

Pervivencia del Derecho Castellano-Indiano en la segunda mitad del siglo XIX. Un ejemplo a través de las tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires*

VIVIANA KLUGER**

Ocho años antes de que comenzara a aplicarse el Código Civil argentino, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, e incluso a principios del siglo XX, continuaban citándose en los claustros universitarios el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas, la Recopilación castellana, reales cédulas, pragmáticas y la Recopilación de Leyes de Indias, entre otras fuentes.

El objeto del presente trabajo consiste en analizar la invocación del derecho castellano-indiano en tesis doctorales que fueron presentadas por quienes aspiraban a obtener el más alto grado académico que otorgaba y otorga la Universidad de Buenos Aires –el de doctor en jurisprudencia– durante el lapso 1863-1900, es decir, antes del comienzo de vigencia del Código y casi treinta años después.

A tal efecto, comienzo con una referencia general a las tesis doctorales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, para pasar a luego a la regulación del matrimonio en el Código Civil de 1869; los cuerpos legales castellano-indianos citados en las tesis; la vigencia, valoración y crítica del derecho castellano-indiano; la invocación del derecho castellano-indiano a la luz de la costumbre y el uso; y de la doctrina castellano-indiana. En este recorrido, apunto a detectar el manejo de este derecho por parte de los doctorandos, la frecuencia con que hacían uso del mismo, las instituciones en las que se invocaba al derecho castellano-indiano, su correlación con la utilización que de este derecho había hecho el Codificador en sus notas al articulado del Código, la opinión que de este derecho tenían los tesisistas, las voces que se alzaron a favor y en contra de la vigencia y utilización del derecho castellano-indiano, entre otros aspectos, para concluir con unas consideraciones finales.

El presente trabajo se inscribe en una línea de investigación iniciada hace casi dos décadas, que apunta a detectar la invocación del derecho

* Ponencia presentada al XXI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado del 16 al 18 de abril de 2024. Agradezco la colaboración de mis alumnas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Paula Belén Rodríguez y Patricia Mabel Elgorriaga, en la búsqueda y fichaje del material que sirvió de fuente al presente trabajo.

** Profesora Titular regular de Historia de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

castellano-indiano más allá del movimiento revolucionario que tuvo lugar en el Río de la Plata en mayo de 1810, tomando como fuentes vistas fiscales, dictámenes y tesis doctorales¹.

Para esta investigación, se han compulsado cuarenta y cinco tesis sobre temas de derecho de familia, tales como el matrimonio –definición, nulidades, impedimentos–, obligaciones entre cónyuges, filiación, patria potestad, alimentos, entre otras, que se suman a otras analizadas oportunamente, sobre derecho sucesorio y posesión hereditaria².

La herencia jurídica castellano-indiana se hacía presente en el foro, en tanto y en cuanto no estuviera en oposición con el nuevo orden político, tal como lo señalan los iushistoriadores que han estudiado las fuentes del derecho a partir de 1810³.

El ámbito universitario no podía permanecer ajeno a esta circunstancia y, en el período inmediatamente anterior al comienzo de aplicación del Código Civil e incluso en el inicio del siglo XX, la Universidad de Buenos Aires –a través de las tesis doctorales que se presentaban para acceder al

1- Ver al respecto, KLUGER, Viviana, “El derecho indiano en las vistas fiscales de Ramón Ferreira. Un ejemplo de persistencia en la segunda mitad del siglo XIX (1856-1863)”, en TORRES AGUILAR, Manuel, Miguel Pino ABAD y Carmen LOSA CONTRERAS (coords.), *Poder, sociedad y administración de justicia en la América Hispánica (siglos XVI-XIX)*, volumen I, Madrid, Editorial DYKINSON, 2021, pp. 441-460; “De las leyes de Indias al Código Civil argentino. La posesión hereditaria en las tesis doctorales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1895-1994)”, en *Derecho Moderno. Liber Amicorum Marcos M. Córdoba*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe-Buenos Aires, 2013, pp. 611-641; “El derecho indiano en los dictámenes en materia administrativa del Procurador General de la Nación (1862-1917)”, en *Revista de Historia del Derecho* N° 4, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2012, pp. 80-107; “Voces y ecos del derecho castellano-indiano en los claustros universitarios: Un ejemplo en los albores de la codificación (Universidad de Buenos Aires, 1861-1870)”, en *Revista de Historia del Derecho* N° 37, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2009, [En línea] <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842009000100002> [Consulta: 23 de noviembre de 2023]; “Cuando se acaba el amor: Una visión del divorcio según las tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires (1874-1900)”, en *Revista de historia del derecho* N° 35, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2006, pp. 227-268.

2 - Parte de las tesis mencionadas en este trabajo, fueron objeto de estudio en el trabajo “Voces y ecos del derecho castellano-indiano en los claustros universitarios: Un ejemplo en los albores de la codificación (Universidad de Buenos Aires, 1861-1870)”, publicado en *Revista de Historia del Derecho* N° 37, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2009, el que se limitó exclusivamente a las tesis presentadas entre 1861 y 1870 sobre algunas cuestiones de derecho civil y en menor medida, derecho procesal.

3- Conforme ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, “Las fuentes del derecho argentino (siglos XVI a XX)”, en *Revista de Historia del Derecho* N° 1, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1973, p. 331; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1977, p. 120; DÍAZ COUSELO, José María, “La tradición indiana y la formación del derecho argentino”, en Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Ciencias Sociales. Instituto de Historia Argentina y Americana [en línea],

título de doctor en jurisprudencia– se constituyó también –al igual que el foro– en una arena en la que se acudía al derecho castellano-indiano, se debatía acerca de las normas que se consideran superadas, se citaba la doctrina, se opinaba acerca de la oportunidad o no de su aplicación, se reflexionaba acerca de la mutabilidad del derecho y los motivos que lo justificaban, entre otros temas.

I. Las tesis doctorales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

Al momento de creación de la Universidad de Buenos Aires, los estudios jurídicos estaban dispuestos en dos niveles: el académico, cuyo título lo daba la Universidad –*Doctor en Jurisprudencia*– y el profesional, que habilitaba para litigar o abogar por alguna causa. Esta estructuración era en forma sucesiva, porque primero debían cursarse los estudios en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad y luego en la Academia de Jurisprudencia, con un total de cinco o seis años, según la época.

En consecuencia, el título que otorgaba la Universidad no era habilitante para ejercer la profesión de abogado, porque quien aprobaba las asignaturas previstas sólo recibía un título académico que no le permitía desempeñarse en el foro. Para ello, el egresado de la Universidad debía cursar luego tres años en la *Academia de Jurisprudencia*, situación que varió en 1872 al suprimirse la *Academia* y crearse la cátedra de Procedimientos en la Universidad, por lo que esta última comenzó a otorgar el título de abogado⁴.

En 1874 el Departamento de Jurisprudencia se transformó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. De acuerdo con su primer reglamento, dictado en 1875, cursados los cinco primeros años se obtendría el grado de licenciado y terminados los seis, el de doctor. El primero habilitaría para el ejercicio de la abogacía y magistratura; el segundo para el profesorado universitario. El plan se reducía a cinco años, los títulos de abogado y doctor se otorgaban al mismo tiempo y conforme Pestalardo, nunca se expidieron diplomas de licenciado⁵.

4- LEVAGGI, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, Tomo I, Parte General, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 343-345; SEOANE, María Isabel, *La enseñanza del derecho en la Argentina. Desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1981, pp. 61-67.

5- PESTALARDO, Agustín, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Alsina, 1914, p. 85.

La tesis fue obligatoria para el ejercicio de la abogacía hasta 1914, en el que se separaron los títulos de abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales. En 1905 la Facultad de Derecho dictó una ordenanza volviendo *voluntaria* la presentación de las tesis, para poco tiempo después exigir su presentación⁶.

