

**Actas del XIX Congreso
del Instituto Internacional
de Historia del Derecho Indiano**

Berlín 2016

Coordinador:

Thomas Duve

Volumen II



Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

ACTAS DEL
XIX CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

Berlín 2016

VOLUMEN II

Coordinador:
Thomas Duve

DYKINSON
2017

EL DERECHO INDIANO EN LOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (ARGENTINA),
1875-1881

THE DERECHO INDIANO IN THE SUPREME COURT'S DECISIONS
OF PROVINCE OF BUENOS AIRES (ARGENTINA), 1875-1881

MARÍA ANGÉLICA CORVA
INHIDE (Argentina)
mariacorva@gmail.com

Resumen: El objetivo de esta ponencia es determinar y analizar la presencia de derecho indiano y su significado en los fallos de la Suprema Corte, desde su instalación el 23 de enero de 1875, hasta la federalización de Buenos Aires en 1880, acontecimiento que generó cambios en el mapa judicial y en la organización de los tribunales. La investigación comienza por establecer la composición, funcionamiento y competencia del máximo Tribunal. Habiendo resuelto quiénes eran y qué formación tenían sus ministros, el estudio estará centrado en los fallos que citen legislación indiana en forma exclusiva o junto con legislación patria o nacional, para determinar su papel en la resolución del conflicto judicial buscando verificar que el derecho indiano toma una dimensión histórica diferente, como raíz y fuente de nuestro Derecho, siendo su cultura jurídica el cause necesario para las transformaciones subsiguientes.

Palabras clave: derecho indiano, fallos de la Suprema Corte, Poder Judicial, provincia de Buenos Aires, procedimiento, cultura jurídica .

Abstract: The purpose of this paper is to determine and analyse the presence of Derecho Indiano and its significance in Supreme Court decisions, from its establishment on January 23, 1875, to the federalization of Buenos Aires in 1880 an event that generated changes in the judicial map and in the organization of the courts. The investigation begins by determining the composition, functioning, and competence of the highest court. Having determined who they were, and what training their ministers had, the study will focus on judgments that cite Derecho Indiano exclusively or together with local laws. The aim is to determine their role in resolving the judicial disputes in order to verify that Derecho Indiano represents a different historical dimension: as root and source of our law, this legal culture necessarily triggered the subsequent transformations.

Keywords: *Derecho Indiano*, Supreme Court's decisions, Judiciary Power, Province of Buenos Aires, procedure, legal culture

Sumario: 1. Introducción. 2. La Suprema Corte de Justicia. 2.1. Los Ministros. 2.2. Las atribuciones constitucionales. 3. Fuentes y metodología. 4. El derecho indiano en los fallos de la Suprema Corte. 5. Conclusiones.

1. Introducción

En el marco de una investigación a largo plazo dedicada al estudio del poder judicial de la provincia de Buenos Aires, este trabajo busca responder al desafío planteado por Víctor Tau Anzoátegui “de verificar por entero la persistencia de una cultura jurídica con el juego de recepción, resistencia y asimilación”¹. A lo largo del siglo XIX, y aún en las primeras décadas del siglo XX, no se observa la sustitución de un ordenamiento por otro, por ello es necesario cambiar el ángulo de observación e indagar el antiguo ordenamiento “sus quebrantos, su adaptación a las nuevas circunstancias, su presencia e influjo en el proceso transformador y en el nuevo Derecho que se plasma en esa época”. Desde esta perspectiva, el derecho indiano toma una dimensión histórica diferente, transformándose en raíz y fuente de nuestro Derecho, siendo su cultura jurídica el cause necesario para esas transformaciones². El ordenamiento castellano-indiano se mantuvo vigente hasta entroncar con las constituciones y códigos nacionales, promulgados a lo largo del siglo XIX, dejando en ellos sus huellas³.

Es entonces indispensable seguir encarando investigaciones que profundicen en el proceso de adaptación, agotamiento y superación de una concreta cultura jurídica⁴. Si bien la producción en función de estas consignas ha crecido, la atención se ha centrado especialmente en la primera mitad del siglo

¹ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, p. 112.

² TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, pp. 108-109. En esta obra el autor repasa los pasos dados por los historiadores del derecho para lograr este cambio de perspectiva con respecto al derecho indiano durante el siglo XIX. Para una revisión actualizada ver EZEQUIEL ABÁSULO, *Bastante más que “degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud”. Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2015, pp. 9-15; THOMAS DUVE, HEIKKI PIHLAJAMÄKI, (eds.), *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History, Global Perspectives on Legal History*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, 2015, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh3>.

³ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *¿Qué fue el Derecho indiano?*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 67. A los fines del objetivo propuesto definimos el Derecho Indiano como el sistema jurídico que imperó en América española, conformando un entramado jurídico con las normas provenientes de distintos ordenamientos jurídicos, con una condición espacial que consiste en haber estado vigentes en Indias. EDUARDO MARTIRÉ, “El Derecho Indiano, un derecho propio particular”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 29, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001, pp. 354-355.

⁴ ABÁSULO, *op. cit.*, p. 11.

XIX, y en menor medida se ha trabajado sobre la segunda mitad⁵. Es por esto que nuestra tarea estará dedicada a indagar en el último cuarto del siglo, en un Estado provincial en formación, para contribuir y aportar a los estudios locales y evitar generalización que pueden llevar a falsas conclusiones.

Pensado el Estado como una institución dinámica, con capacidad de adaptación y reconstrucción, que superaba la dicotomía de poder estatal frente a una sociedad resistente, la institución remite a la acción de fundar y crear un nuevo orden sobre el antiguo, transformándolo en un producto dinámico y multifuncional⁶. La ley cobra otro significado, pues la “voluntad general” ya no era la norma impuesta por la tradición sino la que surgía de la voluntad del legislador y que el juez debía aplicar dejando de lado la tarea interpretativa de los antiguos magistrados. Fue un largo proceso, que no tenía un rumbo pre-determinado y que comenzó a fines del siglo XVIII a partir de la confianza en la fuerza creadora de la razón humana, con la que “los ilustrados reivindicaron el poder del hombre para generar, para crear su propio derecho sin tener que soportar pasivamente las reglas transmitidas por la historia. El derecho les parecía factible: podía ser pensado, inventado y reelaborado libremente, lo que permitía también adaptarlo a las necesidades del momento y, diríamos hoy, hacerlo más operativo”⁷.

Los primeros ministros que conformaron la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires se percibían y declaraban como parte de un

⁵ Ver por ejemplo ABELARDO LEVAGGI, “El Derecho Común en la jurisprudencia de los tribunales de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX”, RChHD, 15, 1992, pp. 173-185; MARIA MARTA HUERTAS, *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001; VIVIANA KLUGER, “El derecho indiano en los dictámenes en materia administrativa del procurador General de la Nación (1862-1917)”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 44, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, jul. 2012; JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “La tradición indiana y la formación del derecho argentino”, *Temas de historia argentina y americana*, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Filosofía y Letras, Centro de Historia Argentina y Americana, julio-diciembre de 2005; ABÁSULO, *op. cit.*; ROBERTO CERÓN REYES, “La cultura jurídica de los ministros y fiscales de la Corte Suprema de Justicia de Chile en el siglo XIX (1823-1900). I. Estudios y grados”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n°23, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, pp. 81-98.

⁶ MARTA IRUROZQUI VICTORIANO, “La institucionalización del estado en América Latina. Justicia y violencia política en la primera mitad del siglo XIX”, *Revista Complutense de Historia de América*, vol. 37, Madrid, 2011, p. 17.

⁷ PÍO CARONI, *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid, Universidad Carlos III, 2013, p. 40.

“nuevo orden judicial”, aún cuando los cinco magistrados habían integrado el extinto Superior Tribunal de Justicia y a pesar de recurrir al derecho indiano para fundamentar sus fallos⁸. Esta aparente contradicción puede ser comprendida si se la analiza desde la tensión, que ellos mismos percibían, entre la “antigua” legislación aún vigente y la codificación que estaba surgiendo a partir del pacto constitutivo que intentaba imponer una nueva lógica de legitimidad, de la cual sus gestores se consideraban garantes. Eran juristas que procuraban amalgamar lo nuevo con lo viejo y no sustituir en bloque el antiguo Derecho⁹.

Es nuestro objetivo determinar y analizar la presencia de legislación indiana y su significado en los fallos de la Suprema Corte, desde su instalación el 23 de enero de 1875 hasta la federalización de la ciudad de Buenos Aires en 1880, acontecimiento que genera cambios en el mapa judicial y en la organización de los tribunales. La exposición se divide en tres partes. La primera está dedicada a determinar la composición, funcionamiento y competencia del máximo tribunal. Habiendo resuelto quiénes eran y qué formación tenían estos jueces, trataremos sobre los documentos utilizados y la metodología empleada. Finalmente, el estudio estará centrado en los fallos que hagan mención de legislación indiana en forma exclusiva o junto con legislación patria o nacional buscando determinar su papel en la resolución del conflicto judicial.

