

# Dimensión transatlántica de la iushistoria

*Actas de las XXVIII Jornadas de Historia  
del Derecho Argentino*

VIVIANA KLUGER

MARÍA ANGÉLICA CORVA

AGUSTÍN PARISE

MARÍA ROSARIO POLOTTO —EDS.—



# **DIMENSIÓN TRANSATLÁNTICA DE LA IUSHISTORIA**

**Actas de las XXVIII Jornadas  
de Historia del Derecho Argentino**



Editorial de la Universidad Católica Argentina

Dimensión Transatlántica de la Iushistoria : Actas de las XXVIII Jornadas de Historia del Derecho Argentino / Viviana Kluger ... [et al.] ; editado por María Angélica Corva ; Agustín Parise ; María Rosario Polotto. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Educa, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-620-564-1

1. Derecho. 2. Historia. 3. Historia del Derecho. I. Kluger, Viviana. II. Corva, María Angélica, ed. III. Parise, Agustín, ed. IV. Polotto, María Rosario, ed.  
CDD 340.0982



**EDITORIAL  
DE LA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA ARGENTINA**

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA  
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)  
Tel./Fax 4349-0200 • [educa@uca.edu.ar](mailto:educa@uca.edu.ar)  
Buenos Aires, febrero de 2023

ISBN: 978-987-620-564-1

---

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723  
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

**“PIDAMOS A LA LEGISLACIÓN COMPARADA  
UN POCO DE LUZ”. LA “LEGISLACIÓN COMPARADA”  
EN LAS TESIS DOCTORALES PRESENTADAS  
A LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES DURANTE  
LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX**

VIVIANA KLUGER\*

En 1869 se fundaba en Francia la *Société de Législation Comparée*, mientras que en 1876 se creaba en el mismo país la Oficina de Legislación Extranjera. Unos años más tarde, en 1900, se celebraba en París el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado. Aproximadamente para la misma época, se presentaban en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires una serie de tesis para optar al título de Doctor, en las que los estudiantes acudían a lo que ellos denominaban “legislación comparada”, a efectos de fundamentar sus posturas y rebatir los argumentos en contra.

El objeto del presente trabajo consiste en pasar revista al uso que del derecho comparado hicieron quienes elaboraron sus tesis doctorales durante el período 1871-1895. A tal efecto, comienzo con una referencia a las tesis doctorales, para pasar a analizar qué legislación y doctrina extranjera trajeron a colación los tesisistas en esa casa de estudios en Argentina, qué opinión les merecía, qué pensaban acerca de la utilidad o conveniencia de acudir a este derecho, qué diálogos recreaban, el valor o el disvalor con el que acudían al

\* Profesora titular (catedrática) de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Vicedecana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana (Argentina). Vicedirectora 1ª del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina.

mismo, la necesidad o no de apearse a este derecho, lo acertado o no del criterio seguido por el codificador a la hora de inclinarse por determinada legislación o doctrina extranjera, qué sistemas jurídicos consideraban que debían tomarse como modelos y hasta qué punto, y su conocimiento acerca del contexto en el que se había dictado la legislación que citaban. Concluyo con unas consideraciones finales.

Mi fuente principal serán las tesis que giraron alrededor del matrimonio, deberes y derechos conyugales, divorcio, filiación y alimentos, presentadas ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el referido período.

## **1. 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 solo 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 abogado<sup>1</sup>.

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

1. Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino* (Buenos Aires: Depalma, 1998), Tomo I, Parte General, 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: Editorial Perrot, 1981), pp. 61-67.

primero habilitaba 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 Agustín Pestalardo, nunca se expidieron diplomas de licenciado<sup>2</sup>. En consecuencia, para ser abogado era necesario ser primero doctor, paso al que se llegaba únicamente con la aprobación de la tesis. Esta fue obligatoria para el ejercicio de la abogacía hasta 1914, año 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 presentación<sup>3</sup>.

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, sin embargo, las tesis no alcanzaban esos niveles. Hasta mediados del siglo XX, las tesis eran escritos muy breves en su mayoría, de entre 30 y 60 páginas aproximadamente, probablemente por el corto tiempo que los doctorandos tenían para entregar el trabajo. Eran escritos elaborados, en algunos casos y a primera vista, con apuro, sin profundizaciones, solo para cumplir un requisito burocrático y sin mayores pretensiones intelectuales. La mayoría fueron éditas, atento a que una disposición de 1863 obligó a su publicación.

La elección del tema de tesis –siempre que se contara con la aprobación del Consejo Directivo– fue variando con el transcurso del tiempo. En este sentido, se dispuso, a partir de 1903, que todos los años los profesores debían presentar tres temas de su asignatura sobre los cuales debían versar las tesis, de los que luego se escogería uno<sup>4</sup>.

2. 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.

3. Riva, Betina Clara y González Alvo, Luis Gabriel, “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.

4. Candiotti, Marcial, *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires. Catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario 1821-1921* (Buenos

## 2. La legislación y doctrina extranjera citadas en las tesis doctorales

El punto de partida de la legislación y doctrina extranjeras citadas por los doctorandos fueron los códigos y autores mencionados por Dalmacio Vélez Sarsfield en sus notas al Código Civil.

El codificador argentino fue un gran conocedor del derecho extranjero, de lo que dan cuenta las citas, concordancias y notas que colocó al pie de la mayoría de los artículos de su Código. En este sentido, muchísimas de las soluciones de su Código están inspiradas en leyes vigentes en esa época, así como en las obras de doctrina en boga. De esta manera, el Código Civil Francés de 1804 fue la fuente principal del Código Civil Argentino: de los 2282 artículos del Código Napoleón, la mitad fue reproducida en el argentino, de los que 445 fueron copiados literalmente. La otra fuente muy utilizada por Vélez Sarsfield fue el *Esboço* –anteproyecto de Código Civil para el Brasil– de Augusto Teixeira de Freitas, que le sirvió de base especialmente en el libro de las personas. Otros códigos y proyectos fueron fuente de numerosas disposiciones tales como el Código austríaco, el Landrecht prusiano, el de Baviera, el italiano, el de Luisiana, el holandés, los códigos sardo, toscano y de Parma, el proyecto de Código Civil de Nueva York, el proyecto de Código Civil para España de García Goyena, el Código Civil chileno preparado por Andrés Bello y el proyecto de Código Civil para Uruguay de Eduardo Acevedo<sup>5</sup>.

Además de los códigos, Vélez Sarsfield conocía muy bien la doctrina más moderna de la época. Las notas del codificador dan cuenta de que estaba familiarizado con los juristas franceses Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau, Charles Demolombe, Raymond Théodore Troplong, Karl Salomo Zacharie, Alexandre Duranton, Napoléon Marcadé, Philippe Antoine Merlin de Douai, Frédéric Mourlon y François Laurent. Los alemanes Friedrich Karl von Savigny y Charles Gustave Maynz también fueron asiduamente citados

---

Aires: Talleres Gráficos del Ministerio de Agricultura de la Nación, 1920), pp. 17, 21, 176 y 278.