A pesar de que hoy en día la tesis de Doctorado constituye el paso previo para alcanzar el grado académico máximo del sistema universitario y se identifica con un trabajo de *largo aliento* –muy elaborado, erudito, el fruto de desvelos de largos años–, en los primeros años de la Universidad de Buenos Aires, las tesis no alcanzaban esos niveles.

Las primeras tesis que se analizan en el presente trabajo se presentaron en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires, mientras que las últimas fueron defendidas ante la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

Entre 1863 y 1900 se presentaron una serie de tesis sobre cuestiones relacionadas con el derecho de familia, tales como el matrimonio –su definición, impedimentos para contraerlo, régimen patrimonial y disolución–; relaciones paterno filiales –patria potestad, filiación, legitimación–, minoridad, adulterio, alimentos y adopción, en las que sus autores hicieron referencia al derecho castellano indiano, y que constituyen el objeto del presente trabajo⁷.

El corpus documental está constituido por una mayoría de trabajos éditos, muy breves, escritos en algunos casos y a primera vista, sólo para cumplir un requisito burocrático y sin mayores pretensiones intelectuales, “trabajos ligeros, de no más de una veintena de páginas y reducidas, casi siempre, a proclamar algunos tópicos e ideas aceptadas por los juristas al uso”, en opinión de Abásolo⁸.

En un principio el tema de la tesis era elegido por el alumno; sin perjuicio de ello, la libre elección del tema fue suprimida, a fin de evitar los

6- RIVA, Bettina Clara y Luis Gabriel GONZÁLEZ ALVO, “Tesis doctorales en jurisprudencia y saber penitenciario en la Universidad de Buenos Aires (1869-1915): Revisitando una fuente de historia social de la justicia y el derecho”, en *Revista Electrónica de Fuentes y Archivos Centro de Estudios Históricos “Prof. Carlos S. A. Segreti”*, Córdoba-Argentina, año 6, número 6, 2015, pp. 66-87.

7- En el Anexo se presenta la totalidad de las tesis que se analizaron en el presente trabajo.

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

abusos a los que ello había dado lugar en más de una ocasión, y en 1862 se dispuso que los catedráticos formularan una serie de proposiciones, y que el candidato sacara de entre ellas a la suerte la que sería tema de su tesis⁹.

Algunos de los doctorandos se destacarían en diversas posiciones luego de la defensa de sus tesis, como por ejemplo en la magistratura – David Zavalía, Juan Soneyra y Mariano Demaría–, como legisladores – Juan Soneyra, Leopoldo Basabilbaso, Emilio Marchini, Francisco Uriburu y Emilio Viale–, en la función pública–como Emilio Castro que fue gobernador de la Provincia de Buenos Aires y Mariano Demaría que fue Ministro de Hacienda–, profesores universitarios –como Emilio Frers–autores de algunos trabajos de doctrina –Rómulo Avendaño y Eduardo Gaffarot–, autores de cuerpos legales como Valentín Luco, que redactó la Ley Orgánica de la Administración de Justicia y el Código de Procedimientos Civiles de su provincia, San Luis, e incluso en varias de estas actividades a lo largo del tiempo¹⁰.

II. La regulación del matrimonio en el Código Civil de 1869

A efectos de analizar la presencia del derecho castellano-indiano en estas tesis doctorales, se hace necesario indagar en la regulación de las referidas cuestiones de familia en este sistema jurídico que fue derecho positivo hasta el comienzo de aplicación del Código Civil en 1871, así como su recepción en el citado Código.

Conforme las Partidas, que estaban inspiradas –entre otras fuentes– en las Decretales del Papa Gregorio IX, no podían contraer matrimonio los cristianos “con judía, nin con mora, nin con hereja, nin con otra mujer que non toviese la ley de los cristianos, et si casase, non valdrie el casamiento”¹¹. El matrimonio se disolvía únicamente por la muerte, y sólo era permitida la separación de cuerpos –que se producía solo en determinados supuestos, previa intervención de los tribunales religiosos, conforme lo establecido en el título 10 de la Partida Cuarta–.

Posteriormente, por real cédula de Felipe II del 12 de junio de 1564, se incorporaron a la legislación castellana las disposiciones del Concilio de

9 - CANDIOTI, Marcial, *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires, Catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario 1821-1921*, Buenos Aires, 1920, pp. 31 y 116.

10- CUTOLO, Vicente Osvaldo, *Nuevo diccionario biográfico argentino: (1750-1930)*, Buenos Aires, Elche, 1968, V7, pp. 70, 166, 430 y 578; V2, pp. 520; V1, pp. 360 y 274; V4, pp. 394 y 289; V3, pp. 141 y 180.

11- Ley 15, título II, Partida IV, [En línea], <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2021-217_3>, [Consulta: 20 de octubre de 2023].

Trento en materia matrimonial, para regir en todos sus reinos¹².

En consecuencia, las leyes de Partida y el derecho matrimonial tridentino fueron el marco legal del matrimonio, a partir del Descubrimiento.

En el Código Civil argentino, el codificador, Dalmacio Vélez Sársfield, estipuló que el matrimonio entre católicos, y entre católicos y cristianos disidentes debía celebrarse de acuerdo a los cánones y solemnidades de la Iglesia Católica, reconociendo como impedimentos matrimoniales los establecidos por la Iglesia Católica. De esta forma, adjudicó efectos civiles al matrimonio religioso, por lo que la validez del matrimonio quedó sujeta al Derecho canónico y a las disposiciones de los tribunales eclesiásticos.

En su nota al artículo 167 del Código Civil, en el título referido al matrimonio, Vélez Sarsfield fundamentó la jurisdicción eclesiástica, al señalar que “Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas serán un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes, que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas. Sería incitar a las personas católicas a desconocer los preceptos de su religión, sin resultado favorable a los pueblos y a las familias”.

No obstante, las disposiciones tridentinas continuaron vigentes hasta la sanción de la ley de matrimonio civil en 1888, y se aplicaron a los matrimonios con protestantes y a individuos pertenecientes a religiones que no fueran la católica, dándose la paradoja de que la ley civil era más rigurosa y restrictiva que la canónica, pues para ésta el impedimento de mixta religión y disparidad de cultos, si bien era dirimente, podía dispensarse por la autoridad eclesiástica. Esta situación se alteró con la firma en 1825 de un Tratado con Inglaterra por el que se reconoció la libertad de conciencia y el ejercicio libre de su religión a los ingleses residentes en las Provincias Unidas del Río de la Plata, mientras que en marzo de 1833 la Sala de Representantes de Buenos Aires sancionó una ley por la cual autorizó al gobierno a dispensar el impedimento de la ley de Partidas para

12- LLORCA, Bernardino, “Aceptación en España de los decretos del Concilio de Trento: I. Aceptación General”, en *Estudios Eclesiásticos, Revista de investigación e información teológica y canónica* 39, N° 150 (1 de julio 1964), pp. 341–360, [En línea]
<<https://revistas.comillas.edu/index.php/estudioseclesiasticos/article/view/19570>>, [Consulta: 23 de noviembre de 2023].

los matrimonios entre individuos católicos y protestantes.

El 10 de marzo de 1834 el Gobernador Viamonte dictó un decreto por el que creó un registro de ministros de creencias religiosas distintas de la católica, y un registro de matrimonios de individuos pertenecientes a diversas religiones. De esta forma se possibilitó que quienes no pertenecieran a la religión católica pudiesen contraer matrimonio entre sí ante el ministro de su respectivo culto, previo permiso otorgado por el presidente de la Cámara de Justicia¹³. En función de lo señalado, era lógico que los doctorandos acudieran a las citas del derecho castellano, ya que éste había sido referenciado por el codificador en sus notas al Código.