La tarea realizada y lo aquí expuesto es una primera experiencia dedicada a establecer una metodología para el análisis de los acuerdos y las sentencias de la Suprema Corte. En esta primera etapa pusimos la mirada en aquellos en que se menciona legislación indiana, buscando establecer las normas que regularon la resolución de los conflictos en el contexto de un orden jurídico mutante. Utilizamos el concepto de legislación indiana como elemento constitutivo del derecho indiano, pues en este trabajo no abarcaremos los demás elementos constitutivos -costumbres, jurisprudencia doctrinaria o literatura jurídica, y jurisprudencia de los tribunales- también presentes en las sentencias y que dejamos para trabajar futuras investigaciones¹⁰.

⁸ Para profundizar sobre los antecedentes de la Suprema Corte ver MARÍA ANGÉLICA CORVA, *Constituir el gobierno, afianzar la justicia El Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*, Rosario, Prohistoria ediciones-Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, capítulo VI.

⁹ MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *El Derecho civil en México, 1821-1871 (Apuntes para su estudio)*, México, UNAM, 1988.

¹⁰ El proceso codificador incluye el derecho científico, sin excluir el derecho indiano y el nuevo derecho español. ABELARDO LEVAGGI, “Supervivencia del derecho castellano-

2. La Suprema Corte de Justicia

2.1. Los Ministros

El texto constitucional provincial de 1873 establecía que la Suprema Corte de Justicia debía componerse de cinco miembros y un Procurador General. Tenía un Secretario letrado nombrado de la misma forma que los ministros, por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado. Para ser juez de la Suprema Corte se requería ciudadanía en ejercicio, título de abogado, entre treinta y setenta años de edad, seis de ejercicio en la profesión en alguna magistratura o empleo judicial¹¹. Las leyes reglamentarias que la Constitución dejaba a los legisladores tuvieron distintos tiempos de maduración y en muchos casos no llegaron a concretarse, pero lo cierto es que después de casi dos años, a la una de la tarde del 23 de enero de 1875, tuvo lugar la instalación de la Suprema Corte de Justicia¹². Sus miembros, Sixto Villegas¹³, Alejo B. González Garaño¹⁴, Sabiniano Kier¹⁵, con la ausencia autorizada de Carlos Tejedor (reemplazado finalmente por Andrés Somellera¹⁶) y bajo la

indiano en el Río de la Plata”, *Anuario de Historia de América Latina* (JbLA), n° 22, 1985, pp. 285-294. En la tarea de analizar cada fallo, registramos toda la legislación patria o nacional y pudimos observar el surgimiento de los códigos, pero no trataremos al respecto en este trabajo.

¹¹ “Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873”, en JUAN CARLOS CORBETTA, *Textos constitucionales de Buenos Aires*, Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 1984.

¹² *Instalación de la Suprema Corte de Justicia de la provincia*. Presentada por su presidente, Manuel María Escalada. Registro Oficial de la provincia de Buenos Aires (en adelante ROPBA), 1875, p. 14. La presidencia de la Suprema Corte tiene la duración de un año. En 1876 y 1880 fue presidente Sixto Villegas; 1877 y 1881: Alejo B. González Garaño; 1878: Sabiniano Kier; 1879: Andrés Somellera.

¹³ Sixto Villegas era agente fiscal y fue nombrado fiscal del Superior Tribunal de Justicia el 14 de julio de 1870 hasta la creación del Suprema Corte. ROPBA, 1870, pp. 519-520.

¹⁴ Alejo B. González Garaño fue relator de la Cámara de Justicia y el 22 de octubre de 1857 fue nombrado agente fiscal en lo civil. ROGBA, 1857, p. 161. Después fue juez civil de la Capital y el 14 de octubre de 1863 fue nombrado miembro del Superior Tribunal. ROPBA, 1863, pp. 296-297.

¹⁵ Sabiniano Kier era miembro del Superior Tribunal desde el 18 de mayo de 1872. ROPBA, 1872, p. 248.

¹⁶ Andrés Somellera fue juez en lo civil desde el 8 de agosto de 1853. ROGBA, 1853, p. 61. Luego fue miembro de la Cámara de Justicia y el 30 de septiembre de 1857 pasó a formar parte del Superior Tribunal. ROGBA, 1857, p. 115-116.

presidencia de Manuel María Escalada¹⁷, prestaron juramento en audiencia pública¹⁸.

El Alto Tribunal se estableció en la capital de la provincia con cinco jueces y un secretario letrado, Aurelio Prado y Rojas, nombrado de igual manera que los miembros de la Corte¹⁹. El primer Procurador designado, José María Moreno, no asumió, al igual que Antonio E. Malaver. Desde enero de 1875 hasta octubre de 1880 el cargo estuvo vacante y lo desempeñó como Procurador General Interino Benjamín Victorica, por el acuerdo extraordinario de la Suprema Corte del 4 de marzo de 1879, hasta que fue reemplazado por Tomás Isla, nombrado con acuerdo del Senado por decreto del 20 de octubre de 1880²⁰. (Cuadro 1)

Como puede observarse, todos los ministros desempeñaron cargos en otras dependencias del Estado, pero sólo los cinco primeros habían ocupado cargos en la administración de justicia. Entre 1853 y 1874 se sentaron las bases para la formación de la carrera judicial, con abogados dedicados a la magistratura que comenzaban a dejar la vida política para dedicarse a una formación específica que se manifestó en la especialización del derecho positivo de los años siguientes. Víctor Martínez puso de manifiesto una tendencia, que se reafirmó con los años, de nombrar para jueces de la Suprema Corte juristas con un perfil más político²¹.

En cuanto a su formación, los ministros realizaron sus estudios en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires, creado en

¹⁷ Manuel María Escalada fue nombrado agente fiscal en lo civil el 28 de diciembre de 1854. ROGBA, 1854, p. 152. El 13 de septiembre de 1871, en terna con Federico Pinedo y Daniel M. Cazón, reemplazó a Pablo Font en el Superior Tribunal. ROPBA, 1871, p. 546.

¹⁸ Escalada, Villegas y González Garaño fueron nombrados por decreto del 27 de agosto de 1874, con acuerdo del Senado del 26 de agosto de 1874. Por el mismo decreto fueron nombrados Procurador General Sabiniano Kier y dos vocales que no asumieron, Federico Pinedo y Ezequiel Pereyra. ROPBA, 1874, pp. 436 y 440. Por decreto del 14 de diciembre de 1874, con acuerdo del Senado del 18 de diciembre, Kier junto con Carlos Tejedor fueron nombrados vocales y José María Moreno Procurador General. ROPBA, 1874, pp. 511-512. Tejedor nunca asumió y finalmente Andrés Somellera fue nombrado miembro de la Suprema Corte por decreto del 24 de agosto de 1875, con acuerdo del Senado del 14 de agosto de 1875. ROPBA, 1875, pp. 304-305.

¹⁹ Miguel Esteves Saguí (hijo) fue nombrado secretario de la Suprema Corte con acuerdo del Senado por decreto del 22 de mayo de 1878. ROPBA, 1878, p. 232.

²⁰ ROPBA, 1880, p. 618.

²¹ Víctor Martínez fue nombrado por decreto del 24 de noviembre de 1879, con acuerdo del Senado, en reemplazo de Andrés Somellera que por enfermedad había renunciado y falleció el 13 de agosto de 1881. ROPBA, 1879, pp. 555-556.

Ministro	Nacimiento	Lugar	Universidad	Matrícula	Magistrado en otra instancia	Cargos en otros poderes
Manuel María Escalada	1823	Buenos Aires	UBA	1846	sí	sí
Sixto Villegas	1831	Buenos Aires	UBA	1855	sí	sí
Alejo B. González Garaño	1833	Buenos Aires	UBA	1856	sí	sí
Sabiniano Kier	1832	Buenos Aires	UBA	1856	sí	sí
Andrés Somellera	1809	Asunción	UBA	1852	sí	sí
Víctor Martínez	1823	Buenos Aires	UBA	1847	no	sí

Cuadro 1. Ministros de la Suprema Corte de Buenos Aires entre 1875 y 1880.

1821 con las cátedras de Derecho Civil, a cargo de Pedro Somellera, y Derecho Natural y de Gentes, encabezada por Antonio Sáenz, el primer Rector, que junto con profesores y personal eran solventados por el gobierno de Buenos Aires. Los estudios estaban organizados en dos etapas, una académica que se cursaba en la Universidad y de la que se obtenía el título de Doctor en Jurisprudencia, y otra práctica o profesional en la Academia de Jurisprudencia que habilitaba para litigar u abogar, llevando en total unos cinco o seis años. Una tercera cátedra de Magistratura, propuesta por Sáenz, no prosperó por cuestiones económicas. En 1826 se incorporaron las cátedras de Derecho Canónico y Economía Política, eliminada esta última en la década siguiente²².