5. Medina, Graciela, “La enseñanza del Derecho Comparado”, en Aberastury, Pedro (comp.), *Estudios de Derecho Comparado* (Buenos Aires: Eudeba-Fundación Konrad Adenauer, 2012), p. 36.

por el codificador, así como el derecho romano al que remitía frecuentemente.

En este sentido, los tesisistas se “apropian” del Código Civil Francés<sup>6</sup>, del *Esboço*<sup>7</sup>, del Código austríaco<sup>8</sup>, del Landrecht prusiano<sup>9</sup>, del de Nápoles<sup>10</sup>, del de Baviera<sup>11</sup>, del Código Civil Italiano<sup>12</sup>, del de Luisiana, del de Vaud,<sup>13</sup> del holandés<sup>14</sup>, del sardo<sup>15</sup>, del suizo<sup>16</sup>, del de Haití<sup>17</sup>, del proyecto de Código Civil para España de García Goyena<sup>18</sup>,

6. Mendoza, Cándido V., *De la legitimación* (Buenos Aires: Imprenta de S. Ostwald, 1880), p. 28; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino* (Buenos Aires: Imprenta, Litografía y Encuadernación de Stillier & Laass, 1884), pp. 19 y 22; Koch, Pedro, *La Legitimación* (Buenos Aires: Impr. de Ostwald y Martínez, 1881), p. 17; Robert, José E., *Hijos naturales* (San Martín: Escuela de Artes y Oficios, 1883), p. 59, entre otros.

7. Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni, 1883), p. 28.

8. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural* (Buenos Aires: Imprenta del Porvenir, 1879), p. 35.

9. Viale, Emilio, *Estudio sobre hijos naturales* (Buenos Aires: Imprenta del Mercurio, 1874), p. 22; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse* (Buenos Aires: Imprenta de M. Biedma, 1884), p. 47.

10. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, p. 30.

11. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35.

12. 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), pp. 18 y 20; Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, p. 41; Pellicer, Julio, *Filiación natural* (Buenos Aires: E. Sarniguet, 1895), pp. 16-17. Ninguno de los tesisistas indica a qué código italiano hace referencia, pero presumo que se trata del Código de 1865.

13. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35.

14. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35.

15. Piran, Antonio M., *Sucesión intestada de los hijos naturales. Estudio sobre el capítulo IV, Tít. IX, Lib. IV, del Código Civil*, p. 24; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35; Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni, 1879), p. 25; Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 46; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, p. 34.

16. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35.

17. Piran, Antonio M., *Sucesión intestada de los hijos naturales. Estudio sobre el capítulo IV, Tít. IX, Lib. IV, del Código Civil*, pp. 18-19; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 3.

18. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 35.

del chileno<sup>19</sup> y del proyecto de Código Civil para Uruguay<sup>20</sup>. Otros códigos aludidos por nuestro codificador, tales como el toscano, el de Parma y el proyecto de Código Civil de Nueva York, no aparecen referenciados en las tesis.

El Código Civil Francés es asiduamente citado por los tesisistas en lo que respecta a la prohibición de indagación de la paternidad, legitimación y reconocimiento, obligaciones entre padres e hijos naturales y derecho sucesorio de los hijos naturales<sup>21</sup>.

En relación con la doctrina jurídica extranjera referida en el código velezano, nuestros tesisistas recurren a Aubry y Rau<sup>22</sup>, Demolombe<sup>23</sup>,

19. Piran, Antonio M., *Sucesión intestada de los hijos naturales. Estudio sobre el capítulo IV, Tít. IX, Lib. IV, del Código Civil*, pp. 7-8, 20 y 24; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 41 y 55; Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, pp. 42-43, 57 y 59; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 53; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 21-22 y 34; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 30; Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 31.

20. Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 30.

21. Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 28; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, pp. 19 y 22; Koch, Pedro, *La legitimación*, p. 17; Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 59; De Tezanos Pinto, David, *De los hijos naturales* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni, 1871), p. 39; Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 17; Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 59.

22. Lafuente, Francisco de la, *Estudio sobre los hijos naturales* (Buenos Aires: Imprenta Especial para obras, de Pablo E. Coni, 1875), pp. 15-16, 18 y 20; Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 22; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 41-42 y 52-53; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, pp. 44-46 y 60; Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 66; Almada, Alejo, *Divorcio* (Buenos Aires: Imprenta de A. Monkes, 1895), p. 26.

23. Viale, Emilio, *Estudio sobre hijos naturales*, pp. 20-21; Lafuente, Francisco de la, *Estudio sobre los hijos naturales*, pp. 15, 23 y 25; Laidlaw, Tomás W., *Filiación natural* (Buenos Aires: Impr. de M. Biedma, 1880), pp. 27-28 y 34; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 44; Meyer, Martín, *Una cuestión sobre filiación natural* (Buenos Aires: Imprenta Rural, 1875), p. 32; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 47; Robert, José E., *Hijos naturales*, pp. 50 y 60; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, p. 35; 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. 77-78 y 88; Urquiza, Justo G., *Investigación de la paternidad* (Buenos Aires: Imprenta de El Siglo, 1879), p. 35; Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo*

Troplong<sup>24</sup>, Bigot de Preaumeau, Pothier<sup>25</sup>, Zachariae<sup>26</sup>, Toullier<sup>27</sup>, Duranton<sup>28</sup>, Marcadé<sup>29</sup>, Merlin<sup>30</sup>, Mourlon<sup>31</sup>, Demante<sup>32</sup>, Masse<sup>33</sup>,

---

*natural* (Buenos Aires: Imprenta de M. Biedma, 1879), pp. 28, 37 y 40-41; Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 48; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 20; Almada, Alejo, *Divorcio*, p. 26.

24. Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 15; Laidlaw, Tomás W., *Filiación natural*, p. 31; Urquiza, Justo G., *Investigación de la paternidad*, p. 16; Arigós Rodríguez, Ramón, *El matrimonio* (Buenos Aires: Tipografía de M. Biedma, 1881), pp. 17 y 19.

25. Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, p. 46; Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 19; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, pp. 29, 32 y 41-42; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 29; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 21 y 51; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, pp. 11, 23 y 54; Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, p. 35.

26. Lafuente, Francisco de la, *Estudio sobre los hijos naturales*, p. 14; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 44; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 21 y 41; De Tezanos Pinto, David, *De los hijos naturales*, p. 25; Laidlaw, Tomás W., *Filiación natural*, pp. 28 y 33; Robert, José E., *Hijos naturales*, pp. 40, 51 y 62; Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, pp. 26, 33 y 34; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 44; Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 45; Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 22; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, pp. 29 y 48.

27. Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 19; Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 45; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 38.

28. Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, pp. 45 y 48-49.

29. Meyer, Martín, *Una cuestión sobre filiación natural*, p. 30; Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, pp. 38, 44 y 48; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 40-41.

30. Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 11 y 14.

31. De Campero, Octavio, *El proyecto de ley de matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni e Hijos, 1888), p. 21; Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni, 1895), pp. 46-50; Ávila, Manuel, *Patria potestad* (Buenos Aires: Imprenta y Lit. á vapor de Luis Maunier, 1888), p. 54.

32. Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, pp. 36 y 38.

33. Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 21; Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, p. 43.

Delvincourt<sup>34</sup>, Duvergier<sup>35</sup>, Portalis<sup>36</sup>, Renault, Marcére<sup>37</sup>, Cambacérès, Tronchet<sup>38</sup>, Vergés<sup>39</sup>, Acollas<sup>40</sup>, Savigny<sup>41</sup>, Maynz<sup>42</sup>, Vazeille<sup>43</sup>, Story<sup>44</sup>, José Vicente y Caravantes<sup>45</sup>, Ortolan, Namur, Escriche<sup>46</sup>, Dalloz<sup>47</sup>, entre otros.

34. De Tezanos Pinto, David, *De los hijos naturales*, p. 27; Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, 65-67.

35. Urquiza, Justo G., *Investigación de la paternidad*, p. 24; Viale, Emilio, *Estudio sobre hijos naturales*, p. 13; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, pp. 30 y 42; Robert, José E., *Hijos naturales*, pp. 20 y 22; 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*, p. 62; Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 22; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, pp. 26 y 36.

36. Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, pp. 44 y 49; Gaffarot, Eduardo, *La investigación de la paternidad natural debe prohibirse*, pp. 28 y 35; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 47; Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 42; Marchini, Emilio, *Estudio sobre el matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta Nacional, 1884), p. 79.

37. Almada, Alejo, *Divorcio*, pp. 42-43.

38. Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, pp. 13 y 46; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 29.

39. Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 21.

40. Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, p. 11; Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, p. 23.

41. Viale, Emilio, *Estudio sobre hijos naturales*, p. 22; Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 38-39.

42. Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 11 y 14.

43. Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, p. 78.

44. Carol, Remijio, *El matrimonio en general* (Buenos Aires: Imprenta del Porvenir, 1879), p. 16.

45. Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 23; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 31, Ávila, *Patria potestad*, p. 55.

46. Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 11, 14 y 15; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 9.

47. Urquiza, Justo G., *Investigación de la paternidad*, p. 21; Fernández, Sixto, *Posesión de estado de hijo natural*, p. 30; Mira, Ángel, *Estudio sobre sucesión de los hijos naturales y sobre filiación natural*, p. 42; 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*, p. 61; Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 21; Giralt, Gabriel, *Breve comentario al Título IV, Libro I, Sección 21 del Código Civil Argentino*, p. 36; Cernadas, Ricardo, *Alimentos* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni e Hijos, 1888), p. 18.

Los tesisistas también citan canonistas como Justo Donoso y Juan Devoti –que De Tezanos Pinto menciona al referirse a los impedimentos para contraer matrimonio–<sup>48</sup>.

Pensadores y juristas del Racionalismo como Montesquieu y Beccaria vienen a la mente de Pirán, Morris y Fernández cuando reflexionan acerca de las leyes humanas o positivas, las leyes naturales y el castigo, todo ello vinculado con la necesidad o no de proteger a las distintas categorías de hijos<sup>49</sup>. En cuestiones probatorias relacionadas con la filiación ilegítima, Robert menciona al utilitarista inglés Jeremy Bentham<sup>50</sup>.

Una tesis como la de Sotero F. Vásquez, que gira básicamente sobre el concubinato y la condición de los hijos naturales en “los pueblos antiguos” y en Roma –como señala el autor, “un estudio mas bien histórico que jurídico”–, menciona historiadores como Jules Michelet, Charles Giraud, Lucien de Valroger y Amédée Thierry<sup>51</sup>.

Las revistas extranjeras –por ejemplo, la *Revue de législation* de Wolowski– son citadas, sin indicar autor, en el tema del matrimonio civil<sup>52</sup>.

Nuestros tesisistas también acuden a la jurisprudencia extranjera, con poca frecuencia y en forma genérica<sup>53</sup>.

### 3. El derecho comparado

El Derecho Comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en

48. De Tezanos Pinto, David, *De los hijos naturales*, p. 20.

49. Piran, Antonio M., *Sucesión intestada de los hijos naturales. Estudio sobre el capítulo IV, Tít. IX, Lib. IV, del Código Civil*, p. 11; Morris, Jorge, *Hijos sacrílegos* (Buenos Aires: Imprenta de Pablo E. Coni, 1876), pp. 16-17; Fernández, Sixto, *Poseción de estado de hijo natural*, p. 49.

50. Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 26.

51. 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*, p. 14.

52. Álvarez, Juan José, *Matrimonio (lib.1, sec. 2, cap. 1 del C.C.)* (Buenos Aires: Imprenta de S. Ostwald, 1880), p. 32.

53. Se refiere a la jurisprudencia española y las decisiones de los “tribunales y Cámaras de los lores en Inglaterra”, Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 28; Escalada, Daniel M., *Estudio sobre filiación natural*, p. 28.

el mundo, con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado<sup>54</sup>. Los estudios sobre este tema han adoptado diversas denominaciones, tales como “Legislación comparada” o “Ciencia comparada del derecho”, entre otros.

La denominación “Derecho Comparado” no se utilizó sino hasta mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando se iniciaron los estudios de Derecho Comparado de manera sistémica, tal como lo señala René David<sup>55</sup>. Sin embargo, la apelación a la comparación de los sistemas de Derecho desde la perspectiva de su diversidad geográfica es tan antigua “como el estudio mismo de la ciencia del derecho”. En Grecia, Aristóteles estudió 153 constituciones en su obra *Tratado sobre la política*<sup>56</sup>, mientras que Licurgo y Solón viajaron por el mundo entonces conocido para descubrir las instituciones antes de legislar. Los redactores de la Ley de las XII Tablas también se habrían informado de leyes extranjeras, particularmente leyes griegas<sup>57</sup>. En la Edad Media el derecho romano y canónico fueron objeto de comparación. En el siglo XVII en Inglaterra se cotejó el derecho canónico y el *common law*, mientras que un siglo más tarde Montesquieu, en *El espíritu de las leyes*, empleó el método comparatista para extraer los principios de un buen sistema de gobierno<sup>58</sup>.

En el siglo XIX se despertó un gran interés por el derecho extranjero y por su comparación con el nacional. Según algunos autores, esta inquietud surgió en Alemania a partir de la obra de Feuerbach y se trasladó a Francia, donde en 1832 se comenzó a impartir la cátedra de Legislación Comparada. Unos años más tarde –como se señaló–, se fundó en ese país la *Société de Législation Comparée*, en 1876 se creó la Oficina de Legislación Extranjera y en 1900 se

54. Medina, Graciela, “La enseñanza del Derecho Comparado”, p. 34.

55. David, René, *Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (Madrid: Aguilar, 1968), Introducción, disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11702>, consultada el 30/09/2021.

56. David, René, *Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Introducción.

57. Piña, María del Carmen, “Reformas laborales y derecho comparado. Valores en conflicto”, *Revista de la Facultad*, Vol. X, N° 1, Nueva Serie II (2019), pp. 93-110, disponible en <https://revistas.unc.edu.ar>, consultada el 22/09/2021.

