

El Derecho de las Indias Occidentales  
y su pervivencia en los Derechos patrios de América  
Actas del Decimosexto Congreso  
del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano  
Santiago de Chile, 29 de septiembre a 2 de octubre de 2008  
(Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2010)

## LOS ESTUDIOS DE DERECHO INDIANO A COMIENZOS DEL SIGLO XX EN LA ARGENTINA

MARÍA ROSARIO POLOTTO  
Universidad Católica Argentina  
Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires

### I. INTRODUCCIÓN

Los estudios de Derecho indiano “reconocen un trayectoria de progreso gradual –no lineal ni conformista– a través del aporte de generaciones sucesivas”<sup>1</sup>, jugando esta tradición historiográfica “un papel principal en las sucesivas visiones que se construyen acerca del pasado”<sup>2</sup>. De ahí que los aportes que se dirijan a su conocimiento impliquen “un necesario ejercicio de conocimiento introspectivo de nuestro quehacer, acumulativo y crítico al mismo tiempo, que nos conduce en última instancia a consolidar nuestras actuales bases de trabajo”<sup>3</sup>.

Dentro de la tradición indianista argentina se reconoce como uno de los momentos fundantes los años 1918 y 1924 cuando se publican, respectivamente, Notas para el estudio del Derecho indiano e Introducción a la Historia del Derecho Indiano, ambos de Ricardo Levene.

En este trabajo la atención se dirigirá al período inmediatamente anterior al de la aparición de estas obras, concretamente las dos primeras décadas del siglo XX, con el objetivo de aproximarnos, provisoriamente, a aquellas concepciones que se tenían sobre el Derecho que había regido en Indias, a partir de autores que resultan ajenos o quizá periféricos dentro de nuestra Iushistoriografía indiana, con la finalidad de conocer las reconstrucciones de aquel Derecho sobre las cuales dicha tradición luego se cimentó. En una palabra, dirigir nuestro examen a lo que podríamos llamar los prolegómenos de la Historia del Derecho indiano.

El aporte de nuestra labor consistirá en buscar esas miradas en distintas obras pertenecientes a

---

<sup>1</sup>TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Altamira y Levene: una amistad y un paralelismo intelectual*, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 15 (1990), p. 475.

<sup>2</sup>TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Las tradiciones historiográficas en el estudio del Derecho indiano*, en *Revista de Historia del Derecho*, 24 (1996), p. 549.

<sup>3</sup>TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Altamira y Levene*, cit. (n. 1), p. 475.

juristas argentinos de este período. Nos referimos en concreto, a *El gobierno representativo federal en la República Argentina* de José Nicolás Matienzo, *Causas instruidas en Buenos Aires en los siglos XVII y XVIII* de Tomás Jofré y, por último, *La magistratura indiana* de Enrique Ruiz Guíñazú<sup>4</sup>. Si bien la elección de las mismas puede resultar aleatoria, hay que convenir que los autores citados fueron juristas significativos en el ámbito argentino: Matienzo en el Derecho constitucional, Jofré en el Derecho procesal y Ruiz Guíñazú en el Derecho público. Además, tanto *El gobierno representativo federal* como *La magistratura indiana* fueron obras que tuvieron un amplio reconocimiento en el mundo científico de su época, proyectándose en el tiempo como hitos que marcaron el ámbito intelectual de ese momento.

El examen ha sido dividido en tres partes: una introducción en el cual se desarrollan las características relevantes de la cultura científica de las dos primeras décadas del siglo XX y en las cuales se inscriben las concepciones sobre el pasado indiano que aquí se abordan; luego se analizan en concreto dichas concepciones, y por último el intento de efectuar algunas conclusiones provisorias.

## II. LAS CIENCIAS SOCIALES Y EL ESTUDIO DEL PASADO JURÍDICO ARGENTINO

A pesar de las autorizadas voces que proclamaban la “flagrante esterilidad”<sup>5</sup> de las Ciencias políticas y sociales, lo cierto es que éstas lograron imponerse en el mundo científico argentino de fines del siglo XIX y principios del XX<sup>6</sup>, incorporándose sus razonamientos al bagaje intelectual de las élites<sup>7</sup>.

Describir el tránsito de las Ciencias sociales en esta época no está exento de dificultades, ya que nos encontramos ante “un área de conocimiento que se fue institucionalizando y sistematizando progresivamente”<sup>8</sup>, careciendo por tanto su campo de fronteras precisas y de límites claros con respecto a otras disciplinas como el Derecho, la criminología, la Historia, la Psicología o la Biología<sup>9</sup>.

En la Argentina el comienzo de la “Ciencia social” o la Sociología, no fue “el producto de una reflexión endógena”, sino más bien el ingreso, la adopción y adaptación de formas nuevas del discurso sobre la vida social, que se desarrollaron bajo el signo dominante del positivismo<sup>10</sup>, cuyo auge se localizaba en Inglaterra, Francia y Alemania y que se estructuró en torno al pensamiento de Auguste Comte, Herbert Spencer, Emile Durkheim y Max Weber<sup>11</sup>. Ahora bien, por positivismo, y esto se

<sup>4</sup> La investigación que lo sustenta se ha llevado a cabo en el proyecto “Juristas, Derecho y Sociedad en la Argentina contemporánea. Ideas y mentalidades de los operadores jurídicos (1901-1970), siendo sus investigadores responsables los doctores Víctor Tau Anzoátegui y Juan Fernando Segovia. El mismo fue ejecutado en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho y financiado por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (PICT 2003/16746).

<sup>5</sup> GROUSSAC, Paul, *La paradoja de las ciencias sociales*, en BOTANA, Natalio - GALLO, Ezequiel, *De la República posible a la República verdadera (1880-1910)*, Biblioteca del pensamiento argentino (Buenos Aires, 2007), III, pp. 289-291. La versión original fue publicada en *La Biblioteca* (2ª edición, Buenos Aires, 1896), II.

<sup>6</sup> Sobre este tema véase: ALTAMIRANO, Carlos, *Entre el naturalismo y la psicología: el comienzo de la Ciencia social en la Argentina*, en NEIBURG, Federico - PLOTKIN, Mariano (compiladores), *Inelectuales y expertos. La constitución del conocimiento social en la Argentina* (Buenos Aires, 2004), pp. 31-65; BOTANA, Natalio R. - GALLO, Ezequiel, cit. (n. 5), pp. 89-101 y 138-148; SERRAFERO, Mario D., *Las Ciencias Sociales* en Academia Nacional de la Historia, *Nueva Historia de la Nación Argentina* (Buenos Aires, 2003), X, pp. 13-37; BARBE, Carlos - OLIVIERI, Mabel, *Sociología, Storia Sociale e Scienza Politica in Argentina sino alla crisi del positivismo*, en BARBANO F. - BARBÉ, C. - BERRA, M. - OLIVIERI, M. - KOCH-WESER AMMASSARI, E., *Sociologia, storia, positivismo. Messico, Brasile, Argentina e l'Italia* (Milano, 1992), pp. 237-473.