Por el año en que se presentaron ante el más alto Tribunal a rendir el examen para obtener el título de abogado y ser inscripto en la matrícula, po-

²² Sobre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires véase TULLIO ORTIZ, *Historia de la Facultad de Derecho*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 2004; TULLIO HALPERIN DONGHI, *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, EUdeBA, 2002. Sobre la enseñanza del derecho: MARÍA ISABEL SEOANE, *La enseñanza del derecho en la Argentina. Desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX*, Buenos Aires, Perrot, 1981; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “En torno a la mentalidad de nuestros juristas del ochocientos”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 5, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1977.

demos determinar que en su formación académica todos cursaron en las cátedras de Derecho Natural y de Gentes, y de Derecho Civil, ambas a cargo de Rafael Casagemas hasta su renuncia el 6 de agosto de 1857²³. El catedrático reemplazó a Pedro Somellera y su posición utilitarista en 1832, retornando a lo tradicional al inspirar su enseñanza en las *Instituciones del Derecho Real de España*, de José María Álvarez, en una edición adaptada por Vélez Sarsfield en 1834, para actualizar la legislación del texto original mediante notas y adiciones²⁴. El utilitarismo, como corriente ideológica, decaía hacia los 30 y las visiones iusnaturalistas y romanistas ascendían, pero el fermento reformista se mantuvo a través de las tesis doctorales²⁵.

La obligación de los profesores de preparar los cursos para la impresión nos permite conocer en parte la base doctrinaria con que los letrados salían de la Universidad y los lineamientos de los debates jurídicos²⁶. Los docentes debían elaborar la síntesis de una disciplina, esto implicaba una reacción contra el método de enseñanza imperante, según el cual los antiguos profesores se limitaban a referirse a autores “de volúmenes importantes que eran reverenciados y conocidos generalmente por las cubiertas”²⁷.

Para dimensionar la influencia de la formación de los magistrados en sus fallos es muy significativo observar a Andrés Somellera, que, si bien ha-

²³ JUAN MARÍA GUTIÉRREZ, [1864] *Origen y desarrollo de la Enseñanza Pública Superior en Buenos Aires*, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1915.

²⁴ JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, *Instituciones del Derecho Real de España*, adicionada por Dalmacio Vélez Sarsfield, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1834.

²⁵ JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “La tradición indiana y la formación del derecho argentino”, *Temas de historia argentina y americana*, n° 7, julio-diciembre, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2005; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, [1977] *La codificación en la Argentina (1810-1870) Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2da. Edición, Buenos Aires, Librería Histórica Emilio J. Perrot, 2008.

²⁶ Por el *Reglamento del 6 de marzo de 1823* se debían arreglar los estudios, comprendiendo el plan general de las publicaciones docentes y universitarias. ROPBA, 1823, pp. 25-26. Magdalena Candiotti estudió las ideas sobre derecho posrevolucionario en el marco de la Universidad de Buenos Aires y su importancia en la legitimación de la Revolución. MAGDALENA CANDIOTTI, “Revolución y derecho. La formación jurisprudencial en los primeros años de la Universidad de Buenos Aires (1821-1829)”, en DARIO BARRIERA, (compilador), *Justicias y Fronteras. Estudios sobre Historia de la Justicia en el Río de la Plata, Siglos XVI-XIX*, Murcia, Editum, 2009, pp.119-142.

²⁷ ANTONIO SÁENZ, “Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes. (Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años 1822-1823)”, Buenos Aires, Instituto del Historia del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1939. Introducción de Ricardo Levene, p. LII; LVII. (en adelante Sáenz).

bía pasado por las cátedras de Casagemas, reflejaba la influencia de su padre defendiendo la mitigación de la pena, como por ejemplo cuando votó en disidencia en una sentencia que condenaba a muerte a un hombre acusado de homicidio cometido con alevosía, premeditación y ensañamiento, de noche y en cuadrilla. La fundamentación de su voto disidente era la falta de la prueba legal²⁸.

2.2. Las atribuciones constitucionales

Según lo determinaba el artículo 156 de la Constitución las atribuciones de la Suprema Corte eran: 1° Ejerce jurisdicción ordinaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad e inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la Constitución provincial y se controvierta por parte interesada; 2° Conoce y resuelve originaria y exclusivamente en las causas de competencia entre los Poderes Públicos de la provincia, y en las que se susciten entre los Tribunales de Justicia con motivo de su jurisdicción respectiva; 3° Decide las causas contencioso-administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada; 4° Conoce de los recursos de fuerza; 5° Conoce en consulta, o en grado de apelación, de las causas en que se imponga la pena capital, al solo efecto de decidir si la ley en que se funda la sentencia es, o no, aplicable al caso, siendo necesario unanimidad para declarar aplicable la ley; 6° Conoce y resuelve en grado de apelación de la aplicabilidad de la ley en que los tribunales de Justicia en última instancia fundan su sentencia a la cuestión que por ella deciden, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos.

Respecto al objetivo de esta investigación, es muy importante tener presente que según el texto constitucional la Corte debía observar el procedimiento vigente en el conocimiento de los negocios de su competencia, en cuanto no se opusiera a lo ordenado en la Constitución, y mientras la legislatura no dictara las leyes orgánicas y de procedimiento judicial²⁹.

²⁸ Causa CCXLIX

²⁹ “Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873”, Disposiciones transitorias, art. 217.

3. Fuentes y metodología

Las fuentes utilizadas en este trabajo son los acuerdos y resoluciones que hacen mención de legislación indiana en forma exclusiva o junto con legislación patria o nacional, buscando determinar su papel en la resolución del conflicto judicial³⁰. Para describir el documento con el que estamos trabajando, tomamos la definición de *acuerdo* de Esteves Saguí.

Después de vista la causa y de oídos los informes cuando hayan tenido lugar, sólo resta que, formando el acuerdo se pronuncie la sentencia. Este *acuerdo* no es, otra cosa sino la reunión que los jueces tienen entre sí para manifestarse su modo de ver en el asunto, la opinión legal que se han formado acerca de la cuestión, y la resolución que creen debe pronunciarse en justicia³¹.

En cuanto a la *resolución*, son los mismos magistrados los que se vieron forzados a definirla a poco de iniciadas sus actividades, estableciendo que “el recurso de inaplicabilidad de ley se da no sólo de las sentencias definitivas, sino también de las interlocutorias que deciden un punto que envuelve o define toda la cuestión”, resolviendo cuestiones incidentales sin prejuzgar sobre el fondo del conflicto y que cause gravamen irreparable³².

El procedimiento del acuerdo se regía por los artículos 170 y 171 de la Constitución provincial. Como tribunal colegiado debían establecer primero las cuestiones de hecho y enseguida las de derecho, sometidas a su decisión, votando separadamente cada una de ellas. El voto debía ser fundado y por la insaculación prescripta se fijaba el orden de votación. A partir del 16 de enero de 1879 se procedió á practicar la insaculación que prescribía el art. 171 de la Constitución y 325 de la ley de Enjuiciamiento Civil y Comercial, resultando de ella el orden de votación que debía guardarse³³.

³⁰ Para esta investigación trabajamos con la publicación de *Acuerdos y sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Autos acordados desde 1810, acuerdos extraordinarios, resoluciones y noticias referentes a la administración de justicia*. Segunda edición autorizada, realizada por el secretario de la Suprema Corte, Dr. Aurelio Prado y Rojas, tomos I y II, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1892.

³¹ MIGUEL ESTEVES SAGUÍ, *Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Americana, 1850, p. 408.

³² Causa III. Este fue el primer fallo en que se definió la resolución en sentencia interlocutoria que impedían la finalización del pleito, pero se reitera en todo el período estudiado. Al respecto, en un fallo citan las leyes 13, tit. 23, part. 3 y 3, tit. 18, lib. 4 Recopilación Castellana que definen las sentencias interlocutorias en que podía haber apelación (Causa XXII).

³³ Causa DLX. Ley de Enjuiciamiento Civil y Comercial, ROPBA, 1878, pp. 317-429.

Realizada la lectura de cada una de las setecientas once resoluciones y sentencias pronunciadas por la Suprema Corte desde el 10 de marzo de 1875 hasta el 14 de agosto de 1880, y para poder tener una visión de conjunto que abarcara todas las cuestiones judiciales que llegaban al Tribunal, confeccionamos una tabla en la que consta el número de causa, el año de iniciación, el fuero y el departamento judicial del que proviene, el tipo de recurso presentado, los votos a favor, en contra y en disidencia, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia citadas. Las planillas fueron confeccionadas en Excel para poder aplicar los filtros, confeccionar estadísticas, ubicar la legislación indiana y cruzar información.

Parte de los datos obtenidos los volcamos en los siguientes cuadros para tener una perspectiva general. De los 711 fallos, 229 tienen alguna cita de legislación indiana en forma exclusiva o con legislación patria o nacional. Respecto a la doctrina y a la jurisprudencia sólo hacemos referencia a su aparición en los fallos pues no podemos ocuparnos exhaustivamente de ellas en este trabajo³⁴. En cuanto a la legislación, hemos confeccionado cuadros con todas las citas halladas que no serán incluidos aquí a fin de respetar la extensión de la publicación.

Año	Fallos	Legislación indiana
1875	37	23
1876	117	47
1877	200	50
1878	202	48
1879	88	42
1880	67	19
	711	229

Cuadro 2. Total de fallos por año y fallos con legislación indiana.