58. David, René, *Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Introducción.

celebró el Primer Congreso Mundial de Legislación Comparada<sup>59</sup>. Víctor Tau Anzoátegui señala que la renovación legislativa de mediados del siglo XIX se percibía en algunas obras esquemáticas que hacían la confrontación de las diversas legislaciones, incluyendo no solo las de los países que formaban parte del sistema de tradición romana, sino algunos ajenos al mismo<sup>60</sup>.

#### **4. Las consideraciones acerca del derecho comparado en las tesis doctorales**

En línea con las ideas jurídicas que circulaban acerca de la importancia de observar qué ocurría en otros sistemas jurídicos y de acercarse a la doctrina extranjera –a partir de las fuentes indicadas por Vélez Sarsfield en sus notas–, los tesisistas, tal como se señaló precedentemente, abrevaron en el derecho comparado. En este orden, resulta imprescindible analizar qué consideración les merecía el derecho comparado –al que ellos llamaban simplemente “legislación comparada”– y determinar desde qué lugar analizaban los sistemas jurídicos que citaban.

En 1879, Remijio Carol, en su tesis sobre el matrimonio y refiriéndose a cómo habían regulado los Estados Unidos de Norteamérica el matrimonio civil, sostenía que había que tomar el ejemplo de este país porque “[...] si esa nación preponderante en el mundo moderno por su progreso y por el alto grado de civilización á que ha llegado que nos está sirviendo de modelo en la práctica de las instituciones políticas, tomando por tipo su sistema de gobierno y habiéndonos enseñado también a conocer que la libertad es el mejor patrimonio de los pueblos; por qué no la tomamos por norma en la reglamentación de su vida civil?”. Sin embargo, Carol era consciente de que algunos podrían alegar “una diferencia considerable en sus antecedentes históricos, y que existiendo por consiguiente desemejanza de circunstancias que entre ambos pueblos” podría ser peligroso aplicar las mismas doctrinas. Y se respondía a sí mismo:

59. Ramírez Barrón, Alan Josué y Ramírez Sandoval, Karen Rocío, “El derecho comparado”, Grado Cero Prensa, disponible en <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2016/05/30/el-derecho-comparado>, consultada el 12/10/2021.

60. Tau Anzoátegui, Víctor, *Las ideas jurídicas en Argentina* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1977), p. 79.

“[...] si hay diferencia de antecedentes históricos, no debía tampoco tomarse por modelo la práctica de las instituciones políticas; lo cual nos causaría graves conflictos por estar convencidos de la eficacia de las mismas”. Pero aun así sostenía que, a pesar de esas diferencias, “no se puede deducir que las necesidades no sean idénticas, siendo una verdad evidente que todas las sociedades tienden hacia un mismo fin”<sup>61</sup>.

Juan José Álvarez también se apoya en las “leyes norteamericanas” en relación con la opción del matrimonio civil para aquellos que no profesan ninguna religión. El tesista advierte que, si el codificador argentino “hubiese seguido la legislación Norte-Americana, hubiese encontrado solución al caso presente”. Sin embargo, expresa sus resquemores cuando señala que “las leyes Norte-Americanas son para nuestros legisladores el punto de partida”, pero que muchas veces son, lamentablemente, “fieles imitadores”<sup>62</sup>.

En el extremo está Alejandro Audibert, cuando, al referirse a la legitimación de los hijos de matrimonios putativos, implora: “pidamos a la legislación comparada un poco de luz”, para de esta forma “encontrar en la legislación comparada algún fundamento á la interpretación que combatimos [...]”. El tesista propone revisar los códigos y ver si existe alguno que mantenga entre sus disposiciones la restricción de negar que la legitimidad de los hijos de los matrimonios putativos alcanza a los adulterinos. Según el propio Audibert, él planteó, desarrolló y resolvió su tema de tesis —una cuestión sobre filiación— “por nuestras leyes, por las opiniones de los autores y de la legislación comparada”<sup>63</sup>.

Mirar hacia la legislación de otros países es lo que propone Cándido Mendoza en relación con el recorte de los poderes de la Iglesia en cuestiones temporales. El tesista se pregunta: “¿No vemos diariamente las innovaciones que en este orden hacen los pueblos europeos? Sin ir más lejos, Chile mismo ha introducido ya el matrimonio civil y la secularización de los cementerios”<sup>64</sup>.

Seguir el mismo camino, imitar a los “maestros del derecho”, sugiere Almada al referirse a lo que él llama “divorcio perfecto” —disolución del vínculo conyugal— para dar un “paso de progreso” y

61. Carol, Remijio, *El matrimonio en general*, p. 34.

62. Álvarez, Juan José, *Matrimonio (lib. I, sec. 2, cap. 1 del C.C.)*, p. 29.

63. Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, pp. 26, 33, 36 y 45.

64. Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, p. 39.

encaminarnos “hacia las regiones sublimes de la justicia y el derecho”. Tener por guía la “experiencia de casi todas las naciones del viejo mundo, á quienes hemos seguido y seguimos paso á paso en su incesante progreso de civilización [...]”. En este recorrido, Almada considera que “días más días menos, tendremos que seguir el mismo camino que han seguido casi todos los países del mundo, porque él se impondrá como una necesidad ineludible á la que la sociedad no podrá sustraerse”. Como muchos otros tesisistas, Almada trae a colación los resultados del divorcio vincular “ya sea en países de igual legislación, idioma, raza y religión, ya sea en países de distinto carácter” comparando el número de divorcios con la separación de cuerpos<sup>65</sup>.

También en el tema del matrimonio civil, Alejandro Garramuño recurre a “la compulsión de algunos autores que tratan la materia aplicada a otros países”, ya que “nada se ha producido hasta hoy en el nuestro”. Nuevamente, la experiencia de otros países que instituyeron el matrimonio civil, tales como Francia, Bélgica, cantón suizo de Tesino, Italia, Portugal, España, Prusia, Alemania, Méjico, Venezuela y Nueva Granada, Chile y República Oriental, tiene para este tesisista una gran importancia, “pues nos ofrecen un cuadro completo en que podemos recojer enseñanzas provechosas”<sup>66</sup>. Matías Godoy, por su parte, en su tesis sobre la celebración del matrimonio, se refiere a los códigos prusiano, bávaro, austríaco y napolitano como “muchos y notables códigos europeos”<sup>67</sup>.

El derecho-deber alimentario también es un terreno en el que los tesisistas miran las disposiciones extranjeras. Por ejemplo, Ricardo Cernadas afirma que “[...] en todas las legislaciones se encuentran disposiciones expresas que ordenan la prestación alimentaria entre ciertos parientes, acordando a los beneficiarios los medios de hacer valer en juicio sus derechos”. Nuestros doctorandos se refieren a las soluciones adoptadas por las distintas legislaciones extranjeras y vuelcan sus opiniones al respecto. En este sentido, a Cernadas no le parece “laudable el sistema preconizado por la ley italiana” que establece que quien debe suministrar los alimentos puede elegir entre

65. Almada, Alejo, *Divorcio*, pp. 30-31 y 36-38.

66. Garramuño, Alejandro, *Consideraciones jenerales sobre el matrimonio civil* (Buenos Aires: Imprenta La Universidad, 1888), pp. 8 y 34-35.

