeras y no de las fuentes naturales y normales de un Código Argentino?".

Se pregunta Alberdi: "¿Pero existen fuentes argentinas de que pueda salir un Código Civil? Más abundantes y mejores que las pueden tener España y el Brasil. No es cierto que la Nación Argentina carezca de una legislación propia, nacida con la nación y desenvuelta con ella. Tiene dos legislaciones originarias, a falta de una, como tiene la nación dos existencias: una que empieza con la conquista operada por nuestra raza europea y por su institución victoriosa en el suelo americano; otra que empieza y se desenvuelve con la República, independientemente de todo poder respecto de España. ¿Por quiénes se nos toma a los argentinos cuando se nos llama Nación sin legislación propia ?... Como Nación americana e independiente del pueblo español, tiene la

República Argentina desde su origen, una legislación que si no es apropiada parí su gobierno actual democrático, es al menos tan suya propia como lo es de España misma. El doctor Vélez conoce esa legislación mejor que nadie. En ella justamente es doctor en lejes y tiene a cada paso que citar, para la composición de su Código esa legislación histórica que dice por otra parte no existir.

"Esa legislación es una de las más adelantadas de la Europa civilizada, y lo que le faltaba en los tiempos modernos se lo ha agregado la revolución de América por sus constituciones y por su legislación intermedia, que representan en el Plata la traducción americana de las revoluciones liberales de la Europa moderna".

Es fundada la argumentación de Alberdi sobre las fuentes del Código Civil, con estas aclaraciones:

1^o La denominación de legislación intermedia referente a la que siguió a la Revolución de Mayo, es equivocada, como he demostrado al tratar la naturaleza del Derecho patrio argentino, surgido con el movimiento emancipador.

2^o Es igualmente equivocada la afirmación de que esa legislación patria es la traducción americana de las revoluciones liberales de la Europa moderna, habiéndose evidenciado en este *Manual* que las instituciones políticas y jurídicas tienen su filiación y desarrollo en el curso de nuestra historia, estrechamente asociada a ella.

3^o La omisión de las fuentes nacionales, en que incurrió Vélez, fué una censurable omisión, pero en todo el Código Civil, como lo reconoció Alberdi, "a cada paso", no hace sino citar, "para la comparación de su Código esa legislación histórica, que dice por otra parte no existir". No era pues exacto que Vélez hubiera puesto a un lado las fuentes nacionales para redactar el Código Civil.

Su conclusión era que el Proyecto de Código Civil propuesto debía guardarse: "como a los vinos algunos años antes de aprovecharlo y para mejor aprovecharlo si fuese digno de adopción", como las Partidas que habían esperado un siglo para aplicarse y el Código Francés que esperó veinte años.⁷

En "El Nacional" de 25 de julio de 1868 Vélez Sársfield contestó a su amigo Alberdi —de quien hacía 25 años se había separado— diciendo que el "largo folleto" dedicado al proyecto del Código civil no era "el escrito de un jurisconsulto". Alberdi no conocía el proyecto de Vélez Sársfield porque cu su crítica no se había referido en absoluto a algún título del Código ni a ninguno de sus artículos, comentando toda la obra por una comunicación sobre el primer libro. Por sólo esa comunicación —argumentó con razón Vélez Sársfield— juzgaba de toda la obra que no había leído, "de las disposiciones que

contendrá el proyecto en los libros que aun no se han publicado y que aun no he acabado de trabajar".

Vélez Sársfield contestó las afirmaciones de Alberdi comenzando por poner en evidencia también su cultura histórica y filosófica, pues observaba, en oposición a su impugnador, que nos encontrábamos en condiciones de darnos un código civil y que en la Historia del Derecho existía una concepción sincrética que superaba los fundamentos de las concepciones dogmática e histórica tan invocadas por Alberdi. Según esa nueva concepción un Estado podía darse nuevos códigos teniendo siempre presente la legislación que la ha regido, el derecho positivo precedente, las nuevas leyes que exija el estado social y las reformas que la experiencia haya demostrado ser indispensables en la legislación.

Al presentar la situación jurídica en que se encontraba el país y la necesidad de dictar el Código, decía su autor: "aquí rige el Código llamado Fuero Real, las doscientos y más leyes del Estado, el voluminoso cuerpo de Leyes de Partida; seis grandes volúmenes de la Novísima Recopilación y cuatro en folio de las Leyes de Indias; a más de todo esto, multitud de cédulas reales para América comunicadas a las respectivas Audiencias que aún no se han recopilado. Esta es la legislación española".

Observaba que todas estas leyes representaban intereses contradictorios y que un juez fallaba una sucesión valiosa declarando, que el derecho a suceder ab intestato llega hasta el décimo grado de parentesco, según una ley positiva, y otro día otro juez fundado también en distinta ley no hacía lugar a esas sucesiones declarando que el derecho se limitaba al cuarto grado, resultando que el arbitrio del juez era la ley suprema. ¿Por qué tomando por base el derecho existente —preguntaba con espíritu práctico— no podríamos reformar las leyes dadas para el reino de España desde el siglo xra? ¿Por qué no agregaríamos las leyes que exigen o el adelantamiento de la ciencia o las nuevas necesidades de los pueblos, su nuevo ser político, las nuevas costumbres o los principios económicos, todo este distinto o contrario orden de cosas al orden en que vivían en la edad media los pueblos españoles? Alberdi había olvidado, como ejemplo elocuente, cuánto bien había hecho el nuevo Código de Comercio, dictado en 1856.

1 JUAN B. ALBERDI: *El Proyecto de Código Civil para la República Argentina, en Obras Completa*», t. VII. Buenos Aires, 1887.

La objeción de que en una Federación cada Estado debe darse sus leyes civiles comerciales y criminales, y que el Congreso al sancionar los Códigos para las Provincias Federadas concluía con la soberanía interior de esos pueblos y tanto, que ni en Estados Unidos ni en Suiza existían Códigos Generales para toda la Nación, anotó Vélez Sársfield que era argumento esgrimido sin buena fe. "El autor del artículo 67 de la Constitución sobre la facultad para dictar los Códigos nacionales no era el Presidente de la República, o el letrado al que se encargó el Código, ni ninguno de los adversarios del doctor Alberdi, sino el doctor Alberdi y el Congreso Constituyente, los autores exclusivos de la Constitución de la Confederación. ¿Cómo entonces el doctor Alberdi no levantó su voz como hoy lo hace en defensa de los derechos federales de las Provincias ? Por el contrario, había defendido la Constitución, así como también que no debía permitirse a Buenos Aires el derecho de examinarla, que esa Constitución debía imponerse por la fuerza y que después fuese Buenos Aires a pedir lo que le conviniese".

A juicio de Vélez Sársfield habían hecho muy bien los Constituyentes en dar al Congreso la facultad de dictar los Códigos nacionales "y que si hubiéramos podido reformar eso artículo del 53 (en la Convención de 1850) no lo hubiéramos hecho atendido el estado de las Provincias y los precedentes de la misma Constitución".

Tiene muy elevado alcance científico y legislativo la contestación de Vélez Sársfield en la parte referente a las fuentes del Código Civil.

"En mala hora dije en mi oficio de remisión comienzo reconociendo su propio error— que entre las fuentes que me habían servido para la composición del primer libro tenía como muy principal el proyecto de Código Civil que trabaja el señor Freitas para el imperio del Brasil". Esto había bastado para que el doctor Alberdi asegurara haber buscado Vélez Sársfield las fuentes naturales para el trabajo de un código democrático, las primeras las leyes patrias, pues que no tenía otra dirección que las leyes del Brasil, introducir las instituciones y costumbres brasileñas.

"Si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de Código —contesta Vélez Sársfield— habría encontrado que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen la nota de una ley de Partida, del Fuero Real, de las Recopiladas. Después podía haber observado que en los diversos títulos me guían unas veces Savigny, Zachariac, Ortolán, etc.. y otras Aubry y Rau, Pothier, Troplong, Duranton y otros grandes jurisconsultos, que no escribieron para el Brasil. Podía también haber visto todo lo que me sirvo del Código Francés sin pensar que mi país tome las costumbres francesas ni que sea colonia de aquel imperio..."

Estas declaraciones revelan el alma nacional que anima al Código Civil y las influencias científicas exteriores que re-iristra.

Vélez Sársfield contestó certeramente las argumentaciones del doctor Alberdi, y puso en evidencia la no muy sólida cultura jurídica de quien dijo con ironía que había escrito más folletos en Buenos Aires, en Montevideo, en Chile y en Europa, que los años que tenía.⁸

Con ironía también —sin duda alguna— Alberdi expresó —erigiéndose en juez y parte— que en su contestación Vélez Sársfield había reconocido que tenía razón.

En más de ochenta años de aplicación, son diversas las enmiendas introducidas al Código Civil y las que se realizarán conforme a las necesidades de los nuevos tiempos y a la actual tendencia revisionista del Derecho en general.

Su espíritu eminentemente individualista, fundado en la autonomía de la voluntad, ha reglado todo lo referente al Derecho absoluto de propiedad y a la locación de servicios, concepciones jurídicas superadas ya desde los tiempos de la Revolución de Mayo, que no es de carácter individualista, pues los cuerpos de leyes, especialmente los Estatutos de 1815 y 1817 reconocen los derechos al bienestar y el principio social del Derecho.

Termino afirmando que son indispensables las reformas parciales que aconseja el nuevo Derecho sin desconocer que el Código Civil es un exponente de ciencia y legislación —verdadera fuente creadora de la cultura jurídica de que carecía el país en el momento de dictarse— y ha sido un instrumento vivo para consolidar —como la Constitución— la unidad nacional.

⁸ *Juicios críticos sobre el Proyecto de Código Civil Argentino. . . cit.*, pág. Í531 y sigts.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

ALBERDI, JUAN B.: *El proyecto de Código Civil para la República Argentina*, en *Obras Completas*, t. VII, Buenos Aires, 1887.

BRAUK MENÉNDEZ, ARMANDO: *José Gabriel Ocampo y el Código de Comercio de Chile*, edición del Instituto de Historia del derecho, Buenos Aires, 1951.

CABRAL TEXO, JORGE: *Historia del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, 1920.

CHÁNETON, ABEL: *Historia de Veles Sársfield*, Buenos Aires, 1937. DÍAZ BIALET, AGUSTÍN: *El Derecho romano en la obra de Vélez Sársfield*, Córdoba, 1950.

Estudios en homenaje a don Dalmacio Vélez Sársfield en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", de Córdoba, con motivo de cumplirse el ciento cincuenta aniversario del nacimiento del autor del Código Civil, Córdoba, 1950.

GONZÁLEZ, JOAQUÍN V.: *Estudio Biográfico-Crítico de Vélez Sársfield*, en *Obras Completas*, t. XXII.

Juicios críticos sobre el Proyecto (b¹ Código Civil Argentino, Buenos Aires, 1920.

LEVENE, RICARDO: *Las Instituciones de derecho Real de Castilla y de Indias* del Dr. José Ma. Alvarez y su reedición en Buenos Aires en 1834.

MARILUZ URQUIJO, JOSÉ MA.: *Las Instituciones de derecho Eclesiástico de Gmeiner*, en "Revista del Instituto de Historia del derecho", de la Facultad de derecho, Buenos Aires, 1949, IV

MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE: *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil Argentino*, Córdoba, 1916; e *Introducción al Catálogo de la Biblioteca de Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba, 1940.

NAVARRO VIOLA, MIGUEL: *Baldomero García* en "La Revista de Buenos Aires", t. XXI, pág. 282.

SILVA RIESTRA, JUAN: Prólogo del *Código Civil. Edición facsimilar de los manuscritos del Dr. Dalmacio Vélez Sársfield*, Buenos Aires, 1943.

TOBAL, GASTÓN F.: *A los 75 años de la sanción del Código Civil*, en *La Ley*, Buenos Aires, 29 de setiembre de 1944.

TROSTINÉ, RODOLFO: *Noticia preliminar sobre Bernardo Vélez* en "Índice de la compilación de derecho Patrio" y "El Correo Judicial", edición del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1946.

VÉLEZ SÁRSFIELD, DALMACIO : *Proyecto de Código Civil para la República Argentina*, Libro I, Buenos Aires, 1865; *Derecho Público Eclesiástico*, Buenos Aires, 1854; *El folleto del doctor Alberdi*; prólogo y apéndices de *Instituciones de derecho Real de España por el doctor José Ma. Alvarez*, Buenos Aires, 1834.

ZORRAQUIN BECÚ, RICARDO : *Marcelino Ugarte, 1822-1872, un jurista en la época de la organización nacional*, Buenos Aires, 1954, edición del Instituto de Historia del derecho de la Facultad de derecho de Buenos Aires.

CAPITULO XXXIX

ACEVEDO, RODRIGUEZ, TEJEDOR Y LOS CODIGOS

DE COMERCIO, DE MINERÍA Y PENAL

- I. Eduardo Aeevedo y el Código de Comercio. — La carrera universitaria y académica del doctor Eduardo Acevedo realizada en Buenos Aires. — El Proyecto de Código Civil del Uruguay, redactado por Acevedo. — Su regreso a Buenos Aires y su labor en la Academia de Jurisprudencia. — La redacción del Código de Comercio encomendada a Vélez Sársfield y a Aeevedo.
- II. Enrique Rodríguez y el Código de Minería. — Su actuación profesional en Chile. — Su consagración en la Argentina a la redacción dei Código de Minería. — Promulgación del Código. — Creación de la cátedra de Legislación de Minas en la Facultad de Derecho.
- III. Carlos Tejedor y el Código Penal. — Antecedentes de la personalidad del doctor Tejedor. — Su designación como profesor de Derecho Penal en 1856. — Redacción del Código Penal. — Promulgación del Código Penal en 1886. — Reformas adoptadas.
- IV. Códigos Provinciales.