³⁴ Para la identificación de la doctrina jurídica indiana nuestra tarea fue facilitada por el texto de BERNARDINO BRAVO LIRA, “El derecho indiano después de la independencia española”, *Historia* vol. 19, Santiago de Chile, 1984, p. 10-34.

Fuero	1875	1876	1877	1878	1879	1880	Total
Civil	9	50	67	75	35	26	262
Comercial	12	34	65	54	19	20	204
Criminal	7	13	24	27	22	3	96
Correccional		3		1			4
Contencioso administrativo	9	17	38	39	12	18	133
Sin especificar			6	6			12

Cuadro 3. Total de fallos por fuero y por año.

Departamento Judicial	1875	1876	1877	1878	1879	1880	Total
Capital (Buenos Aires)	33	109	179	173	64	56	614
Norte (San Nicolás)	3	2	9	4	2		20
Centro (Mercedes)	0	4	7	15	13	9	48
Sud (Dolores)	1	2	5	10	9	2	29

Cuadro 4. Total de fallos por Departamento Judicial. Entre paréntesis se indica la cabecera departamental.

Legislación	1875	1876	1877	1878	1879	1880	Total
Indiana	9	25	24	23	12	5	98
Mixta	14	22	26	25	30	14	131
Patria o nacional (exclusivamente)	13	65	127	135	43	47	430
Sin	1	5	23	19	3	1	52

Cuadro 5. Legislación citada en los fallos por año.

Doctrina	1875	1876	1877	1878	1879	1880	Total
	10	13	18	22	16	11	90

Cuadro 6. Fallos que citan doctrina.

Jurisprudencia	1875	1876	1877	1878	1879	1880	Total
		8	28	30	27	21	114

Cuadro 6. Fallos con jurisprudencia.

4. El derecho indiano en los fallos de la Suprema Corte

En este apartado nos centraremos en el análisis de los acuerdos y las sentencias en que se menciona legislación indiana, buscando establecer en qué medida y carácter estas normas regularon la resolución de los conflictos. En estos años, en el sistema judicial de la provincia se fue definiendo claramente la especialización por fuero, por ello hemos optado por tratar los fallos siguiendo esa división que se precisa en los textos de los acuerdos y resoluciones. Esta especificidad enriquece la mirada pues tal como explica Zorraquín Becú el reemplazo progresivo del antiguo sistema se generó según las ramas del derecho y se prolongó hasta fines de la centuria³⁵.

De las ciento treinta y tres causas contencioso administrativas, quince citan legislación indiana y están relacionadas en su mayoría con problemas de tierras por escrituración, arriendo, mejor derecho, compra de sobrante y de tierras públicas. La resolución de un recurso de nulidad entre un particular y el Municipio nos permite acceder a la definición de la competencia contencioso administrativa del Tribunal:

En nuestro actual orden político los poderes públicos tienen plena independencia en el ejercicio de sus funciones; pero en las decisiones de que ellos emanan, en lo que afecte derechos privados de que no han podido desentenderse, la decisión del poder está sometida a la acción judicial privada, que garante el derecho constitucional contra la ley; la ley contra el decreto o resolución. Esa limitación impuesta al Poder Legislador y del Ejecutivo produce el caso contencioso-administrativo de que la municipalidad como poder público no podría prescindir y menos como autoridad administrativa independiente³⁶.

La causa la inició Manuel Cadelago contra la municipalidad de Buenos Aires pidiendo la nulidad de una ordenanza sobre colocación de máquinas a vapor. Para la Corte era atribución municipal dictar, conservar, derogar o modificar ordenanzas, con el límite del libre derecho de los vecinos entre sí, en mejor garantía de otros derechos. La ordenanza del 12 de agosto de 1856 sobre la colocación de máquinas a vapor fue redactada “para la mayor segu-

³⁵ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “Las fuentes del Derecho argentino (Siglos XVI a XX)”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 1, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, p. 286.

³⁶ Causa CCCLVII.

ridad de las personas y propiedad, para el más cómodo uso de lo propio”. Ésta generó prohibiciones individuales a cambio de derechos de seguridad acordados y no era posible prescindir del deber, por esto no se hizo lugar a la nulidad en función de las leyes 2, tít. 18, lib. 11 de la Recopilación Castellana y 4, tít. XVII, lib. 4º de la Recopilación de Indias, que no permitían ese recurso de lo que no era apelable.

En numerosos casos (de todos los fueros) la utilización de legislación indiana se relacionaba con cuestiones procesales, como apelación de cosa juzgada, plazos de apelación, cantidad de testigos necesarios, requisitos para la demanda de nulidad, condiciones de la confesión, excepciones con fuerza de perentorias, formalidades del juicio administrativo, temeridad³⁷. Algunos ejemplos, como la temeridad, sirven para observar cómo se utilizaba la Partida 3ª en general para resolver cuestiones de procedimiento llegando a recurrir a ella para sostener posturas opuestas. La cuestión planteada era si correspondía al demandante pagar las costas en un reclamo contra el Poder Ejecutivo, por la compra de un sobrante de terreno situado en el partido del Monte. Para Escalada, apoyado por González y Pardo (conjueces) debía pagarlas, según el art. 8 del Reglamento de Justicia de 1813 y la ley 39, tít. 2, Part. 3ª, por haber iniciado la demanda y no comprobado su acción. En cambio, para Pedro Goyena (en coincidencia con Dardo Rocha, ambos conjueces) “debiendo juzgarse el caso actual bajo el imperio de las antiguas leyes de procedimiento y teniendo presente la jurisprudencia apoyada entre otras en las leyes 8, tít. 3 y 8, tít. 22, Part. 3ª, la condenación en costas era una pena que sólo debía aplicarse al litigante temerario³⁸.

Los ministros solían recurrir a la legislación indiana para apoyar su fallo junto con la legislación nacional, lo cual puede observarse en una demanda interpuesta por Juan N. Terrero contra el Poder Ejecutivo sobre evicción de unos campos, que fueron adjudicados a aquel por la escritura de disolución de la sociedad que tuvo con Juan Manuel Rosas. El 6 de noviembre de 1879 se reunió la Suprema Corte para dictar sentencia con un inusual número de conjueces: Delfín Gallo, Carlos Saavedra Zavaleta y Francisco Alcobendas en reemplazo de Escalada, Villegas y Somellera.

³⁷ Causas XXV; XXXIV; XC; CCXXXIX; CCCLXXXIII; CCCLXXXV; DCXCIV; DCXXI.

³⁸ Causa DCXXI. Sobre el contenido y el uso de las partidas consultar BERNARDINO BRAVO LIRA, “Vigencia de las Partidas en Chile, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n° 10, Valparaíso, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1985, pp. 43-105.

Es un principio jurídico que si el que ha recibido una cosa en cambio, sufre evicción por parte de un tercero, le queda el recurso de la garantía, pues el co-permutante está tenido de evicción, lo mismo que lo está el vendedor. Tal es el derecho que la sucesión Terrero ejercita. Y semejante derecho se levanta apoyado por nuestra legislación antigua aplicable al caso. Las leyes 3, tít. 11, lib 3º, Fuero Real y la 4ª tít. 6, Part. 3ª lo consignan expresamente: “E aun dezimos que los que cambian, son tenidos de fazer sano el uno al otro la cosa que con él cambia”. El nuevo Código Civil en el título “De la permutación” libro 2º lo prescribe también. Estas disposiciones están basadas en estricta justicia y en la naturaleza del mismo contrato³⁹.

En esa tensión entre la antigua y la nueva legislación, para Alcobendas los principios de la legislación romana “son comunes y forman la base de nuestra legislación anterior y de la actual, pudiendo decirse, que es la fuente en que debe inspirarse el juez cuando trata de explicarse el alcance y tendencias de las leyes que debe aplicar”⁴⁰.

De las doscientas sesenta y dos causas del fuero civil recurridas, ciento seis citan legislación indiana. Uno de los primeros fallos del Tribunal se ocupó de definir el alcance del recurso de inaplicabilidad de ley, que se daba no sólo de las sentencias definitivas, sino también de las interlocutorias que decidían un punto que envolvía o definía toda la cuestión. La sentencia se fundaba en el artículo 156 inciso 6º de la Constitución provincial, pero invocaba las leyes de las Partidas (ley 22, tít. 3, Part. 3ª) y la Recopilación Castellana (ley 9, tít. 6, lib. 4º) para definir el uso de la palabra *sentencia* en el artículo constitucional, que implicaba no sólo la definitiva sino también la interlocutoria con fuerza de definitiva. Aclaraba el fallo que no estando aún dictada la reglamentación para el recurso de inaplicabilidad, regían las leyes de procedimiento vigentes, según los artículos 217 y 225 de la Constitución provincial, en cuanto no se opusieran a ella. También se basaban en la doctrina jurídica, pues según el artículo 176 de la Constitución, las sentencias debían fundarse en el texto expreso de la ley, y a falta de éste en los principios jurídicos de la legislación vigente y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho.

³⁹ Causa DCXXXVIII.

⁴⁰ El derecho romano no se enseñó en el Departamento de Jurisprudencia hasta 1875, pero a través de las lecciones de derecho natural y de gentes de Casagemas los estudiantes tuvieron contacto a él. ABELARDO LEVAGGI, “El Derecho romano en la formación de los abogados argentinos del Ochocientos”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, X, Valparaíso, 1985, pp. 145-158.

