

# VOCES Y ECOS DEL DERECHO CASTELLANO-INDIANO EN LOS CLAUSTROS UNIVERSITARIOS. UN EJEMPLO EN LOS ALBORES DE LA CODIFICACIÓN (UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, 1861-1870)

por VIVIANA KLUGER\*

---

## RESUMEN

*Se analizan las fuentes de derecho-castellano indiano citadas en las tesis doctorales presentadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el período 1861-1870; el manejo de este derecho por los doctorandos; la frecuencia y forma de la cita; las instituciones en las que este derecho se imponía en forma absoluta o en forma relativa; los criterios de interpretación; el papel de la costumbre; las normas que se consideraban superadas; la doctrina con la que los doctorandos estaban familiarizados, etc.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho castellano-indiano; Tesis doctorales; Facultad de Derecho; Universidad de Buenos Aires; Enseñanza del Derecho.

## ABSTRACT

*We analyze the Castilian-Indian law sources listed in doctoral thesis submitted to the Faculty of Law at the University of Buenos Aires in the 1861-1870 period; the handling of this law by the doctorate candidates; the frequency and form of the quotation; the institutions in which this law absolutely or relatively predominated, the criteria of interpretation, the role of custom, the doctrine with which the doctoral students were familiar, and so on.*

**KEYWORDS:** Castilian-Indian Law; Doctoral thesis; Faculty of Law; University of Buenos Aires; Legal Education

---

## Sumario:

I. LAS TESIS DOCTORALES. A. Los temas abordados y su encuadre en el derecho castellano-indiano. B. La invocación del derecho castellano-indiano a la luz de la costumbre y el uso. C. La doctrina jurídica castellano-indiana. D. Crítica y defensa del derecho castellano-indiano. E. El peso de las tradiciones y la mutabilidad de la ley. F. El Proyecto de Código Civil II. CONSIDERACIONES FINALES.

Diez años antes de que comenzara a aplicarse el Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, se citaban en los claustros universitarios el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas, la Recopilación castellana y el derecho indiano, entre otras fuentes. Sin embargo, el hecho de que fuera el derecho que correspondía se invocara, no necesariamente debía llevar a que fuera aceptado y compartido por todos, tanto en el foro como en las aulas.

El objeto del presente trabajo consiste en analizar cuáles fueron las piezas de derecho-castellano indiano que fueron citadas por quienes aspiraban a obtener el más alto grado académico que otorgaba y otorga la Universidad de Buenos Aires -el de doctor en jurisprudencia- durante los diez años inmediatamente anteriores al comienzo de aplicación del Código Civil; el manejo de este derecho por parte de los doctorandos; la frecuencia con que hacían uso del mismo; la forma de la cita; las instituciones en las que el derecho castellano-indiano se imponía en forma absoluta o en forma relativa; los criterios de interpretación; el papel de la costumbre; las normas que se consideraban superadas; la doctrina con la que los doctorandos estaban familiarizados, entre otras cuestiones.

Nos interesará detectar-cincuenta o sesenta y tantos años después de la Revolución de Mayo,- la opinión que de este derecho tenían los tesistas; las voces que se alzaron a favor y en contra de la vigencia y utilización del derecho castellano-indiano; los ecos que resonaban; las consideraciones acerca de la mutabilidad del derecho; los planteos sobre la necesidad de su reforma; los motivos para el cambio; el peso de las tradiciones y el papel del interés público entre otros temas. Ello nos llevará, necesariamente a indagar en el favor o desfavor con el que se veía el Código Civil próximo a aplicarse -que en algunos casos era bien conocido y objeto de estudio por parte de los doctorandos- .

---

\* Es doctora de la Universidad de Buenos Aires, Jefe de Trabajos Prácticos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho y del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

Dirección de e-mail: [vkluge@hotmail.com](mailto:vkluge@hotmail.com)

Atento al volumen de las tesis presentadas entre 1861 y 1870, sólo serán objeto de este estudio las que giren alrededor de cuestiones de derecho civil y en menor medida, derecho procesal, dejando para un próximo trabajo las que versan sobre temas de derecho mercantil.

## I. LAS TESIS DOCTORALES

En una Argentina que aún no había codificado su derecho, la herencia jurídica castellano-indiana se hacía presente en el foro, en tanto y en cuanto no estuviera en oposición con el nuevo orden político, tal como lo señalan los iushistoriadores que han estudiado las fuentes del derecho a partir de 1810.<sup>1</sup> El ámbito universitario no podía permanecer ajeno a esta circunstancia, y en el período inmediatamente anterior al comienzo de aplicación del Código Civil, la Universidad de Buenos Aires- a través de las tesis doctorales que se presentaban para acceder al título de doctor en jurisprudencia- se constituyó también al igual que el foro, en una arena en la que se acudía al derecho castellano-indiano, se debatía acerca de las normas que se consideraban superadas; se citaba la doctrina, se opinaba acerca de la oportunidad o no de su aplicación, se reflexionaba acerca de la mutabilidad del derecho y los motivos que lo justificaban, entre otros temas.

Entre 1861 y 1870- es decir, en los diez años inmediatamente anteriores al comienzo de aplicación del Código Civil- se presentaron ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires 39 tesis sobre derecho civil y derecho procesal<sup>2</sup> en las que sus autores hicieron referencia al derecho castellano-indiano y que constituyen el objeto del presente trabajo.<sup>3</sup>

---

1 Conforme Zorraquín Becú, *Las fuentes del derecho argentino (siglos XVI a XX)*. Revista de Historia del Derecho N° 1. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires. 1973, p. 331; Tau Anzoátegui, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*. Imprenta de la Universidad. Buenos Aires. 1977. p. 120; Díaz Couselo, José María, “La tradición indiana y la formación del derecho argentino”. Disponible en [www.bibliojuridica.org/libros/6/2548/14.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2548/14.pdf) consultada el 15/12/2008.

2 Información que surge de *Tesis presentadas a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales 1829-1960*. Universidad de Buenos Aires. Instituto Bibliotecológico. Buenos Aires. 1979 y de la obra de Marcial Candioti. *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires*. Catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario 1821-1921. Buenos Aires. 1920.

3 A continuación se consignan todas las tesis examinadas, por orden cronológico (las más antiguas primero) indicándose el autor, título de la tesis, editorial y año de publicación, ya que no consta en todos los casos, el año de la defensa: José María Moreno, *En la sucesión ab intestato el derecho de suceder los parientes laterales llega al décimo grado*, manuscrita, 1861; Rosendo Otero, *El beneficio de la restitución in integrum concedido a los menores debe abolirse entre nosotros*, manuscrita 1861; Pedro Bustamante, *La mejora del tercio en los testamentos, que por nuestro derecho puede hacerle padre á la madre á uno ó mas de sus hijos legítimos, es una institución eminentemente moral, conveniente, y necesaria en el estado actual de nuestras costumbres*, manuscrita, 1862; Juan Chassaing, *El cuarto grado es el límite del derecho de suceder ab intestado los parientes laterales*, manuscrita, 1862; Baldomero García Quirno, *Locación*, Imprenta del Uruguay, 1862; Onésimo Leguizamón, *Los hijos naturales reconocidos deben ser herederos ab-intestado de sus padres, no habiendo hijos, ni descendientes legítimos*, Imprenta del Uruguay, 1862; Carlos Paz, *La sociedad civil no constituye persona moral o ser jurídico*, manuscrita; 1862; Juan J. Soneyra, *Disuelta la sociedad conyugal, deberá siempre el marido restituir la dote a la mujer o a los herederos de ésta, salvo el caso en que él sea tal heredero*, manuscrita, 1862; D. David Zavalía, *¿Quedará preservada la dote del vicio de inoficiosa, si la tiempo de su Constitución cabe en la legítima, aunque exceda de ella al de la muerte del padre dotante?*, Imprenta del siglo, 1863; José O. Machado, *El abogado menor de edad no goza del beneficio de restitución*, Imprenta de El Mercurio 1863; Felipe Álvarez, *La mujer que contrae con su marido de mancomun, queda obligada, siempre que renuncie a los privilegios que la ley le acuerda*, Imprenta de “El Nacional”, 1864; Jose Luis Cabral, *Sobre las leyes de retracto de abolengo* Imprenta de la Sociedad Tipográfica Bonaerense, 1864; Fidel S. Cavia, *Es justa causa de desheredación el contraer matrimonio sin el consentimiento paterno en la edad que la ley lo exige*, Imprenta de la Sociedad Tipográfica, 1864; Fortunato Sousa, *La cosa juzgada e influencia de lo criminal en lo civil*. Imprenta de la Sociedad Tipográfica Bonaerense, 1864; Damián M. Hudson, *Hipotecas*, Imprenta de la “Sociedad Tipográfica Bonaerense. 1865; Emilio Aníbal Ponce, *El sustituto pupilar en la sustitución expresa hecha al impúber por el padre en su testamento, no puede excluir á la madre de la herencia de su hijo*. Imprenta de la Revista. 1865; Juan José Romero *Contratos*, Imprenta del Siglo, 1866; Ignacio M. Gómez, *Administración de justicia en la campaña*, Imprenta de Buenos Aires 1866; Diego González, *La forma del sumario en los procedimientos criminales es inconstitucional*, Imprenta del Comercio del Plata, 1866, Martín Rosendi, *El matrimonio*, Imp. De Buenos Aires, 1866; Vicente Martínez, *Sucesión de extranjeros*, Imprenta Americana 1866; Enrique Martínez, *Reforma en las leyes sobre contratos*, Imprenta del comercio del Plata, 1866; Augusto Marcó del Pont, *De la Legitimación*, Imp., Lit. y Fundición de tipos á vapor de J. A. Bernheim, 1867; Manuel E. Pineda, *De la adopción*, Imprenta Americana, 1867; Leopoldo Basabilbaso, *El matrimonio*, Imprenta del Siglo 1867; Aurelio Prado y Rojas, *Estudio sobre las obligaciones solidarias. Comentario al título de Obligaciones solidarias, del proyecto de Código Civil*, Imprenta del Orden 1867; Manuel Belgrano, *Abolición del beneficio de la restitucion in integrum*, Imprenta Americana, 1868; Facundo Fernández, *Facultad del padre legítimo para disponer libremente de sus bienes entre sus hijos*, Imprenta del Mercurio 1869; Benjamín Figueroa, *Prisión por deudas*, Imprenta del orden, 1869; Bonifacio Lastra, *Estudio sobre la libertad de testar*, Imprenta del Plata, 1869; Mariano Demaría, *Transmisión de bienes*, Imprenta Argentina de “El Nacional”, 1869; Juan C. Lagos, *Estudio sobre la reivindicación del vendedor*, Imprenta Americana, 1869; Rómulo Avendaño, *Los espósitos. ¿La obligación de alimentar los estraidos de nuestra Inclusa, pasa a los herederos del que los saca?*, Imprenta del Orden, 1869; Pedro Uriburu (hijo) *Hipoteca*, Imprenta del Orden, 1869; Nicolás Achával, *La exclusión del hijo de la herencia*, Imprenta Del Plata, 1869; Emilio Diaz, *De la prescripción*, Imprenta del Mercurio, 1869; Benjamín Chaves, *El doble vínculo de parentesco en el primer grado de la línea transversal, constituye una preferencia exclusiva a favor de aquel que alega esta calidad, cuando se trata de aquellos bienes que vinieron al difunto del ascendiente común?* Imprenta de La Discusión, 1870; Ernesto Nazar, *La mujer que contrae de mancomun con su marido, no queda obligada aunque renuncie bajo la religión del juramento à la ley 61 de Toro*, Imprenta del Siglo, 1870; José Britos *Prisión por deudas*, Imprenta de La Prensa, 1870.