I

EL doctor José Acevedo, nacido en Chile, padre del doctor Eduardo Acevedo, había sido Presidente de la Academia Literaria de Valencia y miembro de número de la Real Sociedad Económica de Madrid.

En Montevideo contrajo matrimonio con Manuela Maturana, de cuya unión nació Eduardo Acevedo, que habría de ser por su esfuerzo, como su padre, universitario y académico. Enviado desde niño a Buenos Aires, aquí hizo su carrera, en el Departamento y en la Academia de Jurisprudencia (en este Instituto se incorporó en 1836), graduándose de doctor con su tesis *Disertación sobre los abogados*. Estaba en Montevideo en 1839, y desde 1842 fué Defensor de Pobres, Vicepresidente de la Academia de Jurisprudencia de Montevideo, fundada en 1838, y Juez.

Cuando penetró el general Oribe estuvo en el Cerrito, y durante ese período le designaron magistrado y fué redactor del periódico "El Defensor de las Leyes", que sostenía la política del sitiador. Pronto se separó de esa tendencia, y cuando volvió a Montevideo en 1851, levantado el sitio, fué electo miembro del Congreso, y desde las columnas de su nuevo diario "La Constitución", enseñaba los principios fundamentales de la ciencia del gobierno y de la enseñanza.

En 1851 terminaba de redactar el proyecto de Código Civil para el Uruguay, que se imprimió en 1853. El proyecto contenía principios progresistas y liberales considerando que estaban en consonancia con lo aconsejado por el Papa Benedicto XIV para Bélgica, como el establecimiento del Registro Civil, creación de consejo de familia, pero sin abandonar el propósito de dar a su proyecto "un carácter nacional, quitándole el aire extranjero que se le reprocharía", como dice en el preámbulo.

No es necesario señalar la circunstancia de que el doctor Acevedo dominaba el conocimiento de la legislación española e indiana. En el preámbulo del Proyecto de Código dedica reflexiones fundadas para saber cuáles leyes estaban en vigor y cuál el orden que debía guardarse para la resolución de las causas, empezando por el más antiguo, el Fuero Juzgo, y continuando con el Fuero Real. España dictó en 1829 su Código de Comercio y se proponía reformar la legislación civil, de modo que no debía permanecer estacionario y no conservar "religiosamente los harapos que ella tira", para ponerse en armonía con el espíritu del siglo.

El proyecto del doctor Acevedo corregido por el doctor Tristán Narvaja fué promulgado recién en 1868.

Las luchas políticas determinaron su destierro, y en Buenos Aires, en 1855, ocupó la presidencia de la Academia de Jurisprudencia, y al año siguiente el Estado de Buenos Aires le encomendó, con el doctor Vélez Sársfield, la redacción del Código de Comercio.

En la presidencia de la Academia continuó durante varios años (de 1855 a 1860), posiblemente, descollando por su ciencia y talento, como han recordado con gratitud sus discípulos, el doctor José María Moreno, que citaba en el foro sus opiniones dadas en las clases de la Academia, y el doctor Manuel Obarrio, este último en la introducción de las *Fuentes y concordancias del Código de Comercio*, por el doctor Amancio Alcorta.

Con motivo de la muerte del doctor Acevedo, su compañero en la Academia, el doctor Vicente Fidel López, dijo con razón que no se podía hablar en adelante del

movimiento literario y jurídico entre 1838-1860 sin que el nombre de Acevedo se refleje en nuestra vida intelectual.

Fué famosa, en efecto, la acción desplegada en esos años por Eduardo Acevedo en la presidencia de la Academia, pues renovó e imprimió un nuevo rumbo a sus estudios. Como se dijo en un periódico de la época, en 1860, al dejar Buenos Aires el doctor Acevedo: "La rutina española dominaba allí omnipotente, las doctrinas de los viejos tratadistas eran la ley a la que todos se sometían sin examen y sin descubrimiento, y por esto el primer cuidado del doctor Acevedo fué encender en sus discípulos el anhelo de su investigación, enseñarle a remontarse hasta la fuente misma, hasta la ley, El doctor Acevedo ama a la ciencia, de la que ha hecho la profesión de su vida y a la que ha consagrado todas las fuerzas de su inteligencia: es comunicativo, ardoroso en su entusiasmo por ella y cumple con todas las condiciones que debe revestir un maestro..."

Fué durante este período, en 1856, cuando el gobierno del Estado de Buenos Aires confió a los doctores Acevedo y Vélez Sárfield la redacción del Código de Comercio.

En el preámbulo, sus autores exponen al gobierno las ideas directrices del proyecto y las fuentes de Derecho de que se habían servido.

En el estado actual de nuestro Código Civil –dicen- era imposible formar un Código de Comercio, porque las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas, y parten de antecedentes ya prescriptos en el Derecho Común. De ahí que hubieran adoptado el método de suplir todos los títulos del Derecho Civil que faltaban para poder componer el Código de Comercio, incorporando treinta capítulos de Derecho Común. Partiendo de nuestro Código Mercantil, que eran las Ordenanzas de Bilbao, habían realizado un estudio de la legislación comparada de los primeros Estados del mundo, y aprovechado de los progresos hechos por esta ciencia del Derecho en los Códigos de Francia, España, Portugal, Holanda, el de Wurtemberg y el del Brasil. Pero además habían utilizado las opiniones de los tratadistas " y nos hemos aprovechado mil veces de sus doctrinas y hasta de su letra al apartarnos de los textos que estudiábamos"

Después de hacer referencias concretas a diversas instituciones del Derecho Comercial, como letras de cambio, sociedades anónimas, quiebra, etcétera, terminan declarando que tuvieron especial cuidado "de no crear un derecho

puramente ideal, sino el que fuese conforme al estado actual de la sociedad y a los progresos y desenvolvimientos ulteriores del comercio, no sólo en el Estado de Buenos Aires, sino en todos los Estados del Plata, y en cuanto fuera posible, conforme también al derecho del mayor número de naciones que comercian con Buenos Aires".

El proyecto de Código fué enviado a la Legislatura en 1857, siendo gobernador Pastor Obligado y ministros Dalmacio Vélez Sársfield, Norberto de la Riestra y Bartolomé Mitre.¹

En 1859 el Código de Comercio fué sancionado por el Estado de Buenos Aires y en 1862 por el Congreso de la Nación.²

En 1865 se adoptó el Código en la República Oriental del Uruguay.

El 23 de agosto de 1863 falleció el doctor Eduardo Acevedo, en un viaje de regreso del Paraguay, a los 48 años de edad.

Los poderes públicos, la prensa, las universidades y academias del Río de la Plata tributaron los homenajes más sentidos al sabio jurisconsulto y publicista doctor Eduardo Acevedo.

1 Los originales del Código de Comercio y de la nota de los codificadores Vélez Sársfield y Acevedo, se encuentran en el Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires.

2 La participación de Vélez Sársfield en el Código de Comercio originó una apasionada polémica. La inició el propio Vélez Sársfield con su discurso en el Senado argentino, en sesión del 19 de agosto de 1862, en que explicó cómo había hecho ese trabajo con el doctor Acevedo.

Replicó el doctor Manuel Quintana en la Cámara de Diputados, en que llegó a afirmar que Vélez Sársfield no había redactado un solo título del Código de Comercio.

Vélez Sársfield contestó y dio a conocer una carta de Acevedo dirigida a él en 1857, en que le insta a desempeñar la labor de "censor, corrector, adicionador y mejorador" del trabajo, salvo que prefiriera aparecer como corredactor. Intervino también en la polémica Pastor Obligado, el gobernador que había encomendado la tarea del Código a Acevedo y a Vélez Sársfield.

II

En 1860 se encargó a D. Domingo Oro —de especial versación en la materia— que propusiera al gobierno los medios más convenientes para patrocinar el desarrollo de la industria de minería. Una comisión especial se pronunció sobre este proyecto de Oro, y elevado el proyecto y el dictamen de la citada Comisión, a la consideración del Congreso, éste lo rechazó por la razón principal que negaba a las Provincias la propiedad de las minas existentes en su territorio.

Entonces el Poder Ejecutivo encomendó la redacción del Código de Minería —el 26 de febrero de 1876— al doctor Enrique Rodríguez.

El doctor Rodríguez había cursado en la Universidad de Córdoba, como Dalmacio Vélez Sársfield, y actuó en carácter de letrado en Chile durante un largo período, especializándose en pleitos y negocios de mineros en momentos en que adquiría un gran desarrollo esa industria. Estudios publicados en Santiago de Chile revelaron que no sólo dominaba la materia legal sino la técnica y la ciencia de la minería.

En sus escritos profesionales *Sobre derecho a un pedazo de cerro situado en las minas de Buena Esperanza y San Juan de Dios* estudia el régimen de las minas nuevas, y en otro titulado *Sobre reivindicación de un pedazo de cerro con sus frutos*, se ocupa de la legislación sobre mensura. A través de estos escritos y otros antecedentes, se demuestra que el doctor Rodríguez dominaba el conocimiento de la legislación indiana y castellana sobre minería, ordenanzas de los siglos XVI y XVIII y la nueva y Novísima Recopilación, en cuya materia se había evidenciado el genio jurídico español.

A su vuelta a la Argentina es posible que el doctor Rodríguez haya completado su formación intelectual con el estudio de las leyes europeas de la época, así como también que el desempeño de altos cargos, como el de Gobernador de Córdoba (1874-1877) le haya dado una experiencia política que ha aprovechado para la redacción del Código de Minería. Por último, como se sabe, el doctor Rodríguez fue miembro del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, de modo que su personalidad sumaba a su condición de jurisconsulto las de magistrado y estadista.

El doctor Rodríguez consagró ocho años a la redacción del proyecto de Código enviado al Congreso por el Presidente general Roca y el ministro de Justicia Eduardo Wilde, en septiembre de 1885.

La crítica hecha al proyecto en la Cámara de Diputados por el doctor Filemón Posse, se concreta principalmente en el hecho de que las fuentes consultadas por el doctor Rodríguez

eran procedentes de países unitarios (Chile, Bélgica Austria, Francia), chocando con la índole federal de nuestras instituciones políticas. Así, el proyecto de Código declaraba que las minas son de propiedad privada de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que estén situadas, e inmediatamente legislaba que las Provincias no podían explotar directamente sus minas; las minas, desde la promulgación del Código quedaban exentas de toda contribución o título, pero era dudoso que esta facultad le correspondiera al Congreso, la de prohibir a las Provincias imponer contribuciones que el mismo Código declaraba ser propiedad de aquéllas; se creaban Tribunales de Minas, determinando su personal y jurisdicción, siendo también dudoso que la Nación tuviera facultad de organizar Tribunales en las Provincias. El orador señaló, asimismo, las disposiciones del proyecto de Código de Minería que invadían las del Derecho Civil, hasta el punto de que el propósito ha sido favorecer y proteger las minas antes que todo y va hasta crear una obligación real en la mina, siendo así que por el Código Civil no existen obligaciones reales sino personales.

La crítica del proyecto de Código fué hecha también por el doctor Manuel A. Sáez. Este jurisconsulto publicó en 1886 el libro *El Código de Minería para la Confederación Argentina*, que mucho influyó en las modificaciones que introdujo el Congreso al proyecto del doctor Rodríguez.

Promulgado el Código el 8 de diciembre de 1886, comenzó a entrar en vigor desde el 1º de mayo de 1887.

El hecho de significación jurídica producido posteriormente en esta materia fué la creación de la cátedra de Legislación de Minas en 1894 y la designación del doctor Joaquín V. González como profesor. Como se ha dicho, González creó la ciencia jurídica minera; el hombre que naciera y viviera sus primeros años y algunos de la madurez al pie del Famatina, lo que importa decir en la falda del Potosí argentino.³

Con conocimiento profundo de la Historia de la legislación minera en América, observó el doctor González que aparte la legislación general para toda España, la tiene especialmente la dictada para América, "pero plantada en el suelo del nuevo mundo, echa raíces propias y se desliga del tronco originario para erigirse en un derecho independiente: así nacieron los tres principales Códigos conocidos en la América Española: la Recopilación de Indias, las Ordenanzas del Perú y las Ordenanzas de Minería de Nueva España", habiéndose aplicado este último como se sabe, en toda la América Española, por más de un siglo.

En 1914 el doctor González presentó un importante proyecto de reforma parcial del Código de Minería, que fué sancionado, con modificaciones, en 1917.

III

La enseñanza de algunos aspectos del Derecho Penal fué iniciada entre nosotros por Guret Bellemare, Antonio Sáenz y Pedro Somellera, durante el gobierno de Martín Rodríguez y el ministro Rivadavia.

Después de la caída de Rosas se propuso la provisión por concurso de la cátedra de Derecho Criminal y Mercantil, al que no se presentó ningún aspirante.