En las causas civiles son muy diversas las materias sobre las que se inicia el recurso. Uno de ellos, a poco de andar la nueva Corte, establecía las diferencias en la competencia entre los antiguos y nuevos tribunales. En el litigio que seguía Teresa Pérez, contra la sucesión de Manuel Gazcón, sobre filiación natural de un hijo, el punto en cuestión fue fallado en su contra en primera instancia y a su favor en segunda instancia. Pérez solicitó la inhibición de los bienes de Gazcón e interpuso el recurso de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte por la sucesión y fue concedido.

Pero sobre la facultad de la Corte para proveer a ese pedido hubo diversidad de opiniones, y se resolvió en disidencia que el Tribunal carecía de jurisdicción para conocer y resolver en un pedido de inhibición de enajenar, sin haberse pedido y resuelto en instancias anteriores. Por la ley 14, tít. 23 de la Part. 3^a la segunda instancia de apelación sólo giraba dentro de lo apelado, con la inerte facultad de la sustanciación indispensable. Es importante en este fallo el enfrentamiento respecto a la definición de inaplicabilidad, tomada de la ley 27, tít. 23 de la Partida 3^a. Para unos la Suprema Corte no era instancia de apelación ordinaria, según los términos constitucionales, pues su función estaba limitada a juzgar la aplicabilidad o inaplicabilidad de la ley en que los Tribunales fundan sus sentencias en *última instancia*. En cambio, la minoría en disidencia consideraba que

...no importa lo que en la antigua legislación se conocía por casos de Corte, ni puede equipararseles á estos, que como lo explica el Sr. Castro en su Prontuario de Práctica Forense, eran aquellas causas, que sobre lo principal se iniciaban por primera demanda ante la Audiencia, ó Cámara de Justicia, omitiendo las instancias inferiores⁴¹.

El reclamo sobre filiación natural de Teresa Pérez dio origen a otro recurso el 20 de septiembre de 1877. En este caso la Corte reconoció la inaplicabilidad convirtiendo su fallo en un verdadero tratado sobre filiación repasando desde el derecho romano hasta al código civil, con citas de legislación, doctrina y jurisprudencia, afirmando que:

⁴¹ Causa XX. En la causa XXVI recurren a la ley 1, tit 23, Part. 3^a para definir la apelación: “querrela que alguna de las partes hace de juicio que fuese dado contra ella llamando y recorriéndose a enmienda de mayor juez”. También citan los artículos 160 y 221 de la Constitución provincial por los cuales las Cámaras de Apelación no tienen facultades de tribunal de casación, ni para enmendar, anular o ampliar la jurisprudencia en la sentencia de un juez. Sus facultades se limitan a confirmar o revocar la sentencia apelada

Nuestra antigua legislación y la moderna marchan unidas, proclamando el principio de que la única prueba posible de la filiación natural, es el reconocimiento expreso o tácito, que en el último caso la autoridad de la justicia declara e impone a los padres, como resultante de los hechos existentes y probados, que determinan aquella filiación⁴².

Un fallo del 8 de mayo de 1877 en un recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por Mariano, Manuel y Martín Haedo, en los autos seguidos por éstos contra Celestina Haedo de Tornes sobre filiación natural, podemos observar los efectos de la sanción del Código Civil y su aplicación, declarando que no existía inaplicabilidad y que los hijos naturales podían solicitar su reconocimiento aún después del fallecimiento de sus padres.

Antes de la promulgación del Cód. Civ., la legislación española que nos regía, permitía la investigación de la paternidad o maternidad natural, ya fuese durante, ya fuese después de la muerte de los padres; y en la práctica de los tribunales no se suscitó jamás duda al respecto según entiendo. No era indispensable para la declaratoria de la paternidad o maternidad, que el reconocimiento del hijo natural por el padre o la madre, fuese expreso y solemne; pudiendo pronunciarse aquella en virtud de datos irrecusables, que creasen en el magistrado la evidencia del hecho. En este estado de nuestra legislación y jurisprudencia, se promulgó el nuevo Código Civil, que aparecía inspirado en los grandes progresos, que la ciencia del derecho civil había hecho durante la vigencia de la antigua legislación española. La conveniencia o inconveniencia de investigar la paternidad natural era una de las cuestiones que dividía más la opinión de los autores, y cuya lucha se reflejaba en los códigos modernos, permitiéndose en unos y negándose en otros. El legislador argentino optó por el primer sistema que admite la investigación, y que dejaba subsistente nuestros precedentes al respecto⁴³.

La tensión entre ley anterior y ley vigente también se evidencia, como en el fallo emitido el 12 de agosto de 1876 en el recurso de inaplicabilidad de ley, interpuesto por Facundo Suárez, de la resolución dictada por la Cámara 2^o de lo civil en los autos que seguían Fausto, Nemesio y Nicomedes Aramburú sobre cumplimiento de un contrato. El fallo basado en la ley de octubre de 1870, el Código Civil y la Constitución Nacional, agregaba que:

⁴² Causa CCLXXXVI.

⁴³ Causa CCI.

...tampoco puede caber duda sobre la revocabilidad del poder con arreglo a la ley 8, tít. 10, lib. 1º Fuero Real. Según ella el nombramiento de nuevo apoderado hace caducar el anterior poder; principio adoptado por el Código Civil en los arts. 102 y 103, f. 469, título del mandato citado en el acuerdo de la Cámara, si bien la disposición que ha debido citarse es la ley del fuero vigente, como materia de procedimiento, tratándose de procuraciones judiciales⁴⁴.

Ante un conflicto de jurisdicción territorial en un recurso sobre un juicio ejecutivo, la Suprema Corte haciendo uso de la legislación indiana sentó jurisprudencia utilizada luego en casos similares, respecto al objetivo descentralizador en la conformación del poder judicial, reconociendo las dificultades para lograrlo ante las carencias legislativas:

El art. 155 de la Constitución de la provincia, al crear el Poder Judicial, recomendó la descentralización posible en su jurisdicción territorial y el art. 160 encomendó a las leyes orgánicas, la determinación de los límites, de la jurisdicción territorial. El pensamiento de los constituyentes quedó consignado como base para la organización futura, pero, previendo que mientras las leyes orgánicas no le diesen forma práctica, era indispensable obviar su falta, el art. 224 de la Constitución, declaró que los jueces de la Capital, extenderían su jurisdicción hasta los partidos que actualmente forman el departamento de la Capital, y los de la campaña tendrían jurisdicción en sus respectivos departamentos. Fue consecuencia inmediata de esta declaración, el nombramiento de jueces de departamento, y la declaración de la Suprema Corte, consignada en el acuerdo extraordinario de 29 de Enero de 1875, respecto a carecer los jueces y Cámara de la Capital, de jurisdicción para conocer en las causas pertenecientes a los departamentos de campaña. Ante el texto de las disposiciones enunciadas, nada importa la omisión o silencio de la ley de 1860, respecto a la excepción de jurisdicción. Esa ley, anterior en fecha, es posterior en régimen y en este doble carácter, sometida a las prescripciones de la ley, fundamental... las excepciones que pueden oponerse ante el juez de la causa, lleva implícita la condición de que ese juez existe, y tiene jurisdicción al efecto, de tal manera, que si carece de jurisdicción, no puede haber ni juicio, ni sentencia, ni el demandado tiene el deber de responder ante él, según las leyes 6, tít. 10, lib. 2 F. R. y 4, tít. 3, Part. 3^a ⁴⁵.

Lentamente comenzaron a incrementarse los fallos en que se recurría en forma conjunta a la antigua y a la nueva legislación, como en el recurso

⁴⁴ Causa CI.

⁴⁵ Causa CXLIX.

de inaplicabilidad sobre prelación o mejor derecho al pago de los créditos de escritura. El recurso fue rechazado porque la Cámara había procedido de acuerdo, “tanto con lo dispuesto en la ley 1ª, tít. 11, Part. 5ª, como con lo consignado en el art. 51, pág. 309 de nuestro Código Civil”, citando su texto⁴⁶. Lo mismo sucedía en la sentencia que no reconocía la inaplicabilidad de ley en una demanda por daños y perjuicios:

Los artículos 18 y 19 de la ley de 28 de Junio de 1875, no dan valor a la prueba dada fuera de tiempo, sino fuera por omisión de las autoridades encargadas de recibirla. Análogo a este precepto es el régimen anterior a esa ley, y bajo el que estaba sometida esta causa en la época de las comprobaciones en 1ª instancia. La ley 34, tít. 16, Part. 3ª no admite otra prueba después de vencido el plazo que la de carta o instrumento⁴⁷.

También es observable en la causa sobre nulidad de una venta y reivindicación de un terreno, en el que la buena fe del comprador está definida tanto “bajo el imperio de las leyes de Partida, sea que se rija por el Código Civil vigente”. La ley 5, tít. 14, Part. 6ª, sólo atribuía responsabilidad en caso de venta al coheredero vendedor y “nuestro Código Civil” era aún más explícito en el art. 21, tít. 4^o⁴⁸. En una rescisión de contrato y cobro de perjuicios la Corte falló la inaplicabilidad de ley basada en el art. 66, título de la locación, lib. 2^o, Código Civil, la ley 9, título 17, lib. 3, Fuero Real y la ley 5, tít. 8, Part. 5ª⁴⁹.