Para la época en que estas tesis fueron presentadas, era rector de la Universidad de Buenos Aires Juan María Gutiérrez y catedráticos de derecho civil sucesivamente Pablo Cárdenas y José María Moreno y de derecho criminal y mercantil Miguel Esteves Saguí. Según Candiotti, “las exigencias cada vez mayores de la enseñanza para formar jurisperitos cuya preparación respondiera al ambiente del progreso general en que se encauzaba el país, dieron lugar a disposiciones ulteriores por las que se creaban nuevas cátedras en el departamento de jurisprudencia.....a su frente se colocaron hombres cuya figuración se destacó bien pronto en la vieja casa de estudios jurídicos.”<sup>4</sup>

Los doctorandos cuyos trabajos analizamos, pertenecen a la generación que había nacido en la década del 40’, la que con posterioridad a la defensa de la tesis se abocaría a la actividad jurídica -como magistrados, letrados, académicos y docentes-, la política -como ministros, gobernadores, intendentes, senadores y diputados- y a la militar.<sup>5</sup> Dos de ellos, José María Moreno y José Olegario Machado se

---

4 Candiotti, ob. cit. p. 115.

5 A continuación se consigna la información que hemos podido recabar de los doctorandos :

- José María Moreno: nació en Buenos Aires en 1845, fue el catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires-el primero luego de la sanción del Código Civil-, “primer comentarista del Código Civil y su más sabio expositor”, según Cutolo. Fue diputado nacional, decano de la Facultad de Derecho y vicerrector de la Universidad, miembro de la Convención de Buenos Aires que dictó su Constitución en 1873, Junto con Ceferino Araujo, José Montes de Oca y Antonio Malaver fundó en 1869 la Revista de Legislación y Jurisprudencia. Miembro académico de la Facultad de Derecho en 1874. Falleció en 1882. Conforme Cutolo, ob. cit. Tomo IV, p. 658/659.
- Juan Chassaing: nació en Buenos Aires en 1839. Se dedicó al periodismo. Según Cutolo “era una figura típica del porteño de su generación; era un tribuno y un poeta. Sedujo con el atractivo de su palabra fuertemente persuasiva y con la elocuencia que arrancaba el aplauso sin buscarlo”. Fue diputado al Congreso de la Nación. Falleció en 1864. Cutolo, ob. cit. Tomo II, p. 442/ 443.
- Onésimo Leguizamón: nació en Gualeguay, Entre Ríos, en 1839. Fue catedrático de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho. Junto a José Olegario Machado publicó los Institutos del Código Civil Argentino. Fue Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública de Avellaneda. Fue diputado nacional. En 1877 fue elegido miembro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta 1882. Fundó en Buenos Aires el diario “La Razón”. Entre su obra, se destaca “Las leyes de la guerra Internacional”, Estudios sobre Disraeli y Gladstone y las Memorias presentadas al congreso de la Nación entre 1875 y 1877. Se conservan sus apuntes de derecho Internacional (1874) tomados por sus estudiantes de segundo año Luis Telmo Pintos y Joaquín Rivadavia. Falleció en 1886. Cutolo, ob. cit. Tomo IV, p. 158/159.
- Juan J. Soneyra: nació en Entre Ríos en 1839. Ejerció la profesión alternándola con labores docentes en el Colegio del Uruguay. Fue diputado a la Legislatura, juez del Crimen y camarista, diputado nacional, conforme Cutolo, ob. cit. Tomo VII p.168
- David Zavalía; hijo de Salustiano Zavalía, nació en Tucumán. Desempeñó importantes cargos en la magistratura, como agente fiscal y juez del crimen. Falleció en 1888. Cutolo, ob. cit. Tomo VII, p. 790.
- José O. Machado: nació en Santa Fe en 1842. Fue diputado por Santa Fe, juez de primera instancia en lo Civil de Rosario, En 1869 junto con Severo González, Manuel Rogelio Tristany y Pedro Rueda fundaron la revista “Anales del Foro Argentino”. En Buenos Aires abrió su estudio jurídico con el Dr. Onésimo Leguizamón. En 1879 fue Procurador Fiscal de la Nación. Fue autor de una Instituta del Código Civil Argentino con Leguizamón en 1872. En 1875 dio a conocer el primer tomo de Comentarios al título de los contratos del Código Civil. En 1893 dio a conocer su Compendio del Código civil argentino, pero su obra cumbre fue *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*. Escribió otras importantes obras, y el Código Civil Argentino interpretado por los Tribunales de la República, cuyo quinto y último tomo apareció en 1905. Fue profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires en 1904. Renunció al año siguiente por cuestiones académicas. Falleció en 1910. Cutolo, ob. cit. Tomo IV, p. 335.
- Damián M. Hudson: un Damián Hudson (sin la M del segundo nombre), fue presidente de la “Sociedad Auxiliar de la Biblioteca Popular” en 1866, conforme [www.conabip.gov.ar](http://www.conabip.gov.ar) consultada el 11/08/08; un Damián Hudson fue un historiador mendocino, contemporáneo de José de San Martín, autor de una obra denominada Recuerdos históricos sobre la Provincia de Cuyo, Mendoza, 1898, conforme [www.sanmartiniano.com/textos/parte2/texto051.php](http://www.sanmartiniano.com/textos/parte2/texto051.php) - 12k, consultada el 11/08/08.
- Juan José Romero: nació en Buenos Aires en 1841. Según Cutolo, “Dedicado al ejercicio de la profesión, llegó a adquirir tal renombre, que pronto tuvo a su cargo la dirección de asuntos de importantes empresas”. Fue diputado y senador por Buenos Aires, interventor de la provincia de Buenos Aires, ministro de Hacienda de Roca. Luis S. Peña, y José Evaristo Uriburu. En 1906 figura como integrante de una comisión de notables designada por el presidente José Figueroa Alcorta para analizar la situación de las aguas del Plata y de la isla de Martín García, en relación con la controversia argentino-uruguaya sobre la jurisdicción de las aguas del Río de la Plata. Falleció en Buenos Aires en 1915. Conforme <http://www.cema.edu.ar/ceieg/arg-rree/7/7-089.htm> y Cutolo, ob. cit. Tomo VI, p. 386/387
- Enrique Martínez: nació en Buenos Aires en 1844. Luego de graduarse ejerció la profesión. Fue nombrado juez en lo Civil en 1880. Ocupó la cátedra de Procedimientos en la Facultad de Derecho entre 1890 y 1900. Fue designado miembro de la Corte Suprema de Justicia en 1899, cargo que desempeñó poco más de un año, pues falleció en 1900. conforme Cutolo, ob. cit. Tomo IV, p. 420.
- Augusto Marcó del Pont: en 1928 escribió una obra titulada: *San Rafael, la región del porvenir*, conforme <http://ffyl.uncu.edu.ar/IMG/pdf/HISTM-2.pdf>, consultada el 11/08/08.
- Leopoldo Basabilbaso: nació en Buenos Aires en 1843. En 1869 fue elegido diputado provincial, y en su labor legislativa presentó diversos proyectos como el de creación del Registro Civil, abolición de la pena de muerte, libertad de enseñanza y organización administrativa del Ferrocarril del Oeste. En 1873 fue Fiscal de Estado, fue Ministro de Hacienda de la provincia durante el gobierno de Acosta, de 1875 a 1884 fue miembro de la Cámara de Apelaciones, fue académico de Derecho desde 1877, decano de la misma Facultad 1881 y abogado consultor del Banco de la Provincia. En 1866 fue nombrado rector de la Universidad de Buenos Aires, cargo que conservó “durante largos años”, conforme Cutolo, ob. cit. Tomo I, p. 350. Integró la Comisión Asesora del gobierno argentino en el litigio de límites fronterizos entre Perú y Bolivia; fue interventor nacional en Corrientes y comisionado nacional en Mendoza. En 1894 fue elegido diputado Nacional por la Unión Cívica Radical. en 1906 figura como integrante de una comisión

destacarán luego como autores de obras de doctrina que alcanzarían difusión en los primeros años de la vida del Código Civil, mientras que de una buena parte de ellos no han quedado rastros.<sup>6</sup>

Fueron padrinos de estas tesis algunas figuras que para aquella época o más adelante se desempeñarían en la docencia como académicos y catedráticos de la Facultad de Derecho, en la magistratura, en el ejercicio profesional o en la política, tales como Joaquín Granel,<sup>7</sup> Pastor Obligado,<sup>8</sup> Martín Ruiz Moreno,<sup>9</sup> José B. Gorostiaga,<sup>10</sup> Eduardo Costa,<sup>11</sup> José Roque Pérez,<sup>12</sup> Daniel María Cazon,<sup>13</sup> Juan E. Barra,<sup>14</sup> José E.

---

de notables designada por el presidente José Figueroa Alcorta para analizar la situación de las aguas del Plata y de la isla de Martín García, en relación con la controversia argentino-uruguaya sobre la jurisdicción de las aguas del Río de la Plata, conforme <http://www.cema.edu.ar/ceieg/arg-rree/7/7-089.htm>. Fue académico titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1894, conforme [http://www.derecho.uba.ar/institucional/historia/index\\_05.php](http://www.derecho.uba.ar/institucional/historia/index_05.php). Falleció en Buenos Aires el 13 de enero de 1908.