El cuerpo legal castellano más citado por Vélez fue las Partidas –a veces apoyando lo establecido en este ordenamiento jurídico, en otras, marcando su disconformidad–. En este sentido, el ordenamiento alfonsí fue invocado por el codificador al oponerse a los esponsales de futuro¹⁴, al consagrar el deber de fidelidad entre los cónyuges¹⁵, al referirse a la administración de los bienes del matrimonio¹⁶, a la competencia eclesiástica en materia de divorcio¹⁷, a los efectos del divorcio¹⁸, la disolución de matrimonio¹⁹, las nulidades matrimoniales²⁰, las segundas nupcias²¹, la filiación²², la patria potestad²³, la legitimación²⁴ y los alimentos²⁵.

Menores alusiones se encuentran en el Fuero Real, traído a colación con respecto a los efectos del divorcio²⁶; la Recopilación de 1567 en relación con el consentimiento para contraer matrimonio²⁷, los impedimentos²⁸, efectos

13- MARILUZ URQUIJO, José María, “Los matrimonios entre personas de diferente religión ante el derecho patrio”, *Conferencias y comunicaciones*, v. XXIX, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1948, p. 16.

14- Art. 166 del Código Civil.

15- Art. 184 del Código Civil.

16- Arts. 186 y 189 del Código Civil.

17- Art. 201 del Código Civil.

18- Arts. 211, 213, 215, 218 del Código Civil.

19- Art. 219 del Código Civil.

20- Art. 230 del Código Civil.

21- Arts. 236 y 237 del Código Civil.

22- Arts. 246, 248, 249, 252, 258, 328, 343 del Código Civil.

23- Arts. 264-267, 268, 270, 279, 287, 288, 290, 293, 297, 306-309 del Código Civil.

24- Arts. 311, 316, 319 del Código Civil.

25- Arts. 367, 370, 373-376 del Código Civil.

26- Art. 213 del Código Civil.

27- Arts. 169, 173-173 del Código Civil.

28- Art. 166 del Código Civil.

del divorcio²⁹, filiación³⁰, patria potestad³¹ y alimentos³². La Recopilación Indiana es invocada específicamente cuando el codificador se refiere al deber de convivencia entre cónyuges. En este sentido, cita el título 3, libro 7 que se refiere a “los casados, y desposados en España, que está ausentes de sus mujeres y esposas”, que prescribe que las autoridades seculares y religiosas en Indias ordenaran embarcar a la Península a aquellos que estuvieran en América sin sus esposas.

III. Los cuerpos legales castellano-indianos citados en las tesis

Tal como había hecho el codificador en sus notas, a lo largo de sus tesis, los doctorandos acuden al derecho castellano-indiano para apoyar sus posturas, para demostrar su conformidad o disconformidad con las soluciones de este derecho, o simplemente para dar cuenta de su versación en esos textos, adquirida en su paso por los claustros.

En este ejercicio de argumentación, los cuerpos legales de derecho castellano que citan y los temas que abordan son:

- Liber Iudiciorum (654), en relación con el régimen patrimonial del matrimonio³³.
- Fuero Juzgo (1241), en cuestiones referidas a los impedimentos³⁴, régimen patrimonial³⁵ y disolución del matrimonio³⁶, adulterio³⁷, patria potestad³⁸ y filiación³⁹.
- Fuero Real (1254), en temas de impedimentos⁴⁰ y régimen patri-

29- Art. 211 del Código Civil.

30- Art. 246 del Código Civil.

31- Arts. 265, 306-307 del Código Civil.

32- Art. 343 del Código Civil.

33- ROSENDI, Martín, *El matrimonio*, Buenos Aires, Imp. de Buenos Aires, 1866, p. 14.

34- ORZÁBAL, Mariano, *Nulidades del matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta de Sud-América, 1887, pp. 44-46; PAGANINI, Carlos, *Paternidad y filiación legítima*, Buenos Aires, 1883, Litografía, Imprenta y Encuadernación de Guillermo Kraft, p. 21.

35- ÁLVAREZ, Juan José A., *Matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta de S. Ostwald, 1880 p. 8; NAZAR, Ernesto, *La mujer que contrae de mancomun con su marido, no queda obligada aunque renuncie bajo la religión del juramento a la ley 61 de Toro*, Buenos Aires, Imprenta del Siglo, 1870, p. 9; GÓMEZ, Ignacio María, *Régimen de los bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta de M. Biedma, p. 14.

36- HERRERA, Andrés, *El divorcio*, Buenos Aires, Imprenta Lit. Revista Nacional Casa Editora, 1900, p. 60.

37- URIBURU, Francisco, *De la filiación adulterina*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni é Hijos, 1895, p. 19.

38- VÁRGAS, Gregorio, *Patria potestad*, Buenos Aires, Talleres de la Tribuna Nacional, 1886, p. 22-23, p. 54.

39- URIBURU, *op. cit.*, p. 73.

40- ORZÁBAL, *op. cit.*, p. 46-48; PAGANINI, *op. cit.*, p. 21.

monial del matrimonio⁴¹, adulterio⁴², filiación⁴³, menores⁴⁴, tutela⁴⁵ y adopción⁴⁶.

- Partidas (1255), en cuanto a la definición⁴⁷, impedimentos⁴⁸, régimen patrimonial⁴⁹ y disolución de matrimonio⁵⁰, dote⁵¹, adulterio⁵², derechos y obligaciones paterno-filiales⁵³, patria potestad⁵⁴, filiación⁵⁵,

41- ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 7; ROSENDI, *op. cit.*, p. 15; NAZAR, *op. cit.*, p. 9.

42- URIBURU, *op. cit.*, p. 19.

43- MIRA, Angel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1879, p. 11; PIRAN, Antonio M., *Sucesión intestada de los hijos naturales, Estudio sobre el capítulo IV, Tit. IX, Lib. IV, del Código Civil*, Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1872, p. 6; ROBERT, José E., *Hijos naturales*, San Martín, Escuela de Artes y Oficios, 1883, p. 28; LUÇO, Valentín, *Filiación Natural*, Buenos Aires, Imprenta Sud-América, 1891, p. 25.

44- CASTRO, Emilio, *De los menores*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1883, p. 54.

45- CASTRO, *op. cit.*, p. 103.

46- PINEDA, Manuel E., *De la adopción*, Imprenta Americana, 1867, p. 14.

47- PEREYRA, Facundo, *Estudio sobre el matrimonio* Buenos Aires, Imprenta a vapor de C. Gallarini y Canova, 1894.

48- CRESPO, Desiderio, *Impedimentos del matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta de la Nación, 1884, pp. 14-17, 19-21 y 23; MARCHINI, Emilio, *Estudio sobre el matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta Nacional, 1884, p. 49-53, 61-63, 66-68, 70-72; ORZÁBAL, *op. cit.*, p. 56-126.

49- BASABILBASO, Leopoldo, *El matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta del Siglo, 1867, p. 8; ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 8-10, 13-14; ROSENDI, *op. cit.*, pp. 19, 21, 23-24; NAZAR, *op. cit.*, pp. 10, 12, 15-17, 20; SONEYRA, Juan J., *Disuelta la sociedad conyugal, deberá siempre el marido restituir la dote a la mujer o a los herederos de ésta, salvo el caso en que él sea tal heredero*, manuscrita, 1862, p. 6 vta y p. 8; ORZÁBAL, *op. cit.*, pp. 46-48.

50- HERRERA, *op. cit.*, pp. 50-58; VILA, Nicolás, *El matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta de La Nación, 1882, pp. 43-44.

51- GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 40-42.

52- FRERS, Emilio, *La violación de la fé conyugal en la legislación penal*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1879, pp. 15, 20, 24-25, 38; URIBURU, *op. cit.*, p. 19.

53- CAROL, Remijio S., *El matrimonio en general*, Buenos Aires, Imprenta del Porvenir, 1879, p. 24.