Sin embargo, continúan en algunos puntos manteniéndose la tensión, tal como puede observarse en la disidencia producida dentro del Tribunal ante el caso sobre rescisión de un contrato de compra-venta basado en la ley 13, tít. 7, Part. 3ª; ley 2ª, tít. 3^o, lib. 2 Fuero Real; ley 41, tít. 2, Part. 3ª; ley 66 de Toro. Para González, Escalada y Somellera no existía inaplicabilidad; para Villegas y Kier era aplicable el Código de Comercio, art. 87 de la compra-venta, que imponía al vendedor la conservación del bien y la obligación de no cambiar su estado⁵⁰.

En otros casos puede observarse al mismo tiempo la primacía del código y la complementariedad de ambos sistemas legales, como en el recurso interpuesto sobre tutela en 1878. Para el Tribunal existió inaplicabilidad de ley y

⁴⁶ Causa CCCXV.

⁴⁷ Causa CDXXXIX.

⁴⁸ Causa CDXCVI.

⁴⁹ Causa DLXIX.

⁵⁰ Causa CCCXXVIII.

lo fundamentaba en que la legislación miraba como una carga del pariente la tutoría del menor huérfano. Eso había cambiado radicalmente en “nuestro Código” que, lejos de mirarla como carga, la consideraba un derecho, puesto que la omisión al deber prescripto, era penada con la privación de poder ejercer la tutela. Pero al definir este principio había omitido fijar el plazo en que aparece la omisión punible. Es aquí donde “nuestra propia tradición y doctrina legislativa” podían llenar ese silencio. Por la ley 12, tít. 16, Part. 3^a, un año de omisión en el pariente en el aviso judicial de la orfandad o vacancia de la tutela, daba lugar a la inhabilidad que establecía el nuevo Código⁵¹.

Otra cuestión que surge en estos años es qué sucedía con hechos acaecidos bajo la antigua legislación, como un recurso sobre una reivindicación, cuya sentencia fue pronunciada por la Cámara del Departamento del Norte. Para la Corte hubo inaplicabilidad de ley porque:

Las leyes del Código Civil por carecer de efecto retroactivo deben abrir camino, tratándose de un contrato perfecto por el consentimiento de las partes desde el año de 1847, a las disposiciones entonces vigentes. Estas eran las Leyes de Partida y las de Recopilación Castellana. Ninguna de las primeras, al ocuparse de las condiciones del contrato de compra-venta, impuso la escritura pública bajo pena de nulidad. ...la legislación vigente en la época en que el contrato se verificó, no exigía formas especiales para el contrato de compra y venta que se perfeccionaba por el solo consentimiento de las partes (ley 6, tít. 5, Part. 5)⁵².

En un recurso de inaplicabilidad a la resolución de la Cámara 1^a de lo civil, que declaraba que la cuarta marital no estaba sujeta a la reserva por la legislación anterior al Código Civil, la Corte resolvió que no la había. El fallo se basaba en que la cuarta marital era una subvención obligatoria limitada por la ley a la suma indispensable para la cómoda subsistencia con prescindencia de la cuantía de bienes del esposo, pues destruía su objeto, toda vez que la renta no alcanzase al bien y honesto vivir de la viuda pobre. Este era para los jueces el verdadero espíritu de las leyes de Partida, que la ley 15 de Toro no había derogado expresamente y que la legislación y jurisprudencia romana no podía desvirtuar⁵³.

⁵¹ Causa CCCLXII.

⁵² Causa CCCLXXVII.

⁵³ Causa CDXCVIII. Legislación citada: ley 2, tít. 5, lib. 4 del Fuero Juzgo de donde más tarde pasó al Fuero Real y Código de Partidas (ley 1, tít. 2, lib. 3 Fuero Real; y 26, tít. 13, Part. 5^a; ley 7, tít. 13, Part. 6^a; ley 7, título 13, Part. 7^a; ley 15 de Toro).

También en causas civiles se recurría a la legislación indiana para resolver cuestiones procesales, como la confesión que tenía la fuerza de prueba plena⁵⁴; los testigos⁵⁵; falsedad de documento público; simulación de prueba⁵⁶; plazos para los informes en derecho⁵⁷, la prueba en segunda instancia⁵⁸; excusación del juez⁵⁹. Un tema siempre presente es el del litigante temerario, que por el art. 8 del Reglamento de Administración de Justicia de 1813, y la ley 8 tít. 22, Part. 3^a, estaba sujeto no sólo a la condenación en costas, sino a la obligación de indemnizar los perjuicios causados por el pleito⁶⁰.

La nueva legislación modificó en algunos casos los plazos, como en el cobro de pesos que citaba la ley 15, tít. 31, Part. 3^a, en que las servidumbres continuas se adquirían por la prescripción por 10 años entre presentes *y* 20 entre ausentes. El Código Civil vigente había elevado el tiempo necesario para la adquisición por ese medio a 30 años (art. 48, tít. 12, lib. 3, Código Civil)⁶¹.

De las doscientas cuatro causas mercantiles, sesenta y seis hacían referencia a legislación indiana en relación a cuestiones procesales -como las que hemos visto en el fuero civil- o la utilizaban para reforzar el Código de Comercio o legislación patria. Por ejemplo, en algunos fallos se afirmaba que la confesión era uno de los medios más caracterizados de prueba, según lo enseñaba la doctrina de los maestros, que la llamaron “la prueba de las pruebas”, según las leyes del tít. 13, Part. 3^a y lo afirmaba el art. 37 de la Ley de Procedimientos de 1875⁶². En un cobro de pesos se definía que la libertad con que debía proceder el magistrado al estimar la prueba producida era “indispensable para que el juez fuera verdadero juez, y estaba consagrada por la ley 40, título 16, Partida 3^a y por el art. 61 de la de Junio 28 de 1875 que disponía se apreciara la fuerza probatoria, seguir las reglas de la sana crítica”⁶³.

⁵⁴ Causa XXVI, ley 2, tit. 13, Part. 3^a.

⁵⁵ Causa LXXII, ley 41, tit. 16, Part. 3^a “Mas cuando algún testigo fuese contrario a si mismo en su dicho, *non debe valer su testimonio*”.

⁵⁶ Causa CVIII, ley 117, tit. 8, Part. 3^a, ley 13, tit 16, lib. 5 Recopilación Castellana.

⁵⁷ Causa CXXXIV, ley 29, tit 5^o, lib. 2 Recopilación Castellana.

⁵⁸ Causa CLXI, leyes 4. y 5, tit. 9, lib. 4^o Recopilación Castellana.

⁵⁹ Causa DIX, ley 10, tit. 7, lib 1^o Fuero Real.

⁶⁰ Causa CXXII. Art. 8^o del Reglamento para la Administración de Justicia del año 1813: “Los jueces, condenarán irremisiblemente al litigante temerario en todas las costas causadas al vencedor en juicio, con los daños y perjuicios que se le hubieren seguido conforme á derecho”, principio que está en conformidad con la ley 8, tít. 22, Part. 3, que condena al malicioso litigante en las “costas e *missiones*”.

⁶¹ Causa DLXXI.

⁶² Causa CCXCIV. Ver CCCV y CCCXLI en que se citan ambas legislaciones.

⁶³ Causa DXXVI.

Hacia el final del período se profundizó la modalidad de citar conjuntamente legislación indiana, el código de comercio y la ley de enjuiciamiento, pero en algunos casos la vieja legislación resolvía cuestiones como la ley 8, tít. 3 y 8, tít. 22, Part. 3 (que subsistía a pesar de lo dispuesto en el art. 238 de la ley de Enjuiciamiento), referidas “a los que maliciosamente, sabiendo que no han derecho en la cosa que demandan, promueven no obstante acción sobre ella”⁶⁴.

Un conflicto en torno a hipotecas y moratorias, en que intervenían el Banco de la Nación y el Provincia, nos permite ver un importante juego de toda la legislación sobre el tema. Las leyes 23, 25, 33, tít. 13, Part. 5^a; ley 6, tít. 19, lib. 3 Fuero Real y ley 8, tít. 18, lib. 9 de la Recopilación Castellana, conferían hipoteca tácita general al Estado sobre los bienes de sus deudores, todos los que quedaban obligados hasta la solución de los créditos de aquel⁶⁵. Esta hipoteca tácita fue definida en las leyes del 22 de junio de 1822, del 25 de octubre de 1854 y del 5 de julio de 1856 (beneficios fiscales del banco) y fue concedida al Banco de la Provincia por la jurisprudencia judicial.