- Aurelio Prado y Rojas: profesor de Derecho Romano entre 1867-1868, y de derecho internacional en 1869. Fue secretario de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y compilador de los Acuerdos y sentencias dictados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, publicados por El Orden, 1875, conforme [www.bnm.me.gov.ar](http://www.bnm.me.gov.ar) y Cutolo, ob. cit. Tomo V, p. 593 y 594.
- Benjamín Figueroa: nació en Salta en 1849. Fue docente en el Colegio Nacional de Concepción del Uruguay y después en el Colegio Nacional de Salta, donde llegó a ser rector. Fue fiscal nacional ante el Juzgado Federal de Salta y juez federal en Salta y Jujuy. Fue diplomático en Perú, Bolivia. Fue Juez Federal en Salta y Jujuy. Fue miembro de la comisión reformadora de la Constitución de Salta en 1882. Se especializó en Derecho Internacional. Integró la comisión reformadora de la Constitución Nacional en 1890. Fue senador Nacional por Salta en dos oportunidades. El presidente Roca lo designó interventor federal de La Rioja, Santiago del Estero y Catamarca. Concluyó su carrera pública como fiscal de la Cámara de Apelaciones en lo Civil. Murió el 15 de noviembre de 1905, conforme [www.camdipsalta.gov.ar](http://www.camdipsalta.gov.ar), y Cutolo, ob. cit., Tomo III, p. 88.
- Bonifacio Lastra: ministro de Hacienda de Nicolás Avellaneda, conforme [/www.elhistoriador.com.ar](http://www.elhistoriador.com.ar)
- Mariano Demaría: nació en 1842 y murió en 1921. Fue diputado nacional, relator del Tribunal de Justicia y juez del Crimen. Desde 1878 a 1880 se desempeñó como senador a la Legislatura de Buenos Aires. Fue Ministro de Hacienda de la provincia de Buenos Aires, uno de los fundadores de la Unión Cívica y promotor de la Revolución del Parque de 1890 en la que fue miembro de la Junta Revolucionaria. Seguidor y amigo personal de Leandro Alem fue uno de los fundadores de la Unión Cívica Radical en 1891 pero se desvinculó del partido luego de la muerte de aquel en 1896 para incorporarse al Partido Autonomista Nacional dirigido por Julio Argentino Roca. Fue Director General de Escuelas y presidente de los bancos estatales Nación e Hipotecario y de la Caja de Conversión. Entre 1902 y 1905 fue ministro plenipotenciario en Uruguay. En 1915 fue uno de los fundadores del Partido Demócrata Progresista junto con Lisandro de la Torre. Pertenecía a la masonería, conforme Etchepareborda, Roberto, *La Revolución Argentina del 90*. Eudeba. Buenos Aires. 1966 y Cutolo, ob. cit. Tomo II, p. 520.
- Rómulo Avendaño: nació en Buenos Aires en 1847. Según Cutolo “universitario brillante practicó en el estudio del Dr. Manuel Obarrio, y hallaba tiempo para consagrarse a la investigación histórica”. Publicó diversos ensayos en la Revista de Buenos Aires y unos apuntes históricos sobre el partido de San Isidro. Fue autor de “Apuntes Históricos sobre el Partido de San Isidro”, publicado en 1869, falleció en 1870. Cutolo, ob. cit. Tomo I, p. 274.
- Nicolás Achával: nació en Buenos Aires en 1845. En 1872 fue elegido diputado a la Legislatura de Buenos Aires por el partido Autonomista; en 1880 senador y luego vicepresidente del Senado encargado de la presidencia. Fue miembro de la Comisión Provisional para la reforma de la Constitución de 1882, y luego director general de Escuelas de la Provincia. En 1892 fue director de la Caja de Conversión y presidente de la Dirección General de Rentas. Falleció en 1929, conforme Cutolo, ob. cit., Tomo I, p. 28.

6 No hemos podido obtener información acerca de Felipe Álvarez, Manuel Belgrano, José Britos, Pedro Bustamante, José Luis Cabral, Fidel S. Cavia, Benjamín Chaves, Emilio Díaz, Facundo Fernández, Baldomero García Quirno, Ignacio M. Gómez, Diego González, Juan C. Lagos, Vicente Martínez, Ernesto Nazar, Rosendo Otero, y Carlos Paz, Manuel Pineda, Emilio Ponce, Martín Rosendi, Fortunato Sousa y Pedro Uriburu (h).

7 Padrino de José O. Machado. Granel fue senador del 28/04/1865 al 30/04/1874 Disponible en [http://www.senado.gov.ar/web/senadores/historico/per\\_rem.php](http://www.senado.gov.ar/web/senadores/historico/per_rem.php) consultada el 2 de agosto de 2008

8 Padrino de Ignacio M. Gómez. Obligado nació en Buenos Aires en 1818 y murió en Córdoba en 1870. Fue gobernador de la provincia de Buenos Aires en la época de su secesión de la Confederación Argentina, tras la caída de Juan Manuel de Rosas y diputado nacional entre 1862 y 1869, conforme Cutolo, ob. cit. tomo V, p. 88/89.

9 Padrino de Onésimo Leguizamón. Nació en Rosario en 1833. Se recibió de abogado en la Escuela de Derecho de Concepción del Uruguay en 1858. Fue Defensor de Pobres y Menores, fue Juez, miembro de la convención constituyente de la provincia de Entre Ríos en 1860. fue diputado nacional, Intervino en el debate sobre la Cuestión Capital. Fue jefe político del Departamento Rosario, Fiscal de Estado, Fiscal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, fue primer decano y profesor de derecho penal y comercial en la Escuela de derecho del Colegio del Uruguay. Sus alumnos publicaron un folleto sobre derecho penal. Fue autor de numerosos trabajos relacionados por la legislación y la historia de su provincia. Falleció en 1919. Cutolo, ob. cit., tomo VI, p. 499/501.

10 Padrino de David Zavalía. Gorostiaga fue convencional constituyente en 1853 y 1860 y juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Conforme Cutolo, ob. cit. Tomo III, p. 407.

11 Padrino de Emilio Aníbal Ponce. Costa nació en 1823 y falleció en 1897. Fue académico titular de la Facultad de Derecho, Fiscal de gobierno, diputado y senador provincial, Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, de Relaciones Exteriores y de Interior durante los gobiernos de Mitre, Pellegrini, Luis Sáenz Peña, diputado nacional, convencional del Estado de Buenos Aires en 1860, diputado nacional, interventor en provincias. Fue Procurador General de la Nación, según Cutolo, “siendo luminosos y notables los informes que en ese carácter tuvo que evacuar”.... Conforme Cutolo, ob. cit., Tomo II, p. 387 y 388.

12 Padrino de Vicente Martínez y de Damián M. Hudson. Pérez fue penalista y funcionario público.

Uriburu,<sup>15</sup> José A. Ocantos,<sup>16</sup> Miguel Navarro Viola,<sup>17</sup> Antonio Benguria,<sup>18</sup> Francisco de Elizalde,<sup>19</sup> Juan José Álvarez,<sup>20</sup> Nicolás Avellaneda,<sup>21</sup> Pablo Cárdenas,<sup>22</sup> José M. Moreno,<sup>23</sup> Miguel Esteves Saguí,<sup>24</sup> Exequiel Pereira,<sup>25</sup> Luis Lagos García,<sup>26</sup> Federico Pinedo,<sup>27</sup> Amancio Alcorta,<sup>28</sup> Manuel Obarrio<sup>29</sup> y hasta el mismísimo rector.<sup>30</sup> Ignoramos el motivo por el que no se consigna el nombre del padrino en las tesis de 1861 y 1862.

En los primeros años las tesis no se publicaban debido a “la escasez de recursos de la mayoría de los aspirantes”, sin perjuicio de lo cual “hubo trabajos de verdadero mérito científico y en más de una ocasión ella misma costó o ayudó a su impresión”.<sup>31</sup>

En 1863 el Rector de la Universidad hizo obligatoria la impresión de la tesis, a fin de que se facilitase su conocimiento y estudio<sup>32</sup> y en 1865 la Universidad dictó un reglamento en el que se precisaron los requisitos formales de las tesis y del procedimiento de su defensa.<sup>33</sup>

El corpus documental que estudiamos está constituido por una mayoría de trabajos éditos, y unos pocos inéditos,<sup>34</sup> muy breves, escritos en algunos casos y a primera vista, sólo para cumplir un requisito burocrático y sin mayores pretensiones intelectuales, “trabajos ligeros, de no más de una veintena de páginas” y “reducidas, casi siempre, a proclamar algunos tópicos e ideas aceptadas por los juristas al uso”, en opinión de Abásolo. Según el mismo autor, se trata de “trabajos comunes y sencillos, los mismos que, precisamente en su medianía y mediocridad, más nos aproximan al verdadero clima universitario”.<sup>35</sup>

---

13 Padrino de Manuel Belgrano. Ejerció su profesión ocupando importantes cargos públicos. Fue magistrado, catedrático en la Facultad de Derecho, Senador y miembro de dos Asambleas Constituyentes. Fue el primer intendente de Tigre en 1872. Conforme <http://www.bpstigre.com.ar/Personaje.htm>

14 Padrino de Nicolás Achával Barra se graduó de doctor en jurisprudencia en 1857, ejerció la profesión “donde demostró clara inteligencia” según Cutolo; fue Juez de Comercio y miembro de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial y Criminal de la Provincia de Buenos Aires; fue presidente del tribunal cuando se federalizó Buenos Aires. Falleció en Buenos Aires en 1904, conforme Cutolo, ob. cit., Tomo I, p. 332.

15 Padrino de Pedro Uriburu (h). José E. Uriburu nació en 1831 y murió en 1914. Fue juez federal, Procurador del Tesoro de la Nación, diputado, senador y Presidente de la República.

16 Padrino de Facundo Fernández. Ocantos nació en Buenos Aires en 1833, fue Asesor de Menores, juez federal y diputado nacional. Según Cutolo “distinguióse en el foro y en el parlamento, siendo su palabra fácil, galana e ilustrada...”. Falleció en 1902.

17 Padrino de José Britos y de Benjamín Chaves. Miguel Navarro Viola nació en Buenos Aires en 1830 y falleció en 1890. Fue director de la “Revista de Buenos Aires”. Existe una vasta bibliografía sobre Navarro Viola, entre la que se encuentra la obra de Ernesto J. A. Maeder, *Índice General de la Revista de Buenos Aires (1863-1871)*. Boletín de la Academia Nacional de la Historia. Buenos Aires. 1962. vol. XXXIII. 2º sec. 745-794.

18 Padrino de Ernesto Nazar. No hemos tenido acceso a información sobre Benguria.

19 Padrino de Diego González. Presumimos que se trata del integrante de la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados encargada de analizar la posibilidad de instituir al alma como heredera, mencionada por Abel Cháneton en su obra *Historia de Vélez Sarsfield*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1969, p. 308.

20 Padrino de Felipe Álvarez.

21 Padrino de Enrique Martínez y de Benjamín Figueroa. Avellaneda nació en 1837 y falleció en 1885. En 1860 fue designado catedrático de Economía Política y en 1874 Presidente de la República. Conforme <http://www.historiadelpais.com.ar/avellaneda.htm> consultada el 23-08-08.