3 GUILLERMO J. CANO: *Código de Minería de la República Argentina...*, Buenos Aires, 1944, t. I, pág. XLVX

En 1855 se nombraron sucesivamente en carácter de profesor de esa disciplina a los doctores Federico Pinedo y Eduardo Carranza, que renunciaron, hasta la designación del doctor Carlos Tejedor en 1856, humanista y jurisconsulto⁴, que se ocupó especialmente de la enseñanza del Derecho criminal.

Había actuado en la Asociación de Mayo, fundada en 1838, e intervino en la conjuración del coronel Maza en 1839. Durante su ostracismo en Chile se destacó por su actitud política. Como sus compañeros de causa, por la libertad, juzgaba severamente al gobierno de Rosas. Sufrió la cárcel en Chile, lo que motivó después su viaje a Lima y a Guayaquil.

Cuando volvió al país, luego de trece años de ausencia, en seguida de la caída de la tiranía, fue nombrado Director de la Biblioteca Pública en reemplazo de Marcos Sastre, y como diputado se opuso al proyecto de ley que mandó juzgar a Rosas por los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires y confiscar todos sus bienes. “Esa ley –dijo Tejedor, revelando una manifiesta superioridad de espíritu– envuelve la persecución política de unos hombres contra otros, ella supone el castigo de un

pueblo entero, y entonces, señor, si todo el pueblo es cómplice de la tiranía de Rosas, no sé con qué pueblo marcaríamos, con qué pueblo viviríamos y sobre qué pueblo legislaríamos... Para mí, una tiranía no es un hombre, sino una época”.

El libro utilizado en la enseñanza fue el de Florencio García Goyena: *Código Criminal español, según las leyes y prácticas vigentes, anotado y comparado*.

El curso universitario de Tejedor se publicó 1860, con la denominación, entonces en boga, de *Curso Derecho Criminal*, teniendo como fuentes la legislación romana, la española y argentina, y los códigos principalmente de Austria y Francia. Más tarde, en su proyecto de Código, utilizó los de Nápoles, Brasil, Uruguay, Chile y principalmente el de Baviera. Durante años, "el proyecto de Tejedor y sus ilustradas notas fueron la obra más frecuentada por quienes en la argentina estudiaron Derecho penal".⁵

4 ALFREDO J. MOLINARIO: *La retractación de los delitos contra el honor, un nuevo ensayo de historia en derecho Penal argentino en "Anuario del Instituto de derecho Penal y Criminológico"* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1949, N° 1°.

En un período de cuatro años (de 1860 a 1863) escribió tres obras, pues además del *Derecho Criminal* redactó un *Manual de Jueces de Paz* y un *Curso de Derecho Mercantil*.

Nombrado por el Poder Ejecutivo para proyectar el Código Penal, así lo hizo, presentando la parte general en 1865 y la parte especial en 1867. En el informe explicativo del proyecto, el doctor Tejedor destacaba el hecho de que mantenía la pena de muerte, pero exigiendo tales condiciones, que hacía difícil su aplicación. Había conservado el libre arbitrio judicial —agregaba—, pero dentro de límites circunscriptos, de tal modo que todas las penas, aun las extraordinarias, eran penas legales.

Ha observado Moisés Nilve que en tanto el Congreso Nacional no se pronunciaba sobre el proyecto del doctor Tejedor, varias Provincias lo convirtieron en ley.

El proyecto del doctor Tejedor pasó a estudio de una comisión especial de jurisconsultos, cuyos miembros, Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, introdujeron reformas teniendo en cuenta los últimos Códigos, Proyectos o Comentarios que reflejaban los adelantos de la materia.

Este nuevo proyecto de Código Penal de 1881, fué enviado a la Cámara de Diputados, donde una Comisión especial preparó un proyecto distinto, que fué considerado en 1886. Sin embargo, al discutirse el proyecto de Código se hacía teniendo en cuenta que el verdadero

autor era el juriconsulto doctor Carlos Tejedor, con las modificaciones aconsejadas por la Comisión de Código de la Cámara de Diputados.

Es verdad que el Código Penal se promulgaba con retardo en 1886, sobre la base de un proyecto del doctor Tejedor preparado hacía veinte años, pero se lograba al fin la adopción de un cuerpo de leyes para la República en materia penal.

En 1890, el presidente Juárez Celman encomendó a una Comisión especial, integrada por Rodolfo Rivarola, José Nicolás Matienzo y Norberto Pinero, la preparación de un Proyecto de reformas de Código Penal. El nuevo proyecto de Código fué enviado al Congreso en 1895, y en 1903 era promulgado. Un movimiento de ideas impuso la necesidad de adoptar importantes reformas que explica la adopción del nuevo Código desde el año 1922.

Recuérdese que el doctor Tejedor fué un publicista y hombre público de vasta actuación. Destacóse como ministro de Relaciones Exteriores del presidente Sarmiento y como gobernador de la provincia de Buenos Aires. Desde este último cargo se opuso a la candidatura oficial del general Roca a la Presidencia de la República. El doctor Tejedor decretó la movilización de la guardia nacional. El gobierno de la Nación trasladó su residencia a Belgrano. Se libraron combates de "Barracas", "Puente Alsina" y "Corrales" y para facilitar la paz Tejedor renunció al cargo de gobernador. En ese momentó solemne dijo: "Es necesario salvar también las instituciones por la guerra o por la paz, sacrificando en todo esto personas y no principios".

IV

Vencido Rosas, Valentín Alsina volvió a Buenos Aires. Encabezó la revolución del 11 de setiembre contra Urquiza. Fué dos veces gobernador, en 1852 y 1857.

En 1862 el gobierno encomendó a Alsina la preparación de un Código Rural. En 1865 presentó su Proyecto de Código. Después de dictado el Código de Comercio (1859) continuaba en Buenos Aires el movimiento de codificación con el Código Rural sancionado por la Legislatura y promulgado por el P. E. el 6 de noviembre de 1865.

El primer proyecto de una legislación orgánica Procesal o de Procedimientos es el del doctor Manuel Antonio de Castro.

Miguel Esteves Sagui, publicó su obra "Tratado elemental de los Procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires", en 1850, ya al término de la época de Rosas. Tiene el significado, esta obra, de haber consolidado la orientación nacional de la nueva legislación argentina.

En el importante decreto del general Urquiza de 24 de agosto de 1852, sobre designación de las comisiones encargadas de redactar los códigos nacionales, figura el Código de

Procedimientos en lo Civil, Comercial, Criminal y Correccional. Fueron designados para integrar la comisión, como redactor José Roque Pérez y como consultores, José Barros Pazos y Eduardo Lahitte, todos ellos juristas.

En la mención de los antecedentes del Código de Procedimientos en lo civil, comercial y criminal deben citarse los autores de proyectos como José Luis Domínguez, Manuel Obarrio, Emilio R. Coni. El primer profesor de esa disciplina en la Facultad de Derecho fué el doctor Antonio E. Malaver.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Eduardo Acevedo, años 1815 – 1863, su obra como codificador, ministro, legislador y publicista, Montevideo, 1908.

Eduardo Acevedo en el centenario de su nacimiento 1815-1863, él homenaje del Foro, de la Facultad de Derecho y de la Municipalidad, Montevideo, 1916.

ALCALÁ ZAMORA, NICETO Y LEVENE, RICARDO (h.): *Derecho Procesal Penal*, t. I, Buenos Aires, 1945.

CANO, GUILLERMO J, *Código de Minería de la República Argentina anotado con sus fuentes*, Buenos Aires, 1944.

CUTOLO, VICENTE: *La Facultad de Derecho después de Caseros*, Buenos Aires, 1951.

CHÁNETON, ABEL: *Historia de Veles Sársfield*, cit., t. II.

GÓMEZ, EUSEBIO: *Tratado de derecho Penal*, t. I, Buenos Aires, 1939.

GONZÁLEZ, JOAQUÍN V.: *Legislación de Minas*, Buenos Aires, 1905.

MOLINARIO, ALFREDO J.: *La retractación en los delitos contra el honor, un nuevo ensayo de historia interna en derecho Penal Argentino* en "Anuario del Instituto de derecho Penal y Criminología", de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1949, N° 1.

NILVE, MOISÉS: *La vigencia del proyecto de Tejedor como Código Penal de las Provincias Argentinas* en "Revista Penal y Penitenciaria", año X, números 35-38, Buenos Aires, 1945.

RIVAROLA, RODOLFO: *Proyecto del Código Penal para la República Argentina*, en colaboración, Buenos Aires, 1906.

SILVA Riestra, JUAN: *Carlos Tejedor, su influencia en la legislación penal argentina*, en "Estudios", Buenos Aires, 1935, y *Evolución de la Enseñanza del Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires*, edición del Instituto de Historia del Derecho, de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, 1943.

SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho Penal Argentino*, t. I, Buenos Aires, 1945.

FISONOMIA POLITICA Y JURIDICA DE LA ARGENTINA CONTEMPORANEA

I

No es fácil caracterizar la fisonomía política y jurídica de la Argentina contemporánea. Debe tenerse presente, en primer término, los incesantes cambios que se producen en su seno y los movibles caracteres de una sociedad poco densa que ocupa un extenso territorio (2.797.113 Km.², con la Antártida son más de 4.000.000) y una población superior a los 19.000.000 de habitantes.

No obstante estos hechos, lo cierto es que la Argentina tiene los caracteres de una nacionalidad vigorosa en la que se ha operado eficazmente la mezcla de diversos tipos raciales y posee una organización constitucional y social en constante evolución y desarrollo de su estructura.

La Constitución de 1853 estaba fundada en un régimen de federalismo atenuado.

Las reformas constitucionales de 1860 obedecieron a la política de afianzar el régimen federal de gobierno. Pero dos décadas después nuevos hechos históricos imprimieron enérgico impulso a la tendencia del régimen de unidad de gobierno y centralización del poder. El año 1880 es la fecha que señala el nuevo momento histórico, y el hecho trascendental después de la guerra civil, es la ley de 20 de setiembre de 1880 que federalizaba el territorio del municipio de Buenos Aires. Esta ley de capitalización aseguró la preeminencia del Presidente de la República, frente al poder político que hasta entonces desplegaba y disponía el gobernador de la Provincia.

Se inició entonces el proceso histórico jurídico de la unidad y aun de la uniformidad de la legislación dictada en materia política, económica y cultural, tendiente a afirmar la preeminencia del centralismo sobre el federalismo bajo la influencia de factores materiales o económicos y espirituales o referentes a la educación y la cultura.

El general Julio A. Roca inició su presidencia el 12 de octubre de 1880 adoptando como divisa de su gobierno: Paz y Administración. Se registraron cifras hasta entonces desconocidas en materia económica, acerca de las importaciones y exportaciones, las rentas de la Nación, los gastos de la administración pública, la inmigración. Tales adelantos fueron posibles porque el presidente Roca afianzó el orden, la prosperidad general y realizó la paz con Chile.

La generación de 1880 inició la grandeza económica del país, siguiendo los postulados liberales y positivistas de Alberdi.

Los Gobernadores de Provincias, hasta entonces con gran ascendiente, necesitaban del apoyo del Presidente para evitar las intervenciones federales. Desde el punto de vista moral, la corrupción se extendía en la administración pública. Al mismo tiempo el gobierno abrazaba ideas liberales, estimulando el progreso jurídico de la Nación, promulgándose la ley de matrimonio Civil, los Códigos Penal, de Minería y el de Procedimientos en materia criminal. Según una observación fundada, el derecho privado y aun el derecho penal son compatibles con el despotismo, como se evidencia con la legislación romana y napoleónica. No faltaban leyes, pero lo que faltaba "era libertad política y dignidad".¹ En ese estado social prodújose una crisis política y económica que desembocó en la Revolución de julio de 1890.

Al comienzo de la segunda década de este siglo se llevó a cabo el experimento político de la ley electoral del voto secreto y obligatorio, en 1912, del Presidente Roque Sáenz Peña, dictada a su inspiración y teniendo en cuenta la necesidad de extirpar el grave mal del fraude y con fe en la democracia y en las virtudes del pueblo argentino, que pasaba a ser el protagonista en la historia de las luchas electorales.

Se creyó que esa iniciativa era tan sólo una actitud política, para evitarse agitaciones, desarmando a un partido que amenazaba con la violencia revolucionaria, pero no fué así, pues el propósito consistió en iniciar la realización de un ideal histórico, abriendo los comicios libres y limpios a la contienda cívica de los argentinos.

El resultado inmediato de la nueva ley electoral fueron presidencias de Hipólito Yrigoyen y Marcelo T. de Alvear, pero al designarse presidente por segunda vez a Yrigoyen, ya de avanzada edad y enfermo, se produjo la revolución del 6 de setiembre de 1930, episodio que reabrió el ciclo de luchas electorales anteriores a 1912. Y así fué como "la crisis de la verdad republicana lb& asumiendo caracteres gravísimos en los años subsiguientes: los de la era del fraude".²

En cuanto al régimen federal, la Nación continuaba evolucionando hacia el sistema de centralización, que se opera por modos distintos y concurrentes, como ser:

1° Por los grandes factores de la unidad política y jurídica de la Constitución de 1853 y la nueva legislación y los códigos nacionales.

2° Por la unidad financiera de la Nación conforme a las leyes que han creado las instituciones protectoras de la riqueza pública y han unificado el régimen rentístico

3° Por la atracción económica, política y cultural de la Capital de la República y por su atracción en razón de su ambiente y bienestar como consecuencia de la concentración urbana del Gran Buenos Aires, hoy la primera ciudad del Mundo Latino, con su brillante tradición histórica, cuna de la Revolución de Mayo y la organización constitucional, ciudad ecuménica de la paz y el trabajo creador.