<sup>7</sup> ALTAMIRANO, Carlos, cit. (n. 6), p. 37.

<sup>8</sup> SERRAFERO Mario, cit. (n. 6), p. 13.

<sup>9</sup> ALTAMIRANO, Carlos, cit. (n. 6), p. 51.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 31, 36-37.

<sup>11</sup> SERRAFERO Mario, cit. (n. 6), p.13.

aplica especialmente a nuestro ámbito científico de principios del siglo XX, no hay que entender “un sistema o una escuela filosófica determinada, sino una cultura, cultura intelectual más bien ecléctica, aunque, globalmente, de espíritu más spenceriano que comteano”<sup>12</sup>. El rasgo central de este espíritu positivo fue “hacer de la ciencia el intérprete privilegiado de la realidad, y de las Ciencias del mundo natural el modelo de referencia para las Ciencias del mundo social”<sup>13</sup>.

En cuanto a lo metodológico, esta “Sociología de cátedra” se caracterizaba por su enciclopedismo, su escasa originalidad teórica y su desconexión respecto de la investigación empírica”, primando “la exposición sintética de doctrinas o escuelas tenidas como fundamentales y ejercicios de aplicación de principios extraídos de la literatura de la época a realidades históricas, en primer término a la realidad nacional”<sup>14</sup>, destacándose en la producción científica el estilo literario del ensayo<sup>15</sup>.

Otro aspecto importante a tener en cuenta en nuestro análisis es la “prescripción del enfoque nacional para las Ciencias sociales”, la búsqueda a través de ellas del “alma argentina”<sup>16</sup> y que era eco de la afirmación nacionalista que agitaba las filas de las élites políticas e intelectuales argentinas desde 1880, que se encontraba estrechamente relacionada con el posicionamiento ideológico que producía en éstas la inmigración europea que llegaba al país cada año en mayor número<sup>17</sup> y que se vería influenciada, en épocas cercanas a la celebración del Centenario, por la corriente hispanista que se desarrollaba a ambas orillas del Atlántico.

A partir de la identificación del método sociológico como el método científico por antonomasia, se produjo un fuerte impacto de esquemas de esta índole en otras disciplinas como la Historia y el Derecho, con las cuales, como ya se ha señalado, muchas veces carecía de delimitaciones precisas. Esta influencia, en el caso argentino, se vio intensificada por la presencia de diversos intelectuales que esparcían las ideas positivistas en espacios científicos comunes. Figuras como Juan Agustín García, Ernesto Quesada, José Nicolás Matienzo, Rodolfo Rivarola, Ricardo Levene o Enrique Ruiz Guíñazú, se hacían presentes en diversos centros intelectuales, como por ejemplo la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas o la de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, ocupando cátedras y cargos directivos, o publicando sus tesis en distintas revistas que se habían constituido en verdaderos focos de irradiación del pensamiento científico argentino, como los Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de Buenos Aires, la Revista de Ciencias Políticas, o la Revista de Derecho, Historia y Letras<sup>18</sup>.

En el campo del Derecho, el embate sociológico puso en crisis el método exegético que imperaba a fines del siglo XIX en nuestro país. Al poner en evidencia el “enorme abismo entre el fenómeno socio-jurídico y la Ciencia del Derecho”<sup>19</sup>, dio pie al “surgimiento de una corriente de pensamiento que, antes que mirar la lógica formal de las normas, se dirigía principalmente a la realidad social que

---

<sup>12</sup> ALTAMIRANO, Carlos, cit. (n. 6), pp. 36-37. Véase también: FASSO, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho. Siglos XIX y XX* (1970, trad. Madrid, 1981), III, pp. 152-159.

<sup>13</sup> ALTAMIRANO, Carlos, cit. (n. 6), p. 37.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>15</sup> SERRAFERO, Mario, cit. (n. 6), p. 23.

<sup>16</sup> GARCÍA, Juan Agustín, *Introducción al estudio de las Ciencias sociales argentinas*, en NARCISO BINAYÁN (compilador) *Obras Completas de Juan Agustín García* (Buenos Aires, 1955), p. 81.

<sup>17</sup> ALTAMIRANO, Carlos, cit. (n. 6), p. 47.

<sup>18</sup> Para este tema véase: ABÁSULO, Ezequiel, *Revistas Universitarias y mentalidad jurídica. Los Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (editor), *La Revista Jurídica en la cultura contemporánea* (Buenos Aires, 1997), pp. 111-141

<sup>19</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Peculiaridad del pensamiento jurídico argentino en el mismo* (coordinador.), *Antología del Pensamiento jurídico argentino (1901-1945)* (Buenos Aires, 2007), I, pp. 19-23; ESPANHA, Antonio Manuel, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un Milenio* (1998, traducción castellana, Madrid, 2002), pp. 192-197.

sustentaba las mismas”<sup>20</sup>. Para estos juristas, el Derecho es la vida, que “como en la atmósfera, en él vivimos, nos movemos y existimos”<sup>21</sup>.

Frente a alguna postura aislada en contra<sup>22</sup>, la mayoría de los juristas se empeñaron en rastrear lo que “podía haber de propio en nuestra *Constitución* o en nuestras leyes”<sup>23</sup>. Así Bunge, si bien no negaba la escasa originalidad del Derecho argentino, se preguntaba:

“¿Existe realmente un Derecho argentino? Si entendiéramos por tal un Derecho privativo y exclusivo del pueblo argentino, creado sólo por él y para él, grandemente nos equivocáramos. Pero, ¿quiere ello decir que carezca este pueblo de toda historia en materia jurídica? [...]. Allí donde hay cultura, hay Derecho; allí donde hay Derecho, ha de transformarse él con la vida del pueblo, es decir, ¡hay Historia del Derecho!”<sup>24</sup>

Esta búsqueda, encarada desde diversos enfoques y motivaciones<sup>25</sup>, sería desarrollada desde la cátedra de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, fundamentalmente bajo Juan Agustín García, y que sería seguida por Carlos Octavio Bunge y Ricardo Levene<sup>26</sup>, figuras centrales de la escuela de iushistoriadores argentinos.