22 Padrino de José Luis Cabral. Cárdenas era a la sazón Catedrático de Derecho Civil.

23 Padrino de Juan José Romero y de Emilio Díaz.

24 Padrino de Manuel E. Pineda. Esteves Saguí era el Catedrático de Derecho Comercial.

25 Padrino de Fortunato Sousa y Aurelio Prado y Rojas. Profesor de Derecho Romano entre 1863-1867 y 1868-1871, conforme Héctor Eduardo Lázzaro, *La enseñanza del Derecho Romano en las universidades argentinas de Córdoba, Buenos Aires y La Plata*, XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires, 15 al 17 de agosto de 2004, disponible en [www.edictum.com](http://www.edictum.com). Según Cutolo, “Su estudio de abogado fue uno de los más prestigiosos de la ciudad”. Falleció en Buenos Aires el 25 de mayo de 1917. Conforme Cutolo, ob. cit., Tomo V, p. 421/422.

26 Padrino de Juan C. Lagos. Luis Lagos García nació en Buenos Aires en 1844. Su tesis “Sobre cambios” mereció el aplauso de los examinadores. Había practicado en el estudio de Carlos Pellegrini en 1869, al presentar éste su tesis sobre Derecho electoral. Tuvo destacada actuación política y militó en las filas del Partido Autonomista, fue secretario de Sarmiento durante su presidencia. Fue profesor durante varios años de la cátedra de Economía Política en la Facultad de Derecho de Buenos Aires y académico de la misma. Como resultado de sus clases, publicó su libro de Economía Política. Miembro de la Legislatura de Buenos Aires, actuó durante varios períodos, siendo elegido diputado provincial desde 1873-76; 1876-80 y 1880-83. Propuso, junto con J.M. Núñez y Alem, la abolición de la prisión por deudas, salvo el caso de quiebra. Intervino con brillo en los debates relativos a la enseñanza laica. Integró la convención Nacional de 1898 que reformó los artículos 37 y 87 de la Constitución. Fue abogado jefe del Banco Nacional, del Banco de la Nación Argentina, del Ferrocarril Pacífico y el Jockey Club. Falleció en Buenos Aires en 1907. Conforme Cutolo, ob. cit., Tomo IV, p. 35.

27 Padrino de Martín Rosendo y de Augusto Marcó del Pont. Fue catedrático de Derecho Internacional. Conforme Cutolo, ob. cit., Tomo V p. 503/ 504.

28 Padrino de Leopoldo Basabilbaso. Alcorta fue decano de la Facultad y catedrático de derecho internacional privado.

29 Padrino de Rómulo Avendaño. Obarrio fue académico titular y catedrático de derecho comercial. Conforme <http://www.derecho.uba.ar/institucional/historia/index.php>, consultada el 23-08-08.

30 Padrino de Bonifacio Lastra.

31 Candiotti, ob. cit., p. 21

32 Resolución del 17 de julio de 1863, Candiotti, ob. cit., p. 116.

33 arts. 130 a 133, ob. cit., p. 117.

34 Las tesis de 1861 y 4 tesis de 1862.

35 Abásolo, Ezequiel, “El adiós a la antigua jurisprudencia. Las tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires como reflejo del tránsito entre la hegemonía de la cultura jurídica indiana y la de la codificación”, p. 9. Presentado al III Congreso Brasileiro do História do Direito (Curitiba, 12 a 15 de septiembre de 2007).

Candioti, refiriéndose al mérito científico o literario de cada una, sostenía que había “de todo...” y que “se había vuelto al descuido y al abuso, pues la mayoría de los trabajos no respondían a su finalidad”. Candioti opinaba que “hay algunas presentadas este año que están lastimosamente escritas” y que “Es una vergüenza para un joven que sale de las aulas después de haber hecho estudios de doce años de duración por lo menos, el que su trabajo inaugural parezca escrito por un simple alumno de primeras letras. Y lo es también para la Facultad que aparece autorizando semejantes cosas”.<sup>36</sup>

Un artículo publicado en el diario EL NACIONAL del 2 de julio de 1869, recogido por Abásolo, refería que “Los trabajos [de tesis] se relegan en los archivos de la Universidad y ni los Tribunales, ni el foro, ni los mismos estudiantes van a buscar en ellos el desarrollo de los puntos oscuros de la ley”.<sup>37</sup>

Coincidimos con Abásolo en que a pesar de las opiniones que desmerecían a las tesis, éstas constituyen un valioso aporte para la historia del derecho porque son reflejo del discurso jurídico del período en que eran elaboradas.

## A. Los temas abordados y su encuadre en el derecho castellano-indiano

En un principio el tema de la tesis era elegido por el alumno; sin perjuicio de ello, la libre elección del tema fue suprimida, a fin de evitar los abusos a que ello había dado lugar en más de una ocasión, y en 1862 se dispuso que los catedráticos formularan una serie de proposiciones, y que el candidato sacara de entre ellas a la suerte la que sería tema de su tesis.<sup>38</sup>

En el período analizado, los doctorandos que recurrieron al derecho castellano-indiano como soporte de sus afirmaciones, eligieron como tema una serie de cuestiones que en general giraron en torno a obligaciones, contratos, derechos reales, derecho de familia, régimen sucesorio, administración de justicia y aspectos procedimentales. Dentro de cada una de éstas áreas, encontramos como tópicos de especial interés para los doctorandos, la *restitutio in integrum*, las obligaciones solidarias, la reivindicación del vendedor, la dote, la hipoteca, el régimen patrimonial del matrimonio, la adopción, la legitimación, la administración de justicia en la campaña y el sumario en los procedimientos criminales, entre otros. Los tópicos hacia los que los doctorandos se muestran más inclinados son los que se refieren al derecho sucesorio, seguidos de los relativos a las obligaciones, los contratos y el derecho de familia.<sup>39</sup>

A lo largo de estas páginas escritas al sólo efecto de cumplimentar un requisito administrativo para poder ingresar a la Academia de Jurisprudencia, los doctorandos acuden casi exclusivamente al derecho castellano-indiano como fundamento de sus posiciones o simplemente para dar cuenta de su versación en esos textos, adquirida en su paso por los claustros. Los cuerpos legales de derecho castellano citados son:

- *Liber Iudiciorum* (654), en relación con el régimen patrimonial del matrimonio.<sup>40</sup>
- Fuero Juzgo (1241) en cuestiones también referidas al régimen patrimonial del matrimonio,<sup>41</sup> lesión<sup>42</sup> y derecho sucesorio.<sup>43</sup>
- Fuero Real (1254), en relación con el retracto<sup>44</sup>; régimen patrimonial del matrimonio,<sup>45</sup> lesión,<sup>46</sup> adopción<sup>47</sup> y derecho sucesorio.<sup>48</sup>
- Partidas (1255), con respecto a las obligaciones y los contratos,<sup>49</sup> dote,<sup>50</sup> cosa juzgada,<sup>51</sup> sucesiones,<sup>52</sup> matrimonio y régimen patrimonial,<sup>53</sup> hipotecas,<sup>54</sup> prueba instrumental,<sup>55</sup> gestión

36 Candioti, ob. cit., p.3.

37 Abásolo, ob. cit., p. 9

38 Candioti, ob. cit., p. 31 y 116.

39 Aproximadamente 14 tesis se ocuparon del régimen sucesorio, 10 tesis se ocuparon de obligaciones y contratos, 8 de matrimonio y otras cuestiones del derecho de familia, 4 sobre derechos reales y 4 sobre cuestiones de administración de justicia y aspectos procedimentales.

40 Rosendí , p. 14.

41 Álvarez, p. 8; Nazar, p. 9

42 Martínez, Henríque, p. 24; Lastra, p. 18.

43 Achával, p. 15; Demaría, p. 18 a 20; Fernández, p. 11, 16 y 18; Bustamante 1 vta., Chassaing, 3 vta; Soneyra, p. 7 vta.; Fernández, p. 11; Avendaño, p. 22 y 23 Lastra, p. 21.

44 Cabral, p. 17

45 Álvarez , p. 7; Rosendí, p. 15; Nazar, p. 9

46 Martínez Henríque, p. 24.

47 Pineda, p. 14

48 Nicolás Achával, p. 15; Fernández, p. 11, 16 y 18; Avendaño, p. 22, 25, 27; Demaría, 19 y 21; Lastra, p. 20; Bustamante, p. 1 vta.; Chassaing, p. 3 vta.; Moreno, p. 4 vta., 7 vta. y 10 vta.

49 Machado, p. 6, 10, 13 y 15; Belgrano, p. 10 a 15; Cabral, p.12; Martínez Henríque, p. 24, 26; García Quirno, p. 6; Otero, p. 7, Paz, p. 3 vta. 4 y 6 vta. y p. 7.

50 Zavalía, p. 4

51 Sousa, p.5 y 6

52 Ponce, p. 8, 15; Achával, p. 12, 15, 23,24 y 37; Demaría, p. 18 y 20; Martínez V. p. 16; Lastra, p. 20, 40, 65, 66 , 68; Chaves , p. 7, 18, 19.; Fernández, p. 10, 11, 18, 20; Chassaing, p. 3 vta., Leguizamón, p. 10; Moreno, p. 4 vta. , 7 vta., 10 vta. y 11.

53 Basabilbaso, p. 8; Álvarez, p. 8 a 10, 13 y 14; Rosendí, p. 19, 21, 23, 24, Nazar , p. 10, 12, 15 a 17, 20, Soneyra, p. 6 vta y p. 8.

54 Hudson, p. 12, 15, 23; Uriburu, p. 21.

de negocios y fianza,<sup>56</sup> adopción,<sup>57</sup> legitimación,<sup>58</sup> prescripción,<sup>59</sup> alimentos,<sup>60</sup> prisión por deudas,<sup>61</sup> cesión de bienes<sup>62</sup> e interpretación de las leyes.<sup>63</sup>

- Fuero Viejo de Castilla (1377) sobre retracto<sup>64</sup> y derecho sucesorio.<sup>65</sup>
- Leyes de Estilo (s.XIV), para el retracto,<sup>66</sup> régimen patrimonial del matrimonio<sup>67</sup>, compraventa<sup>68</sup> y derecho sucesorio.<sup>69</sup>
- Leyes de Toro (1505) en relación con el derecho de tanteo y retracto,<sup>70</sup> régimen patrimonial del matrimonio,<sup>71</sup> derecho sucesorio,<sup>72</sup> legitimación<sup>73</sup> y alimentos<sup>74</sup>.
- Novísima Recopilación de las Leyes de España (1567): dote<sup>75</sup>, retracto<sup>76</sup>, derecho sucesorio,<sup>77</sup> hipotecas,<sup>78</sup> contratos,<sup>79</sup> régimen patrimonial del matrimonio,<sup>80</sup> *Restitutio in integrum*,<sup>81</sup> prescripción,<sup>82</sup> expósitos,<sup>83</sup> prisión por deudas<sup>84</sup> y jurisdicción de alcaldes ordinarios.<sup>85</sup>

Si bien en algunos casos la mención es genérica, en la mayoría se citan los cuerpos legales individualizando ley, título, libro o Partida, o por número de ley, según corresponda.