4° Por el creciente aumento del poder del Presidente de la Nación, como ya he explicado.

La población de la Argentina alcanza en 1955, a 19.000.000, como ya he dicho, de los cuales 5.173.000 es la población del Gran Buenos Aires, índice del crecimiento excepcional de esa zona. En 1914, de acuerdo con el III Censo Nacional de ese año, la población sumaba 7.905.502, de los cuales eran extranjeros, 2.358.000, es decir, casi una tercera parte de la población del país. El IV Censo Nacional del año 1947 presenta un panorama distinto, pues la población es de 15.893.827 (duplica la población del Censo de 1914) de los cuales son extranjeros 2.358.000 o sea el 15,4% de la población.

El porcentaje de analfabetos según el IV Censo de 1947, descendió al 13,6%, y en 1955 a 3,9.³

1 JOSÉ NICOLÁS MATIENZO: *La revolución de 1890 en la historia constitucional argentina*, Buenos Aires, 1926.

2 FAUSTINO J. LEGÓN Y SAMUEL W. MEDRANO: *La Constituciones de la República Argentina*, Ediciones "Cultura Hispánica" 1953, pág. 125.

3 Gino Germani: *Estructura social de la Argentina, Buenos Aires, 1955, págs. 74, 81, 2°1, etc. Además esta obra contiene un análisis interesante: los datos de las actitudes políticas y la estructura de las clases sociales.*

II

La Argentina ha contribuido a fundar una nueva orientación en el derecho internacional, política encarnada en el Libertador José de San Martín, que repudió toda idea de conquista territorial y respetó las fronteras y la soberanía de sus pueblos. San Martín aplicó tal principio en Chile, Perú y Guayaquil y fué seguido al reconocerse más tarde la independencia de Bolivia, Uruguay y Paraguay. El Libertador es además el expositor y realizador de la teoría sobre la guerra inútil, por lo inevitable, como lo era la guerra de la Independencia, y no admitió en América la intervención europea.

La hermandad histórica con todas las naciones de América ha sido profesada por nuestros grandes hombres de Estado y por el sentimiento del pueblo argentino.

Corresponde agregar que aquella política exterior de unión con todas las naciones civilizadas, ha sido continuada durante la época constitucional, concretándose en las siguientes conquistas :

1º La fórmula de que "la victoria no da derechos", proclamada por el ministro Mariano Várela, del presidente Sarmiento, al término de la guerra del Paraguay.

2º La negación al derecho del cobro coercitivo de las deudas internacionales, del ministro Luis Ma. Drago, durante la segunda presidencia del general Roca.

3º La política amplia de América para la humanidad, expuesta en el Himno y en el Preámbulo de la Constitución y exaltada por el presidente Roque Sáenz Peña.

4º La política espiritual puesta de manifiesto en Congresos científicos, en los que ha colaborado en toda labor de solidaridad intelectual y especialmente en la teoría argentina acerca de los convenios sobre revisión de la enseñanza de la Historia y Geografía, fundada en la verdad documental y los datos de los censos, eliminando de los textos las palabras agraviantes y las interpretaciones sectarias.

5º La política democrática que rechaza toda manifestación de ideas contrarias a la libertad. Tratase de una concepción antigua en nuestra historia, aplicada en diversas oportunidades, muestra inequívoca de una solidaridad democrática e institucional como fundamento de la paz y el progreso en este Continente.

III

La uniformidad de la legislación de fondo fué consagrada por los Constituyentes de 1853. Los Constituyentes del 60 introdujeron la reserva que deja a los tribunales provinciales a aplicación de los Códigos comunes cuando corresponde a sus jurisdicciones, pero respetó el principio de la unidad de las leyes sustantivas para toda la

República. Ante la anarquía en la aplicación de las leyes por los tribunales de justicia, es general la aspiración de que el Alto Tribunal de Justicia sea el encargado de interpretar uniformemente los Códigos Nacionales.

Se habían presentado diversos proyectos sobre la materia. El jurisconsulto doctor Rodolfo Rivarola es autor de uno de ellos, conforme al cual se creaba el recurso ordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia y procedía contra los fallos de las Cámaras Federales de Apelación fundado en la violación o aplicación falsa o errónea de la ley, lo mismo de los Códigos Nacionales que de las leyes del Congreso. En 1938, el P. E. proyectó la creación por ley de una Cámara de Casación, habiéndose adoptado una resolución semejante en las reuniones de la Confederación Nacional de Abogados.

La crítica principal que se ha hecho a esta innovación es la de que se produce el estancamiento del progreso jurídico del país por el carácter uniforme e invariable de las decisiones judiciales. Pero tal observación se contesta con sólo recordar que la misión de los Tribunales es afianzar la Justicia, y que la contradicción en los fallos no revela su imperio.

Merece destacarse la tendencia a la unificación de los fueros federal y ordinario en los Tribunales de la Capital.

Está demostrado que la existencia de dos fueros se explica en las Provincias, que organizan su propia justicia además de que existe la justicia federal, pero no tiene razón de ser en la Capital de la República, donde el Congreso Nacional es su órgano legislativo y de la que es su jefe el Presidente, y por tanto, sus jueces son también nacionales.

El Código de Derecho Social está fundado en una concepción amplia, que comprende el derecho del trabajo, la previsión social y todas las cuestiones que emergen de la organización de los trabajadores y de los conflictos entre empleadores y empleados, así como también la organización de los tribunales competentes y el procedimiento en la substanciación de los juicios.

Tratándose del derecho social no se pueden omitir los antecedentes indianos, la concepción humanitaria y cristiana de la legislación, especialmente dictada para los indios. Tal tradición se renueva y supera luego en el derecho patrio argentino, al reconocerse a los indios los derechos políticos para designar sus representantes y la abolición de la Mita, las Encomiendas, el Yanacozgo y el servicio personal de los indios.

El Estatuto de 1815, al referirse a los deberes de todo hombre con el Estado exalta el honroso título de hombre de bien "siendo buen padre de familia, buen hijo, buen hermano y buen amigo". Se creaba previsoramente, la obligación del cuerpo social de garantizar y afianzar el goce de los derechos del hombre, de aliviar la miseria y la desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse.

El artículo 128 de la Constitución de 1819, prescribía: "Siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes. Queda extinguida, toda tasa o servicio personal bajo cualquier pretexto o denominación que sea. El cuerpo legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de Leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado".

En algunos reglamentos constitucionales de provincias —como el de Córdoba, dictado el 30 de enero de 1821— se mandaba: Siendo instituidos los gobiernos para bien y felicidad común de los hombres, la sociedad debe proporcionar auxilio a los indigentes y desgraciados y la instrucción a todos los ciudadanos.

Pero en el Congreso General Constituyente de 1824-1827, prodújose un animado debate al tratarse el artículo de la Constitución de 1826 sobre suspensión de los derechos de ciudadanía, entre otros, al criado a sueldo, al peón jornalero, al simple soldado de línea, al notoriamente vago o legalmente procesado en causa criminal. Rivadavia y sus hombres sostuvieron el texto de ese artículo que fué sancionado con alguna variante.⁴

No hago sino mención de estos antecedentes para establecer la filiación nacional del derecho social, cuyo desarrollo sufrió una honda crisis en la segunda mitad del siglo xix, al punto de que aparece sólo en pocas prescripciones de la Constitución de 1853. No debe olvidarse que el momento político que dio gran impulso a ese derecho, fué la Revolución de 1848 en Francia, que creó el derecho al trabajo y el sufragio universal.

4 RICARDO LEVENE: *Antecedentes para la historia del trabajo en la Argentina*, en *Anuario de historia del Derecho Español*, t. XIX. Madrid, 1946-1949.

5 JOAQUÍN V. GONZÁLEZ: *Proyecto de Ley Nacional del trabajo*, na *Obras completas*, edición de la Universidad Nacional de la Plata, t. VI; ALFREDO L. PALACIOS: *El nuevo derecho*, Buenos Aires, 1920

En 1904 el P. E. envió al Congreso un proyecto de Ley Nacional del Trabajo, del que es autor el doctor Joaquín V. González que se propuso con motivo de las grandes huelgas obreras de 1902 que obligaron a decretar el estado de sitio.⁵

El diputado doctor Alfredo L. Palacios propuso en el Congreso que se tratara un proyecto sobre descanso dominical, relacionado con el proyecto del doctor González. El proyecto citado del doctor Palacios se aprobó en 1905, así como también sus iniciativas reglamentando el trabajo de las mujeres y menores. Se fueron ampliando las leyes obreras hasta que en 1915 se dictó la que consagra la responsabilidad de todo propietario de fábrica en los accidentes de trabajo sufridos por los obreros, y no se exime de tal responsabilidad sino en el caso de que el daño haya sido ocasionado intencionalmente.

Desde 1882, se proyectó entre nosotros la ley sobre la salud pública en varias oportunidades. Existen los proyectos de los legisladores de Del Barco y Maidana en 1919, de J. J. Capurro en 1920, de R. B. Truco en 1923 y antes en 1921, del Poder Ejecutivo.

En nuestro país tal legislación adolecía de serias deficiencias, pues sólo resolvían problemas inmediatos y aislados como las leyes N° 12.317 sobre las enfermedades transmisibles, la 12.670 de vacunación antidiftérica, la 4202 de vacunación antivariólica, la 11.843 de profilaxis de la peste.

Fué aprobado en 1951 un proyecto de Código Sanitaria que elevó la Dirección General de Asuntos Legales y Legislación Sanitaria. Tal proyecto responde a las necesidades sanitarias del país. El libro primero trata "de la cooperación en la sanidad interna"; el segundo, "de la cooperación sanitaria internacional", el tercero, "de la cooperación en la defensa sanitaria de fronteras" y el cuarto y último se ocupa de las sanciones.

El derecho aeronáutico ha sido definido como el conjunto de normas jurídicas que regulan la navegación y el movimiento de los aeromóviles en marcha, en relación con las personas, las cosas y la tierra. Convienen los autores que el derecho aeronáutico tiene instituciones jurídicas análogas a las del derecho marítimo, que participa de los caracteres de derecho público y privado, interno e internacional, tratado preferentemente en convenios internacionales, pero que además es reglado por la legislación interna de los países.

En el proyecto de Código Aeronáutico para la Argentina, se hace especial referencia al desarrollo de la aviación en el mundo, al papel principal que este medio de transporte desempeña en la vida de los pueblos y a la necesidad de sancionar las normas jurídicas que lo regulen.

Las dos grandes Convenciones de Derecho Público, París 1919, y Chicago 1944, afirmaron el principio indiscutible que cada Estado tiene soberanía total y exclusiva sobre el espacio que cubre su territorio incluidas las Islas Malvinas y la Antártida Argentina y, a sus efectos, el territorio comprende las aguas jurisdiccionales.

El Código Aeronáutico que tiene 211 artículos, fué sancionado y promulgado en 1954.

IV

Dos leyes sobre el matrimonio y la condición de los hijos, se dictaron en 1954. Según la primera ley, transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualesquiera de los cónyuges podía presentarse al juez que la dictó pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial. Por decreto ley, de marzo de 1956, del gobierno revolucionario, la prescripción citada está en suspenso.

La otra ley es la referente a la condición de los hijos. Suprime las injustas calificaciones de los llamados hijos naturales, adulterinos e incestuosos; estos dos últimos carecían en absoluto de todo derecho, debiéndose denominarlos hijos extramatrimoniales y amparándolos en sus derechos, nombre, derecho sucesorio, patria potestad y asistencia familiar.

Con la Revolución Libertadora del 16 de setiembre de 1955, el nuevo Presidente general Eduardo Lonardi inició una labor institucional, en la etapa de reconstrucción bajo el régimen de la Libertad.

A fines de 1955 prodújose una crisis en el gobierno revolucionario, designándose en carácter de Presidente al general Pedro E. Aramburu. Afirmó el Presidente Aramburu que su política se inspiraba en los ideales de Mayo y de Caseros, y por lo tanto sería de definida orientación democrática.

El 27 de abril de 1956, el Gobierno derogó la Constitución de 1949 y declaró vigente la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898.

SAAVEDRA LAMAS: *Tratados internacionales de texto social*, en "Estudios", de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, 1922; JUAN A. Bramuglia: *Aportaciones del sindicalismo a la formación del Derecho*, Buenos Aires, 1940.

El gobierno Provisional ajustará su acción a la Constitución de 1853, en cuanto no se oponga a los fines de esta Revolución, enunciados en las directivas básicas de 7 de diciembre de 1955 y a las necesidades de la organización y conservación del gobierno.

Por otro artículo se declaran vigentes las Constituciones Provinciales anteriores al régimen depuesto, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubiesen quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16 de septiembre de 1955. Se mandaba también dejar sin efecto las Constituciones sancionadas por las nuevas Provincias de Chaco, La Pampa, y Misiones.

Asimismo, en junio de 1956, dictóse un decreto ley conforme al cual se reestructuraron los Ministerios Nacionales, reduciéndose a los siguientes trece ministerios: Interior, Relaciones Exteriores y Culto, Educación y Justicia, Trabajo y Previsión, Asistencia Social y Salud Pública, Ejército, Marina, Aeronáutica, Agricultura y Ganadería, Comercio e Industria, Obras Públicas y Comunicaciones.