54- VÁRGAS, *op. cit.*, p. 10-11, 23, 25; CASTRO, *op. cit.*, pp. 16-17, 23, 24, 29, 51-52, 72-74, 101; ÁVILA, Manuel, *Patria Potestad*, Buenos Aires, Imprenta y lit. á vapor de Luis Mauner, 1888, pp. 12, 55.

55- DE TEZANOS PINTOS, David, *De los hijos naturales*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1871, pp. 14, 69 y 72; AUDIBERT, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1883, p. 29; FERNANDEZ, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, Buenos Aires, Imprenta de M. Biedma, 1879, p. 13; ESCALADA, Daniel, *Estudio sobre Filiación natural*. Imprenta del porvenir, Buenos Aires, 1879, p. 22; MIRA, *op. cit.*, pp. 27, 31, 33 y 39; MENDOZA, CANDIDO V., *De la legitimación*, Buenos Aires, Imprenta de S. Ostwald, 1880, pp. 14-15; PIRAN, *op. cit.*, p. 24; VIALE, EMILIO, *Estudio sobre hijos naturales*, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1874, pp. 3-4; MORRIS, JORGE, *Hijos sacrilegos*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1876, p. 22; ESCALADA, *op. cit.*, pp. 15 y 47-48; ROBERT, *op. cit.*, p. 11; VAZQUEZ, SOTERO E., *Breve estudio sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales entre los pueblos antiguos y en Roma, Estudio sobre la sucesión de los hijos naturales y filiación natural en el código argentino con una síntesis sobre lo que disponen los diversos países de Europa sobre la materia*, Buenos Aires, Imp. y Fund. de Tipos La República, 1884, p. 63; URIBURU, *op. cit.*, p. 19; PELLICER, Julio, *Filiación natural*, Buenos Aires, Tipo-Lito del Sport, 1895, pp. 14 y 24; PAGANINI, Carlos, *Paternidad y filiación legítima*, Buenos Aires, 1883, Litografía, Imprenta y encuadernación de Guillermo KRAFT, pp. 13, 17-18, 21, 25, 43, 46, 52 y 56; LUÇO, *op. cit.*, pp. 20, 25.

legitimación,⁵⁶ menores⁵⁷, tutela⁵⁸, alimentos,⁵⁹ y adopción⁶⁰.

- Leyes de Estilo (1310 aproximadamente), con respecto al régimen patrimonial del matrimonio⁶¹.
- Ordenamiento de Alcalá (1348), sobre adulterio⁶².
- Leyes de Toro (1505), en lo que respecta a matrimonios clandestinos⁶³, régimen patrimonial del matrimonio⁶⁴, adulterio⁶⁵, filiación⁶⁶, legitimación⁶⁷ y alimentos⁶⁸.
 - Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla (1567), con referencia a impedimentos⁶⁹ y régimen patrimonial del matrimonio⁷⁰, dote⁷¹, adulterio⁷², patria potestad⁷³, filiación⁷⁴ y alimentos.⁷⁵
 - Novísima Recopilación (1805), sobre patria potestad,⁷⁶ matrimonio, emancipación y restitución in *integrum* de los hijos menores⁷⁷

56- MARCÓ DEL PONT, Augusto, *De la Legitimación*, Buenos Aires, Imp. Lit. y Fundación de tipos á vapor de J. A. BERNHEIM, 1867, pp. 13-15 y 18.

57- CASTRO, *op. cit.*, pp. 5-6; 50-52, 54, 59-61, 63, 95-97, 103.

58- CASTRO, *op. cit.*, p. 103.

59- AVENDAÑO, Rómulo, *Los espósitos. ¿La obligación de alimentar los estraidos de nuestra Inclusa, pasa a los herederos del que los saca?*, Buenos Aires, Imprenta del Orden, 1869, pp. 19, 20, 22-23, 25; CERNADAS, Ricardo, Alimentos, Buenos Aires. Imprenta de Pablo E. Coni e hijos, 1888, p. 37, CASTRO, *op. cit.*, p. 62.

60- PINEDA, *op. cit.*, p. 14-16; MARCHINI, *op. cit.*, p. 66.

61- ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 9; NAZAR, *op. cit.*, p. 9.

62- URIBURU, *op. cit.*, p. 19.

63- ORZÁBAL, *op. cit.*, p. 91.

64- NAZAR, *op. cit.*, p. 10; ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 7, 9, 10, 14; ROSENDI, *op. cit.*, pp. 15, 17, 25.

65- URIBURU, *op. cit.*, p. 19.

66- DE TEZANOS PINTO, *op. cit.*, p. 14; ESCALADA, *op. cit.*, pp. 25, 39-40 y 47; MIRA, *op. cit.*, pp. 27 y 31-32; ROBERT, *op. cit.*, pp. 12-13; GAFFAROT, *op. cit.*, p. 16; VÁSQUEZ, Sotero F., *Breve estudio sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales entre los pueblos antiguos y en Roma. Estudio sobre la sucesión de los hijos naturales y filiación natural en el código argentino con una síntesis sobre lo que disponen los diversos países de Europa sobre la materia*, Buenos Aires, Imp. y Fund. de Tipos La República, 1884, pp. 63 y 71; URIBURU, *op. cit.*, p. 73; PELLICER, *op. cit.*, pp. 14 y 24; LUCO, *op. cit.*, p. 20-21, 25-26.

67- MARCÓ DEL PONT, *op. cit.*, pp. 13, 15, 18.

68- AVENDAÑO, *op. cit.*, p. 19.

69- MARCHINI, *op. cit.*, pp. 49-50.

70- NAZAR, *op. cit.*, p. 12; SONEYRA, *op. cit.*, pp. 1 y 5 vta.

71- ZAVALÍA, David, *¿Quedará preservada la dote del vicio de inoficiosa, si al tiempo de su Constitución cabe en la legítima, aunque exceda de ella al de la muerte del padre dotante?*, Buenos Aires, Imprenta del siglo, 1863, pp. 4-5.

72- FRERS, *op. cit.*, pp. 28, 32, 38.

73- VÁRGAS, *op. cit.*, p. 25.

74- DE TEZANOS PINTO, *op. cit.*, p. 14; MIRA, *op. cit.*, pp. 27 y 31-32; ESCALADA, *op. cit.*, p. 47; VÁSQUEZ, *op. cit.*, pp. 71-78; URIBURU, *op. cit.*, p. 73; PELLICER, *op. cit.*, pp. 14 y 24.

75- CERNADAS, *op. cit.*, p. 51.

76- VÁRGAS, *op. cit.*, pp. 25-26.

77- CASTRO, *op. cit.*, pp. 74, 80, 95, 99.

y juez competente en materia de alimentos.⁷⁸

El derecho visigótico –sin individualización de pieza legal– es citado cuando se alude a la costumbre de este pueblo de concederle a la mujer el derecho de adquirir para sí, la mitad de los bienes que el marido hubiese adquirido en la guerra⁷⁹.

En algunos casos la mención es genérica, como cuando se menciona a “antiguas leyes españolas”⁸⁰ o “las leyes españolas”⁸¹ o a “Las Recopiladas”⁸² o a “los viejos códigos españoles”⁸³ o “una ley de Partida”⁸⁴. En otros, se citan los cuerpos legales individualizando ley, título, libro o Partida, o por número de ley, según corresponda⁸⁵.

También se registran referencias a reales cédulas y reales pragmáticas. Mariano Orzábal, por ejemplo, en su tesis sobre nulidades matrimoniales y Gregorio Vargas –en la referida a la patria potestad– citan la Pragmática sobre matrimonio de hijos de familia, dictada por Carlos III el 23 de marzo de 1776, que prohibía la contracción de esponsales y matrimonios a los menores de veinticinco años que no contaran con el consentimiento paterno, recogida en la Novísima Recopilación⁸⁶. Orzábal la invocó en relación con la desheredación de los hijos que se casan sin la autorización de los padres⁸⁷, mientras que Varga trajo a colación los impedimentos para contraer matrimonio⁸⁸.