El derecho visigótico es citado por Lastra y Rosendi en forma general, con respecto al testamento, o cuando se alude a la costumbre de este pueblo de concederle a la mujer el derecho de adquirir para sí, la mitad de los bienes que el marido hubiese adquirido en la guerra,<sup>86</sup> mientras que otros, como Pedro Bustamante no se refieren a los cuerpos legales sino al rey Chindasvindo, durante cuyo reinado las mejoras de tercio y quinto fueron introducidas.<sup>87</sup>

El derecho sucesorio es prácticamente el único tema en el que se citan casi todas las fuentes del derecho castellano.

También se registran referencias a reales cédulas, pragmáticas e instrucciones reales.

En este sentido, en 1861, José María Moreno, en su tesis acerca de que en la sucesión ab intestato el derecho de suceder los parientes laterales llega al décimo grado,<sup>88</sup> acude a este tipo de fuentes para determinar a quién le corresponde el conocimiento de las causas sobre sucesiones intestadas, citando una cédula del 9 de octubre de 1766, la pragmática de 6 de diciembre de 1785 y una instrucción de 1786 que la acompaña<sup>89</sup>. Esta última vuelve a ser mencionada por Juan Chassaing, quien sostiene, un año después, en oposición a Moreno, que el cuarto grado es el límite del derecho de suceder ab intestato los parientes laterales.<sup>90</sup> Moreno continúa con la referencia a reales cédulas con la del 28 de septiembre de 1792 sobre

---

55 Romero, p. 9

56 Prado y Rojas, p. 28.

57 Pineda, p. 14/16.

58 Marcó del Pont, p. 13/15 y 18.

59 Diaz, 8, 20 y 23.

60 Avendaño, p. 19, 20, 22, 23, 25.

61 Figueroa, 16 y 17.

62 Britos, 14 y 15.

63 Chaves, p. 7.

64 Cabral, p. 17; Martínez Henrique, p. 24.

65 Bustamante, p. 1 vta.

66 Cabral, p. 17.

67 Álvarez, p. 9; Nazar, p. 9.

68 Martínez Henrique, p. 32.

69 Demaría, p. 18.

70 Cabral, p.12 y 16.

71Nazar, p. 10; Álvarez, p. 7, 9, 10, 14; Rosendi, 15, 17, 25.

72 Ponce, p. 21; Demaría, p. 19 y 21; Lastra, p. 20 y 40; Fernández, p. 11, 16/18; Bustamante, 1 vta y 2.; Chassaing, 3 vta., Moreno, p. 4 vta., 7 vta., 10 vta., Leguizamón, p. 13 y 15.

73 Marcó del Pont, p. 13, 15, 18.

74 Avendaño, p. 19.

75 Zavalía, p.4 y 5

76 Cabral, p. 16.

77 Demaría, p. 21; Ponce, 17; Lastra, p. 40; Chassaing 3 vta. y 4. ; Leguizamón, p. 15; Moreno, p. 7 vta., 9, 10 y 11; Soneyra, p. 9.

78 Hudson, p. 9, 23 y 24; Uriburu, p. 22 .

79 Martínez Henrique, p.20, 24, 25.

80 Nazar, p. 12; Soneyra, p. 1 y p. 5 vta.

81 Belgrano, p. 15, p. 23, Otero, 1 vta. y 8.

82 Diaz, p. 23.

83 Avendaño, p. 13.

84 Figueroa, p. 17.

85 Gómez, p. 8.

86 Lastra, p. 57; Rosendi, p.13, respectivamente.

87Bustamante, p.1 vta

88 La tesis de Moreno nunca fue publicada, conforme surge de la compulsas de los trabajos publicados en la obra de Antonio Malaver y Juan José Montes de Oca, *Obras Jurídicas del doctor José María Moreno, 1835-1882*. Félix Lajouane. Buenos Aires.188.

89 Moreno, p. 6 vta.

90 “Cuando alguno muriese, sin hacer testamento y no dejase parientes conocidos dentro del 4 grado, el alguacil de la Subdelegación u otra persona cualquiera á cuya noticia venga, hagan la denunciación ante los jueces subdelegados y ellos

jurisdicción que competía a los juzgados de bienes de difuntos y con la del 25 de septiembre de 1798 que ordena en su artículo 2 que en las herencias de intestados, los parientes que están fuera del cuarto grado, contribuyan con el tres por ciento por derecho transversal, de lo que evidentemente resulta que en los grados posteriores al cuarto, son los parientes y no el fisco, los que heredan.<sup>91</sup>

Augusto Marcó del Pont cita las reales cédulas del 21 de diciembre de 1800 por la que “puede el soberano disminuir el rigor que la ley hace pesar sobre los hijos naturales, declararlos hábiles, para ciertas dignidades, recibir por testamento del padre”<sup>92</sup> y la posibilidad de legitimar a los niños expósitos y depositados en casas de caridad, conferida por cédula de 23 de enero de 1794 dada por Carlos IV.<sup>93</sup>

Rómulo Avendaño, en su tesis sobre los expósitos -elaborada sobre la base de un litigio planteado en 1856-, cita el art. 23 de la real cédula del 11 de diciembre de 1796 acerca de las casas especiales establecidas para la crianza de los mismos, “para evitar así los infanticidios”<sup>94</sup>, el art. 19 “que permite a cualquier vecino que hallare una criatura i que quisiera recojerla por caridad, retenerla, debiendo simplemente dar aviso al párroco de donde fuere feligrés, para que le otorgue permiso por escrito”<sup>95</sup> y el artículo 25 que ordena que en ningún caso el niño sea devuelto a los padres,<sup>96</sup> la cédula de Carlos II del 2 de junio de 1788 sobre seguir la educación expositos así como la de Carlos IV del 28 de enero de 1764 que manda que los expositos sean tenidos como legitimados por rescripto para todos los efectos civiles, debiendo ser considerados siempre como hombres buenos.<sup>97</sup> Avendaño señala que recién el 19 de enero de 1811 se dictó la ley orgánica de las inclusas “que hasta hoy rije.”<sup>98</sup>

Mucho menos frecuente es la referencia al derecho indiano. En 1861, José María Moreno, en su tesis acerca de que en la sucesión ab intestato, el derecho de suceder los parientes laterales llega al décimo grado, remite al derecho indiano, cuando al referirse a los juzgados de bienes de difuntos, menciona a la Recopilación Indiana.<sup>99</sup>

Unos años más tarde, Ignacio Gómez al elaborar su tesis sobre la administración de justicia en la campaña, trae a colación algunas disposiciones de la misma Recopilación.<sup>100</sup>

A lo largo de su trabajo, Gómez se refiere también a reales cédulas dictadas para Indias y aún a propuestas de reglamentación elaboradas por los propios interesados. Al referirse a la inexistencia de alcaldes de la Mesta en Indias, Gómez cita un expediente planteado ante el Virrey Nicolás Antonio de Arredondo en 1793 por los hacendados de las Provincias del Río de la Plata “á consecuencia de hurtos de ganados y otros desórdenes cometidos en la campaña”. En dicha oportunidad, según Gómez, el Virrey declaró que “será imposible poner remedio a estos males, mientras no se funde el honrado consejo de la Mesta, mandado establecer por las Leyes de Indias”, las que recogieron una disposición dictada por Carlos I en Valladolid, el 4 de abril de 1542.<sup>101</sup> Gómez señala que en el referido expediente, los hacendados presentaron al Virrey un reglamento de campaña de 1793 confeccionado por ellos mismos “a fin de que le diese fuerza obligatoria”, sosteniendo el doctorando que “se encuentra entre otras importantes disposiciones, dos artículos que resuelven las cuestiones de la fijación del maximun de ganados, y del minimun de campo que puede ser destinado al pastoreo”. Según el doctorando, el reglamento consta de 80 artículos que versan todos sobre materias rurales y “por ellos se ve que indudablemente el año 1793 se ocupaba mas de la campaña y de remediar sus males, que hoy que han transcurrido 70 años.”<sup>102</sup>

El derecho indiano es retomado por Manuel E. Pineda en su tesis sobre la adopción, en la que luego de abreviar en el derecho castellano -Fuero Real y Partidas- trae a colación unas disposiciones sobre la adopción de expósitos, tales como el *Reglamento sobre el Establecimiento de Casas de Expósitos*, establecido por Real Cédula del 11 de diciembre de 1796 y otra de 6 de Marzo de 1790, relativas a las medidas que se debían tomar “para garantir sus vidas”.<sup>103</sup>

---

reciban la información de cómo murió el tal difunto sin hacer testamento y que no se le conocen parientes dentro del 4 grado, y habida la información, los jueces hagan poner tres edictos y pregonenlos y en ellos digan como fulano es muerto sin hacer testamento, que si alguna persona tuviere derecho a sucederle ese testamento del abintestato parezca ante ellos dentro de treinta días o el que mas les pareciese, como el plazo no sea menos, y que si dentro del termino parecieren mostrando su otros le deberan y guardar justicia y si dentro de los tres términos de los otros edictos parecieren herederos, les mandaran restituir los otros bienes”, Chassaing, p. 4 vta.

91 Moreno, p. 8 y 10.

92 Marcó del Pont, p. 17.

93 Marcó del Pont, p. 18.

94 Avendaño, p. 12.

95 Avendaño, p. 21.

96 Avendaño p. 22.

97 Avendaño p. 13.

98 Avendaño, p. 17.

99 Ley 12, tít. 32 libro 2, p.9.

100 Gómez, p. 8. Cita la “Ley 1, libro V, título V, ced.13 de mayo 1778, ley 1, L.V.T.III; Leyes del L.V. T.III ; Ley 1 y siguientes L.V.T.IV de la Recopilación de Leyes de Indias. (Ley II. L.V T,V, R de Y) Leyes del LV, T.IV y V R de I”.

101 p.10. Esta disposición mandaba que “en la Nueva España se guarden las Ordenanzas de la Mesta e introduzcan en las demás provincias de las Indias”.

102 p. 23/25.

103 Pineda, p. 14.



## B. La invocación del derecho castellano-indiano a la luz de la costumbre y el uso

El derecho castellano-indiano es puesto a prueba en las tesis doctorales, a la luz de la costumbre y el uso. A lo largo de las tesis, se sostiene que hay ocasiones en las que el derecho castellano-indiano no puede aplicarse por ser distintas las circunstancias, o simplemente por haberse dejado de utilizar.