El Consejo de Gabinete está integrado por los Ministros del Poder Ejecutivo y se convoca cada vez que el Presidente de la Nación lo creyere conveniente.

La provincialización de todos los Territorios Nacionales llevada a cabo en el quinquenio de 1951-1955 inicia una nueva etapa en la configuración de los aspectos político y social de la Argentina contemporánea, pues procura transformar y elevar el estado de los Territorios a la categoría de Provincias autónomas.

A la situación antigua de los Territorios Nacionales, privados de muchos elementos y medios del progreso económico, sucedió la entrada de las corrientes civilizadoras y la sanción de la ley de 1884 sobre la organización institucional de los mismos.

Solamente treinta mil habitantes se exigía como condición, para constituir una Legislatura local, y sesenta mil para poder declararse Provincia, prescripciones ambas que no se aplicaron.

En 1951 se dictó la ley por la que se reconocía a los Territorios Nacionales el derecho a establecer un gobierno electivo, creando las legislaturas locales, pero como se preparaba la provincialización de todos los Territorios, no fué necesario disponer el funcionamiento de dichas Legislaturas.

En agosto de 1951, el Congreso sancionó la ley por cuya virtud se incorporaron con carácter de Provincias los territorios nacionales de Chaco y La Pampa. La provincia de Misiones se creó por ley de diciembre de 1953. En junio de 1955 se sancionó la ley sobre constitución de cinco nuevas Provincias, tres de ellas tienen

los límites actuales de los territorios de Formosa, Neuquén y Río Negro. La cuarta de ellas ocupa el actual territorio de Chubut y casi la mitad del territorio de la gobernación militar de Comodoro Rivadavia. La quinta Provincia ocupa el actual territorio de Santa Cruz más el de la gobernación marítima de Tierra del Fuego, islas del sur y sector Antártico. Las ciudades capitales de estas últimas cinco Provincias son Formosa, Neuquén, Rawson, Viedma y Río Gallegos.

La provincia Chaco tiene 500.000 habitantes, es la región del tanino y el algodón, y la de La Pampa es un activo centro agrícola-ganadero. La provincia de Misiones, que tiene una gran tradición histórica, establecida sobre la base de los treinta pueblos de las Misiones, posee actualmente 320.000 habitantes. Formosa cuenta al iniciarse el año 1955 con 169.153 personas; Neuquén tenía en 1954, 107.278 habitantes; Río Negro, 173.641; Chubut, sumados a los habitantes de la gobernación militar de Comodoro Rivadavia 110.000, ascendiendo el total en 1955 a 139.460; Santa Cruz a 31.473 y la gobernación marítima de Tierra del Fuego que se le anexiona con 10.214; y el sector antártico e islas del Atlántico o "Malvinas, territorios insulares y Antártida Argentina" o sea la provincia más austral del país, con 41.687 habitantes en 1955.

V

Interesa hacer algunas anotaciones sobre las revoluciones argentinas, hecho histórico de regular y constante aparición en las democracias latino-americanas.

Se impone distinguir en primer término las grandes revoluciones realizadas por los pueblos en lucha por los principios superiores y universales de la Independencia de las Naciones y sus formas de gobierno como las revoluciones de Inglaterra (1668), de Estados Unidos de Norte América (1776), Francesa (1789 y 1848) y de la América Española (1810).

La Argentina tomó parte principal en la Revolución por la Independencia de los Estados Hispano Americanos y ha llevado a cabo las revoluciones en favor de la organización constitucional y la libertad electoral comenzando por la revolución que triunfó en Caseros en 1852 y la revolución contra el fraude en 1874, que fué vencida, encabezada por Mitre. Recuérdese que en el Manifiesto en el que explicó su resolución de ponerse al frente del movimiento armado ante los hechos graves producidos, Mitre declaró que "la Revolución era un derecho, un deber y una necesidad, y que no ejercitarla con pocos o con muchos, aunque no fuese más que para protestar

varonilmente con las armas en la mano, sería un oprobio que probaríamos que éramos incapaces e indignos de guardar y merecer las libertades perdidas". La revolución de 1880, dio al país la ley que federalizaba el territorio del municipio de Buenos Aires. Mitre explicó la revolución que se preparaba en 1890 en virtud de haberse producido el falseamiento de las instituciones y la anulación de los derechos del pueblo.

En 1893, el Presidente Luis Saenz Peña dominó la revolución que conmovía al país, pero después renunció a la Presidencia de la República oponiéndose a la ley de amnistía. Dejo establecido que las Repúblicas sudamericanas aparecían ante el exterior como destinadas a no tener gobiernos orgánicos regulares y a ser víctimas de constante anarquía.

Téngase presente, para comprender las revoluciones de la segunda mitad del siglo XIX, las que se han producido en este siglo XX:

En la extensión de cincuenta años del siglo XX, en efecto, se han exteriorizado: la revolución del 4 de febrero de 1905, que alcanzó a triunfar en sus ramificaciones en algunas provincias con la bandera de una rápida reorganización de la República en libre contienda de la opinión; la del 6 de septiembre de 1930, realizada después de la ley electoral de 1912, sobre el voto obligatorio y secreto, que reabrió el proceso histórico de las luchas políticas revolucionarias por la libertad electoral; la revolución del 4 de junio de 1943, para asegurar la libertad del comicio; y la revolución del 16 de septiembre de 1955 para garantizar el ejercicio de las libertades, los derechos individuales y el imperio de la democracia.

Tales antecedentes descubren la existencia de un estado revolucionario persistente que trae consigo graves perturbaciones en el funcionamiento institucional del país, pero que se realizan con ideales superiores en la lucha por el derecho y la libertad.

V I

El bosquejo de este capítulo sobre la Argentina política y jurídica contemporánea demuestra que en nuestro país, como en los pueblos civilizados del mundo, no ha hecho crisis el derecho, sino que se ha producido una revolución de dimensiones en el derecho. Tal cambio se cumple al imprimirse un ritmo acelerado en la transformación de las instituciones argentinas adaptadas a los nuevos tiempos.

La vida del hombre contemporáneo se desenvuelve en un mundo de enorme complejidad, en el que la mayoría de las relaciones sociales de hecho se han transformado, fundadas en la justicia, en relaciones de derecho por imposición de las circunstancias y las fuentes materiales donde nace el derecho.

A la tendencia que proclamó la fórmula errónea del plagio político y de todos los órdenes, de que más copiamos que creamos, considerándonos colonizados por conceptos exóticos, se ha opuesto el estudio cada vez más ilustrado de la personalidad de nuestra Historia, pero sin omitir las influencias generales y la comparación con las instituciones paralelas. Tal orientación ha dejado ver en el curso de esta obra el sentido nuevo o lo original y el sentido humano o lo universal del derecho y el espíritu argentinos.

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

GIANELLO, LEONCIO: *Historia de las Instituciones políticas y sociales argentinas*, Santa Fe, 1952.

GONZÁLEZ, JOAQUÍN V.: *Proyecto de Ley nacional de Trabajo*, en *Obras completas*, edición de la Universidad Nacional de la Plata, t. VI.

"El juicio de un siglo o cien años de Historia Argentina", en *Obras completas*, cit., vol. XX, pág. 216.

KORN VILLAFañE, ADOLFO: *Derecho Constitucional argentino*, Tercera Parte.

LEGÓN, FAUSTINO J. y MEDRANO, SAMUEL W.: *Las Constituciones de la República Argentina*, ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

LEVENE, RICARDO: *Antecedentes para la historia de las leyes del trabajo en la Argentina*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XIX, Madrid, 1946-1949.

MITRE, BARTOLOMÉ: "Arengas", el manifiesto revolucionario de 1874, t. III, pág. 229, tercera edición, única completa. PALACIOS, ALFREDO L.: *El nuevo derecho*, Buenos Aires, 1920.

RIVARÓLA, RODOLFO: *La justicia de la Capital, Unificación de los fueros federal y ordinario*, Buenos Aires, 1908; *Del régimen federativo unitario*, Buenos Aires, 1908.

SAAVEDRA LAMAS, CARLOS: *Tratados internacionales de texto social*, en *Estudios editados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1922.

UNSAIN, ALEJANDRO M.: *Ordenamiento de las leyes obreras argentinas*, edición de la Academia de Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1947.

INDICE DE CAPITULOS

PRÓLOGO.....4

PRIMERA PARTE

HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

C A P I T U L O I

DEFINICION, DIVISION E IMPORTANCIA DE LA HISTORIA DEL DERECHO

- I. Definición y contenido de la Historia del Derecho. — La Historia del Derecho como disciplina filosófica, social y cultural.
- II. División de la Historia del Derecho en externa e interna. — Fuentes del Derecho. — Los restos jurídicos. — Las instituciones jurídicas.
- III. Concepciones genética y sistemática de la Historia del Derecho. — Cada época crea su Derecho. — La Historia del Derecho dividida en períodos.
- IV. Importancia científica y práctica de la Historia del Derecho. — La Historia del Derecho, y la lucha por la justicia y la libertad.
- V. La Historia del Derecho argentino, desde sus orígenes: los Derechos castellano, indígena, indiano y argentino propiamente dicho. — Períodos en que se dividen la Historia del Derecho Indiano y la Historia del Derecho patrio argentino.....14

C A P I T U L O I I

EL DERECHO CASTELLANO Y NUEVAS BASES DEL DERECHO INDIANO.

FUENTES DEL DERECHO INDIANO

- I. La Historia del Derecho castellano y leonés, que reveló el genio jurídico de un pueblo. — La legislación de Indias se proponía continuar en América el espíritu y tendencia del Derecho materno. — Nuevas bases políticas, administrativas, jurídicas,

económicas del Derecho indiano. — El Derecho privado indiano modificó en aspectos principales el Derecho castellano.

- II. Historia externa del Derecho indiano y el estudio de sus fuentes. — La obligación de cumplir los mandamientos reales y sus excepciones. — El Derecho consuetudinario indiano. — Ley de Indias de 1628 sobre requisitos que debía reunir la costumbre. — Jurisprudencia de los Tribunales. — La opinión de los tratadistas. — Los juristas impulsaron la evolución del Derecho indiano.....23

C A P I T U L O I I I

EL DERECHO INDIGENA Y SUPERVIVENCIA DE SUS INSTITUCIONES EN LA LEGISLACION DE INDIAS

Las sociedades indígenas constituyeron la base de la dominación española. — Fusión de las razas y formación de nuevas clases sociales. — Instituciones indígenas de naturaleza económica y política que sobreviven en la legislación de Indias. — El Derecho en el antiguo Perú y en las instituciones de los indígenas argentinos. — El ayllu. — Obligación colectiva, del trabajo. — La institución de los cacicazgos. — Las reducciones y pueblos de indios fundados por el virrey Toledo. — Las Cajas de Comunidad. — La legislación de Indias no abolió importantes instituciones económicas y políticas indígenas. — Revoluciones indígenas por la independencia.....31

C A P I T U L O I V

INCORPORACION DE LAS INDIAS A LA CORONA DE CASTILLA Y CONDICION LEGAL DE LAS INDIAS-LEGISLACION TERRITORIAL Y METROPOLITANA

- I. La reina Isabel y las primeras Leyes de Indias. — Reales cédulas por cuya virtud se incorporaron las Indias a la Corona de Castilla y León solamente. — Igualdad de Castilla y León y las Indias. — Las Indias eran Provincias integrantes de la

Monarquía. — Real Cédula que mandaba excusar la palabra Conquista. — Leyes que fundamentan la concepción de que las Indias no eran Colonias o Factorías.