Estas indagaciones llevarían a un nuevo posicionamiento de nuestros juristas frente al pasado indiano, reconociéndoselo como antecedente o fuente del Derecho nacional, aunque no se coincidiera en cuanto a su valoración<sup>27</sup>. Pero sería decididamente Ricardo Levene el que emprendiera esta tarea con especial dedicación, haciendo del Derecho indiano un objeto propio de la indagación científica, según su postura ya esbozada en 1913<sup>28</sup> y 1916, y desarrollada posteriormente en 1918, en las *Notas para el estudio del Derecho indiano* y en su *Introducción al estudio del Derecho indiano*, de 1924, donde decididamente afirmará: “El sentido filosófico de nuestra historia no se alcanza sino involucrándola con la Historia americana y con la de España, desde cuyo alto se contempla su solidaridad y juego armónico en el cuadro de la Historia universal [...] El estudio del Derecho indiano permite asistir a los orígenes de la sociedad hispano-americana, observar el experimento del trasplante de las instituciones y hombres de Castilla y el viejo mundo, su reajustamiento y adaptación a un nuevo medio en que las masas indígenas constituyeron su base y esencia durante el período colonial”<sup>29</sup>

<sup>20</sup> POLOTTO, María Rosario, *Hacia una nueva experiencia del Derecho. El debate en torno a la enseñanza práctica del Derecho en la Universidad de Buenos Aires a comienzos del siglo XX*, en *Revista de Historia del Derecho*, 34 (2006), pp. 220-227.

<sup>21</sup> DELLEPIANE, Antonio, *La filosofía jurídica en la formación del jurista. Conferencia inaugural del curso de Filosofía del Derecho*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 3 (1908), p. 369.

<sup>22</sup> MAGNASCO, Osvaldo, *Nuestro Derecho en la centuria. Aspectos principales*, en diario *La Nación* (Buenos Aires, ejemplar extraordinario del 25 de mayo de 1910), pp. 87-90. Fragmentos del mismo y que se refieren al tema aquí estudiado fueron recogidos en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (coordinador) *Antología del Pensamiento*, cit. (n. 19), pp. 99-105.

<sup>23</sup> MARILUZ URQUIJO, José María, *El Derecho y los historiadores*, en Academia Nacional de la Historia, *La Junta de Historia y Numismática Americana y el movimiento historiográfico en la Argentina (1893-1938)* (Buenos Aires, 1996), II, p. 177.

<sup>24</sup> BUNGE, Carlos, *Historia del Derecho Argentino* (Buenos Aires, 1912), I, 1912, pp. v-xxxv. El fragmento recogido en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (coordinador) *Antología del Pensamiento*, cit. (n. 19), p. 107.

<sup>25</sup> Señala MARILUZ URQUIJO, José María, cit. (n. 23), p. 177, que: “la cuestión del Derecho patrio y de las fuentes nacionales del código civil aparece tratada en sendos libros de González Sabathíe y de Cabral Texo, en un curso de Héctor Lafaille y es elegido como uno de los temas de las monografías que debían hacer los alumnos de Abogacía”.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 177-184.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>28</sup> LEVENE, Ricardo, *El Derecho positivo no legislado. Conferencia inaugural del curso de Introducción general al estudio del Derecho*, en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, 3 (Buenos Aires, 2ª serie, 1913), 2ª parte, pp. 180-198.

<sup>29</sup> LEVENE, Ricardo, *Introducción a la Historia del Derecho indiano* (Buenos Aires, 1924), pp. 1-5. Reeditado en LEVENE, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino* (Buenos Aires, 1945), I.

Por carriles semejantes correrían los estudios historiográficos, siendo los nuevos enfoques recogidos por lo que luego se conocería como la “Nueva Escuela Histórica”, traducidos en un replanteo epistemológico caracterizado por la “rigurosa aplicación de los principios metodológicos difundidos en Europa en la segunda mitad del siglo XIX, en una concepción nacional y americanista de la Historia argentina”<sup>30</sup>. Desde esta perspectiva, se apuntaba claramente “hacia la superación de una mera crónica de los acontecimientos políticos y militares para orientarse a una Historia integral que analizara la sociedad desde lo económico y jurídico hasta sus más brillantes expresiones culturales y científicas”<sup>31</sup>. Para los integrantes de este movimiento, el método experimental se convirtió en “el único medio que aseguraba el éxito, o sea, la verdad, en la reconstrucción histórica”<sup>32</sup>, desencadenando, por ende, la preocupación por la *Recopilación* y edición documental que sería llevada a cabo por la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires a través de su Sección de Historia primero y del Instituto de Investigaciones Históricas después, y que abarcaría desde el período indiano hasta nuestro pasado patrio<sup>33</sup>.

Pero hasta su consolidación hacia 1930 con Ricardo Levene, el discurso historiográfico se confundía con el sociológico, lo que ha llevado a algunos a ver en éste un período sociológico de la historiografía.

Como en los otros planteamientos disciplinares, también se encontraba en este ámbito una búsqueda de lo nacional, que partía del convencimiento “de que era posible a la vez de un conocimiento imparcial del pasado lograr la utilidad de ese conocimiento para fortalecer el destino de la propia comunidad-nación”<sup>34</sup>. Pero la imposición del enfoque genético de la Historia nacional<sup>35</sup>, empujaba el discurso histórico hacia el pasado hispánico en el más amplio escenario americano<sup>36</sup>. Basta como ejemplo, observar el plan de publicaciones documental presentado, en 1912, por la ya mencionada Sección de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires, denominado “Virreinato” y que abarcaba el período comprendido entre 1776 y 1810<sup>37</sup>.

### III. “EL GOBIERNO REPRESENTATIVO FEDERAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA” Y LA RAÍZ INDIANA DE LAS FORMAS POLÍTICAS ARGENTINAS

La primera obra que abordaremos es El Gobierno representativo federal en la República Argentina, publicada por José Nicolás Matienzo<sup>38</sup> en 1910, que intentaba constituirse como una exposición

<sup>30</sup> MOREIRA, Beatriz, *La Historiografía*, en Academia Nacional de la Historia, *La Nueva Historia de la Nación Argentina* (Buenos Aires, 2003), X, pp. 67-74.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 70.

<sup>32</sup> POMPERT DE VALENZUELA, María, *La Nueva Escuela Histórica (1905-1947). Su proyección e influencia en la historiografía argentina*, en *Folia Histórica del Nordeste*, 10 (Resistencia, 1991), pp. 62

<sup>33</sup> Para un detalle de las publicaciones efectuadas véase: POMPERT DE VALENZUELA, María, cit. (n. 32), pp. 81-97.