Así, en 1862, García Quirno, en su tesis sobre el arrendamiento, explica que el legislador de las Partidas se amoldó a las costumbres que allí han dominado de pagar los alquileres a plazos mucho más largos que un mes”, pero afirma que “es probable que si ese mismo legislador hubiese podido imaginarse que su ley había de aplicarse a una sociedad en que cada mes se paga el alquiler de las casas, y en que por tanto el dejar de pagar por un solo mes haría caer al inquilino en el peligro de ser echado”, hubiera establecido una disposición diferente.<sup>104</sup>

En el mismo año Juan Soneyra sostenía que las penas impuestas por las Partidas a la mujer adúltera “no puede tener aplicación entre nosotros.”<sup>105</sup>

Nicolás Achával, en su tesis sobre la exclusión del hijo de la herencia, se refiere al “uso” cuando señala que “a pesar de existir leyes vigentes, que establecen ciertos casos de incapacidad absoluta tales, como el desterrado perpetuamente, el hereje, el apóstata, etc., de que habla la ley 4 tít. III, Partida VI y otras, -creo que han desaparecido totalmente en la práctica.”<sup>106</sup>

Felipe Álvarez al referirse al régimen patrimonial del matrimonio, en especial a la cuestión de si la mujer que contrae con su marido de mancomún, queda obligada, siempre que renuncie a los privilegios que la ley le acuerda, considera que “para interpretar bien el espíritu de nuestras leyes es preciso hacer un estudio muy detenido sobre las costumbres de las épocas en que fueron dictadas, y la forma en que se encuentran redactadas.”<sup>107</sup>

Mariano Demaría también hace referencia al “uso”, al considerar que alguna disposición de la Partida 6 sobre la legítima, “no ha sido nunca seguida, habiendo solo estado en uso hasta hoy, la de los otros Códigos patrios”.<sup>108</sup>

Mientras que José Luis Cabral, al referirse al retracto de abolengo, afirma que nuestras costumbres son “tan distintas de las de nuestra madre patria” por lo que no puede de ningún modo afirmarse, “que el retracto de consanguinidad esté más que en la ley en nuestros hábitos y costumbres; lejos de eso, nuestros hábitos se resienten de un espíritu de libertad y de igualdad, tan incompatibles con esta ley, y tan benéficos al engrandecimiento de nuestro comercio que se opone á toda traba á la libre circulación de los valores.” Para Cabral el retracto sólo subsiste “por el desorden en que hemos vivido y más aun por la desidia de nuestros legisladores, y confiamos que el día que se reforme nuestra atrazada legislación.”<sup>109</sup>

Ponce, cuya tesis versa sobre el derecho sucesorio, considera que las disposiciones de las Leyes de Toro no tienen ya “el vigor que se les supone”. En apoyo de su afirmación sostiene que “las previsiones del legislador no bastaron á comprender todos los casos con la precisión que era de desearse en materia de tanta trascendencia, y el espíritu inquieto de acreditados jurisconsultos, ha tenido campo para investigar cuales quedan en pie y cuales no, á falta de abrogación o derogación expresa; consultar todos los códigos en vigencia; recurrir a la historia y a las fuentes donde tuvieron sus orígenes, para conciliarlos o contradecirlos en algunos puntos o bien robustecer sus opiniones”.<sup>110</sup> Según Ponce, ciertos juristas “adeptos á la reforma, juzgan sin fuerza alguna por el hecho de ser otros los fundamentos que rigen las sucesiones, sin objeto hoy y sin causa muchas de sus disposiciones, estableciendo una derogación virtual”.<sup>111</sup>

## C. La doctrina jurídica castellano-indiana

La enseñanza del derecho castellano-indiano en la Universidad se impartía siguiendo las doctrinas de Romero y Ginzo, Tapia y Álvarez<sup>112</sup>. Más allá de los autores mencionados en las aulas, los doctorandos se apoyaban también en las opiniones de López, Gómez, Febrero, Sala, Escriche, Llamas y Molina, Juan J. de Castro, Matienzo, Elizondo y Gutiérrez.

---

104 García Quirno, p. 16.

105 Soneyra, p. 12.

106 Achával, p. 23.

107 Álvarez p.11.

108 Demaría, p. 18.

109 Cabral, p. 13/14.

110 Ponce, p. 21.

111 Ponce p. 22.

112 Conforme Tau Anzoátegui, *La codificación en la Argentina cit.*, p. 359. En el mismo sentido, Seoane, María Isabel, *La enseñanza del Derecho en la Argentina. Desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX*. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1981.p. 67.

José María Moreno, por ejemplo, hace referencia a “ al señor Sala que cita una sentencia dada en 1802” en relación con una herencia intestada.<sup>113</sup>

Pedro Bustamante acude a Escriche en lo que respecta a la mejora, cuestión en la que también se apoya en Llamas y Molina, y en “los Sres. Cárdenas, Sala, La Serna y Montalbán”, en Álvarez y sus *Instituciones de Derecho Real*, y “su adicionador el Dr. Vélez” y en el Dr. Acevedo en su proyecto de código civil.<sup>114</sup>

García Quirno se muestra muy lejos de Gregorio López y su opinión sobre los arrendamientos.<sup>115</sup>

David Zavalía, quien escribe sobre la dote, cita a “Los sres. Álvarez, Tapia, Febrero y Laserna” que “creen derogada la ley de Toro” sin indicar el nombre completo del autor ni individualizar la obra.

Sousa cita a “los prácticos” en el tema de que “en la demanda se espere siempre el título por el cual se pide una cosa”.

Felipe Álvarez, al referirse al régimen patrimonial del matrimonio afirma que “los señores Juan J. de Castro, Matienzo y Acevedo” son “fuertes sostenedores” del principio del beneficio concedido por la ley de Toro a las mujeres casadas en determinadas circunstancias.<sup>116</sup>

Emilio Aníbal Ponce, en relación con temas de derecho sucesorio, cita a “Un antiguo jurisconsulto” refiriéndose a Antonio Gómez, quien “observa que la facultad de disponer de nuestros bienes para un tiempo en que ya no existiremos, no nos viene de la naturaleza, pues en el derecho natural el hombre muere, sus bienes quedan vacantes y se apodera de ellos el primero que los ocupa.”<sup>117</sup> También conoce a Joaquín Francisco Pacheco, quien en su *Comentario histórico, crítico y jurídico á las Leyes de Toro* refiriéndose a la sustitución pupilar considera que “es una institución que hace el padre en lugar del hijo, y por el propio hijo, porque éste no la puede hacer” y alude, en relación con el mismo tema, a “los adicionadores á las Partidas de Gregorio López, Elizondo, Gutiérrez etc.”<sup>118</sup>

Ponce está familiarizado con Tapia, Febrero, Laserna y Escriche,<sup>119</sup> aunque no individualiza a qué obra de cada uno de estos autores se refiere. Sin embargo, cuando cita a Llamas y Molina y a Gómez, se refiere a sus “Comentarios”.<sup>120</sup> Enrique Nazar también conoce a Tapia,<sup>121</sup> Antonio Gómez y su comentario a la Ley 10 de Toro es citado por Avendaño.<sup>122</sup>

Bonifacio Lastra, en su tesis sobre la libertad de testar también cita a Llamas y Molina y a sus Comentarios a las Leyes de Toro.<sup>123</sup>

Febrero y Llamas y Molina son citados también por Ernesto Nazar en su tesis sobre el régimen patrimonial del matrimonio.<sup>124</sup>

Gregorio López vuelve a ser citado por Augusto Marcó del Pont en su tesis sobre la legitimación, cuando el glosador de las Partidas se refiere a la derogación de la disposición sobre legitimación por oblación<sup>125</sup> y en la tesis de Rómulo Avendaño sobre los expósitos,<sup>126</sup> mientras que Gutiérrez es mencionado por Demaría en su tesis sobre la transmisión de bienes, nuevamente sin mencionar la obra.<sup>127</sup>

Henrique Martínez, en su tesis sobre la Hipoteca, nombra a Joaquín Romero y Ginzo y su obra *Ilustraciones al Derecho Real de España* acerca del consentimiento en los contratos y a Álvarez, también con su *Ilustraciones del Derecho Real de España*, en lo que se refiere a los efectos de la tradición.<sup>128</sup> No falta tampoco la cita a Escriche<sup>129</sup> ni a la *Curia Philíppica*, aunque en este caso Martínez no menciona a su autor.<sup>130</sup>

Romero y Ginzo también le es familiar a Avendaño, quien lo cita en relación con los expósitos y el derecho sucesorio.<sup>131</sup> Por su parte, Álvarez también aparece mencionado por David Zavalía en lo que respecta a la dote<sup>132</sup> y por Pedro Bustamante con respecto a la mejora.<sup>133</sup>

Diego González, en su tesis sobre la forma del sumario en los procedimientos criminales, cita a Escriche y su opinión sobre los apremios inhumanos y los prudentes,<sup>134</sup> mientras que también en relación con la administración de justicia en la campaña Gómez toma en cuenta lo que opina Escriche sobre los

---

113 Moreno, p. 10.

114 Bustamante, p. 2 y p. 2 vta.

115 García Quirno, p. 8.

116 Álvarez, p. 18.

117 Ponce, p. 7.

118 Ponce, p.18 y 20.

119 Ponce, p. 20, 22 y 24.

120 Ponce, p. 25 y 29.

121 Nazar, p. 13.

122 Avendaño, p. 26.y 30.

123 Lastra, p. 18.

124 Nazar, p. 8 y 11.

125 Marcó del Pont p. 19.

126 Avendaño, p. 20. Se refiere a la glosa a la ley 24 del tít. 33 P.7 y en p.25 cita la glosa 1 a la ley 14, t.11 P. 5.

127 Demaría, p. 22.

128 Henrique Martínez, p. 14 y 17.

129 Henrique Martínez, p. 21.

130 Henrique Martínez, p. 27.

131 Sala Novísimo, Tomo I, páginas 42 a 45; Avendaño. p. 20.; tomo 1, p 48, en Avendaño, p. 29.

132 Zavalía, p. 12.

133 P. 2 vta.

134 González p. 29.

alcaldes de hermandad.<sup>135</sup> Escriche vuelve a ser citado en relación con el monto de la legítima de los hijos en la tesis de Facundo Fernández sobre la facultad del padre legítimo para disponer libremente de sus bienes entre sus hijos<sup>136</sup> y en relación con el concepto de persona y de la compañía mercantil, en este último caso para distinguirla de la civil.<sup>137</sup> José Britos y Rosendo Otero son los únicos doctorandos que citan a Escriche refiriéndose a su obra *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, el primero en relación con la cesión de bienes<sup>138</sup> y el segundo en contra de la *restitutio in integrum*.<sup>139</sup>

Martín Rosendi, en su tesis sobre el matrimonio, menciona a cita a Llamas y Molina comentando la ley 60 de Toro acerca de la posibilidad de la mujer de renunciar y no adquirir la mitad de los gananciales.<sup>140</sup>

Manuel Belgrano se apoya en Sala y en Romero y Ginzo cuando afirma, con respecto a la *restitutio in integrum* que no es necesario que el daño sufrido llegue a la mitad del justo precio para intentar dicha acción.<sup>141</sup>

El “jurisconsulto Sala, en su Ilustración del derecho Real de España” también es mencionado por Ernesto Nazar.<sup>142</sup>