- II. Reales cédulas, órdenes, pragmáticas, provisiones, autos, resoluciones, sentencias. — Derecho público y Derecho privado indiano. — Potestad legislativa de los distintos órganos de Indias. — La legislación de Indias fué casuista por su origen. — Clasificación de los Cedularios.....41

C A P I T U L O V

LAS PRIMERAS BULAS PAPALES SOBRE EL DESCUBRIMIENTO Y EL JUSTO TITULO DE DOMINACION DE LAS INDIAS. DERECHO PUBLICO ECLESIASTICO AMERICANO. EL PATRONATO REAL

- I. Examen de los títulos de los reyes de Castilla y León a la dominación de las Indias. — Teoría de la concesión pontificia. — Las tres Bulas Papales de 1493, concediendo a los Reyes Católicos y sus sucesores el dominio de las tierras descubiertas. — Otros justos y legítimos títulos. — Teorías de Bartolomé de Las Casas y Francisco de Vitoria. — El Derecho de gentes o comunicación natural y la propagación de la Religión cristiana, invocados por Vitoria.
- II. Las Bulas de 1501 sobre renta de los diezmos y de 1508 sobre el Patronato Real. — La división de los obispados para el gobierno espiritual y el juramento de los altos dignatarios de la Iglesia. — El procedimiento en las apelaciones de las causas eclesiásticas de Indias. — Leyes sobre el Patronazgo de las Indias.
- III. Juan López de Palacios Rubios, autor del Requerimiento. — La concesión pontificia. "I si ansi lo hacieredes... y si no lo hicieredes... según el Requerimiento. — El cautiverio de los indios vencidos en guerra justa, en opinión de Palacios Rubios. — La teoría de Las Casas sobre la injusticia de la guerra con los indios. — Diferencia de la guerra justa de la injusta, según Vitoria.....53

CAPITULO VI

LEYES SOBRE EL TRABAJO DE LOS INDIOS

- I. La legislación sobre el trabajo de los indios y diversos períodos para su estudio. — Prédica de fray Antonio de Montesinos. — Junta de teólogos. — Leyes de Burgos (1512-1513).
- II. Nueva Junta de teólogos en 1523. — La República de los Indios de Vasco de Quiroga, inspirada en Tomás Moro. — El remedio octavo propuesto por el Padre Las Casas. — Las Nuevas Leyes de 1542. — La guerra civil.
- III. Real Cédula de 1601, sobre el trabajo obligatorio de los indios y la libre contratación del patrono.....59

CAPITULO VII

EL DERECHO POLITICO Y ADMINISTRATIVO INDIANO

- I. Los organismos centrales. — Formación de la Monarquía castellana. — La Casa de Contratación de Sevilla, de 1503. — Funciones económicas, geográficas y judiciales de la Casa. — Orígenes del Consejo de Indias. — Los asuntos administrativos despachados por el arcediano Juan Rodríguez de Fonseca. — Constitución de un Consejo de Indias dentro del Consejo de Castilla hasta erigirse en 1524 el Consejo Real y Supremo de Indias. — Su jurisdicción y funcionarios que lo integraban. — Ordenanzas de 1542, 1571 y 1636. — La Junta de Guerra.
- II. Desarrollo del Derecho administrativo indiano. — La provisión de oficios se haría en personas beneméritas. — Debían ser preferidos los descendientes de los primeros descubridores y después los pacificadores y pobladores. — Los Virreyes y demás autoridades no proveerían cargos en sus parientes. — Presentación de inventario de bienes al tiempo de iniciarse en los cargos. — Práctica de los oficios vendibles. — La corrupción administrativa.
- III. La organización virreinal. — Cristóbal Colón, Almirante, Virrey y Gobernador. — Creación de los Virreinos de Nueva España y Nueva Castilla. — Los Virreyes representaban la persona de los Reyes. — Funciones de los Virreyes. — Eran Capitanes Generales, Presidentes de las Audiencias y superintendentes en Real

Hacienda y Obras Públicas. — Lo que los Virreyes no podían hacer. — La institución de los Virreyes en los siglos XVI y XVII y su evolución histórica.....73

CAPITULO VIII

EL DERECHO MUNICIPAL. LOS CABILDOS DE INDIAS

El poder municipal castellano renació en Indias con nuevo vigor.— Fundación de ciudades y establecimiento de los Cabildos. — Ordenanzas de los Cabildos. — Para el desempeño de los cargos concejiles se requería tener casa poblada. — Se elegirían anualmente y no podían tener granjerías do labranza, crianza y de alimentos para el abasto común. — Propios y arbitrios de los Cabildos. — Cabildos abiertos, tradicionales y revolucionarios. — Congreso de las ciudades — Procuradores municipales. — El poder municipal indiano, antecedente; histórico del federalismo en Indias.....81

CAPITULO IX

EL DERECHO ECONOMICO Y FINANCIERO INDIANO

- I. Política de población. — Repartimiento de tierras. — Restricciones al derecho de propiedad. — Ordenanzas de población de 1523 y de 1573. — Facultades reconocidas a los fundadores de poblaciones con el título de Adelantado, Gobernador y Capitán General.
- II. El derecho del trabajo y el servicio personal de los indios. — El Juez Repartidor de indios. — Indios mitayos y yanaconas. — La obligación del trabajo para todos. — Política obrera. — Gremios y su influencia. — Corporación de la Mesta. — Fijación de precios de abasto. — Función tutelar de los Cabildos. — Casa para Albóndiga.
- III. Ordenanza de Minas.
- IV. Comercio de Indias y régimen rentístico.....95

CAPITULO X

EL DERECHO PROCESAL Y PENAL INDIANO. TRIBUNALES ORDINARIOS INFERIORES Y ESPECIALES. EVOLUCION DEL DERECHO PENAL INDIANO

- I. La función, judicial, ejercida por diversos órganos. — Influencia de la justicia indígena en la justicia indiana. — Establecimiento de una jurisdicción especial indígena. — Normas progresistas respecto del procedimiento judicial indiano.
- II. Tribunales ordinarios inferiores y especiales. — Tribunales ordinarios: El Consejo de Indias y sus funciones judiciales. — Recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria. — Visitas y juicios de residencia. — Audiencias de Indias. — Nuevas funciones desempeñadas por las Audiencias en Indias. — Juzgado de Provincia. — Jueces de Comisión. — Juzgado de Vigilancia política. — Juzgado de Bienes de difuntos. — Influencia de las Audiencias en la formación de Estados autónomos. — Facultades judiciales de los Virreyes. — El Ministerio público en el Derecho indiano.
- III. Tribunales inferiores: Alcaldes ordinarios. — Las apelaciones ante los Cabildos. Alcaldes de Hermandad. — Corregidores, Gobernadores y Alcaldes Mayores.
- IV. Tribunales especiales: Eclesiásticos, Santo Oficio de la Inquisición, Militares, Comerciales, de Minería, Universitarios, de la Mesta, de Cuentas, etcétera.
- V. Evolución más humana del Derecho penal indiano. — Carácter social preventivo de la legislación. — Leyes contra los vagabundos ociosos. — Pena capital. — Pena infamante de azotes. — El tormento. — Régimen carcelario.....116

CAPITULO XI

LA CULTURA Y LA ENSEÑANZA EN EL DERECHO INDIANO

La Religión y la cultura. — Creación de cátedras de lenguas de los indios. — La imprenta en América. — Restricciones a la publicación de ideas. — Fundación de Universidades. — Libros prohibidos.....122

CAPITULO XII

EL DERECHO PRIVADO INDIANO

- I. Desde los orígenes de la dominación española se dio a Indias un estatuto jurídico con declaraciones sobre los derechos individuales. Capacidad de las personas. — Derecho de pasar a Indias. — Condición jurídica de los extranjeros. — Derecho de vecindad. — Derechos de petición y libertad de correspondencia.
- II. La familia indiana y la familia indígena. — Libertad de matrimonio. — Razones que impusieron la obligación de contraer enlace a los castellanos. — Casados en España o Indias que estaban ausentes de sus mujeres. — La familia indígena. — Leyes que castigaban la poligamia y el matrimonio por compra entre los indios. — Estructura de la familia indiana.
- III. El Derecho de contratación. — Limitaciones registradas en las Leyes de Indias. — Régimen de sucesión de encomiendas. — Mayorazgos. — Testamentos.133

CAPITULO XIII

CUERPOS LEGALES DE INDIAS. TEOLOGOS Y URISTAS. PRECURSORES HISPANO-INDIANOS DE LAS TEORIAS DEL DERECHO NATURAL, DEL DE GENTES Y DE LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO

- I. Ensayos de Recopilación anteriores a 1680. — La etapa del siglo XVI. — Cedula de Puga. — Toledo, el legislador municipal. — Real Cédula de Felipe II mandando hacer la Recopilación en 1570. — La Recopilación de Leyes de Indias de Juan de Ovando. — Ordenanzas del Consejo de Indias de 1571. — Recopilación de Zorita. — Cedula de Encinas.
- II. Carácter orgánico de la obra recopiladora en el siglo XVII. — Recopilaciones de Zorrilla y de Aguiar y Acuña.
- III. Vida y obras de Antonio de León Pinelo. — Su *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación*, de 1624. — El *Memorial sobre el comercio del Río de la Plata*, de 1623, un documento importante de los orígenes argentinos. — *Epítome de la Biblioteca* de 1629 y el *Tratado de las Confirmaciones Uvales* de 1630. — Pinelo, codificador de la legislación de Indias.
- IV. Vida y obras de Juan de Solórzano Pereira. — Oidor de la Audiencia de Lima, durante dieciocho años. — El *Libro primero de la Recopilación*, de Solórzano, de 1622. — De *indiarum jure*, de 1629. — *Política indiana*, de 1647. — *De los emblemas*, de 1653. —

Las Ideas fundamentales de Solórzano. — Su defensa de los criollos y su opinión sobre los mestizos y mulatos. — Solórzano, creador de la ciencia del Derecho indiano.

- V. Teólogos y juristas de Indias que ejercieron influencia en la legislación. — Los teólogos del siglo xvi y juristas e historicistas del siglo XVII. — Bartolomé de Las Casas, precursor de la teoría del Hincho natural; Francisco Vitoria y Francisco Suárez, del Derecho de gentes; Alfonso de Castro, del Derecho penal, y Pinelo y Holórzuno, de la escuela histórica del Derecho.....157

C A P I T U L O X I V

RECOPIACION DE LEYES DE INDIAS DE 1680

Nueva etapa del Derecho indiano, iniciada con la Recopilación de 1680. — La leyenda roja de los crímenes y la leyenda negra del oscurantismo de España. — Originalidad de las Leyes de Indias. — Grandes leyes de esta Recopilación: sobre el Derecho público eclesiástico, fundación de Universidades, el Derecho político, el Consejo de Indias, las Audiencias, los abogados, la guerra a los indios, la fundación de ciudades, la justicia de los alcaldes. — El sistema de gobierno de los indios. — El Derecho penal — Leyes censurables. — Las Indias no eran colonias. — Crítica de la generación revolucionaria. — Las Leyes de Indias y las Leyes.....170

C A P I T U L O X V

APLICACION DE LAS LEYES DE INDIAS Y DE CASTILLA EN AMERICA

- I. Orden de prelación de Leyes de Indias según la ley II, título I, del libro II de la Recopilación: las cédulas dadas que la Recopilación mantiene "en su fuerza y vigor"; las cédulas "que por nuestra orden se despacharen".
- II. Orden de prelación de Leyes de Castilla según la ley I de Toro. — La Nueva y Novísima Recopilación. — Prueba documental de la aplicación de esta última. — Fueros y Partidas. — Aplicación del Fuero Real. — La ley de Toro revocó una ley de 1499 sobre "las opiniones de los doctores".....177

CAPITULO XVI

FORMAS LEGISLATIVAS EN INDIAS DURANTE EL SIGLO XVIII Y LA NUEVA RECOPIACION. INSTRUCCION DE REGENTES (1776). PRAGMATICA SOBRE MATRIMONIOS (1776).

- I. Factores que explican las reformas legislativas de Indias en el siglo XVIII. — El regalismo de los Borbones. — Política inglesa en la América española y corrientes de opinión revolucionaria.—Planes del ministro conde de Aranda y del magistrado Victorian de Villava.
- II. Período revisionista de la Recopilación de Indias. — Decreto del 9 de mayo de 1776, creando la Junta de Leyes para formar un nuevo Código. — Ansotegui, Ayala, ley del Nuevo Código de 1792.
- III. Instrucción de Regentes de 1776. — Los Regentes tenían la dirección de las Audiencias en lo contencioso y económico. — Apelación ante las Audiencias de las determinaciones del gobierno. — La Instrucción de Regentes acentúa la autonomía de las Audiencias.
- IV. Pragmática de 1776, sobre derecho privado, con el fin de evitar los Matrimonios desiguales. — Los hijos menores de veinticinco años, para celebrar esponsales, debían pedir y obtener el consejo y consentimiento de sus familiares. — En caso contrario quedaban privados del derecho de sucesión y otros privilegios. — Trascendencia del decreto de 1803, sobre matrimonio.....188

CAPITULO XVII

LOS ORIGENES DE LAS INSTITUCIONES JURIDICAS, POLITICAS Y EDUCACIONALES ARGENTINAS. LOS CABILDOS. ORDENANZAS DE ALFARO. LA PRIMERA AUDIENCIA DE BUENOS AIRES (1661). ORDENANZAS DEL CABILDO (1695). UNIVERSIDADES DE CHARCAS Y DE CORDOBA

- I. Las normas jurídicas aplicadas en Buenos Aires en sus orígenes. — Bandos de gobernadores y acuerdos capitulares. — Creación de un Derecho original del lugar. — Registro de vecindad. — Defensa de la ciudad. — Alcaldes ordinarios y de hermandad.

- II. Derecho de vaquerías o de acciones de los vecinos al ganado cimarrón. — Tierras comunes y corte de leñas. — Expulsión de extranjeros. — Proyecto de establecimiento de la Inquisición. Los abogados en Buenos Aires.
- III. División de estas Provincias en dos Gobernaciones.
- IV. La primera Audiencia de Buenos Aires de 1661. — Opiniones favorables a su fundación de Pinelo y Solórzano. — Tenía por objeto evitar las arribadas maliciosas de navios. — El presidente de la Audiencia sería de capa y espada. — La figura del oidor americano Alonso Solórzano y Velasco. — Propuesta para el traslado de la Audiencia a Córdoba. — Supresión de la Audiencia.
- V. Las primeras leyes sobre el trabajo de los indios, — La actuación descollante del licenciado Alfaro. — Ordenanzas de Alfaro dictadas en Buenos Aires y el Paraguay sobre los pueblos de indios y sus relaciones con los pueblos de españole*. — Supresión del servicio personal de los indios. — Leyes de Alfaro recogidas en la Recopilación de Indias de 1680. V. Estatutos y Ordenanzas del Cabildo de Buenos Aires de 1695. — Funciones de justicia. — Prescripciones sobre los Alcaldes, Procurador general y Alguacil mayor. — Viata de cárcel.
- VI. La enseñanza del Derecho en las Universidades de Charcas y de Córdoba.
- VII. Significación política y jurídica del siglo XVII en la Historia del Derecho argentino.....211

C A P I T U L O X V I I I

LA CREACION DEL VIRREINATO DEL RIO DE LA PLATA (1776), DESDE EL PUNTO DE VISTA INSTITUCIONAL, Y LA ORDENANZA DE INTENDENTES (1782)

- I. Acontecimientos principales del siglo xviii que explican la creación del Virreinato del Río de la Plata (1776). — Fundaciones institucionales de esta época.
- II. La "Real Ordenanza para la instrucción y establecimiento de Intendentes de Ejercito y Provincia" de 1782. — Intendencias y Cabildos.— El Teniente Letrado. — Las poblaciones rurales y la ampliación de la línea de fronteras. — Los Partidos, formados sobre la base de los Curatos. — Atribuciones propias de los Alcaldes de Hermandad.....218

CAPITULO XIX

FUNDACION DE LA SEGUNDA AUDIENCIA (1783)

Y DEL CONSULADO DE BUENOS AIRES (1794).