<sup>34</sup> MOREIRA, Beatriz, cit. (n. 30), p. 70.

<sup>35</sup> El mismo implicaba la explicación de los fenómenos históricos “por el camino de su evolución, con verdadera preocupación por desentrañar las causas de los sucesos, postulando el establecimiento de la serie única, fundamental, sin quebraduras de términos, POMPERT DE VALENZUELA, María, cit. (n. 32), p. 60.

<sup>36</sup> MOREIRA, Beatriz, cit. (n. 30), p. 70.

<sup>37</sup> POMPERT DE VALENZUELA, María, cit. (n. 32), pp. 83-85.

<sup>38</sup> José Nicolás Matienzo (1860-1936). Abogado y doctor, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires; profesor de Derecho constitucional de la Universidad de La Plata; presidente del Departamento Nacional del Trabajo (1907-1910); ministro de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (1910-1913); miembro y presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales desde 1917 hasta su muerte; procurador general de la Nación; interventor de la Universidad Nacional de Córdoba (1919); ministro del Interior durante la presidencia de Alvear (1922-1923); senador nacional por la provincia de Tucumán; decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Obras principales: *El gobierno representativo federal en la República Argentina*

novedosa del Derecho constitucional argentino, en la medida que se apartaba del discurso exegético que había dominado hasta entonces en esta rama del Derecho. Con agudeza sostenía que lo que “en muchas Universidades llaman Derecho constitucional no es más que una exposición de la constitución escrita de sus respectivos países”<sup>39</sup>

Criticaba principalmente aquella postura, tan difundida y arraigada en el pensamiento jurídico argentino de ese entonces, que consideraba a nuestra carta magna una copia de la *Constitución* norteamericana, y que legitimaba, por tanto la aplicación automática de la jurisprudencia de ese país para la interpretación de nuestras normas constitucionales. Para ello, Matienzo se fundaba principalmente en su propia experiencia que lo llevaba a constatar que “los resultados de la acción gubernativa son diferentes en cada república americana”, con lo que “no basta copiar la letra de una constitución extranjera si no se puede contar con las mismas circunstancias sociales en que ella funciona en el país de origen”. Por ello “para que una constitución escrita pueda ser respetada es menester que el pueblo pueda cumplirla y hacerla cumplir, vale decir, es menester que la constitución se adapte a las aptitudes y cualidades de la nación que ha de regir”<sup>40</sup>. Esto es, que “cualquiera que sean los textos constitucionales, el hecho es que las naciones americanas practican de diversa manera el sistema republicano y obtienen efectos diferentes de la acción de los poderes públicos”<sup>41</sup>.

Para superar la estrechez de esta postura, instaba a una explicación científica que debía recoger no solo el texto constitucional, sino también, y especialmente el “hecho constitucional”, o sea, la práctica: “Pero la constitución escrita suele ser diferente de la practicada [...] la verdad es que, por regla general, el hecho constitucional, denominado así al acto destinado a poner en ejecución la soberanía política, no está en el texto de la *Constitución*, y hay que tomarlo de la realidad”<sup>42</sup>.

Para llegar a su conocimiento, propugnaba el estudio científico del Derecho constitucional, con método sociológico, que para este autor era el mismo que se aplica “a los demás hechos de la Naturaleza”<sup>43</sup>. Primaba en Matienzo un criterio evolutivo que buscaba los “antecedentes reales y concretos” de las actuales formas políticas, que lo llevaría a tomar contacto con el pasado indiano. Ese pasado indiano se reflejaba en las dos cuestiones medulares de la obra en análisis: por un lado los antecedentes hispánicos del federalismo argentino, y por el otro el fracaso del sistema representativo.

### 1. *Los antecedentes hispánicos del federalismo argentino.*

El tema lo trata en el capítulo 2º de la obra titulada *Origen del federalismo argentino* cuyo texto fue publicado por primera vez, en 1890, en el diario *La Argentina* como un comentario del libro del doctor Francisco Ramos Mejía *El federalismo argentino*<sup>44</sup>.

El problema central para Matienzo era individualizar la fuerza que había determinado “el movimiento del pueblo argentino hacia la federación”<sup>45</sup>. Su análisis intentaba rebatir la tesis de Ramos Mejía, para quien el origen de nuestro federalismo se encontraba en la organización, que en la época hispánica, habían tenido los cabildos, y que dieron a las ciudades “cierta libertad e independencia

(1910) y *Lecciones de Derecho Constitucional* (1916 y 1926). Datos tomados de TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (coordinador), *Antología del Pensamiento*, cit. (n. 19), p. 459.

<sup>39</sup> MATIENZO, José Nicolás, *El gobierno representativo federal de la República Argentina* (Buenos Aires, 1910), p. 13.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 19-20.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, p. 20.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p. 13.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 14.

<sup>44</sup> RAMOS MEJÍA, Francisco, *El federalismo argentino (Fragmentos de la historia de la evolución argentina)* (Buenos Aires, 1889)

<sup>45</sup> *Ibíd.*, p. 48.

con respecto al gobierno central"<sup>46</sup>, con lo que se deducía que no existía otra unión posible que la que resultase de pactos libres y expresamente celebrados, y por lo tanto, la República Argentina no habría existido hasta el acuerdo de San Nicolás de 1852 y los pactos de 1859 y 1860 que determinaron nuestro proceso constitucional<sup>47</sup>. Esta conclusión se avenía con la doctrina del contrato social, pero no con "la verdad histórica, no con la doctrina evolucionista"<sup>48</sup>.

Matienzo, que decía seguir con la mayor fidelidad la doctrina de Herbert Spencer, ensayaba otra explicación: la disolución del imperio español habría producido una serie de fuerzas centrífugas y centrípetas que llevaban a su desintegración o se oponían a ella: "Los grandes imperios o grupos políticos máximos [cuando] pierden la fuerza central que mantenían su cohesión, las partes componentes se disgregan de mayor a menor, siguiendo un proceso de disolución gradual, en que los vínculos sociales más fuertes son los últimos en romperse, hasta que, cambiando las circunstancias, vuelve a predominar la tendencia centrípeta o integrante que aproxima los grupos semejantes bajo la influencia de necesidades semejantes"<sup>49</sup>.

Para Matienzo, el error de Ramos Mejía era pensar que, en el proceso de independencia, eran las provincias argentinas las que se disolvían, cuando en realidad lo que se desintegraba era el imperio español que por falta de un poder central, dejaba a sus dominios sin vínculo común, viéndose entonces cada provincia entregada a sus propias aspiraciones y resolviendo utilizar su autonomía de hecho<sup>50</sup>.