#### D. Crítica y defensa del derecho castellano- indiano

El derecho castellano-indiano es percibido por algunos tesisistas como algo propio. En 1862, por ejemplo, Carlos Paz, se refiere a él como “nuestra legislación”;<sup>143</sup> David Zavalía, lo llama “Nuestro Código”,<sup>144</sup> Emilio Díaz- alude a las Partidas como “nuestras leyes”;<sup>145</sup> Bonifacio Lastra alude a ese cuerpo legal, el Fuero Real, las Leyes de Estilo, las de Toro y la Recopilación en el mismo sentido;<sup>146</sup> Ponce llama a las Partidas y Leyes de Toro como “nuestros códigos”, y no duda en considerar a las primeras como un derecho propio.<sup>147</sup> Augusto Marcó del Pont en 1867 en su tesis sobre la legitimación se refiere a las leyes de Partida, como aquellas “que nos rigen”.<sup>148</sup> En el mismo sentido, Benjamín Figueroa, al escribir sobre la prisión por deudas, se refiere a las Partidas y a la Recopilación como “el derecho Español que mas á menos modificado nos ha regido hasta ahora”,<sup>149</sup> y Henrique Martínez, al plantear la necesidad de reformar la legislación sobre los contratos, se refiere también al derecho castellano como “nuestro Derecho vigente”.<sup>150</sup> En la misma línea Vicente Martínez, en su tesis sobre la sucesión de extranjeros, se refiere a las Partidas como “nuestra legislación civil”,<sup>151</sup> mientras que Cabral lo considera un legado.<sup>152</sup>

Así, en 1861 José María Moreno sostiene que el espíritu de las leyes de nuestros primeros códigos es un “espíritu deducido conforme a las reglas de la más estricta interpretación y arreglados a los principios de justicia del derecho natural que son la razón suprema y la base de toda legislación”.<sup>153</sup> En opinión de quien sería uno de los primeros catedráticos de derecho civil de la Facultad de Derecho, “nuestros códigos” son “unos de los mas vastos y ilustrados en la jurisprudencia de las nacionales”, por lo que crítica a “jurisconsultos notables por su erudición, entre los cuales se cuentan algunos de nuestro foro” que “lo han combatido pretendiendo que él se halla modificado por las más recientes leyes de nuestros códigos”.<sup>154</sup>

En el mismo sentido se ubica Facundo Fernández cuando al referirse “nuestras leyes sobre sucesiones”-en las que incluye al Fuero Juzgo, al Fuero Real, a las Partidas y a las Leyes de Toro, sostiene que ellas dejan “ver el espíritu que animaba la mente del legislador al redactarlas; todas ellas están basadas en el amor” y que el legislador ha comprendido, pues, que las leyes positivas deben seguir los movimientos de la naturaleza.<sup>155</sup>

---

135 Gómez, p. 8 y 9.

136 Fernández, Facundo p. 10.

137 Paz, p. 8 y 9.

138 Britos, p. 15.

139 Otero, p.2 vta

140 Rosendi , p. 21.

141 Belgrano, p. 12. Creemos que aunque no menciona la obra, se refiere a la *Ilustración del derecho real de España* de Juan Sala y al *Sala novísimo, ó, Nueva ilustración del derecho real de España* de Romero y Ginzo.

142 Nazar, p. 13.

143 Paz, p. 3 vta. y p. 8.

144 Zavalía, p. 11 “Nuestro Código no es mas que una copia mas o menos perfecta de la legislación Romana”.

145 Díaz , p. 8.

146 Lastra, p. p. 40.

147 Ponce , p. 8, p. 15 « El derecho de Partidas fue tomado en su mayor parte del derecho Romano novisimo. Los principios en que reposaba este lo han sido del nuestro ».

148 Marcó del Pont, p. 12.

149 Figueroa, p. 17.

150 Martínez Enrique, p. 20.

151 Martínez, Vicente, p.16

152 Cabral p. 19 “Pero, conociendo el carácter de la legislación que nos legó la España”.

153 Moreno, p. 4.

154 Moreno, p. 5 vta.

155 Fernández, p. 16.

José Britos, se permite “tachar las leyes españolas á este respecto”-se refiere a lo que establecen las Partidas sobre la prisión por deudas-, “como odiosas, sí: pero por ser injustas y demasiado libres”.<sup>156</sup> Y advierte: “si la detención por deudas se reforma más aun en beneficio de los deudores, habrá que creer que la moral pública y civil han desaparecido”.<sup>157</sup>

En las antípodas se encuentra Rosendo Otero, quien en el mismo año en que Moreno escribe su tesis y al sostener que el beneficio de la *restitución in integrum* concedido a los menores debe abolirse, afirma que “la liberalidad de nuestra legislación patria, su tendencia á destruir desigualdades odiosas, nos han librado de infinitos privilegios que habíamos heredado, de las leyes españolas” y que “mientras que la España luchaba con los fueros, nuestras leyes los abolían con la sola excepción de aquellos hechos que no pudiesen ser ejecutados sino por personas pertenecientes á las corporaciones regidas por una disciplina especial”.<sup>158</sup>

A través de algunas tesis doctorales se vislumbra la convicción de sus autores acerca de la necesidad de superar el derecho recibido. En 1862 Onésimo Leguizamón afirmaba que “La reforma de la legislación española es una necesidad vital para la sociedad americana”, y que “leyes que fueron dictadas siglos atrás, en épocas de atraso y de barbarie, nos rigen aun en toda su dureza; cubrimos nuestras exigencias con el envejecido manto de los reyes absolutos de otros tiempos, y vestimos sin conseguir ampararnos de la intemperie los pobres jirones de esa púrpura apolillada”. Para Leguizamón, uno de los puntos que necesita de reforma, es el que sirve de tema a su trabajo, el de que los hijos naturales reconocidos deben ser herederos ab-intestado de sus padres, no habiendo hijos, ni descendientes legítimos.<sup>159</sup>

El derecho recibido es sentido por algún doctorando como plagado de vicios, como un conjunto de normas que traban, que condenan al pueblo a la inercia, y que lo obligan “á no moverse fuera del estrecho círculo de sus disposiciones retrógradas”.<sup>160</sup>

Nicolás Achával, autor de una tesis sobre la exclusión del hijo de la herencia se refiere a los códigos que “hoy nos rigen” como resultado de una época de barbarie, feudalismo, monarquía absoluta, coloniaje, “producto de distintas generaciones que comprenden diez siglos, desde el Fuero Juzgo, hasta la última de las Recopilaciones”.<sup>161</sup> Para Achával, “la ley que protegió derechos calcados en la fuerza,-la ley que prodigó con profusion horrible la pena del tormento, convirtiendo simples pecados en crímenes inauditos,-la ley que reservó sus castigos para la clase pobre, acordando á sus prohombres rieptos y desafíos,-la ley que arrastró a generaciones enteras á la infamia de uno solo de sus miembros, haciendo gravitar sobre la inocencia el peso de una condenación, que no mereció quizá la perversidad mas refinada,-esa ley no puede invocarse sino como un sarcasmo en una sociedad constituida bajo bases de igualdad, de justicia y que marcha á la par de una civilización siempre creciente”. Y agrega: “Esta ley, señores, á quien niego el derecho de presentar ante una cuestion científica con todo el prestigio que en otro tiempo gozaba, es el primer adversario de la herencia de su abuelo al nieto, que la desgracia hizo tuviera un padre descarriado.”<sup>162</sup>

Rómulo Avendaño considera que es sabido que el carácter especial de “las leyes iberas, es la separacion odiosa de clases i castas, de nobles i plebeyos, de hidalgos i villanos”.<sup>163</sup>

Chaves no duda en considerar la ley de las Partidas que se refiere a la sucesión entre hermanastros-ley 5, título 13, Partida 6<sup>a</sup>- como “á todas luces injusta, inconsiguiente y absurda”<sup>164</sup> y critica a esta norma porque “no se han consultado los principios y máximas, ò lo que es lo mismo, los motivos de interés público que han debido tenerse en vista al dictarla”.<sup>165</sup>

Cabral, al referirse al derecho de tanteo, afirma que “el día que se reforme nuestra atrasada legislación”, el retracto gentilicio será una de las leyes que borrarán el espíritu moderno de los progresos adquiridos en el derecho. En opinión de Cabral, en las Partidas, la Recopilación y las Leyes de Toro, “se encuentra ya palpable la injusticia que sentaban”.<sup>166</sup>

Henrique Martínez, cuya tesis versa sobre los contratos, se pronuncia acerca de la necesidad de la reforma, al sostener que “La legislación que nosotros recibimos de la Metrópoli, no podía seguir reglamentando en un todo las transacciones de la vida civil, en medio de la libertad, que bajo todas las formas y en todas sus aplicaciones, venimos proclamando desde 1810”. Para Martínez, esta legislación está “en pugna con nuestra carta fundamental” ya que “esas leyes que, sin ninguna intervención del pueblo en su confeccion, solo son obra de monarcas despóticos, cuyos reales derechos ante todo aseguran”. Martínez justifica la demora en la codificación debido a “las luchas intestinas” que “han hecho escollar los

---

156 Britos, p. 15.

157 Britos, p.18.

158 Otero, p. 1.

159 Leguizamón, p. 19.

160 Martínez, p. 6.

161 Achával, p. 7.

162 Achával, p. 9.

163 Avendaño, p. 12.

164 Chaves, p. 8.

165 Chaves, p. 8.

166 Cabral, p. 17.

esfuerzos de todos, hasta que recién hoy se hace posible el comienzo de la obra de una codificación, en armonía con los principios y las exigencias de la época.”<sup>167</sup>

En opinión de Nicolás Achával, “las leyes Españolas traen consigo el descrédito de las costumbres de ochocientos atrás, para que se dictaron”, ya que se trata de “leyes de los Reyes godos, de los tiempos en que era templada la monarquía española, de aquellos en que fue absoluta, leyes para colonos”. Achával afirma con vehemencia: “Niego el derecho de invocarlas como autoridad, tratándose de reformar ó establecer un nuevo Código.”<sup>168</sup>

Es que criticar al orden legislativo es una manera, según Tau Anzoátegui, de romper la vinculación con el pasado político.<sup>169</sup>

## E. El peso de las tradiciones y la mutabilidad de la ley

Al acudir a normas dictadas tantos siglos atrás, o reconfirmadas en ordenamientos posteriores, los doctorandos reflexionan acerca del papel de la tradición y la experiencia, en una sociedad que se transforma día a día.