67. Godoy, Matías, *Celebración del matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1885), p. 26.

la satisfacción de tal obligación mediante una pensión alimenticia o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que ha obtenido los alimentos<sup>68</sup>.

Nuevamente en relación con el matrimonio civil, y al tomar como ejemplo al Código francés, Álvarez, en línea con la nota de Vélez Sarsfield al título del matrimonio, considera que “los sistemas que establecen el matrimonio civil no tienen respuesta ante quienes consideren el matrimonio civil como contrario a su religión, que no se consideren casados con este tipo de matrimonio”<sup>69</sup>.

Las legislaciones extranjeras se entremezclan con las citas de doctrina. Así, Cernadas considera que la solución de Dalloz, acerca de que el derecho a pretender alimentos es eminentemente personal y que el alimentado mismo no puede pretender la prestación de los herederos del obligado, “se impone por su mérito científico”<sup>70</sup>. Tomando distancia del Código Civil Francés y la doctrina de Bigot Preameneu y Duveyrier que justifican la prohibición de indagación de la paternidad, Valentín Luco considera que “el Codificador Argentino ha hecho perfectamente bien, al autorizar la investigación de la paternidad obedeciendo así al deber de conformarse con el derecho natural”, al tiempo que tilda la opinión de estos autores como “exagerada”<sup>71</sup>. Julio Pellicer desautoriza la doctrina del Código francés sobre el mismo tema que “ha sido vivamente criticada por distinguidos jurisconsultos”, “que está en abierta contradicción con el pasado” y que “ha sido abolida en todos los pueblos de la Europa civilizada, y aun en aquellas naciones que han sufrido la influencia del Código Napoleón”<sup>72</sup>. En el mismo sentido, Carlos Paganini alza su voz contra las disposiciones de los Códigos de Francia, holandés, Nápoles, español, de Vaud y sardo –que prohíben la investigación de la paternidad y/o de la maternidad– y marca la diferencia porque “entre nosotros no hemos admitido esa aberración legal”<sup>73</sup>.

68. Cernadas, Ricardo, *Alimentos*, pp. 14 y 56-57.

69. Álvarez, Juan José, *Matrimonio (lib. I, sec. 2, cap. 1 del C.C.)*, pp. 31-32.

70. Cernadas, Ricardo, *Alimentos*, p. 18.

71. Luco, Valentín, *Filiación natural* (Buenos Aires: Imp. Sud-América, 1891), p. 26.

72. Pellicer, Julio, *Filiación natural*, p. 16.

73. Paganini, Carlos, *Paternidad y filiación legítima* (Buenos Aires: Litografía, Imprenta y Encuadernación de Guillermo Kraft, 1883), p. 46.

Los tesistas recrean diálogos entre diversos autores y contraponen sus doctrinas. Así, Emilio Marchini, en su tesis sobre el matrimonio, apoya la opinión de Marcadé, la que enfrenta a la de Durantón, Toullier y Duvergier acerca del examen médico para demostrar la impotencia. Paralelamente, elogia las ideas de Portalis acerca de los deberes y derechos conyugales “porque ha sido la fuente de donde he bebido las ideas más puras del matrimonio, y sobre todo, donde he visto á la muger colocada en el verdadero pedestal de granito á una altura donde todos los hombres podamos admirarla”<sup>74</sup>.

Otros diálogos que imaginan los doctorandos son, por ejemplo, los que entablan Zacharie y Pothier con Segovia y Demolombe, Demante y Escriche con Zacharie, en la tesis de Alejandro Audibert sobre la legitimación de los hijos de matrimonios putativos<sup>75</sup>. También Paganini, en su trabajo sobre paternidad y filiación legítima, hace platicar a Escriche y Carranza acerca de quién es hijo el nacido de una mujer que contrae matrimonio dentro de los diez meses de disuelto o anulado el matrimonio<sup>76</sup>. Francisco Uriburu marca un contrapunto entre Demolombe, Massé y Vergé, Dalloz, Bedel, Duveyrier y nuestro código, acerca de la investigación de la paternidad, que “[...] sosteniendo la doctrina contraria, lleva por delante principios elementales de justicia”. En este sentido, reflexiona, refiriéndose al Código francés, que “Debe haber sido muy grave la razón que ha indicado esta prohibición rigurosa, porque grandes también son los derechos de que se despoja al hombre”. Aunque considera a Bigot Préameneu, Duveyrier, Lahary, Durantón, Demolombe, Zacharie, Marcadé, Murlon, Aubry y Rau como “juristas distinguidos”, prefiere no seguir citando autores que apoyan esta doctrina porque todos ellos repiten sus argumentaciones “con más o menos variantes, del mismo raciocinio, y no pocas veces, con abundancia de declamación exagerada”<sup>77</sup>.

El recurso a la cita no significa que los tesistas estén aceptando la solución adoptada por el código que mencionan o el pensamiento del autor que refieren, sino que, muy por el contrario, a veces se embarcan en contrapunto con la fuente que refieren. De Vazeille y su doctrina sobre los alimentos que pueden exigir los hijos adulte-

74. Marchini, Emilio, *Estudio sobre el matrimonio*, p. 79.

75. Audibert, Alejandro, *Una cuestión sobre filiación*, pp. 34-36.

76. Paganini, Carlos, *Paternidad y filiación legítima*, p. 24.

77. Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, pp. 37-41 y 43-53.

rinos, Uriburu sostiene que “comete, pues, un error, cuando enseña que la obligación no se transmite á los herederos del deudor, sino después de haber sido fijada por un juicio o una convención”<sup>78</sup>. Federico Valdés considera a Antoine Lefebvre de Vatimesnil “uno de los hombres más respetables de su época”, un “eminente jurisconsulto” quien dio cuenta de la relajación de los vínculos de familia, el menosprecio de los deberes conyugales, el enervamiento de las creencias religiosas, el descreimiento de la población y el aumento de los hijos naturales, como consecuencia del establecimiento del matrimonio civil<sup>79</sup>.

No siempre los doctorandos se pronuncian expresamente a favor o en contra de una legislación o doctrina. Encontramos entonces ocasiones en las que simplemente parecen compartir los argumentos, porque se limitan a emitir una opinión y acto seguido colocan al autor como concordante<sup>80</sup>. Pedro Koch –que dedica toda su tesis al tema de la legitimación– señala que su trabajo es el resultado “de lo muy poco que creo haber aprendido [...] en la rápida lectura efectuada en las obras de pensadores que los doctos llaman de mérito” y explicita que “me han servido de guía [...] Merlin, Pothier, Ortolan, Namur, Maynz y Escriche”, para concluir que “con propiedad” podría decir que es “un resumen” del pensamiento de los juristas que menciona a lo largo de su tesis<sup>81</sup>. Ernesto Claros, al referirse a los derechos y obligaciones de los cónyuges, considera “sensatas palabras de Ahrens”, las que “me servirán de base en esta exposición” acerca de la obligación de obediencia de la mujer al marido, y concluye que esta debe someterse a las decisiones del marido siempre que se mantenga el respeto debido a su persona<sup>82</sup>. Por su parte, Desiderio Crespo, en relación con los impedimentos del matrimonio, se pro-

78. Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, p. 78.