En consecuencia, las que actuaban como fuerzas centrípetas eran las audiencias que conforme la ley de la evolución adquirieron vida independiente y pudieron resistir dentro de sus límites "la acción de las fuerzas que disolvían el imperio hispano-americano"<sup>51</sup>. Para nuestro jurista, a la audiencia podía remitirse el origen de cada república hispano-americana, las que no habían surgido después del proceso de independencia, sino que por el contrario, "ya existían en la época colonial"<sup>52</sup>.

El régimen federal no surgía de un pacto entre las provincias, sino que "en realidad, la federación actual es un resultado de la evolución de la masa social, que, a la vez que ha ido integrándose, se ha ido haciendo heterogénea, bajo las influencias de fuerzas naturales, entre las cuales hay que contar con preferencia los precedentes gubernativos y las inclinaciones políticas heredadas de España"<sup>53</sup>.

## 2. *El fracaso del sistema representativo.*

Si el régimen federal se imponía, para Matienzo, naturalmente en nuestro país por herencia del período hispánico, era esa misma herencia la que determinaba "la incapacidad demostrada hasta ahora por el pueblo para el ejercicio del sistema representativo"<sup>54</sup>.

Con estos argumentos, Matienzo se suma a la serie de críticas que hasta el momento habían signado el sistema electoral argentino<sup>55</sup>: "Lo que se viene frustrando en España, como en la República Argentina, no es el régimen unitario o federal, sino el régimen representativo, el gobierno popular, el gobierno del país por el país"<sup>56</sup>. Abiertamente expresaba que no era posible "el régimen republicano

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 346.

<sup>55</sup> BOTANA, Natalio - GALLO, Ezequiel, cit. (n. 5), pp. 159-170.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 347.

si el pueblo no ejerce la soberanía de un modo normal por medio del sufragio libre”, necesiándose por ello “investigar las causas y circunstancias de ese estado de cosas”<sup>57</sup>

Esta falta de preparación “para el gobierno popular” se debía, según este jurista, a que “las colonias españolas se emanciparon de la madre patria sin haberlo ensayado”, que se constataba en que nuestro sistema político siguiera aferrado a “unas reglas tan sencillas como resistentes: el amiguismo, la distribución prebendaria del puesto público y, sobre todo, el reclutamiento de los candidatos basado en los lazos familiares”<sup>58</sup>.

Observaba que, a pesar de que constitucionalmente se había proclamado la igualdad ante la ley, las dos cámaras que integraban el poder legislativo se hallaban compuestas de la “misma clase social” que “podría llamarse la clase gobernante del país”, determinando así la “homogeneidad de composición que predispone a la uniformidad de criterio y de conducta”. Poco se había podido cambiar “la textura de la sociedad colonial” donde “las familias que formaban la capa superior de la población de las provincias de la real Audiencia de Buenos Aires, aquellas cuyos jefes se denominaban la parte más sana del vecindario y tenían el privilegio de ser inevitables a los cabildos abiertos, siguen constituyendo a través de sus descendientes el núcleo social”<sup>59</sup> gobernante del país.

Del mismo modo la práctica de los poderes ejecutivos provinciales resultaban “incomprensibles” si se ignoraba el papel político que desempeñaban los gobernadores de provincia “cuya autoridad tiene raíces hondas en la Historia del país y se ha desarrollado antes que la del presidente”<sup>60</sup>.

El “gobernador argentino”, notaba Matienzo, “descendía” directamente “del gobernador español, que acumulaba en sus manos poderes políticos, administrativos, judiciales y militares, y que, nombrado por el rey, sin intervención alguna del pueblo, se tenía por superior natural de todos sus gobernados, conceptuando como la cosa más puesta en razón que todas las voluntades se subordinasen a la suya”<sup>61</sup>. Esta índole personal de la autoridad gubernativa persistía después de la independencia “a pesar de los propósitos liberales de la revolución, gracias a la fuerza de la tradición y de la costumbre”<sup>62</sup>. Estas circunstancias históricas le permitían concluir que “la preocupación de los gobernadores de provincia, salvo escasas excepciones, no es gobernar, sino mandar”, advirtiendo que la expresión “mando”, impuesta en la jerga política argentina, no tenía sustento en el texto de la constitución escrita, sino que era un resabio de la época colonial. Resabios de esa época era también que se considerasen directores de “la política provincial y únicos autorizados para decidir la actitud de la provincia respecto del presidente de la República”<sup>63</sup>.

#### IV. LAS “CAUSAS INSTRUIDAS EN BUENOS AIRES DURANTE LOS SIGLOS XVII Y XVIII” Y LA CRÍTICA AL DERECHO VIGENTE

Esta obra obedeció a una iniciativa de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires que por una ordenanza de 1911 había decidido la publicación de trabajos sobre Derecho y Ciencias sociales. Gracias a esta colección que recibió el nombre de “Estudios editados por la Facultad de Derecho y Ciencias sociales” vieron la luz distintos trabajos como el tomo I de *Historia del Derecho Argentino* de Carlos Octavio Bunge<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>58</sup> BOTANA, Natalio - GALLO, Ezequiel, cit. (n. 5), p. 158.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, pp. 183-184.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, p. 203.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, p. 203.

<sup>62</sup> *Ibíd.*, p. 205.

<sup>63</sup> *Ibíd.*, pp. 208-209.

<sup>64</sup> MARILUZ URQUIJO, José María, cit. (n. 23), p. 177.

Consistía en la transcripción de distintos expedientes penales instruidos en los siglos XVII y XVIII, precedida de una introducción que elabora el entonces profesor de la cátedra de Procedimientos, Tomás Jofré<sup>65</sup>. La diversidad de la naturaleza de los procedimientos transcritos<sup>66</sup> no atentan contra el objetivo de la obra: “formarse una idea de los caracteres de la justicia represiva colonial”<sup>67</sup>, lo que nos permite concluir que lo que interesaba a este jurista, no era tanto la materia sobre la cual versaban las causas, sino el procedimiento en sí.

Nuestro autor comenzaba su análisis previniendo que “el procedimiento en España y América variaba de lugar a lugar en una misma época, aun cuando tuviera rasgos comunes que lo caracterizaban” y que por lo tanto, en esta materia “es necesario huir de las generalizaciones”<sup>68</sup>, a las que eran propensas las nuevas corrientes procesalistas provenientes principalmente de Italia y de las cuales Jofré sería un importante exponente en nuestro país.