La calidad real de la hipoteca tácita fue establecida por el Código de Comercio y la supresión que el Código Civil hizo de ésta no afectaba los derechos del banco por ser su legislación especial por el Pacto de 11 de noviembre de 1859, art. 7^o “Que todos los establecimientos públicos de cualquiera clase y género que sean, serán gobernados y legislados por la autoridad de la provincia”, lo que se reafirmó en el art. 104 de la Constitución Nacional. El Código Civil, ley posterior y dictada por un poder ordinario no podía derogar ni alterar la legislación especial del Banco, garantida por el pacto de 1859, elevado a precepto constitucional. Finalmente terminaban de fortalecer sus argumentos con el Auto acordado 12, tít. 8, lib. 9 Recopilación de la Castellana, por el cual la Hacienda Pública estaba exceptuada expresamente de la aplicación de las moratorias.

El papel que en los litigios comerciales desempeñaban los peritos arbitradores se manifiesta en una demanda de un dependiente y encargado por la casa *Freyer* de “importantes y hasta peligrosas negociaciones” en las plazas de Montevideo, Entre Ríos y Matto Grosso. En una cuestión sobre salario de subalternos de comercio, los peritos arbitradores no eran meros evaluadores, sino verdaderos árbitros con todas las atribuciones que les daba la escritura de compromiso. Los peritos arbitradores eran “verdaderos jueces arbitradores” escogidos por acuerdo de ambas partes, para avenir y librar las contien-

⁶⁴ Causa DCLXXII.

⁶⁵ Causa LV.

das que hubiera entre si (ley 23, tít. 4, Part. 3ª y la 106 del tít. 18) El compromiso arbitral debía especificar las condiciones y cláusulas establecidas⁶⁶.

Finalmente, en este fuero podemos interpretar el planteo –presente también en los demás fueros- sobre el derecho de la libre defensa, declarado por el art. 173 de la Constitución que, según el fallo, no derogaba en nada el precepto establecido por la ley 15, tit. 10, lib. 1º Fuero Real y sus concordantes, ley 6, tít. 1º, lib. 2 Fuero Real y ley 18, tit. 5, Part. 3ª, que mandaba que en un pleito en que participaran muchos, todos pudieran tener un procurador. La libre defensa quería decir que cada cual podía presentar los escritos a la autoridad con o sin firma de letrado matriculado, quedando con esto derogadas las antiguas leyes que exigían la autorización del abogado, excepto en los pedimentos sencillos que se llamaban procuratorios.

Del mismo modo la libre representación significaba que todo aquel que no quisiera o no pudiera gestionar por si sus asuntos, no estaba obligado a nombrar precisamente a un procurador patentado. El art. 1º de la ley de 5 de octubre de 1870 había ya dicho que “toda persona tiene el derecho de comparecer personalmente ante cualesquiera jueces o tribunales, o hacerse representar por cualquier persona hábil, sea o no procurador recibido”. Pero para el tribunal el precepto establecido por el Fuero Real era necesario para el buen ordenamiento de los juicios y su fácil terminación.

El principio de la libre representación y libre defensa solo importa la abolición del privilegio acordado en las leyes españolas a los procuradores de número. Aunque ese privilegio desapareció por mandato de la ley de 5 de Octubre de 1870, la Constitución debió consagrarlo como dogma fundamental. No envuelve esa declaración la abolición de las leyes de procedimientos que reglen su ejercicio⁶⁷.

De las noventa y seis causas criminales, cuarenta hacen mención de legislación indiana, y es donde con más claridad puede observarse la coexistencia y la relación entre la “vieja y la nueva legislación” que atraviesa el proceso codificador. En fallos previos a la sanción del código recurrían a legislación indiana y nacional pero también citaban diversos códigos extranjeros y especialmente el proyecto de Código Penal redactado por Carlos Tejedor. En el recurso presentado por un defensor de Pobres en un homicidio cometido en riña en una pulpería, se ponen todos estos elementos en juegos para dismi-

⁶⁶ Causa CXCVII.

⁶⁷ Causa CCCLXIV. Ver CDLXXXVII.

nuir la pena. La sentencia de primera instancia había dado a Juan Rodríguez tres años de presidio; la Cámara de Apelación del Norte le dio diez años, basándose en las leyes 3 y 4, tit. 23, lib. 8 de la Recopilación Castellana y la ley 15, tit. 8, Part. 7^a.

Los ministros concordaron en que se trataba de un homicidio simple, sin reflexión ni premeditación. Su agresión fue movida por la cólera y el temor, ante la provocación y la amenaza del agredido, por lo que las leyes citadas en la sentencia carecían de importancia para regular la penalidad del delito. Afir- maban que la jurisprudencia de los Tribunales, “inspirándose en los adelan- tos del derecho criminal moderno, y tomando en consideración la ausencia de reflexión, premeditación o alevosía, en el homicidio simple, ha suavizado aquella penalidad”. La sentencia partía del proyecto de Código Penal para la República Argentina, que castigaba estos delitos con seis años de presi- dio, pero recurrían a la legislación indiana para disminuir aún más la pena, considerando las circunstancias atenuantes. Al respecto, las leyes de Partidas daban tres años de prisión, si el muerto había provocado el acto homicida y el autor estaba en estado de furor sin culpa suya. Sobre esta base, la fundamen- tación extendía sus argumentos apoyados en la proporcionalidad del castigo y la legislación patria.

Las disposiciones patrias de 1835, 1854, 1857 y 1859 han ido sucesivamente aboliendo la confiscación de bienes, la infamia trascendental, los trámites especiales del juicio *y* la exposición de cadáveres; quedando entonces como la más alta de las penas, la capital. Desde esta última fecha al menos, quedó sin duda al respecto caducada, inaplicable la condena a muerte por homi- cidio en riña. La condena de ese delito tuvo que pasar a la siguiente, que en aquella época era la de diez años de presidio; término que no ha extendido la ley de 1868, dictada bajo un espíritu de lenidad para otra clase de delitos. Esos diez años no son absolutos. En toda buena doctrina *y* en todas nuestras leyes está la proporcionalidad del castigo medida por el grado de maldad en el delincuente y por el tamaño del escándalo que ese mal ha causado á la moral pública⁶⁸.

Es inevitable en este rastreo de legislación indiana toparnos con un tema complejo y fundamental como es el del arbitrio judicial, que podemos poner bajo la lupa en el recurso por inaplicabilidad presentado por el defensor de

⁶⁸ Causa XIX “Al reo de homicidio cometido en riña, sin reflexión, premeditación, ni alevosía, y habiendo revocación por parte de la víctima, no se puede imponer la pena de diez años de presidio”.

Antonio Rodríguez, condenado por un robo en cuadrilla realizado en Arrecifes el 9 de noviembre de 1872. Esa noche un grupo de seis hombres armados con armas blancas y de fuego asaltaron la casa de Carmelo Gorosito, amarraron a los que estaban fuera y penetraron en la casa con las caras descubiertas disparando tiros sobre la puerta y causando heridas. Obligaron así a los que ocupaban la casa a abrir a condición de respetar sus vidas, robando dinero y objetos. Había conformidad en las dos instancias del Departamento del Norte, pero el defensor recurría por la legislación invocada para imponer la penalidad, que era una condena de ocho años de presidio en virtud de las leyes 18, tit 14, Part. 7^a, ley 9, tit. 11, lib. 8 y Auto 19, tit. 11, lib. 8 de la Recopilación Castellana, “moderadas por el prudente arbitrio judicial”. Villegas sostuvo que:

La muerte impuesta en nuestro Código a robos como el que ocupa esta causa, es una de esas penas que caídas en desuso, entraron entre las derogadas en el Reglamento de Justicia de 1817. La pérdida de la vida por castigo, es un mal reservado en expiación de otro género de crímenes. Siendo arbitral la pena hay que mediarla en los principios de proporcionalidad, establecidos por nuestro foro, teniendo en cuenta las doctrinas comunes, y su razón de aplicabilidad al caso.

Entonces, la pena impuesta por ambas instancias no era excesiva y no había inaplicabilidad, pero llamaban la atención al juez de primera instancia por no haber observado el art. 176 de la Constitución provincial, en cuanto a la obligación de fundar la sentencia en ley⁶⁹.

En palabras de Bravo Lira, el arbitrio “jugaba un gran papel para adecuar las antiguas leyes a las nuevas circunstancias, así por ejemplo se moderaba el rigor de las penas contempladas en los textos legales del medioevo”. Según Lardizábal, el arbitrio debía desaparecer pues eran las leyes las que debían decretar las penas de los delitos, con la autoridad únicamente del legislador. El uso del arbitrio era fruto de la falta de leyes⁷⁰. Podemos afirmar que la utilización del arbitrio judicial no implicaba una mera pervivencia, sino que se lo utilizaba como un recurso contra la arbitrariedad de la pena.

Otro homicidio demuestra una perspectiva diferente del arbitrio judicial y la antigua legislación por parte de la Corte. Los italianos Rafael Consoli, Francisco Blanco y José Fiasco dieron muerte el 25 de septiembre de 1874 a la noche, en el pueblo de San Pedro a Domingo Lamaida de la misma nacio-

⁶⁹ Causa XXI.