79. Valdés, Federico B., *Estudio general del proyecto de ley sobre matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de La Tribuna Nacional, 1888), pp. 52-53.

80. Tal como sucede con algunos pasajes de la tesis de Ávila, quien parece concordar con Aubry et Rau, Mourlon y Caravantes, o en el caso de Claros, que trae a colación la opinión de Goyena sobre la capacidad de la mujer o la de Zacharie sobre nulidad de los actos y obligaciones de la mujer por falta de autorización del marido. Ávila, Manuel, *Patria potestad*, pp. 15, 18, 43, 44, 54 y 55; Claros, Ernesto, *Derechos y obligaciones de los cónyuges* (Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1887), pp. 57 y 74.

81. Koch, Pedro, *La Legitimación*, pp. 11 y 14.

82. Claros, Ernesto, *Derechos y obligaciones de los cónyuges*, p. 53.

nuncia a favor de las soluciones adoptadas por los códigos francés, italiano, ruso y sardo sobre derecho de los padres a oponerse al matrimonio de sus hijos menores, al afirmar que “los códigos de los países más civilizados han dejado oír su voz a favor del padre de familia, y no he trepidado en ponerme de su parte”<sup>83</sup>.

La legislación anglosajona le sirve a Luis María Drago para defender su tesis sobre los poderes maritales, al señalar los males que ese “absurdo de la mujer emancipada está produciendo”. En su opinión “la *common law* inglesa” –que no da a la mujer personalidad civil distinta de la del marido– “ha sido objeto allí” –se refiere a Estados Unidos– “de las más vivas controversias, y aún ha caído en desuso ó se la ha derogado abiertamente por estatutos especiales en la mayoría de los Estados”<sup>84</sup>. En relación con las enmiendas constitucionales que se estaban proyectando en algunos Estados de ese país para otorgar derechos políticos a las mujeres y todos los avances en la emancipación femenina, teme que el ejemplo cunda y la emancipación haga prosélitos, y sostiene que los Estados del sur de ese país “se han salvado, hasta ahora del contagio [...] porque en ellos la mujer no ha salido todavía del radio de la familia”. El mismo autor no duda en mostrarse abiertamente en contra de las opiniones de Moulon, Odylon Barrot, Demante, Demolombe y Aubry y Rau que se inclinan a favor de emplear la fuerza pública para obtener que la mujer vuelva al hogar conyugal –“a pesar del aparente fundamento de esta solución”.

A la hora de comparar nuestra legislación con la francesa acerca de la administración del marido de los bienes propios de la mujer, considera Drago que la primera “concede facultades más amplias al marido que las que le dá el Código argentino”. Critica a Troplong que otorga amplios poderes al marido porque “[...] esta teoría [...] es exagerada y susceptible de ocasionar muy grandes prejuicios”. También en orden de comparar los poderes del marido sobre la mujer, Drago afirma que “nuestro código ha garantizado de manera más eficaz los derechos de la mujer”, que “está mejor y más eficazmente garantida por nuestra legislación, que por la francesa” y que “[...] las legislaciones modernas han juzgado que los pleitos exigen mucha

83. Crespo, Desiderio, *Impedimentos del matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de la Nación, 1884), p. 59.

84. Drago, Luis María, *El poder marital* (Buenos Aires: Imprenta de El diario, 1882), p. 22.

reflexión y pueden traer muy graves consecuencias, para dejarlos al mero arbitrio de la mujer”<sup>85</sup>.

En lo que respecta al procedimiento en los casos de divorcio, Gregorio Gallegos señala que no está de acuerdo con lo que prescribe la ley francesa, “ni con lo que traen otras legislaciones”. Explica el tesista que “una reglamentación minuciosa, independiente de que no provee todos los casos, acaba por sembrar confusión entre unas y otras disposiciones por las diferentes interpretaciones; y porque aunque el código francés establece un tiempo bastante largo para la tramitación [...] no es suficiente para que los cónyuges reflexionen acerca de la trascendencia del acto”<sup>86</sup>.

Alejandro Garramuño considera que es necesario ver “el apoyo que las naciones mas adelantadas han prestado” al matrimonio civil y “la manera como la han incorporado á su legislación”, lo cual “indudablemente sirve á robustecer el fundamento de esta institución”. A tal efecto, hace un repaso del tema en Francia, Italia, España, Alemania, Suiza, Ducado de Baden, Cerdeña, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, México, Venezuela, Nueva Granada, Honduras, Uruguay y Chile, para concluir acerca del “consenso de casi todas las naciones del mundo hacia el matrimonio civil” y de que “esta adhesión á la doctrina reformadora y su incorporación a la legislación, es la justificación plena de los fundamentos del matrimonio civil que dejo manifestados”. En cuanto a la celebración del matrimonio religioso después del civil, sostiene que la prescripción establecida en el Código de Portugal y las leyes de Chile y “Estado Oriental”, así como la consignada en el Proyecto presentado al Congreso argentino, en su último período legislativo, “es más conforme a la naturaleza del acto y responde mejor y está en armonía con el espíritu liberal y hasta cierto punto conservador que debe presidir estas reformas”<sup>87</sup>.

Ignacio María Gómez no se explica por qué razón “nuestro sabio codificador que ha de haber tenido á su vista todos estos autores” —se refiere a Marcadé— “que, tan claramente y con argumentos tan incontrovertibles, se deciden por estender el derecho de la mujer á pedir la separación de bienes cuando peligren los gananciales, se ha separado

85. Drago, Luis María, *El poder marital*, pp. 22-23, 37 y 41-44.

86. Gallegos, Gregorio, *El divorcio* (Buenos Aires: Imprenta y Lib. de los Estudiantes, 1886), p. 54.

87. Garramuño, Alejandro, *Consideraciones jenerales sobre el matrimonio civil*, pp. 41-43.

de esta doctrina, concediendo sólo á la mujer de un modo implícito la acción pauliana y los demás recursos del derecho común”<sup>88</sup>.

Manuel Ibáñez marca el contraste entre “nuestro derecho moderno” y el Código francés en lo que respecta a la prueba de la filiación legítima. Elabora diciendo que el nuestro, “aceptando principios mas en armonía con los sentimientos humanos”, ha consignado no solamente el derecho de sucesión del hijo natural y la forma de su legitimación [...], sino que mas consecuente con sus doctrinas que el Código Napoleón, ha permitido la investigación de la filiación natural por medio de la prueba de la posesión de estado después de la muerte del padre, y por la prueba directa del hecho durante la vida de aquel”<sup>89</sup>.