A medida que se avanza en la lectura del estudio se puede observar que, más allá de la descripción del procedimiento vigente en la época indiana, a nuestro autor le interesa reflejar en él los cuestionamientos que dirigía, principalmente, a la materia procesal de su época, llevándole incluso, en varias oportunidades, a idealizar el Derecho pretérito: “La justicia que administró el cabildo de Buenos Aires, si no fue buena en todo, es evidente, que era superior a la que tenemos en la actualidad, bajo muchos aspectos”<sup>69</sup>. De esta manera proyectaba en su examen de las causas de aquellos siglos, las categorías dominantes al momento en que escribe el autor, girando su razonamiento en torno a tópicos que constituían la médula de la crítica que nuestro autor dirigía al *Código de Procedimiento Penal* vigente a principios del siglo XX, como por ejemplo, la conveniencia del procedimiento oral frente al escrito, la eliminación del secreto de sumario, la adopción de nuevos sistemas de valoración de la prueba, como también, la aplicación de principios del constitucionalismo moderno a la justicia indiana, claramente visualizado en la descripción de la justicia capitular a través del esquema de división de poderes.

Señalaba, por ejemplo, que el procedimiento secreto era “contrario a las garantías individuales”, y que el mismo surgía “en los países despóticos”, mientras que la publicidad era propia “de los pueblos de instituciones libres”. Reconocía que el secreto de sumario ya aparecía en las causas estudiadas “aunque no con los caracteres de nuestras actuales formas de enjuiciar”, reprochando que en “la República Argentina, en pleno siglo XX, estamos a este respecto, más atrás de la España absolutista que nos gobernó durante la colonia”, ya que en “aquellos tiempos el secreto no había alcanzado las exageraciones que le dio el actual *Código de Procedimientos*”<sup>70</sup>.

Frente al procedimiento escrito que “nos legó la colonia” y “que todos los países cultos han dejado de lado”<sup>71</sup>, reivindicaba la eficacia del proceso oral que “es más rápido desde que no se escriben las

---

<sup>65</sup> Tomás Jofré (1879-1930). Luego de recibirse de escribano en San Luis (1896) se graduó como abogado en la Facultad de Derecho de Buenos Aires (1902). Fue fiscal del Superior Tribunal, juez en lo Civil y Comercial y conjuez del mismo tribunal. En 1897 se radicó en la provincia de Buenos Aires al ser designado secretario de un juzgado penal. Fue profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata, donde además fue decano por un breve lapso, durante la época de la reforma universitaria. De ideas socialistas, tuvo una importante actividad política, fue varias veces diputado provincial y senador. Entre sus obras se citan el *Manual de Procedimientos civil y penal* (1919), desde donde difundió las ideas de Chiovenda; y los *Códigos de procedimiento criminal* de las Provincias de San Luis y Buenos Aires. Junto con Anastasi fundó la *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Datos tomados de TAU ANZOATEGUI, Víctor (coordinador) *Antología del Pensamiento*, cit. (n. 19), p. 457.

<sup>66</sup> Estos van desde una pesquisa “por la fuga que hicieron los religiosos jesuitas”, de 1692, o un proceso iniciado en 1790 por “conspiración” de un ciudadano francés, hasta otros como homicidio, hurto, injurias, etc.

<sup>67</sup> JOFRE, Tomás, “Introducción”, en *Causas instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII* (Buenos Aires, 1913), II, p. v.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, p. v.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, p. xlvii.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, p. ix.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, p. x

declaraciones ni las pruebas; es más práctico desde que el juez falla inmediatamente y ve las cosas por sus propios ojos<sup>72</sup>.

Revelador de su posición era también su razonamiento en torno al problema de la apreciación de la prueba. Partidario de introducir el método de la sana crítica que reconocía superior al sistema de las pruebas legales vigente en el código de entonces, afirmaba que en Buenos Aires, bajo la dominación española se aplicó el de las libres convicciones, confundiendo con el arbitrio judicial:

“La ley escrita imponía a las pruebas legales, pero las circunstancias en que se desarrolló la instrucción de los procesos fue más fuerte que los mandatos del legislador [...]. Aplicaban entonces su criterio de hombre, ateniéndose a la realidad de las cosas. En las poblaciones pequeñas, ellos conocían la interioridad de la vida diaria de los vecinos con los que estaban en íntimo contacto [...] Los alcaldes no eran letrados: eso les favorecía para que predominase el buen sentido. No ocurría los que los alcaldes tuvieran necesidad de ir a buscar sus impresiones —como sucede a los jueces del crimen hoy— en las frías páginas del expediente, muchos meses más tarde de consignadas las declaraciones de testigos o la confesión del reo<sup>73</sup>.”

#### V. “LA MAGISTRATURA INDIANA”: EL DERECHO INDIANO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LAS NACIONES HISPANOAMERICANAS

La tercera obra aquí tratada es *La magistratura indiana* de Enrique Ruiz Guiñazú<sup>74</sup>, que al igual que la estudiada precedentemente fue publicada en 1916 en la colección de estudios editados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Egresado como abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en 1905, su actividad profesional no se redujo al ámbito jurídico, sino que también colaboró activamente con el Instituto de Investigaciones Históricas dirigido por Ravignani, circunstancia que llevó a que sea considerado al menos como una figura periférica de la Nueva Escuela Histórica<sup>75</sup>.

Esta afiliación se percibe claramente en *La magistratura indiana*, al recurrir el autor, a variadas fuentes documentales, además de las legales, como por ejemplo las cartas, memorias y relaciones de los virreyes, actas capitulares, citas de autores de la época, que le permitió integrar en su examen los factores sociales, culturales e incluso económicos, además de los jurídicos, de las instituciones indianas. Se destaca, asimismo, por el empleo del enfoque genético que caracterizó a esta escuela, y que se patentizó en la descripción en términos evolutivos de las audiencias conectándolas con el presente nacional del autor.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. xii

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. xvii-xviii

<sup>74</sup> Enrique Ruiz Guiñazú (1882-1967): Abogado, doctor en Jurisprudencia, profesor universitario, diplomático, historiador. Nacido en Buenos Aires el 14 de octubre de 1882. Sus padres fueron Luis M. Ruiz de Grijalba y Dolores Guiñazú de Altamira. Casado con Celina Cantilo y Ortiz Basualdo. Estudió en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1899-1905). Fue profesor de Finanzas y Economía Política (1912-1930) en dicha casa de estudios y de Derecho privado Actual en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (1924-1938). Se desempeñó como secretario de Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de la Capital Federal (1906-1907); secretario de Hacienda de la Municipalidad de Buenos Aires (1908 y 1914); director del Registro Civil (1910-1913); abogado y director de Asuntos Legales del Banco Hipotecario Nacional (1922-1930); enviado extraordinario y ministro plenipotenciario en Suiza (1931-1938); embajador ante la Santa Sede (1938-1941); ministro de Relaciones Exteriores y Culto (1941-1943); embajador en España (1943-1944); delegado permanente a la Sociedad de las Naciones en Ginebra (1935-1939); presidente del Consejo de la misma. Entre sus obras se destacan: *La Magistratura Indiana* (1916); *La tradición de América* (1930) y *Lord Stangford y la Revolución de Mayo* (1937); *La quiebra en el Derecho comercial argentino* (tesis laureada); *Deuda pública municipal*; *Curso de Derecho público constitucional*; *La Política argentina y el futuro de América* (1941), entre otras.