Orzábal cita también la pragmática del 28 de abril de 1803 sobre matrimonio de hijos de familia que fijó en veinticinco años para el hombre y en veintiséis para la mujer el límite de edad para tomar libremente estas decisiones matrimoniales, recogida en la Recopilación castellana⁸⁹.

Alejandro Garramuño refiere los considerandos de la pragmática como argumento a favor del matrimonio civil, cuando señala que no hay

78- CERNADAS, *op. cit.*, p. 51.

79- ROSENDI, *op. cit.*, p. 13.

80- FRERS, *op. cit.*, p. 22.

81- CASTRO, *op. cit.*, p. 65.

82- FRERS, *op. cit.*, pp. 22, 27, 42.

83- CERNADAS, *op. cit.*, p. 36.

84- LUCO, *op. cit.*, p. 20.

85- MARCHINI, *op. cit.*, pp. 49-50; VÁRGAS, *op. cit.*, pp. 22-23, 54; CRESPO, *op. cit.*, pp. 14-17, 19-21 y 23; MARCHINI, *op. cit.*, pp. 49-53, 61-63, 66-68, 70-72; ORZÁBAL, *op. cit.*, pp. 56-126, GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 40-42, entre otros.

86- Libro X, título II, Ley XVIII.

87- VÁRGAS, *op. cit.*, p. 25-26.

88- ORZÁBAL, *op. cit.*, p. 80.

89- Libro X, título II, Ley XVIII, ORZÁBAL, *op. cit.*, p. 81.

que confundir el sacramento con el contrato de matrimonio, porque aquel queda enteramente sometido a la jurisdicción eclesiástica y ésta a la civil. “Por eso Don Carlos III en su Pragmática de 26 de marzo de 1776 decía: Mandé examinar esta materia en una Junta de ministros con encargo de que dejando ilesas las autoridades eclesiásticas y disposiciones canónicas en cuanto el sacramento del matrimonio, para su valor, subsistencia y efectos espirituales, nos propusiese el remedio más conveniente, justo y conforme á mi autoridad real en orden al contrato civil y efectos temporales.”⁹⁰

Los tesisas citan asimismo reales cédulas. En este sentido, Vargas menciona la real cédula del 27 de febrero de 1793 que derogó el principio establecido en la Pragmática de 1776 sobre la desheredación *ipso iure* y que prescribió que la falta de autorización de los padres fuese la sola causa de desheredación.⁹¹

Por su parte, Augusto Marcó del Pont, al referirse a la legitimación, cita la real cédula del 21 de diciembre de 1800 por la que “puede el soberano disminuir el rigor que la ley hace pesar sobre los hijos naturales, declararlos hábiles, para ciertas dignidades, recibir por testamento del padre” y la posibilidad de legitimar a los niños expósitos y depositados en casas de caridad, conferida por real cédula de 23 de enero de 1794 dada por Carlos IV.⁹²

En lo que respecta al derecho indiano, Manuel E. Pineda en su tesis sobre la adopción, luego de abreviar en el Fuero Real y Partidas, trae a colación el *Reglamento sobre el Establecimiento de Casas de Expósitos*, establecido por real cédula del 11 de diciembre de 1796 para las Indias, y otra disposición de 6 de marzo de 1790, relativa a las medidas que se debían tomar “para garantir sus vidas”⁹³.

Manuel Ibáñez invoca la Recopilación de Leyes de Indias en relación con el tema de la prueba de la filiación legítima, cuando refiere que según la ley 40, tít. VI, lib. I, los obispos estaban autorizados para dividir las diócesis en parroquias, de acuerdo con las instituciones civiles del país, “cuya práctica se ha observado hasta nuestros días”, lo que cuenta la pervivencia de esa costumbre hasta casi fines del siglo XIX⁹⁴.

90- GARRAMUÑO, *Matrimonio Civil*, Buenos Aires, Imprenta La Universidad, Buenos Aires, 1888, p.39.

91- VÁRGAS, *op. cit.*, pp. 25-26.

92- MARCÓ DEL PONT, *op. cit.*, pp. 17-18.

93- PINEDA, *op. cit.*, p. 14.

94- IBÁÑEZ, Manuel C., *Prueba de la filiación legítima*, Buenos Aires, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1888, pp. 19-21.

IV. Vigencia, valoración y crítica del derecho castellano-indiano

Cuando los doctorandos pasan revista a los antecedentes, es muy frecuente el recurso al derecho castellano, al que acuden con asiduidad y al que se refieren como “las leyes españolas”⁹⁵, “la legislación antigua”⁹⁶ o “nuestra legislación anterior”⁹⁷ o “las leyes españolas vigentes entre nosotros hasta la sanción de los códigos que hoy nos rigen”⁹⁸. Esta referencia al derecho castellano-indiano como “legislación antigua” o anterior, corresponde a los tesisistas cuyas tesis fueron defendidas con posterioridad al comienzo de aplicación del Código Civil.

El derecho castellano-indiano es percibido por algunos tesisistas como un derecho heredado, mientras que en otros se lo señala como vigente, propio, necesario en caso de la existencia de lagunas –aun cuando ya estaba en vigor el Código– y en algunas ocasiones, hasta destacado por su carácter innovador.

Así lo señala claramente Gregorio Vargas, cuando sostiene que “verificada la obra de nuestra emancipación política, el derecho privado argentino lo formaban los códigos españoles. Sesenta años después nos damos recién una legislación propia”⁹⁹.

Augusto Marcó del Pont en 1867 en su tesis sobre la legitimación se refiere a las leyes de Partida, como aquellas “que nos rigen”¹⁰⁰. Ángel Mira, por su parte, es de los que consideran necesario abreviar en el derecho castellano cuando una cuestión no ha sido resuelta por el codificador, y con respecto al derecho sucesorio de los hijos naturales, refiere que “las leyes de Partida constituían el derecho común, el derecho fundamental en materia de sucesiones, y sus disposiciones deben considerarse subsistentes, mientras no hayan sido derogadas por otras posteriores; según el principio de que ‘La fuerza de las leyes debe mantenerse en todo su vigor en tanto que no intervenga su derogación’”¹⁰¹.

Orzábal, quien redactó su tesis sobre el matrimonio en 1887, cuando ya estaba vigente el Código Civil, incluye a las Partidas dentro de su capítulo titulado “Derecho vigente” al señalar que “Sin embargo, de acuerdo con

95 - ESCALADA, *op. cit.*, p. 11; VASQUEZ, *op. cit.*, p. 71.

96 - DE TEZANOS PINTO, *op. cit.*, pp. 69 y 72.

97- GAFFAROT, *op. cit.*, p. 16.

98- CERNADAS, *op. cit.*, p. 51.

99- VÁRGAS, *op. cit.*, p. 12.

100- MARCÓ DEL PONT, *op. cit.*, p. 12.

101 MIRA, *op. cit.*, p. 47.

la índole especial de nuestra legislación, pasaré a estudiar el Código Alfonsino”¹⁰².

Por el contrario, en otras ocasiones se hace alusión a la efectiva vigencia de los ordenamientos jurídicos castellanos y castellano-indianos tanto en la Península como en el Río de la Plata. Al abordar la cuestión de la patria potestad, Vargas, por ejemplo, se refiere al Fuero Juzgo como que “ha llegado hasta nosotros” mientras que, al mencionar a las Partidas, señala que “no tuvieron fuerza de ley hasta el siglo XIV, habiéndose formado en el anterior; y, durante ese período, el derecho privado español lo forman principalmente fueros municipales y leyes especiales á cada localización”.