Pedro Bustamante quien escribe en 1862 sobre la necesidad de mantener la mejora del tercio en los testamentos que puede hacer el padre a la madre o a uno o mas de sus hijos legítimos, critica a quienes, en su posición de “reformadores”, en “su furor de innovaciones ó de imitación servil”, muestran por todo lo que es antiguo “un horror comparable tan solo al necio”, “como si el acierto o desacierto “fuera un patrimonio exclusivo de tal ó cual nacion determinada”, y “como si para realizar una reforma digna de este nombre, no fuera condición precisa partir de lo que existe y tomar pie en el mundo de las realidades”.<sup>170</sup>

Bonifacio Lastra opone tradición a evolución, al sostener que “Promulgar hoy lo sancionado siglos atrás por tributar un culto á la tradición es negar al Derecho, como á toda ciencia, su anhelo por marchar siempre adelante”.<sup>171</sup> Lastra afirma con vehemencia que “educados bajo la influencia de las costumbres de la Metrópoli, no podemos aún decirnos desligados del pasado”; que “nos falta la verdadera libertad, la práctica de los bellos principios-la libertad civil” y que “educados en una escuela de ódios y de lucha, apenas si nuestros padres han sabido legarnos sus viejos rencores.”<sup>172</sup>

Nicolás Achával opina que las leyes deben ser modificadas, porque “los tiempos, los lugares, las costumbres, imprimen á la legislación toda la variabilidad de que están dotados”<sup>173</sup> y plasma una propuesta de reforma que espera se estampe “en las páginas del Nuevo Código que en breve nos rija”, que será “por sí sola un título de honor, que haría época en los fastos de las legislaciones Americanas como Europeas”; que “sería un timbre de gloria para la ley Argentina, en la gran lucha que sostiene incesantemente, el principio nuevo, el principio innovar, el espíritu de la época contra preocupaciones arraigadas, legadas por el oscurantismo de los primeros tiempos y las espoliaciones características de la edad media”.<sup>174</sup>

Por su parte, Facundo Fernández sostiene la necesidad de que el legislador modifique las leyes cuando “se le mostrase la conveniencia y justicia que hay para ello”, conforme lo establecen en las Partidas.<sup>175</sup>

## F. El Proyecto de Código Civil

Ciertos doctorandos ya parecen estar familiarizados con algunos libros del Código Civil que comenzaría a aplicarse en 1871, fecha límite de nuestro estudio. En este contexto, las tesis doctorales son campo propicio para que los tesistas alcen sus voces a favor o en contra del trabajo de Vélez Sarsfield.

En su tesis sobre la reforma de los contratos, Henrique Martínez, apoya el Proyecto de Código en el que Vélez Sarsfield sostiene que la lesión enorme o enormísima no debe viciar los actos, y se abstiene de proyectar disposiciones sobre la materia.<sup>176</sup>

Manuel Belgrano también se refiere al Proyecto, cuando señala que la abolición del beneficio de la *restitution in integrum* que las leyes acuerdan á los menores “es uno de los puntos capitales de reforma sobre la antigua legislación española presentada por el Dr. Vélez Sarsfield en su proyecto de Código Civil para la República Argentina” y que su abolición es justa y conveniente.<sup>177</sup> Más aún, Belgrano hace votos para que con la sanción del nuevo código “habrán desaparecido para siempre esos privilegios de nuestra

167 Henrique Martínez, p. 5 y 6.

168 Achával, p. 30.

169 Tau Anzoátegui, Víctor, *La codificación en la Argentina cit.*, p. 72

170 Bustamante, p. 1 vta. y 2.

171 Lastra, p. 49. Y continúa: “Y es lo que ha hecho el Dr. Vélez al mantener la institución del Fuero Juzgo”.

172 Lastra, p. 51.

173 Achával, p. 30.

174 Achával, p. 31.

175 Fernández, p. 20.

176 Henrique Martínez p. 38.

177 Belgrano, p. 5 y p. 15/16.

legislación, dando así un paso de progreso en el terreno práctico de nuestros principios constitucionales”.<sup>178</sup>

También parece apoyar el proyecto de Vélez Sarsfield, Augusto Marcó del Pont, cuando describe los artículos del proyecto que se refieren a la legitimación, el que según el doctorando, “trae una alteración notable á nuestra actual legislación.”<sup>179</sup>

Por su parte, en 1867 Leopoldo Basabilbaso, en su tesis sobre el matrimonio, critica al autor del proyecto del Código Civil porque no se sentía “con el coraje necesario para romper con las preocupaciones del pasado”,<sup>180</sup> mientras que Manuel Pineda objeta que el codificador no haya incluido la adopción en su proyecto.<sup>181</sup>

Pedro Uriburu (h), que trabaja sobre la hipoteca, si bien alude al “proyecto recientemente presentado por el sábio jurisconsulto autor del Proyecto de Código Civil”, no está alineado con el codificador en cuanto a la formalidad de la transcripción de los títulos de propiedad y sus mutaciones.<sup>182</sup>

Juan C. Lagos, quien se ocupa de la reivindicación del vendedor, critica las disposiciones del proyecto de Código sobre la materia, y se pregunta cuáles fueron los móviles que impulsaron a los autores del Código “á consignarlo en sus páginas”, agregando que si algún capítulo del Código exige “una pronta y radical reforma”, es indudablemente este.<sup>183</sup>

Bonifacio Lastra al referirse a las normas que restringen la libertad de testar consagradas en el Proyecto de Código Civil, objeta que “no se haya apartado, siquiera esta vez, de las doctrinas imperiales de la Legislación romana” y no ve con buenos ojos que el codificador haya citado con tanta frecuencia las fuentes de derecho castellano. Lastra afirma que “...el Dr. Vélez Sarsfield, como hombre de la vieja escuela, cree que sobre todo debemos inclinarnos ante la autoridad de la tradición. Así es que al pié de los artículos de su Proyecto, se ven infinitas citas del Digesto, Institutas, Fuero Juzgo, Leyes de Estilo, Partidas, etc”.<sup>184</sup> Sin perjuicio de ello, Lastra admite “como la parte relativa á Sucesiones aun está en prensa no me ha sido dado tenerla á mano”.<sup>185</sup>

Facundo Fernández, quien aborda el tema de la facultad del padre legítimo para disponer libremente de sus bienes entre sus hijos, considera que beneficiaría a la sociedad reformar las disposiciones vigentes, y hace votos para que “nuestros legisladores penetrados de su importancia, aprovechasen hoy la oportunidad de la discusión del proyecto de Código Civil del Dr. Vélez Sarsfield, ocupándose de esta cuestión”.<sup>186</sup>

## II. CONSIDERACIONES FINALES

Si bien las tesis doctorales son trabajos modestos y con pocas pretensiones de trascendencia, constituyen un elemento muy valioso para adentrarnos en la enseñanza impartida en los claustros universitarios, su recepción en los doctorandos, así como la influencia de este derecho en la formación jurídica de la que sería la última generación a la que le tocó estudiar el derecho castellano-indiano como derecho vigente, ya en vísperas de la codificación.

A juzgar por la profusión de las citas, los doctorandos parecen haber asimilado muy bien las enseñanzas de sus profesores acerca del plexo normativo castellano-indiano y se muestran muy diestros en el manejo de la doctrina que trató de explicarlo. De hecho, los doctorandos acuden casi exclusivamente al derecho castellano-indiano para fundamentar sus posiciones, erigiéndose este derecho en el sustento de mayor peso de este tipo de trabajos.

Los cuerpos legales más citados fueron las Partidas-lo que no es de extrañar, en función de la amplitud de temas que abarcaba y al hecho de que la mayoría de los temas elegidos por los doctorandos se encontraba legislado en este cuerpo legal- y la Recopilación Castellana, aunque tal como hemos visto, no faltaron las alusiones a normas más antiguas como el *Liber Iudiciorum* y el Fuero Juzgo, así como al Fuero Viejo de Castilla, Las Leyes de Estilo, el Fuero Real, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación.

Entre foja y foja, afloran las reflexiones de Febrero, Tapia, Romero y Ginzo, Álvarez y Juan de Hevia Bolaños, acusando recibo los doctorandos, de los textos adoptados desde la cátedra.<sup>187</sup> Sin perjuicio de ello, también parecen inclinados a citar a otros autores como Sala, Escriche, López, Gómez, entre otros, mostrándose en su mayoría más confiados en Escriche -a quien no dudan en citar con respecto a la *restitutio in integrum*, derecho sucesorio, contratos y administración de justicia-, al tiempo que también citan, en este orden de frecuencia, a Llamas y Molina, Sala, López y Gómez.

---

178 Belgrano, p. 25.

179 Marcó del Pont, p. 29.

180 Basabilbaso, p.17.

181 Pineda p. 17.

182 Uriburu p. 35,44, 45 y 54.

183 Lagos, p. 23.

184 Lastra, p. 44.

185 Lastra, p. 45/6.

186 Facundo Fernández, p.20.

187 Conforme Tau Anzoátegui, *La codificación en la Argentina, cit., jurídicas*, p. 152.

El derecho indiano es citado en lo que respecta al régimen de los expósitos, la adopción y la legitimación, ya sea a través de las disposiciones de la Recopilación Indiana o de reales cédulas. El único tratadista indiano citado es Hevia Bolaños, si bien el tesista Henrique Martínez, al referirse a las leyes que establecían el precio de las cosas, cita su obra -la *Curia Philippica*- pero no a su autor.<sup>188</sup>

No se percibe a lo largo del período estudiado una intensificación o un debilitamiento de la cita del derecho castellano-indiano: tanto en 1861-a comienzos del período objeto de nuestro estudio como hacia 1870 en que finaliza-se continúa citando los mismos cuerpos legales y los mismos autores, lo que nos lleva a considerar que la referencia al derecho castellano-indiano no es abandonada en las antípodas de la codificación. Esta circunstancia contrasta con la constatación que hemos efectuado en otro trabajo que abarca el período inmediatamente posterior,<sup>189</sup> en la que las fuentes que predominan -tal vez debido al tema objeto de estudio, el divorcio- son la doctrina de los exégetas del Código Civil Francés y el derecho comparado. Pareciera que la aplicación del Código Civil argentino hubiera “liberado” a los doctorandos de la cita del derecho castellano-indiano y los hubiera “habilitado” a recurrir a otras fuentes.

Diez años antes del comienzo de aplicación del Código Civil, los temas de tesis elegidos por los doctorandos dan cuenta de las inquietudes y de las grandes controversias jurídicas de la época.

La lectura de estas piezas documentales constituye un medio para adentrarnos en la formación, las concepciones jurídicas, la permeabilidad o impermeabilidad, la rigidez o la flexibilidad de una generación educada jurídicamente en los principios del derecho castellano-indiano. En este sentido, junto a quienes se mantienen partidarios de conservar las tradiciones y las peculiaridades locales-en las que colocan al derecho castellano-indiano, se perfilan los que están alineados con la afirmación de los derechos inalienables del hombre y la libre circulación de la propiedad, entre otros principios.

En definitiva, el análisis de algunos aspectos de las tesis doctorales del período 1861-1870 -que como en nuestro caso, consiste en medir la presencia del derecho castellano-indiano- es un medio para profundizar en una generación que se constituyó en última intérprete de las disposiciones de un derecho que, tras casi trescientos cincuenta años de aplicación, comenzaba un camino de transformaciones sin solución de continuidad.

---

188 Henrique Martínez p. 27.

189 En “Cuando se acaba el amor: Una visión del divorcio según las tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires (1874-1900)”, *Revista de historia del derecho* N° 35. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires. 2006.