<sup>75</sup> POMPERT DE VALENZUELA, María, cit. (n. 32), p. 125.

Si bien se planteaba una obra de mayores dimensiones, publicada en varios tomos, donde se explicaría el Derecho procesal hispanoamericano, los juristas y los prácticos, el examen de la cultura intelectual de las colonias hispanoamericanas a través de sus estudios forenses y el régimen de las Universidades<sup>76</sup>, lo cierto es que *La magistratura indiana* fue la única que vio la luz.

En consonancia con las ideas de la época entendía que: “la Historia es fuente del Derecho, y nuestro vivir jurídico es una afirmación categórica de cómo se plasma el Derecho en la existencia y en el esfuerzo de los pueblos”<sup>77</sup>. Por ello encaraba este “trabajo histórico jurídico” proponiéndose presentar escuetamente “las diversas instituciones del poder judicial, en vigencia durante la dominación española”<sup>78</sup>, aunque en realidad su estudio gravitaba esencialmente sobre las audiencias indianas, que ocupaban dos de los cuatro capítulos en que se encontraba dividida la obra, lo que correspondía aproximadamente a unas dos terceras partes de la misma.

Preso en su tiempo, Ruiz Guíñazú no dejaba de concebir el Derecho pasado también a la luz de las categorías vigentes en su época, y describía así, a las magistraturas indianas, como parte de un “poder judicial” vigente durante la dominación española. Sin embargo, fue capaz de advertir las diferencias que esta realidad pretérita arrojaba con respecto a su presente y constatar que el funcionamiento de las instituciones indianas superaba sus estrechas distinciones. Sin apartarse del vocabulario de su época, explicaba que al lado de un virrey o gobernador que “ejercía el poder ejecutivo”, aparecían las audiencias no como simples tribunales, sino que con su “contrapeso moderador”, se convertían en una “especie de ejecutivos consultivos”<sup>79</sup>.

En la exaltación que componía de la legislación indiana, en especial de la *Recopilación de Leyes de Indias*, puede leerse también los ecos de los cargos que los juristas de esta época dirigían contra una visión exegética del Derecho: ese Derecho indiano era fuente viva que fluye “en parte, dentro de la estructura de nuestros códigos”<sup>80</sup>; la *Recopilación* indiana adquiría el “más alto valor histórico”, y era “de incalculable eficiencia, por la múltiple y selecta labor que entraña”<sup>81</sup>; las “reales cédulas y demás órdenes de la Corona” respondían “con un sabio criterio sociológico, a la satisfacción de las necesidades e idiosincrasias de cada región”, y que “al incorporarse a la *Recopilación* general no perdían el sabor de la característica, ni la individualidad de su origen”, no siendo esta circunstancia ni “error ni incoherencia”, sino “la traducción de las costumbres en la ley”<sup>82</sup>; era que la ley “no podía caer, con polos tan opuestos, en un tanteo teórico de términos medios, ni en fórmulas abstractas, afectando una forma geométrica regular”<sup>83</sup>.

Sin embargo, el planteo fundamental de este jurista, y que ocupaba más de la mitad de su estudio, giraba en torno a lo que él llama, en consonancia con Matienzo, el “factor audiencia”, o sea, la presencia de éstas en el origen de las nacionalidades hispanoamericanas, y que desarrollaba con mayor precisión y aporte de datos, tomando como fuente principal de su construcción iushistoriográfica<sup>84</sup>, los informes y relaciones provenientes de los litigios por cuestiones de límites<sup>85</sup>: “El estudio de las

<sup>76</sup> RUIZ GUÍÑAZÚ, Enrique, *La magistratura indiana* (Buenos Aires, 1916), p. 8.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, p. 5.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, p. 7.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 19.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, p. 259.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, p. 262.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, p. 279.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, p. 280.

<sup>84</sup> “De los conflictos jurisdiccionales, hemos consultado varios. La exposición de la República del Perú, presentada al gobierno argentino, conforme al tratado de arbitraje de 30 de diciembre de 1902, es a nuestro juicio, de todas las alegadas en nuestro continente, la que mejor estudia el régimen audiencial”, *Ibíd.*, p. 41.

<sup>85</sup> Este dato no es menor si tenemos en cuenta lo que nos dice POMPERT DE VALENZUELA, María, cit. (n. 32), p. 80: “Otro suceso contemporáneo tendría decisiva significación en el remoto origen del Instituto [del Instituto de Investi-

cuestiones de límites entre las repúblicas sudamericanas, herederas directas de la Corona de España, acusa en cada caso, como lo afirman eminentes tratadistas, a la audiencia rigiendo la formación de la nacionalidad, la cual no es producto espontáneo de un nacimiento militar o de una declaración de independencia dadas por patriotas reunidos en congreso”<sup>86</sup>.

Los esfuerzos argumentativos de Ruiz Guíñazú tendían a resaltar esta conexión, para lo cual no bastaba simplemente una “exégesis legal” del ordenamiento indiano, sino también recurrir a la reconstrucción de “los hechos y realidades vivientes”<sup>87</sup>.

De ahí que propusiese el estudio de estas instituciones en relación a dos aspectos: en cuanto a su estructura, esto es, los funcionarios, leyes, carta orgánica, atribuciones, deberes, etc.; y a su función relacionada con la “ejecución, movimiento, acción vital, dinamismo”<sup>88</sup>. Para ello proponía observar “los conflictos entre los virreyes y las audiencias”<sup>89</sup>, donde “sobre burlar la audiencia las órdenes de los virreyes, arrogábase no sin jactancia, las facultades del soberano”<sup>90</sup>.