En el mismo sentido, opina que “Hasta el siglo mencionado no existen en las Universidades de España cátedras para la enseñanza del derecho patrio”, por lo que “se estudiaba derecho romano y Canónico, nada más en punto á Jurisprudencia; este hecho prueba, pues, la imperfección de la legislación patria”. Esta podría ser la razón para su afirmación de que “No es de estrañar entonces la insuficiencia de las leyes españolas hasta las Partidas: a esto debemos atribuir también el silencio del derecho de la península durante los siglos que precedieron á la época de D. Alfonso el Sábio, sobre la pena que debe sufrir el hijo menor que se casa á pesar del disenso paterno”¹⁰³.

El derecho castellano-indiano también es objeto de críticas por parte de los tesisas. En relación con la patria potestad, en 1883 Emilio Castro objeta la definición consignada en las Partidas, que establecen que “patria potestad en latín tanto quiere decir en romance como poder que han los padres sobre los hijos” y que “Tanto la definición del código como la de las leyes de Partida, son incompletas” y que la de las Partidas no es “buena”. Fundamenta su juicio en que “no expresa con claridad lo que quiere definir a menos que bajo la expresión –poder que han los padres sobre sus hijos– quiera decirse derechos y obligaciones, cosa que sin embargo no está expresada y que no hay razón para creer que con esa palabra haya querido significarse aquello”¹⁰⁴. Y en función de ello, sostiene que cuando los hijos se desordenen o caigan en el vicio, los padres deben apoyarlos y ayudarlos, conforme lo establece nuestro Código Civil en su art. 268 cuando ordena que la obligación de dar alimentos a los hijos no cesa aun cuando las necesidades de ellos provengan de su mala conducta, en vez de castigarlos

102- ORZÁBAL, *op. cit.*, pp. 48-50.

103- VÁRGAS, *op. cit.*, pp. 22-23.

104 CASTRO, *op. cit.*, p. 17.

o no proporcionarle alimentos como lo ordenaban las Partidas¹⁰⁵. El mismo autor se sorprende de que las Partidas hubieran negado a la mujer la patria potestad, y citando a Goyena lo considera una “anomalía singular”, porque “allí eran las mujeres llamadas a ejercer el más alto poder del Estado, y España contaba en aquella época entre sus reinas a D. Berenguela, D. María de Molina y a Isabel la Católica; y las leyes les negaban la patria potestad”¹⁰⁶.

El carácter innovador es puesto de manifiesto por Vargas, quien en 1886, al referirse al Fuero Juzgo, señala que “la madre cuida de sus hijos lo mismo que el padre” y que el mismo cuerpo legal concede a la madre el derecho de casar a sus hijos en defecto del padre, “lo cual es acordarles una de las facultades más importantes de la patria potestad, cuya disposición ha sido confirmada y reglamentada después en la Novísima Recopilación”¹⁰⁷. En el mismo sentido, pondera a las Partidas, al afirmar que las Partidas “fueron el primer código que dio a los padres la facultad de desheredar a sus hijos que se casaran contra su voluntad”¹⁰⁸.

En relación con la regulación de la condición jurídica de los menores, en 1883 Emilio Castro señala la “prolijidad” con la que habían efectuado la clasificación entre infantes, impúberes y púberes las Partidas¹⁰⁹.

En 1884, Cornelio Ríos, que trabajó el tema de la patria potestad, consideró que “La legislación Española, inspirada en los verdaderos principios y en las leyes que deben regir las relaciones humanas, se inspiró en nuevos progresos, suprimiendo este monstruoso y despótico poder del padre romano” al que aludía como el poder de “un amo investido de las más amplias facultades que se pueden tener sobre la persona”¹¹⁰.

Con respecto a determinadas circunstancias en las que el hijo no debe ser considerado adulterino, porque la madre ha contraído matrimonio con otro hombre creyendo al primero muerto, en 1895 Francisco Uriburu considera que “Las Partidas preveían ya este caso y eran más sabias que nuestros códigos modernos”¹¹¹. Estas reflexiones dan cuenta de que aun aquellos tesisistas que presentaron sus tesis con posterioridad al comienzo de aplicación del Código Civil, no dejaron de ponderar algunas de sus características.

105- CASTRO, *op. cit.*, p. 20.

106- CASTRO, *op. cit.*, p. 24

107- VÁRGAS, *op. cit.*, p. 54.

108- VÁRGAS, *op. cit.*, pp. 22-23.

109- CASTRO, *op. cit.*, p. 8.

110 RÍOS, Cornelio, *De la patria potestad*, Buenos Aires, Imprenta de la República, 1884, p. 17.

111- URIBURU, *op. cit.*, p. 34.

Con referencia a las Partidas, Vargas, por ejemplo, opina que fue “La primera colección de leyes que mereció el nombre de Código en Europa por su sistema completo de legislación”, “trabajo calcado sobre el derecho romano”.

En relación con la Novísima, en 1887 Orzábal, al referirse a la demanda por esponsales, señala que “examinando nuestra antigua legislación, encuentro en uno de sus Códigos que no alcanzó á ser ley entre nosotros –la *Novísima Recopilación*– una ley que es la 18 del título II, libro X sobre la demanda por esponsales¹¹². A la luz de estos argumentos, entiendo que la mención es efectivamente a la *Novísima* de 1805.

Al criticar los mayorazgos, Vargas señala que “no tenemos derechos para ser severos con los legisladores de la edad media, puesto que no hacen muchos años que la nación que representa en el mundo a la democracia más pura, la nación que se inauguró a fines del siglo pasado con la declaración más completa de los derechos del hombre, los americanos del Norte no hacen tantos años, repito, que han borrado de su legislación la abominable la esclavitud, y esto debido a la fuerza de las armas, en la lucha civil más formidable que registran los anales de la humanidad. Y ahora mismo hay en Europa y América grandes estados que representan la vieja tradición esclavócrata”. Y al abordar la patria potestad, sostiene que “Volviendo a nuestro objeto el espíritu de emancipación ha introducido importantes modificaciones en el derecho posterior a las Partidas”, con lo que considera que el derecho patrio mejoró la antigua legislación castellana¹¹³.

Castor Figueras, después de referirse al matrimonio “desde el mundo primitivo”, señala que el argumento de Vélez Sarsfield para no aceptar el matrimonio civil porque ello implicaría “desconocer la misión de las leyes, que es sostener el poder de las costumbres, no enervarlas y corromperlas”, implicaría que se “condenase en nuestros días a un reo, a la *pena de perdimiento de miembro* que nos hablaba aquella ley de partida”, con lo que advierte acerca de la persistencia en la aplicación de conceptos jurídicos que no debieran continuar siendo considerados¹¹⁴.

Al citar los diversos cuerpos legales, los tesisistas efectúan un ejercicio de comparación, como el que desarrolla Francisco Uriburu cuando

112- ORZÁBAL, *op. cit.*, p. 81.

113- VÁRGAS, *op. cit.*, p. 11.

114- FIGUERAS, Castor, *Estudio sobre las prescripciones del Código Civil referente á las relaciones de familia*, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1882, pp. 10-11.

parangona el castigo a los adúlteros en el Fuero Real y en las Leyes de Toro, en su tesis sobre la filiación adulterina¹¹⁵. En el mismo sentido, Emilio Castro critica la regulación efectuada por Vélez Sarsfield en relación con la administración por parte del padre de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad, por considerar que “más razonables en esto, eran las leyes romanas y de Partida, que acordaban al hijo mejor la plena propiedad y libre administración de los peculios castrense y cuasi-castrense”¹¹⁶.

Es que, conforme Tau Anzoátegui, al criticar al derecho castellano-indiano, los tesisistas pretenden cortar cadenas con los ordenamientos jurídicos anteriores, y de esta manera, romper la vinculación con el pasado político¹¹⁷.

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

El derecho castellano-indiano es puesto a prueba en las tesis doctorales, a la luz de las costumbres y el uso.

A lo largo de las tesis, se sostiene que hay ocasiones en las que el derecho castellano-indiano no puede aplicarse por ser distintas las circunstancias, o simplemente por haberse dejado de utilizar.