La falta de un estudio detenido por parte de nuestro codificador en el tema de la legitimación por subsiguiente matrimonio es reprochada por Koch. El tesista afirma que Vélez Sarsfield la ha tomado del Código del Brasil y que “cuando se emprenda la reforma del Código” las disposiciones al respecto deben ser suprimidas<sup>90</sup>.

Mendoza marca “las fundamentales diferencias” entre el Código Francés y el nuestro en lo relativo a los hijos naturales, al referirse al tratamiento que le dio Vélez Sarsfield a la investigación de la paternidad. Sin embargo, en relación con el sistema argentino de inscripción de los nacimientos –por medio del acta de bautismo, a diferencia del francés, en el que existía registro civil–, “es el resultado, de que a pesar de los adelantos que hemos realizado en todo sentido, nuestra legislación adolece aun de graves defectos”<sup>91</sup>.

En la cuestión de los impedimentos para contraer matrimonio, Mariano Orzabal disiente de la opinión de Bello acerca de que las autoridades eclesiásticas se debían regir en esta materia por el derecho canónico, “a pesar del respeto que me merece la autorizada palabra de tan notable jurisconsulto”. En este orden, señala que no la acepta “por cuanto se separa de las verdaderas tendencias de la legislación moderna, que busca en mas vastos horizontes su libertad é independencia”. Las leyes de Francia, Italia y Bélgica –que exigen

88. Gómez, Ignacio María, *Régimen de los bienes en el matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de M. Biedma, 1883), p. 73.

89. Ibáñez, Manuel C., *Prueba de la filiación legítima* (Buenos Aires: Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1888), p. 26.

90. Koch, Pedro, *La Legitimación*, p. 38.

91. Mendoza, Cándido V., *De la legitimación*, pp. 24, 28 y 29.

la edad de 15 años para la mujer y 18 para el hombre para contraer matrimonio— son consideradas por Orzabal como “más juiciosas” que las establecidas por el Derecho canónico (12 para la mujer y 14 para el hombre), porque “el legislador al fijar la edad para el matrimonio no debe atenerse solamente á la aparición de la aptitud natural para consumarlo. Debe exigir de los que deseen contraerlo, el desarrollo físico y moral necesario para prevenir las consecuencias perjudiciales que apenas deajo esbozadas”<sup>92</sup>.

Sobre la opinión de Pothier acerca de la condición de los hijos nacidos de un comercio ilícito, Paganini señala que “aunque emitida por un jurisconsulto eminente, me parece errónea”<sup>93</sup>. En relación con el mismo tema, Julio Pellicer sostiene que “ha sido vivamente criticada por distinguidos jurisconsultos” —entre los que menciona a Leon Giraud—, ya que “está en abierta contradicción con el pasado y ha sido abolida en todos los pueblos de la Europa civilizada, y aun en aquellas naciones que han sufrido la influencia del Código Napoleón”. Para Pellicer, “hoy no podría citarse nación alguna de importancia que se encuentre en el mismo caso que la Francia” y ejemplifica la legislación de Italia, Bélgica, Inglaterra, Estados Unidos y Prusia, que “dá al hijo natural derechos en numerosos casos”<sup>94</sup>.

Acerca del derecho de corrección del padre sobre el hijo, el Código francés es considerado por Cornelio Ríos como “más minucioso que el nuestro, pues toma en consideración varias circunstancias que es necesario tener presente, a fin de fijar mejor el derecho de corrección”. La uniformidad de la regulación del usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos menores de edad o no emancipados es puntualizada por Ríos cuando afirma que, por un lado, “Todas las legislaciones, animadas por las mismas ideas han procedido en igual sentido”, pero que algunas “diferenciándose [...] en un punto de importancia” niegan a la madre ese derecho. La posición intermedia, según Ríos, es nuestro Código, que “sin incurrir en esta crueldad” ha dispuesto que el padre y la madre tienen el usufructo de todos los

92. Orzabal, Mariano, *Nulidades del matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de Sud-América, 1887), pp. 38 y 152.

93. Paganini, Carlos, *Paternidad y filiación legítima*, p. 54.

94. Pellicer, Julio, *Filiación natural*, pp. 16-17.

bienes de sus hijos legítimos, que estén bajo la patria potestad, con algunas excepciones<sup>95</sup>.

Tampoco se salva Vazeille, quien para Uriburu comete un error, con respecto a los alimentos que pueden exigir los hijos adulterinos, cuando enseña que “la obligación no se transmite á los herederos del deudor, sino después de haber sido fijada por un juicio o una convención”<sup>96</sup>. También cree que está equivocado Durantón cuando enseña que ella hace siempre parte de la sucesión, aunque la indigencia del acreedor sea después del fallecimiento del que está llamado a socorrerla. En la lista de los equivocados siguen Delvincourt y Marcadé –este último, quien “trae a este respecto un caso” cuya “falsedad salta a la vista”–, y nuevamente Vazeille. El tesista esboza su teoría para que sea posible que se transmita la obligación de proporcionar alimentos al hijo adulterino, al sucesor universal, la que describe como una teoría justa, “a pesar de las importantes opiniones que le son contrarias”. Disiente con las razones alegadas por el “eminente jurisconsulto” Demolombe, quien niega la obligación alimentaria del hijo adulterino al heredero universal, cuyas razones no pueden aplicarse a nuestro Código, porque este, al referirse a los hijos naturales, determina que los alimentos son obligación que *incumbe a los herederos de los padres* y no admite la reciprocidad como condición de su existencia<sup>97</sup>.

## 5. La referencia a los contextos

No faltó en las tesis la referencia a los similares o distintos contextos que subyacían o que explicaban las soluciones adoptadas por la legislación extranjera, presupuesto fundamental para que nuestros doctorandos pudieran adentrarse en las comparaciones. En este sentido, los tesisistas son conscientes de la necesidad de conocer estos factores para determinar si una solución extranjera es aplicable a nuestro sistema jurídico<sup>98</sup>.

95. Ríos, Cornelio, *De la patria potestad* (Buenos Aires: Imprenta de la República Buenos Aires, 1884), pp. 54 y 73.

96. Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, p. 64.

97. Uriburu, Francisco, *De la filiación adulterina*, pp. 65-67 y 71.

98. Carol, Remijio, *El matrimonio en general*, p. 16.

Al referirse al divorcio, Alejo Almada alude al contexto en el que se estableció el divorcio en la Francia revolucionaria. Señala que en 1792 el parlamento resolvía afirmativamente el divorcio, y en 1803 dictaba una ley consignándola en el Código Napoleón; pero que esta ley rigió hasta 1816, “en que fue abrogada por un congreso formado por la Santa Alianza que quiso restablecer los principios carcomidos del derecho canónico”. Sin embargo, Almada advierte acerca de que el divorcio no tardaría en llegar, porque los viejos principios han caído vencidos por otros nuevos y que si vuelven a regir una sociedad “no pasará mucho tiempo en que caerán para siempre”. Almada se vale de las estadísticas –en su caso, de los países que habían admitido el divorcio– para concluir que “el divorcio es esencialmente moralizador” y que aumenta el número de matrimonios “porque el hombre tiene recursos de que valerse cuando la mujer no corresponde a sus esperanzas, y la mujer tiene igualmente los mismos recursos para el caso contrario; lo que les hace contraer una unión cuyas desgracias pueden repararlas”<sup>99</sup>. También las estadísticas le sirven a Nicolás Vila para argumentar acerca de la necesidad de aumentar la edad mínima para contraer matrimonio, así como las peculiaridades del suelo y el clima de los diversos países<sup>100</sup>.