SIGNIFICACION DEL VIRREINATO EN LA

HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. Causas que explican la fundación de la segunda Audiencia de Buenos Aires en 1782.
— Bando del virrey marqués de Loreto por el que se dispone la apertura de la Audiencia en 1785.—Circular de la Audiencia a las autoridades judiciales del Virreinato sobre medidas a adoptarse relativas al orden criminal. — Ordenanzas de la Audiencia. — Libros de la Audiencia. — Cuestiones suscitadas entre el Virrey y la Audiencia. — Graves hechos políticos en que la Audiencia tuvo intervención principal.
- II. La fundación del Consulado de Buenos Aires en 1794 y el Tribunal de Justicia Comercial. — En los juicios se procedería a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada. — El Tribunal de Alzada. — El Consulado como Junta de fomento económico.
- III. Significación del Virreinato en la historia del Derecho argentino.— Lucha por el Derecho nuevo.....227

SEGUNDA PARTE

HISTORIA DEL DERECHO PATRIO

C A P I T U L O X X

CONCEPCION Y CARACTERIZACION DEL DERECHO PATRIO ARGENTINO

Naturaleza del Derecho patrio argentino, formativo de la nacionalidad. — No es un Derecho intermedio, como ha dicho Alberdi. — Las leyes que nos rigen, primera fuente del Código Civil, declaró Vélez Sársfield. — La Revolución de Mayo y su declaración de derechos sobre la igualdad y la libertad. — La soberanía del pueblo, creadora del Derecho patrio argentino.....233

C A P I T U L O X X I

ASPECTOS JURIDICO Y POLITICO DE LA REVOLUCION DE MAYO. LA JUNTA DE GOBIERNO PATRIO Y LA AUDIENCIA

- I. Mariano Moreno dijo en la "Representación de los Hacendados y Labradores" de 1809 que "la igualdad de las Provincias europeas y americanas era una prerrogativa que, según las leyes fundamentales de las Indias, nunca debió desconocerse". — El Cabildo abierto del 22 de mayo, expresión de la voluntad de la parte principal y más sana de la población. — Las fórmulas políticas y jurídicas expuestas. — Discursos de los doctores Castelli, Villota y Paso. — El voto de Saavedra seguido por casi todos los criollos de figuración sobre la cesantía del Virrey Cisneros. — Actitud decidida de los abogados.
- II. La petición escrita del pueblo el 25 de Mayo. — Tal petición no invoca el nombre de Fernando VII y se hace a nombre del pueblo. — Las frases de contenido político: "El pueblo quiere saber de qué se trata" y "¿Dónde está el pueblo?"
- III. El conflicto entre el Gobierno patrio y la Audiencia y las figuras representativas de Mariano Moreno y Manuel Genaro de Villota. Plan- contrarrevolucionario del ex-Virrey, la Audiencia y el Cabildo. El decreto de 22 de junio de expulsión do los

oidores. — Se nombraron en su reemplazo conjueces y no oidores, criollos y abogados del foro. — Los primeros magistrados criollos. — El juramento de los con jueces.....245

C A P I T U L O X X I I

EL REGLAMENTO GENERAL DICTADO EN LOS DIAS 24 Y 25 DE MAYO. FORMACION DEL PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE

- I. El Reglamento político ordenado por el Cabildo el 24 y 25 de Mayo.— Propósito de subordinar la Junta de Gobierno Patrio al Cabildo.
- II. El artículo 7º del citado reglamento mandaba refundir en la Real Audiencia el poder judicial. — Formación del Poder Judicial independiente.
- III. El constitucionalismo de Mariano Moreno y el Deán Funes.....250

C A P I T U L O X X I I I

EL DERECHO PATRIO ARGENTINO DURANTE EL AÑO 1811 Y LAS PRIMERAS CARTAS CONSTITUCIONALES

- I. El año 1811 fué el de los ensayos reglamentarios y las primeras Cartas constitucionales. — Reglamento de 10 de febrero de 1811 sobre establecimiento de Juntas Provinciales. — Polémica entre los diputados Funes y Gorriti sobre los orígenes del federalismo. — El Tribunal de Seguridad Pública, con jurisdicción en todo género de causas de tal naturaleza. — Reglamento provisorio sobre los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria, por el que se mandaba elevar dichos recursos a la Junta Gubernativa. — Reglamentos de 20 de abril y de 26 de octubre de 1811 sobre libertad de prensa.
- II. El Reglamento de 22 de octubre de la Junta Conservadora. — Las leyes existentes no se aplicarían en cuanto se opusieran a la libertad civil de los pueblos americanos. — División de poderes y creación del Poder Judicial Independiente. — El Estatuto Provisorio de 22 de noviembre. — El Habeas Corpus argentino.....257

CAPITULO XXIV

EL REGLAMENTO DE INSTITUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE 1812

La reforma de los establecimientos civiles y criminales y simplificación de la justicia. — Alcaldes de Hermandad y Tribunal de Alzada de Provincia. — Creación de la Cámara de Apelaciones. — Sus funciones. — Supresión de los Juzgados de Provincia y Bienes de difunto. — Críticas del doctor Manuel Antonio de Castro a este reglamento. — Las leyes que se opusieran a la obseivancia del Reglamento de institución y administración de justicia quedaban sin valor.....261

CAPITULO XXV

LA CAMARA DE APELACIONES Y EL TRIBUNAL DE CONCORDIA. COMISION DE JUSTICIA. EL PROCESO SEGUIDO A LOS AUTORES DE LA CONSPIRACION DE ALZAGA. JUZGADO DE BIENES EXTRAÑOS.

I. La Cámara de Apelaciones hasta 1814.—Los primeros voiades — Cambio producido en su seno desde la La Cámara de Apelaciones hasta 1814.—Los

I

primeros voiades — Cambio producido en su seno desde la incorporación del doctor Manuel Antonio de Castro y la fundación de la Academia de Jurisprudencia.

- II. El Tribunal de Concordia y su intervención para poner término a las contiendas. — Derechos o intereses públicos y causas criminales que no eran do su conocimiento. — Su abolición por el Estatuto Provisional de 1815. — Misión pacificadora del Tribunal de Concordia.
- III. Creación de la Comisión de .Justicia el 20 de abril de 1812, para el conocimiento de las causas pendientes sobre robos, muertes y asesinatos.....269

CAPITULO XXVI

LA ASAMBLEA GENERAL CONSTITUYENTE DE 1813 EN LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. La Asamblea declaró que en ella residía la representación y ejercicio de la soberanía de las Provincias Unidas. — Estatuto dado al Supremo Poder Ejecutivo. — La potestad del Poder Ejecutivo concentrada en una sola persona por ley de 1814. — Creación del Consejo de Estado. — El Himno como fuente del derecho argentino. — Leyes que abolieron la esclavitud en la Argentina. — Leyes sobre supresión de la Inquisición, los tormentos, los mayorazgos. — Ley sobre el Reglamento de administración de justicia.—Leyes sobre la Iglesia Argentina. — Las comunidades religiosas quedaban libres de todos los prelados generales existentes fuera del territorio. — Despertar de la conciencia jurídica de la Nación independiente.
- II. Examen de los proyectos constitucionales de 1813. — Proyectos de la Comisión oficial y de la Sociedad Patriótica. — La Constitución española de 1812. — El Poder Judicial Independiente. — El federalismo. — Influencia del constitucionalismo norteamericano.
- III. Juicio de residencia a los funcionarios públicos que habían ejercido hasta entonces las primeras magistraturas. — Ley de amnistía general por delitos políticos.....279

CAPITULO XXVII

EL CONGRESO DE TUCUMAN EN LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

Los diecisiete asuntos que trataría el Congreso señalados en la sesión del 19 de junio. — Alcance político y jurídico del Acta de la declaración de la Independencia de las Provincias Unidas de Sud América de 9 de julio de 1816. — El "Manifiesto de las Provincias Unidas" del 1º de agosto de 1816. — El "Manifiesto que hace a las Naciones" de 25 de octubre de 1817. — Primeras leyes sobre la bandera nacional. — En la sesión secreta del 6 de julio de 1816, el General Belgrano informó al Congreso

sobre el estado político europeo, donde "se trataba de monarquizarlo todo". — La opinión de Fray Justo Santa María de Oro. — La simulación monárquica en 1819.....285

C A P I T U L O X X V I I I

EL ESTATUTO DE 1815, EL REGLAMENTO DE 1817

Y LA CONSTITUCION DE 1819

- I. La Revolución federal de 15 de abril de 1815 y la Junta de Observaciones. — Creación de Tribunales revolucionarios. — El Estatuto Provisional de 1815 contiene una organización de los poderes y declaración de los derechos individuales. — Prescripciones sobre la administración de justicia y la independencia del Poder Judicial.
- II. El Reglamento de 1817. — Prescripción del Reglamento de 1817, conforme a la cual el cuerpo social debía garantizar y afianzar el goce de los derechos del hombre y aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos. — Observaciones a este Reglamento de los publicistas Daunou y Bentham. — Afirmación de que, comparativamente, el Reglamento Provisorio de 1817 era preferible a las Constituciones permanentes en vigor en Europa.
- III. La Constitución de 1819. — Adopción del sistema bicamarista. — Composición del Senado con personas de representación. — Prescripciones sobre el Poder Judicial independiente. — Creación de la Alta Corte de Justicia. — La Constitución de 1819 no fué un pacto de unión.....294

C A P I T U L O X X I X

LA REFORMA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y DE LA LEGISLACION PENAL, COMERCIAL Y PROCESAL. UN NUEVO DERECHO INTERNACIONAL

- I. La reforma de la administración de justicia en 1821 fué inspirada y realizada por Manuel Antonio de Castro y Bernardino Rivadavia. Mensaje del gobierno sobre abolición de los Cabildos de Buenos Aires y Lujan. Colaboración de la Cámara de

Apelaciones en la reforma de la justicia. La primera parte del proyecto de reforma enviado por la Cámara de Apelaciones el 6 de diciembre. La ley de 24 de diciembre de 1821. Jueces letrados e inamovibles de la ciudad y la campaña. Justicia de pae. Supresión de los Alcaldes de Hermandad. Organización de la policía. Causas contenciosas. Nuevo procedimiento para la elección do los miembros del Tribunal del Consulado.

- II. Necesidad de la reforma en materia penal. Su iniciación por Rivadavia. Llegada al país de Guret Bollomare. Su "Discurso" en el que expone las condiciones sociales y jurídicas de la Argentina. Defensa de la institución del jurado. La obra do Beccaria y su influencia entre nosotros. Necesidad de la reforma comercial. Inauguración de la Bolsa Mercantil. Decreto del Gobernador Rodríguez y Ministro Rivadavia sobre Actos de comercio. Decreto del Gobernador Las Heras y Ministro García, constituyendo la comisión encargada de la redacción del Código de Comercio. Los primeros codificadores argentinos en materia comercial: Pedro Somelloru y Bernardo Vélez. Iniciativas posteriores. Necesidad do la reforma procesal. El primer proyecto de Código de Procedimientos del Doctor Manuel Antonio de Castro. Abolición de toda comisión para juzgar determinadas causas. Supresión de los casos de Corto y recursos extraordinarios de Segunda Suplicación, nulidad e injusticia notoria.
- IV. Creación de un nuevo derecho Internacional argentino y americano. Teoría de San Martín sobre el americanismo.....311

C A P I T U L O X X X

LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA. EL DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Fundación de la enseñanza del Derecho en Buenos Airen — La Academia de Jurisprudencia creada por el Dr. Manuel Antonio de Castro en 1815. — La Universidad de Buenos Aires y el departamento de Jurisprudencia creados por el presbítero Dr. Antonio Saenz en 1821. — Las cátedras de Derecho Natural y de Gentes, dictadas por el Dr. Sáenz; de Derecho Civil por el Dr. Pedro M. Somellera; de Economía Política por el Dr. Dalmacio Vélez Sárnfiel, y Al Derecho Canónico por el Dr. Eusebio Agüero.....317

CAPITULO XXXI

EL CONGRESO GENERAL CONSTITUYENTE DE 1824 a 1827,

EN LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. Leyes políticas dictadas por este Congreso. — Ley fundamental de 23 de enero de 1825. — La discusión ilustrada de cada uno en sus artículos hace honor al Congreso. — Delegación del Poder ejecutivo nacional en el gobierno de la Provincia de Buenos Aires. — Ley sobre creación del Poder Ejecutivo permanente y del ministerio.— Ley sobre la Capital del Estado.
- II. Leyes políticas (continuación).—Los primeros trabajos del Congreso acerca de la Constitución que convenía dar al país. — La expresión del diputado Gómez: "Ahora las idons son populares". —El mensaje del Presidente Rivadavia de 4 de abril de 1826. — Consulta a los pueblos. — Las contestaciones dadas por las Provincias sobre la Constitución, según el diputado Paso, no permitían al Congreso pronunciarse.— Debates acerca de la religión de Estado, la cuestión de la ciudadanía y el derecho del sufragio al doméstico a sueldo, jornalero, soldado. — Nuevo debate sobre In forma de gobierno.— Aprobación del artículo sobre la forma do gobierno en el sistema de unidad. — Aprobación de los artículo»» .tothro los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. — La Constitución do 1826 representa un progreso comparada con la de 1819 ou lo concomiente al Poder Judicial.
- III. Leyes económicas financieras. — Formación do un fondo general.— Fundación del Banco Nacional. — Leyes sobre la» aduanas exteriores y sobre la enfiteusis.
- IV. Leyes militares. — Creación y organización del Ejército Nacional. — Nuevas leyes militares con motivo de la guorra dol Brasil.
- V. La Constitución de 1826, rechazada por las Provincias.....329

CAPITULO XXXII

MOVIMIENTO DE IDEAS POLITICAS Y JURIDICAS EN 1827-1829,1833-1835 Y EN 1837-1838.