Así, en 1862, cuando aún no se había redactado el Código Civil y seguían por lo tanto vigentes las Partidas, Juan Soneyra, en su tesis sobre el régimen patrimonial del matrimonio, sostenía que las penas impuestas por las Partidas a la mujer adúltera “no puede tener aplicación entre nosotros”¹¹⁸.

Por su parte, Felipe Álvarez al referirse al régimen patrimonial del matrimonio, en especial a la cuestión de si la mujer que contrae con su marido de mancomún, queda obligada, siempre que renuncie a los privilegios que la ley le acuerda, advierte que “para interpretar bien el espíritu de nuestras leyes es preciso hacer un estudio muy detenido sobre las costumbres de las épocas en que fueron dictadas, y la forma en que se encuentran redactadas”¹¹⁹.

Castor Figueras en su tesis sobre las prescripciones del Código Civil

115- URIBURU, *op. cit.*, p. 19.

116- CASTRO, *op. cit.*, p. 26.

117- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *op. cit.*, p. 72.

118- SONEYRA, *op.cit.*, p. 12.

119- ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 11.

sobre las relaciones de familia, señala que no “por sostener el poder de las costumbres” se debería condenar “en nuestros días a un reo, a la *pena de perdimiento de miembro*” establecida en las Partidas¹²⁰.

Estas pocas referencias al uso en las tesis sobre matrimonio contrastan con las halladas en un trabajo en el que se analizaron tesis sobre derecho sucesorio, en las que se hace referencia al “uso”, al considerar que alguna disposición de la Partida Sexta sobre la legítima “no ha sido nunca seguida, habiendo solo estado en uso hasta hoy, la de los otros Códigos patrios”¹²¹ o que las disposiciones de las Leyes de Toro no tienen ya “el vigor que se les supone”¹²².

Manuel Ibáñez, en 1888, señala la práctica que “se ha observado hasta nuestros días”, proveniente de lo establecido en la Recopilación de Leyes de Indias sobre la facultad de los obispos de dividir las diócesis en parroquias, lo que da cuenta de la pervivencia de una costumbre estipulada en la referida Recopilación, hacia fines del siglo XIX.¹²³

VI. La doctrina jurídica castellano-indiana

La enseñanza del derecho castellano-indiano en la Universidad se impartía siguiendo las doctrinas de Romero y Ginzo, Tapia y Álvarez¹²⁴. Más allá de los autores mencionados en las aulas, los doctorandos se apoyaban también en las opiniones de López, Gómez, Febrero, Sala, Llamas y Molina, Castro, Matienzo, Elizondo, Gutiérrez, Acevedo y Tapia.

Felipe Álvarez, al referirse al régimen patrimonial del matrimonio, afirma que “los señores Juan J. de Castro, Matienzo y Acevedo” son “*fuertes sostenedores*” del principio del beneficio concedido por la ley de Toro a las mujeres casadas en determinadas circunstancias.¹²⁵

Enrique Nazar, quien trabaja sobre el régimen patrimonial del matrimonio, también conoce a Tapia y al “*jurisconsulto Sala, en su*

120- FIGUERAS, *op.cit.*, p. 11.

121- DEMARÍA, Mariano, *Transmisión de bienes*, Buenos Aires, Imprenta Argentina de “El Nacional”, 1869, p. 18.

122 PONCE, Emilio Anibal, *El sustituto pupilar en la sustitución expresa hecha al impúber por el padre en su testamento, no puede excluir á la madre de la herencia de su hijo*, Buenos Aires, Imprenta de la Revista. 1865, p. 21.

123- IBÁÑEZ, *op. cit.*, pp. 19-21.

124 Conforme TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.*, p. 359. En el mismo sentido, SEOANE, María Isabel, *La enseñanza del Derecho en la Argentina. Desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1981, p. 67.

125- ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 18.

Ilustración del derecho Real de España”¹²⁶.

Gómez y su comentario a la Ley 10 de Toro es citado por Avendaño en su trabajo sobre los expósitos¹²⁷, mientras que Febrero y Llamas y Molina son referidos también por Ernesto Nazar en su tesis sobre el régimen patrimonial del matrimonio.¹²⁸ López es citado por Augusto Marcó del Pont en su tesis sobre la legitimación, cuando el glosador de las Partidas se refiere a la derogación de la disposición sobre legitimación por oblación.¹²⁹ Por su parte, Mariano Orzábal, cuando se ocupa de los impedimentos, y se refiere al impedimento de edad, menciona a este autor, señalando que, en los casos de matrimonios contraídos antes de la edad establecida, por haber capacidad para procreación de los hijos, opina con López que es necesario valerse de la opinión de un facultativo¹³⁰. Por su parte, Marchini cita a Elizondo con su *Práctica Universal Forense* en el tema de la pena de cárcel para quien incumple con el contrato de esponsales¹³¹.

Martín Rosendi, en su tesis sobre el matrimonio, menciona a Llamas y Molina en su comentario a la Ley 60 de Toro acerca de la posibilidad de la mujer de renunciar y no adquirir la mitad de los gananciales.¹³²

VII. Consideraciones finales

Las tesis doctorales presentadas ante el Departamento de Jurisprudencia, y luego ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –en este caso en la segunda mitad del siglo XIX–, han merecido diversos juicios.

Marcial Candiotti, refiriéndose a su mérito científico o literario, ha sostenido que había “*de todo...*” y que “*se había vuelto al descuido y al abuso, pues la mayoría de los trabajos no respondían a su finalidad*”. Candiotti opinó que “*hay algunas presentadas este año que están lastimosamente escritas*” y que “*Es una vergüenza para un joven que sale de las aulas después de haber hecho estudios de doce años de duración por lo menos, el que su trabajo inaugural parezca escrito por un simple alumno de primeras letras*”.

126- NAZAR, *op. cit.*, p. 13.

127- AVENDAÑO, *op. cit.*, pp. 26 y 30.

128- NAZAR, *op. cit.*, pp. 8 y 11.

129- MARCÓ DEL PONT, *op. cit.*, p. 19.

130- ORZÁBAL, *op. cit.*, p. 97.

131- MARCHINI, *op. cit.*, p. 50. Cita a Elizondo en su *Práctica Universal* sobre la pena de cárcel para quien incumple con el contrato de esponsales.

132- ROSENDI, *op. cit.*, p. 21.

*Y lo es también para la Facultad que aparece autorizando semejantes cosas*¹³³.

Para Ezequiel Abásolo, se trata de *“trabajos comunes y sencillos, los mismos que, precisamente en su medianía y mediocridad, más nos aproximan al verdadero clima universitario”*. Un artículo publicado en el diario “El Nacional” del 2 de julio de 1869 recogido por Abásolo refería que *“Los trabajos [de tesis] se relegan en los archivos de la Universidad y ni los Tribunales, ni el foro, ni los mismos estudiantes van a buscar en ellos el desarrollo de los puntos oscuros de la ley”*¹³⁴.

En mi opinión, aunque las tesis fueron trabajos modestos y con pocas pretensiones de trascendencia, miden el pulso de lo que se enseñaba, cómo lo receptaban los doctorandos, qué formación tenían, qué textos leían, qué se sabía, qué se discutía en las aulas universitarias en el período en el que fueron elaboradas.

En lo que respecta a la utilización del derecho castellano-indiano, el análisis efectuado nos revela que los doctorandos estaban familiarizados con este derecho, tanto en lo que respecta a sus normas como a los juristas que las comentaron o se refirieron a ellas.

A diferencia de lo constatado en relación con las tesis sobre derecho sucesorio, en las que prácticamente se citan casi todas las fuentes del derecho castellano¹³⁵, en las tesis estudiadas en el presente trabajo, se cita mayoritariamente a las Partidas, seguidas de las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación de las Leyes de España.