Gómez, al ocuparse de los regímenes de bienes en el matrimonio, sostiene que la diferencia entre las disposiciones del Código argentino y el francés tienen por único fundamento la disparidad de costumbres existentes en los respectivos países<sup>101</sup>. Ello es la razón, según Manuel Ibáñez, para que nuestra legislación tome distancia de la francesa en lo referido a la prohibición de investigar la paternidad natural si el hijo no ha sido reconocido expresamente<sup>102</sup>.

Drago es quien mejor sintetiza la necesidad de que las leyes sean resultado de su contexto. El tesista afirma: “En un código está encerrada toda una historia. Penetremos su espíritu y encontraremos allí la religión, las instituciones, las costumbres, el derecho. Cada uno de sus capítulos tiene un pasado, cada una de sus disposiciones, una tradición”<sup>103</sup>. Las relaciones humanas y su armonización con el

99. Almada, Alejo, *Divorcio*, pp. 35 y 38-39.

100. Vila, Nicolás, *El matrimonio* (Buenos Aires: Imprenta de la Nación, 1882), pp. 71-72.

101. Gómez, Ignacio María, *Régimen de los bienes en el matrimonio*, p. 54.

102. Ibáñez, Manuel C., *Prueba de la filiación legítima*, p. 13.

103. Drago, Luis María, *El poder marital*, p. 10.

interés social constituyen para Florencio Roberts el punto de partida que deben tener presente las legislaciones a la hora de decidir en cabeza de quién debe estar la patria potestad, para finalmente afirmar que debe ser ejercida por el padre, “basado en la superioridad del marido sobre la mujer”<sup>104</sup>. El espíritu de la época en que se sancionaron y el carácter de la sociedad para que se daban, también influye en los poderes de los padres sobre los hijos, tal como señala Gregorio Vargas<sup>105</sup>.

En 1888, en pleno debate acerca del matrimonio civil, y para fundamentar por qué no podemos seguir los ejemplos extranjeros, Valdés –refiriéndose a los países que han aceptado el matrimonio civil– describe trágicamente a los que lo han aceptado, en los que se han subvertido “los principios más fundamentales sobre que descansan las relaciones de la familia”. Sostiene que se ha visto “un medio de complacer una aspiración o satisfacer un interés” y, mucho peor aún, la poligamia se ha constituido en “prerrogativa real”. Para Valdés, la ley que consagró en Francia el matrimonio civil se dictó contra la autoridad de la opinión pública, en un contexto que describe a través de la cita de Vatismenil a la que hicimos referencia precedentemente<sup>106</sup>.

## 6. Consideraciones finales

El análisis de las tesis doctorales presentadas ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires nos revela que los doctorandos estaban familiarizados con el derecho extranjero, incurriendo de esta manera en lo que más tarde se definiría como *Derecho Comparado*. De esta forma, pudieron comparar porque conocían muy bien lo que comparaban.

Los tesisistas no se limitaron a transcribir las legislaciones o las opiniones de los juristas extranjeros, sino que efectuaron comparaciones entre este derecho y las soluciones de Vélez Sarsfield, en la búsqueda de interpretar o complementar la regulación jurídica que

104. Robert, José E., *Hijos naturales*, p. 15.

105. Vargas, Gregorio, *Patria potestad* (Buenos Aires: Talleres de la Tribuna Nacional, 1886), pp. 40-41.

106. Valdés, Federico B., *Estudio general del proyecto de ley sobre matrimonio*, pp. 52-53.

de las distintas instituciones había hecho el codificador. En ocasiones este ejercicio apuntaba a señalar la necesidad de importar o trasvasar las soluciones foráneas a nuestro naciente sistema jurídico, mientras que en otras se señalaban las diferencias que lo impedían. Los doctorandos dan muestras de que los distintos contextos constituyen un obstáculo que impide la aplicación de una legislación extranjera, a la que no se debe acudir cuando las necesidades de los pueblos son distintas.

Los tesisistas elogian o critican al codificador argentino por seguir o no seguir algunos modelos, por no haber profundizado en algunos sistemas, al tiempo que justifican el apartamiento de las soluciones extranjeras que consideran inapropiadas o advierten acerca de las “burdas” imitaciones. Los tesisistas asimismo admiran o denostan algunos códigos y autores, se pronuncian a favor o en contra de sus soluciones, y dan cuenta de la influencia que algunos autores han ejercido sobre sus opiniones.

El derecho comparado acude en ayuda de los tesisistas a efectos de fundamentar sus posturas y rebatir los argumentos en contra, interpretar el derecho, extraer respuestas para cuestiones no resueltas, comparar soluciones, colmar lagunas, encontrar defectos, enseñar, ejemplificar, valerse de otras experiencias, entender los valores y principios de los distintos sistemas jurídicos para determinar si se pueden aplicar al nuestro, y buscar parámetros o principios comunes.

Los doctorandos no se limitaron a citar la legislación y doctrina extranjeras, sino que profundizaron, compararon, criticaron, elogiaron, marcaron simetrías y asimetrías y contribuyeron, de esta manera, a la circulación de ideas jurídicas desde las aulas de la Universidad, las que abrieron las puertas a las reformas que tuvieron lugar a partir de este período.

## **Bibliografía**

- Candiotti, Marcial, *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires. Catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario 1821-1921* (Buenos Aires: Talleres Gráficos del Ministerio de Agricultura de la Nación, 1920).
- David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (Madrid: Aguilar, 1968).
- Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, Tomo I (Buenos Aires: Depalma, 1998).

- Medina, Graciela, “La enseñanza del Derecho Comparado”, en Aberastury, Pedro (comp.), *Estudios de Derecho Comparado* (Buenos Aires: Eudeba-Fundación Konrad Adenauer, 2012).
- Pestalardo, Agustín, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires* (Buenos Aires: Imprenta Alsina, 1914).
- Piña, María del Carmen, “Reformas laborales y derecho comparado. Valores en conflicto”, *Revista de la Facultad X:1, NUEVA SERIE II* (2019), pp. 93-110.
- Ramírez Barrón, Alan Josué y Ramírez Sandoval, Karen Rocío, “El derecho comparado”, *Grado Cero Prensa*, disponible en <https://gradoceeroprensa.wordpress.com/2016/05/30/el-derecho-comparado>.
- Riva, Betina Clara y González Alvo, Luis Gabriel, “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”, *Revista Electrónica de Fuentes y Archivos Centro de Estudios Históricos “Prof. Carlos S. A. Segreti”* 6:6 (2015), pp. 66-87.
- 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).
- Tau Anzoátegui, Víctor, *Las ideas jurídicas en Argentina* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1977).