⁷⁰ BRAVO LIRA, “El derecho indiano”, cit. p. 38.

nalidad. El cadáver fue encontrado en una fosa hecha al efecto en la misma habitación donde tuvo lugar el crimen, confesado por los procesados, con alguna disconformidad en los relatos sobre ciertas circunstancias con el visible objeto de atenuar cada cual para sí la responsabilidad del hecho. La sentencia apelada condenó a veinte años de presidio a los reos, revocando la de 1º Instancia que solo impuso diez años a Fiasco, seis a Blanco y cinco a Consoli.

Para Escalada no había inaplicabilidad y la sentencia estaba muy distante de ser severa. Estos tres individuos se conjuraron para asesinar a su amigo, teniendo por único móvil el robo, y hubo alevosía, premeditación y ensañamiento como lo comprueba la herida del cuello. La sentencia se abstuvo de aplicar la pena capital por no encontrar bastantemente justificado cual de los tres reos infirió la herida mortal, considerando esto como circunstancia atenuante regida por las leyes 8 tít. 11, y 4 y 12, tít. 24 lib. 8 de la Recopilación Castellana, y quedando al arbitrio prudente del juez según la ley 8, tít. 31, Part. 7ª. Pero en manera alguna podía considerarse tal circunstancia como atenuante, dado que se veía claramente un convenio o compromiso previo para el crimen, y desde entonces la participación mayor o menor en el acto material o perpetración de aquel no atenuaba los grados de responsabilidad.

La pena capital era la correspondiente según las leyes 2 tít. 8, Part. 7ª; 4, tít. 23 lib. 8 de la Recopilación Castellana y otras, por lo que el recurso presentado por el Defensor carecía de sustento al haberse aplicado la ley de 4 de Agosto de 1868, condenándolos sólo a veinte años de presidio. Sin embargo, la Corte no podía aumentar la pena porque lo prohibía el art. 2º de la ley de 22 de Junio de 1859 y la sentencia apelada tenía que cumplirse⁷¹.

González agregó que, según la doctrina admitida por los Códigos más acreditados, los asociados de un complot, en las condiciones en que este se había verificado y realizado, se consideraban como autores principales del crimen o delito, siendo punibles de la pena ordinaria impuesta a este. El Proyecto de Código Penal para la República así lo prescribía en los arts. 9º y 10º del título de los autores principales. En los casos de complot, conjura o confabulación, no había necesidad de examinar la mayor o menor cooperación prestada por los partícipes comunes, porque cada uno de estos en virtud del convenio recíproco que los unía, había aceptado de antemano todo lo que se

⁷¹ Sobre el tema ver María Angélica Corva, “La facultad de perdonar: conmutación de penas y división de poderes”, *Temas de historia argentina y americana*, nº 24, enero-diciembre, Facultad de Ciencias Sociales, Instituto de Historia Argentina y Americana, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2016.

realizara, quedando así responsable como autor principal (comentario oficial del Código de Baviera). La Corte mandó aplicar la sentencia de segunda instancia, dando por tierra la utilización del arbitrio y dando preeminencia a la ley de 1868 que derogó los delitos exceptuados y extendió a veinte años la pena de presidio de la ley 13 tít. 24 lib. 8 de la Recopilación Castellana⁷².

El homicidio cometido con premeditación y alevosía, debía ser castigado con la pena ordinaria de muerte. El 13 de Agosto de 1878 la Suprema Corte pronunció sentencia en la causa criminal seguida contra Constantino Guisulfo, por homicidio perpetrado en la persona de Severo Mignocho y heridas a Juan Mignocho, venida en consulta de la Cámara de lo criminal. Estaba comprobado el cuerpo del delito y la persona del delincuente, y calificado el hecho de homicidio perpetrado con premeditación y alevosía⁷³.

La premeditación consiste en el designio formado de antemano de atentar contra la persona de un individuo...La alevosía consiste en dar una muerte segura, fuera de pelea o riña, de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente⁷⁴.

Estudiado el recurso elevado a la Suprema Corte, al amparo del inc. 5º, art. 156 de la Constitución Provincial, resultaron rigurosamente aplicables al caso, las leyes que regían la más grande de las criminalidades, sea que el crimen cayera bajo el régimen de la penalidad antigua, sea que se sometiera a la del Código Penal vigente. La ley 2, tít. 8, Part. 7ª, imponía pena de muerte al que matare “a otro a sabiendas” y la 1º del tít. 17, lib. 4 Fuero Real, la imponía también al que “hiciera muerte segura” calificándola de tal, toda la que fuese hecha, salvo el caso de pelea, guerra o riña.

La penalidad asignada en esas leyes, fue confirmada por la Recopilación de Castilla –“todo hombre que matare a otro a sabiendas, que muera por ello”–, en la ley 4, del tít. 23, lib. 8, y la 15 del mismo título y libro, y agregó, “que cualquiera persona que matare o hiriese a otra con arcabuz o pistolete, por el mismo caso sea habido por alevoso”.

La amplitud en la aplicación de esas penas, viene gradualmente restringiéndose a medida que la cultura de las sociedades modernas suaviza sus costumbres, despertando la necesidad de una graduación más filosófica. La

⁷² Causa XXX. ROPBA, 1868, p. 225.

⁷³ Causa CDLXXXII.

⁷⁴ Causa LI.

jurisprudencia de nuestros tribunales, guiada por ese espíritu de benignidad y esforzando la interpretación más favorable á la limitación de la pena capital, de la ley Patria de 4 de Agosto de 1868, esquivó la última pena a la generalidad de los delitos, castigados antes con ella, para reservarla al último de los crímenes, al homicidio alevoso y premeditado⁷⁵.

Las leyes vigentes en el momento de la perpetración del crimen y hasta el momento de juzgarse la causa en la instancia habían sido estrictamente aplicadas en el fallo. Si hubiera presentado algunos de los atenuantes del Código Penal vigente, habría favorecido al reo, con sujeción al precepto del art. 82, título De las penas en general. Pero no la había, pues el art. 207 calificaba de asesinato e imponía pena de muerte al homicidio cometido con premeditación o alevosía. La pena capital era entonces de estricta aplicación.

Para finalizar este rápido recorrido por los fallos de la Suprema Corte, realicé un cuadro en el que se puede observar en forma esquemática la legislación indiana citada. Es indiscutible el lugar que ocupó la tercera Partida en las sentencias y resoluciones, por las razones que ya hemos expuesto a lo largo del texto.

Partida	Cantidad de fallos
3 ^a	127
4 ^a	1
5 ^a	16
6 ^a	5
7 ^a	33
Recopilación Castellana	
Libro 2	12
Libro 3	2
Libro 4	42
Libro 5	4
Libro 8	22
Libro 9	1

⁷⁵ Causa CDLXXXII.

Partida	Cantidad de fallos
Libro 11	1
Novísima Recopilación	
Libro 5	1
Leyes de Toro	
Ley 9	1
Ley 11	1
Ley 15	1
Ley 66	6
Digesto	
Libro 22	1
Libro 44	1
Libro 46	2
Fuero Juzgo	2
Leyes de Estilo	1
Código Justiniano	1
Leyes de Indias	
2	6
7	3

Cuadro 8. Legislación indiana citada en los fallos.

5. Conclusiones

La experiencia de trabajar con los fallos de un Alto Tribunal provincial nos permite afirmar que no quedan dudas sobre la presencia del derecho indiano durante la segunda mitad del siglo XIX. Lo importante es entonces definir para qué se recurre a la “antigua legislación”. Con el trabajo realizado hasta el momento podemos establecer que se la utilizaba en primer lugar para resolver vacíos en el procedimiento, generados por la falta de legislación procesal, ausencia prevista por los convencionales de 1873 al autorizar a los magistrados a observar el procedimiento vigente en tanto no se opusieran a la Constitución. Los hombres que pensaron y debatieron el texto constitucional –en su mayoría abogados- eran concientes de la falta de legislación y de las

dificultades para sancionarla, en función de los cambios propuestos en administración de justicia.

Al respecto, es sorprendente poder observar cómo estos magistrados necesitaban definir en los mismos fallos la jurisdicción espacial y la competencia de los tribunales del “nuevo Poder Judicial” de que ellos formaban parte y al que debían de alguna forma dar vida, sobre los cimientos de una antigua estructura que en algunos casos se mantiene y en otros muta de contenido, aunque conserve la denominación.

Los ministros solían recurrir al derecho indiano ante los vacíos legislativos, pero también como apoyo, antecedente o complemento de la legislación patria o nacional. Es asombroso percibir como una misma norma indiana se utilizaba para colocarse a favor o en contra del recurso presentado, o se la rechazaba en fallos de primera instancia o de las Cámaras, reemplazándola por legislación nacional. Sobre esto último es muy notoria la expectativa que generaba el Código Penal proyectado por Carlos Tejedor, que era citado aún antes de su sanción.

Como ya hemos señalado, intentamos aquí fijar una matriz de estudio y análisis para poder observar en la administración de justicia la presencia del derecho indiano. Queda por delante trabajar con la literatura jurídica indiana presente en las sentencias y sacar mayor provecho de los datos estadísticos que ofrecen infinitas posibilidades para fijar líneas de investigación con el objetivo de llevar de la teoría a la práctica la pervivencia del derecho indiano en nuestra legislación y en nuestros sistemas judiciales.