El derecho castellano-indiano es referido en algunos casos como un derecho heredado, mientras que en otros como un elemento para colmar lagunas, aun cuando ya estaba en vigor el Código, y tal como señalé previamente, como un derecho superador.

Como era de esperarse en tesis sobre derecho privado, la referencia al derecho específicamente indiano es mínima, circunscripta a un Reglamento sobre expósitos y a la Recopilación de Leyes de Indias, sólo en temas que más indirectamente se refieren a cuestiones de familia, tales como los expósitos y las demarcaciones de las diócesis.

133- CANDIOTI, *op. cit.*, p. 3.

134- ABÁSULO, *op. cit.*, p. 9.

135- Ver al respecto mi trabajo “Voces y ecos del derecho castellano-indiano en los claustros universitarios: Un ejemplo en los albores de la codificación (Universidad de Buenos Aires, 1861-1870)” citado precedentemente.

Queda un largo camino para seguir explorando –en tesis sobre cuestiones de derecho público– si es posible encontrar sustanciales remisiones a la Recopilación indiana y a las obras de juristas indianos tales como Juan de Solórzano Pereyra, Juan de Matienzo, Juan de Hevia Bolaños o Antonio de León Pinelo, por ejemplo.

A lo largo de estas páginas, los doctorandos efectúan comparaciones entre los propios ordenamientos jurídicos castellano-indianos o con las normas recientemente consagradas por el Código Civil, elogian las normas peninsulares, condenan sus soluciones, destacan su inaplicabilidad debido al cambio de circunstancias, muestran un desapego por la falta de uso, señalan la necesidad de contextualizar e intentan cortar los lazos con el pasado jurídico como forma de emanciparse de sistemas jurídicos anteriores. En ocasiones, aun aquellos que presentan sus trabajos con posterioridad al comienzo de aplicación del Código Civil, no dejan de ponderar algunas de sus características.

La presencia del derecho castellano-indiano en las tesis doctorales de mediados del siglo XIX y principios del XX nos permite adentrarnos en la formación, las concepciones jurídicas, la permeabilidad o impermeabilidad, la rigidez o la flexibilidad de unos doctorandos a los que les tocó armonizar leyes, doctrinas y principios heredados, junto con otras que venían de la mano de un código que se había nutrido también de otras leyes, otros principios, otros autores.

Anexo

ÁLVAREZ, Juan José A., *Matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta de S. Oswald, 1880.

AUDIBERT, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1883.

AVENDAÑO, Rómulo, *Los espósitos. ¿La obligación de alimentar los estraidos de nuestra Inclusa, pasa a los herederos del que los saca?*, Buenos Aires, Imprenta del Orden, 1869.

BASABILBASO, Leopoldo, *El matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta del siglo, 1867.

CAROL REMIJO S., *El matrimonio en general*, Buenos Aires, Imprenta del Porvenir, 1879.

CASTRO, Emilio, *De los menores*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1883.

CERNADAS, Ricardo, *Alimentos*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni e Hijos, 1888.

CRESPO, Desiderio, *Impedimentos del matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta de la Nación, 1884.

DEMARÍA, Mariano, *Transmisión de bienes*, Buenos Aires, Imprenta Argentina de "El Nacional", 1869.

DE TEZANOS PINTO, David, *De los hijos naturales*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1871.

ESCALADA, Daniel Mariano, *Estudio sobre Filiación natural*, Buenos Aires, Imprenta del porvenir, 1879.

FERNÁNDEZ, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, Buenos Aires, Imprenta de M. Biedma, 1879.

FIGUERAS, Castor, *Las prescripciones del Código Civil referente á las relaciones de familia*, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1882.

FRERS, Emilio, *La violación de la fé conyugal en la legislación penal*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1879. GAFFAROT, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, Buenos Aires, Editorial Imprenta de M. Biedma, 1884.

GARRAMUÑO, Alejandro, *Matrimonio Civil*, Buenos Aires, Imprenta La Universidad, 1888.

GÓMEZ, Ignacio María, *Régimen de los bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta de M. Biedma, 1883.

HERRERA, Andrés, *El divorcio*, Buenos Aires, Imprenta Lit. Revista Nacional, Casa Editora, 1900.

IBAÑEZ, Manuel C., *Prueba de filiación legítima*, Buenos Aires, Compañía Sud-Americana de billetes de Banco, 1888.

LUCO, Valentín, *Filiación Natural*, Buenos Aires, Imprenta Sud-América, 1891.

MARCHINI, Emilio, *Estudio sobre el matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta Nacional, 1884.

MARCÓ DEL PONT, Augusto, *De la legitimación*, Buenos Aires, Bernheim, 1867.

MENDOZA, Cándido V., *De la legitimación*, Buenos Aires, Imprenta de S. Ostwald, 1880.

MIRA, Ángel, *Sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, Buenos

Aires, Editorial Imprenta de Pablo E. Coni, 1879.

MORRIS, Jorge, *Hijos sacrílegos*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1876.

NAZAR, Ernesto, *La mujer que contrae de mancomun con su marido, no queda obligada aunque renuncie bajo la religión del juramento à la ley 61 de Toro*, Buenos Aires, Imprenta del Siglo, 1870.

PAGANINI, Carlos, Buenos Aires, *Paternidad y filiación legítima*, Litografía, Imprenta y Encuadernación de Guillermo Kraft, 1883.

PINEDA, Manuel E., *De la adopción*, Buenos Aires, Imprenta Americana, 1867.

PIRAN, Antonio. M., *Sucesión intestada de los hijos naturales. Estudio sobre el capítulo IV, Tít. IX, Lib. IV, del Código Civil*, Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1872.

ORZÁBAL, Mariano, *Nulidades del Matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta SUD-AMÉRICA, 1887.

PELLICER, Julio, *Filiación natural*, Buenos Aires, Imprenta tipo-lito del Sport, 1895.

PEREYRA, Facundo, *Estudio sobre el matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta a vapor de C. Gallarini y Canova, 1894.

PINEDA, Manuel E., *De la adopción*, Buenos Aires, Imprenta Americana, 1867.

PONCE, Emilio Anibal, *El sustito pupilar en la sustitución expresa hecha al impúber por el padre en su testamento, no puede excluir á la madre de la herencia de su hijo*, Buenos Aires, Imprenta de la Revista, 1865.

RÍOS, Cornelio, *De la patria potestad*, Buenos Aires, Imprenta de la República, 1884.

ROBERT, José E., *Hijos naturales*, San Martín, *Escuela de Artes y Oficios*, año 1883.

ROSENDI, Martin, *El matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta De Buenos Aires, 1866.

SONEYRA, Juan, *Disuelta la sociedad conyugal, deberá siempre el marido restituir la dote a la mujer o a los herederos de ésta, salvo el caso en que él sea tal heredero*, manuscrita, Buenos Aires, 1862.

URIBURU, Francisco, *De la filiación adulterina*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni é Hijos, 1895.

VÁRGAS, Gregorio, *Patria Potestad*, Buenos Aires, Editorial Talleres de Tribuna Nacional, 1886.

VÁSQUEZ, SOTERO F., *Breve estudio sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales entre los pueblos antiguos y en Roma. Estudio sobre la sucesión de los hijos naturales y filiación natural en el código argentino con una síntesis sobre lo que disponen los diversos países de Europa sobre la materia*, Buenos Aires, Imp. y Fund. de Tipos La República, 1884.

VIALE, Emilio., *Estudio sobre hijos naturales*, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, 1874.

VILA, Nicolás, *El matrimonio*, Buenos Aires, Imprenta de La Nación, 1882.

ZAVALÍA, David, *¿Quedará preservada la dote del vicio de inoficiosa, si al tiempo de su Constitución cabe en la legítima, aunque exceda de ella al de la muerte del padre dotante?*, Buenos Aires, Imprenta del siglo, 1863.