POLEMICAS JURIDICAS Y TESIS UNIVERSITARIAS

- I. El movimiento de ideas políticas y jurídicas producido en 1827-1829. Tesis doctorales. — Discurso en favor de la pena de muerte por Valentín Alsina. — Contestación de

Guret Bellemare. — Polémica sobre el recurso extraordinario. — La obra de Bellemare *Plan general de organización judicial para Buenos Aires*.

- II. El movimiento de ideas políticas y jurídicas producido en 1833 y 1835. — Intento de reacción contra las facultades extraordinarias en el gobierno del general Balcarco: la aspiración a dictar la Constitución de la Provincia y el Proyecto de Ley sobre Administración de Justicia. — Proyecto de Constitución federal. — Espíritu político de este proyecto, contrario a las facultades extraordinarias. — Proyecto de Reglamento de la administración de justicia: ún documento fundamental en la Historia Judicial Argentina. — Constitución del Poder Judicial independiente
- III. El movimiento de ideas políticas y jurídicas para 1837-1838. — Inauguración del "Salón Literario". — El *Fragmento preliminar al Estudio del Derecho*, de Alberdi, y *Naturaleza filosófica del Derecho*, de Manuel J. Quiroga de la Rosa. Polemicas filosoficas y juridicas. Las *Palabras simbólicas*, de Esteban Echeverría.....345

C A P I T U L O X X X I I I

EL PATRONATO EN LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO. LEYES SOBRE LA FAMILIA ARGENTINA Y LOS MATRIMONIOS MIXTOS

- I. Antecedentes patricios sobre el derecho del Patronato. — Después de casi veinte años de interrupción de relaciones con al Sante Sede, el gobernador Viamonte pidio en 1829 que se designara un obispo. — El Dr. Mariano Medrano, Obispo de Aulón y Vicario Apostolico. — Vistas del Fiscal Dr. Pedro José Agrelo — La resolución del ministro Dr. Tomás Manuel de Anchorena, contraria a la tesis del Fiscal — Decretos de Rosas sobre la materia en 1831.
- II. El 16 de agosto de 1833 se presentaba la Bula por la que Su Santidad nombraba motu proprio al Dr. Medrano, Obispo y Vicario Apostólico. — Por traslación del Dr. Medrano a la Silla Episcopal, Su Santidad también nombró al Dr. Mariano Escalada en dicha vacante. — El Dr. Escalada no se presto a una declaración jurada. — La Constitución de una Junta especial de teólogos, canonistas y juristas, y publicación del Memorial ajustado y el Apéndice. — Dictámenes sobre 14 proposiciones acerca del derecho de Patronato. — El decreto de 24 de marzo de 1834 ponía fin a este asunto acordándose considerar al Dr.

Medrano como si hubiese sido nombrado y presentado en forma – El clero en las luchas por la independencia. – Decreto de Rosas sobre el pase de Bulas.

III. Leyes sobre la familia argentina y los matrimonios mixtos.....354

C A P I T U L O X X X I V
EL PODER JUDICIAL Y EL RESTABLECIMIENTO
DEL TRIBUNAL DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS

El Poder Judicial durante la tiranta de Rosas – El estudio del Tribunal extraordinario de los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria – Periodo de los antecedentes hispano –indianos – El período inicial en la legislación patria (1811 – 1821): vicisitudes del Tribunal Extraordinario – El período subsiguiente de 1821 a 1829: la época de las grandes reformas judiciales. – La crítica de Castro y Bellemare. – Nuevo escrito de este último sobre el recurso extraordinario. – El decreto del gobernador Viamonte y el Ministro Guido, de 20 de octubre de 1820, por el que se suprimió el Tribunal Extraordinario. – Se mandaba concentrar todos los recursos en la Cámara de Justicia como magistratura permanente. – El nuevo período de 1829 a 1838 no es el de la extinción del Tribunal Extraordinario. – Mensaje de Rosas, en que encareció a la Junta de Representantes que dictara la ley sobre recursos extraordinarios. – El debate se prolongó por un año. – La ley dictada en diciembre de 1838. – La supresión del Tribunal Extraordinario, veinte años después, en 1858.....362

C A P I T U L O X X X V
EL DERECHO ARGENTINO EN EL ORDEN INTERNACIONAL

I. Los derechos argentinos sobre las Islas Malvinas. — El decreto de 10 de junio de 1829 creando la comandancia política y militar de las islas Malvinas. — Las agresiones norteamericana e inglesa a las Islas. — Protesta de la Argentina. — Teoría acerca de la unión de las Repúblicas de América para defender el territorio. — La posesión violenta de las Malvinas: el primer caso producido en América después de la Independencia. — Uniformidad de los principios de las naciones americanas llamada a contrarrestar “la ambición y arrogancia europea”. — Los derechos argentinos a las Islas Malvinas

- II. La cuestión con Bolivia. — La misión de Pedro Feliciano de Cavia. — Guerra con Bolivia. — Defensa del territorio del norte argentino.
- III. En 1838 el almirante Leblanc pedía explicaciones a Rosas por varios asuntos. — El ministro doctor Felipe Arana rechazó las pretensiones intervencionistas de los franceses. — Declaración del bloqueo de los puertos argentinos. — La nota de Rosas y el Ministro Arana. — a la Junta de Representantes de 25 de mayo de 1838 dando cuenta de los hechos. — Posición de la isla Martín García. — Tratado de Mackau (1840) — El gobierno de Rosas reconocía las indemnizaciones por perjuicios sufridos por los súbditos franceses, y el almirante Leblanc levantaba el bloqueo y entregaba la isla Martín García.
- IV En 1845 los enviados de Inglaterra y Francia declararon el bloqueo de los puertos argentinos. — Nota de Rosas y el ministro Arana a la Junta de Representantes de 9 de diciembre de 1845 sobre el nuevo bloqueo y las medidas adoptadas para rechazar la intervención violenta. — Conforme a la convención Arana-Southern (1849) y Arana-Lepredour (1850), Rosas retiraba las tropas del sitio de Montevideo y se levantaba el bloqueo anglo-francés. — La navegación del Río Parana sería interior de la Confederación y la del Uruguay, en comunidad con la República del Uruguay.
- V. La cuestión con Chile. — Relaciones comerciales de Chile con las Provincias de Cuyo. — Misión Baldomero García. — La reclamación argentina por la fundación de una colonia chilena en el Estrecho de Magallanes.
- VI. La cuestión con el Paraguay. — Rosas expresó en sus mensajes que no reconocería la independencia del del Paraguay. — El Presidente Carlos Antonio López declaró la guerra a la Confederación el 4 de diciembre de 1845. — La Junta de Representantes autorizó a Rosas a incorporar el Paraguay a la Confederación Argentina. — Brasil y Paraguay firmaron un tratado de unión el 25 de diciembre de 1850 para promover el reconocimiento de la soberanía del Paraguay y constituir una alianza contra Rosas y Oribe.
- VII. La cuestión con el Brasil. — La política del Imperio desconoció el bloqueo de Montevideo, decretado por Rosas. Misión del Vizconde de Abrantes y explicación dada por el Gabinete del Brasil al Gobierno argentino. — El Brasil se inclinó resueltamente en favor de la independencia del Paraguay. — La unión del Brasil con el Paraguay significó el triunfo político y diplomático de los adversarios de Rosas. — Rosas y la defensa de la soberanía nacional.....374

C A P I T U L O X X X V I
EL DERECHO PUBLICO DE LAS PROVINCIAS Y
EL REGIMEN DE LOS PACTOS INTERPROVINCIALES

- I. Organización constitucional de las Provincias.
- II. El proeso histórico del Federalismo nacional. — Sus antecedentes en el derecho patrio argentino. — El régimen de los pactos interprovinciales. —El Pacto Federal de 1831 y la creación de la Comisión representativa. — Rosas afirmó que el llamado al Congreso General debía retardarse. — Disolución de la Comisión de Representativa. — En el Pronunciamiento de Urquiza contra Rosas (1851) y en el Acuerdo de San Nicolás (1852) se invocaron los preceptos del Pacto Federal.....384

C A P I T U L O X X X V I I
S I G N I F I C A C I Ó N H I S T Ó R I C A
D E L A C O N S T I T U C I Ó N D E 1 8 5 3

La Constitución de 1853. — Dos notables documentos del general Urquiza: el Manifiesto sobre los sucesos de junio en Buenos Aires y el discurso leído en el acto inaugural del Congreso Constituyente. — Su divisa de no reconocer después de Caseros, como al levantar el sitio de Montevideo —ni vencedores ni vencidos— Influencias doctrinarias sobre los contituyentes de Echeverría, Alberdi y Mitre. — El dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales sobre la misión del Congreso de dictar la Constitución, según el artículo 2º del Acuerdo de San Nicolás y el artículo 16º del Pacto de 4 de enero de 1931. — principales prescripciones del Proyecto Contitucional sobre el Poder Judicial. — Sesión del 20 de Abril de 1852. — Sanción de la Constitución el 1853. — Reformas de 1860. — Significación histórica de la Constitución de 1853: sus artículos son capítulos de la Historia Patria.....395

CAPITULO XXXVIII

LA ETAPA DE LA CODIFICACION. DALMACIO VELEZ SARSFIELD EN NUESTRA CULTURA JURIDICA. EL CODIGO CIVIL

- I. La etapa de la codificación. — El decreto de Urquiza de 24 de agosto de 1852, que se propuso resolver este problema.— Comisiones codificadoras nombradas por el Gobierno de Buenos Aires.
- II. Encuentro en Córdoba de Manuel Antonio de Castro, José Damaso Xigena y Dalmacio Vélez Sársfield, como abogado en Córdoba y en Buenos Aires.
- III. Dalmacio Vélez Sársfield, diputado al Congreso General. Su intervención en grandes asuntos políticos y económicos. Labor como Profesor de Economía Política en la Universidad. Publicación de obras jurídicas con introducción de Vélez en 1834 y 1835: las Instituciones de Derecho Real de España, de Alvarez y el Prontuario de práctica forense, de Castro. Influencia de Xigena y Castro en la formación intelectual de Vélez. Sus ideas sobre el Derecho Público Eclesiástico en 1834 y en 1854. Labor como letrado. Vélez y Rosas. Otros trabajos jurídicos e históricos de Vélez Sársfield.
- IV. Actuación pública de Vélez después de la caída de Rosas. El decreto de 24 de agosto de 1852, que se propuso resolver el problema de la codificación. Designación de Vélez como redactor del Código Civil argentino. Las críticas de Alberdi y López. El Código Civil Argentino, un exponente de ciencias jurídicas y legislación y un organismo de cohesión nacional.414

CAPITULO XXXIX

ACEVEDO, RODRIGUEZ, TEJEDOR Y LOS CODIGOS DE COMERCIO, DE MINERÍA Y PENAL

- I. Eduardo Aeevedo y el Código de Comercio. — La carrera universitaria y académica del doctor Eduardo Acevedo realizada en Buenos Aires. — El Proyecto de Código Civil del Uruguay, redactado por Acevedo. — Su regreso a Buenos Aires y su labor en la Academia de Jurisprudencia. — La redacción del Código de Comercio encomendada a Vélez Sársfield y a Aeevedo.

- II. Enrique Rodríguez y el Código de Minería. — Su actuación profesional en Chile. — Su consagración en la Argentina a la redacción del Código de Minería. — Promulgación del Código. — Creación de la cátedra de Legislación de Minas en la Facultad de Derecho.
- III. Carlos Tejedor y el Código Penal. — Antecedentes de la personalidad del doctor Tejedor. — Su designación como profesor de Derecho Penal en 1856. — Redacción del Código Penal. — Promulgación del Código Penal en 1886. — Reformas adoptadas.
- IV. Códigos Provinciales.....437