Su tesis ponía especial acento en la preeminencia audiencial que se expresaba concretamente en el poder político que éstas detentaron dentro de la estructura gubernativa colonial, proyectándose como verdaderos centros metropolitanos<sup>91</sup>: “Las audiencias fueron, pues, núcleos institucionales con cierta inclinación hacia una autonomía jurisdiccional, a despecho de pragmáticas reales y de celos mal comprimidos de virreyes y gobernadores. Verdaderas provincias federadas, las diversas divisiones de la Administración colonial estimulaban su independencia como anhelo de gobierno propio. Son grupos históricos, jurídica y políticamente circunscriptos en las cédulas ereccionales. Podría afirmarse que cada audiencia involucraba desde el momento de su instalación, un concepto definido de soberanía local. Ese concepto era fundamental por cuanto la creación se hacía en razón de las grandes distancias de los gobiernos ya establecidos, de manera que la resolución real se decidía antes que nada, por la configuración territorial”<sup>92</sup>.

El poder político que ellas asumían provenía de “una representación genuinamente regia [...] como si fuese el mismo rey quien hablase”<sup>93</sup>, que implicaba “suplantar la acción del consejo supremo de las Indias por las reales audiencias, dando a éstas al mismo tiempo un poder extraordinario de que carecían las chancillerías en España”<sup>94</sup> y, conciliando en los hechos, “la libertad civil y política con el absolutismo real”<sup>95</sup>. Esta primacía se manifestaba en la circunstancia que los virreyes, en asuntos graves, “debían oír el dictamen de los acuerdos audiencales, cuya jurisprudencia facilitaba la evolución y reforma de las leyes indianas”<sup>96</sup>, y en la asunción del gobierno en caso de acefalía.

Este planteo se mantiene al referirse Ruiz Guíñazú a la clasificación de las audiencias. Si bien de los textos legales podía inferirse la existencia de audiencias virreinales, pretoriales y subordinadas, lo

gaciones Históricas]. El mismo año, 1907, el Dr. Jorge Cabral [Texo] que se desempeñaba entonces en el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país, pedía al profesor Fregeiro, la designación de especialistas que colaboraran con el Dr. Víctor M. Maurtua, embajador ad hoc del Perú, que debía fundamentar un alegato sobre el conflicto de límites con Bolivia, en la búsqueda del material sobre el tema, existente en el Archivo General de la Nación”.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 26.

<sup>87</sup> *Ibíd.*, p. 28.

<sup>88</sup> *Ibíd.*, p. 47.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 29.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 31.

<sup>91</sup> *Ibíd.*, p. 47.

<sup>92</sup> *Ibíd.*, pp. 37-38.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 22.

<sup>94</sup> *Ibíd.*, pp. 19-20.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>96</sup> *Ibíd.*, p. 19.

cierto era que del examen de los hechos esta clasificación desaparece<sup>97</sup>. De ahí que concluya que “hemos equiparado a todas las audiencias casi sin necesidad de hacer distinciones, cuando en el precedente capítulo les asignamos un carácter sociológico acentuado, viendo en ellas el elemento básico de las futuras nacionalidades”<sup>98</sup>. Porque: “Quien estudie, sin prevención, y con desapasionado espíritu, la lucha sin tregua entre las audiencias de Lima y Charcas, por ejemplo, encontrará en síntesis la siguiente resultancia: el ejercicio autónomo de una actividad política, indomeñada, a pesar de prescripciones expresas e indiscutibles, emanadas del soberano. Lo cual significa, en la vía de los hechos, el uso y el abuso del poder por parte de la audiencia reputada menor”<sup>99</sup>.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis precedente nos permite arribar a algunas reflexiones sobre el estudio del Derecho indiano en el período propuesto por este trabajo que, creo, podrán ser de utilidad para indagaciones posteriores.

Los textos analizados, nos remiten a una revalorización de nuestro pasado hispánico, aunque desde enfoques o perspectivas diferentes. Resulta indudable que, dentro del marco de consolidación de nuestro estado nacional, la búsqueda de las peculiaridades del “alma argentina” hayan quedado íntimamente ligadas a la perspectiva sociológica que abrió, por lo menos así resulta del examen efectuado, una inquietud por conocer el mundo jurídico indiano.

De ahí que las indagaciones, hayan quedado vinculadas a líneas argumentales relativamente limitadas por los debates instalados en el ámbito cultural y científico imperantes en la Argentina a comienzos de la centuria pasada. Esto puede verificarse claramente en la proyección que estos autores hacían sobre el Derecho pretérito de las categorías y esquemas jurídicos existentes en esa época.

En el caso de *El gobierno representativo y federal*, resulta interesante señalar que no siendo ésta una obra de propósitos históricos, sino una descripción del sistema constitucional en vigencia, el elemento histórico se encontraba íntimamente unido al discurso jurídico general. Para Matienzo la realidad indiana aparecía como un “hecho”, un dato de nuestra experiencia social, objeto del análisis científico, que leído a la luz de los criterios sociológicos adoptados por este jurista, le permitieron explicar las particularidades del sistema constitucional de nuestro país, más allá de los textos legales adoptados. Es más, para este autor, esta realidad se impone por sí misma, como un elemento propio, favoreciendo u obstaculizando el régimen político adoptado por la constitución escrita.

A consideraciones parecidas nos permite arribar la obra de Ruiz Guiñazú. A diferencia del trabajo de Matienzo, *La magistratura indiana* se presenta como un trabajo “histórico jurídico”, donde la indagación histórica adquiere centralidad. Sin embargo detrás de las argumentaciones de Ruiz Guiñazú, en especial en torno a la entidad política de las audiencias, pueden adivinarse las dificultades teóricas que planteaba, en ese período, la consolidación de los estados hispanoamericanos. Que una de las principales fuentes de su construcción histórica haya sido la documentación referente a las cuestiones de límites es expresión de lo que intento decir. De esta manera el Derecho indiano indagado, aparecía “encasillado” como antecedente, fundamento, de las distintas entidades nacionales latinoamericanas.

El estudio de Jofré adquiere características peculiares, aunque no menos significativas. Paradójicamente, a pesar de presentarse como un trabajo pretendidamente histórico jurídico, la dimensión histórica es una excusa para discutir sobre las características del Derecho procesal de su época. El pasado indiano sirve como punto de referencia, como elemento de comparación, ya sea para atribuir los males

<sup>97</sup> Es el caso de Quito y Charcas, *Ibíd.*, p. 44.

<sup>98</sup> *Ibíd.*, p. 44.

<sup>99</sup> *Ibíd.*, p. 46.

de un sistema jurídico que se critica y que el autor consideraba decadente, o como un espacio ideal, pero lejano, donde ya se habían plasmado las nuevas concepciones del Derecho que se alentaban.