

EL DERECHO INDIANO EN LOS DICTÁMENES EN MATERIA  
ADMINISTRATIVA DEL PROCURADOR GENERAL DE LA  
NACIÓN  
(1862-1917)

Por VIVIANA KLUGER\*

RESUMEN:

*El objeto del trabajo consiste en analizar la presencia del derecho indiano en los dictámenes en materia administrativa emitidos por el Procurador General de la Nación como asesor del Poder Ejecutivo, tomando como fuente los "Dictámenes en lo administrativo de los Procuradores Generales de la Nación" (1862-1917), y no los dictámenes emitidos por estos funcionarios como Procuradores ante la Corte Suprema en causas judiciales- los que están publicados en la colección "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". A tal efecto, comienzo con una referencia a los antecedentes de la figura del Procurador General de la Nación y de la publicación que utilizo como fuente, para pasar luego al examen del derecho indiano citado en los dictámenes de los cinco Procuradores que actuaron entre 1862 y 1917. Todo ello con miras a detectar la continuidad de la invocación del indiano en asuntos de derecho administrativo, en los primeros años de la organización nacional y aun en la primera década del siglo XX.*

PALABRAS CLAVES: *Derecho indiano - Procurador General de la Nación - Dictámenes.*

ABSTRACT:

*The purpose of the paper is to analyze the presence of the derecho indiano in the opinions in administrative matters issued by the Attorney General as advisor of the Executive, taking as source the "Dictámenes en lo administrativo de los Procuradores Generales de la Nación" (1862-1917), and not the opinions of these officials as attorneys before the Supreme Court in judicial cases - which are published in the collection "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". To that end, I begin with a reference to the background of the figure of the Attorney General and of the publication that I use as a source. I then move to the review of the derecho indiano cited in the reports of the five attorneys who served between 1862 and 1917, in order to detect the continuity of the citation of the derecho indiano in administrative matters, in the early years of the National Organization and even in the first decade of the twentieth century.*

KEYWORDS: *Derecho indiano - Attorney General Reports.*

\* Doctora en Derecho (UBA), docente de Historia del Derecho (Facultad de Derecho, UBA). [www.vivianakluger.com.ar](http://www.vivianakluger.com.ar). E-mail: [vkluge@hotmail.com](mailto:vkluge@hotmail.com)

*Sumario:*

I. ANTECEDENTES. II. CREACIÓN DEL CARGO DE PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. III. EL ASESORAMIENTO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. IV. LA PUBLICACIÓN DE LOS DICTÁMENES EN LO ADMINISTRATIVO DE LOS PROCURADORES GENERALES DE LA NACIÓN. V. EL DERECHO INDIANO EN LOS DICTÁMENES. 1. **El derecho indiano en los dictámenes de Francisco Pico.** 2. **El derecho indiano en los dictámenes de Eduardo Costa.** 3. **El derecho indiano en los dictámenes de Antonio Malaver.** 4. **El derecho indiano en los dictámenes de Sabiniano Kier.** 5. **El derecho indiano en los dictámenes de Julio Botet.** VI. LA VIGENCIA DEL DERECHO INDIANO EN LA OPINIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. VII. CONSIDERACIONES FINALES.

El 16 de octubre de 1862 la Ley 27 de Organización y Competencia de la Justicia Nacional dispuso que esta última se ejerciera por medio de una Corte Suprema de Justicia que debía estar compuesta de cinco Ministros y un Procurador General.

Independientemente de sus funciones ante la Corte, el Procurador General de la Nación también debía informar al Poder Ejecutivo de la Nación o a sus dependencias en aquellos asuntos de orden administrativo para los que fuera requerido su asesoramiento en virtud de lo dispuesto por las leyes o reglamentos, o de la costumbre de consultarlos, practicada por los Ministros del Poder Ejecutivo.

En este contexto, casi todos los Procuradores que actuaron desde la creación del cargo en 1862, hasta 1917, a saber Francisco Pico (1862-1875), Eduardo Costa (1878-1890), Antonio Malaver (1890-1892), Sabiniano Kier (1892-1905) y Julio Botet (1905-1917) invocaron el derecho indiano al dictaminar en cuestiones tales como conflictos de competencia entre el Poder Judicial y los Administradores de Rentas, jurisdicción civil en materia de bienes afectados a capellanías, gratuidad del asesoramiento a los pobres, matrimonio entre católicos y protestantes, falsificación de moneda de una nación en el territorio de otra, derecho de Patronato, procedimiento de “consulta” ante la Cámara de Apelaciones; contratos de derecho público, libre navegación de los ríos, bienes pertenecientes al Estado Nacional, jubilaciones de agentes de la Administración, posesión, entre otros.

Por decreto del 7 de setiembre de 1874 se ordenó a todos los Ministerios y oficinas públicas “que por razón de su oficio intervengan en asuntos informados por el Procurador General de la Nación” que obtuvieran “copia autorizada de los informes, vistas u otras piezas” a que diera lugar la intervención del Procurador General de la Nación, “a efectos de su compilación y publicación periódica”<sup>1</sup>. El resultado de esta disposición lo constituye la publicación de los “Dictámenes en lo

---

<sup>1</sup> *Dictámenes en lo administrativo de los Procuradores Generales de la Nación Argentina*, Secretaría de Educación, Dirección General de Informaciones, Biblioteca y Estadística, Buenos Aires, 1948, Tomo I, p. 7. En adelante, solo *Dictámenes*, y a continuación, Tomo y número de página.

administrativo de los Procuradores Generales de la Nación” que comprende el lapso 1862-1917.

El objeto del presente trabajo consiste en analizar, tomando como fuente la referida obra, -y no los dictámenes emitidos por estos funcionarios como Procuradores ante la Corte Suprema en causas judiciales, los que están publicados en la colección “Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”- el uso que estos agentes hicieron del derecho indiano al dictaminar a pedido del Poder Ejecutivo. Tampoco apunta a indagar en la importancia de los dictámenes como fuente del derecho administrativo, como lo ha hecho el Dr. José María Díaz Couselo en su *trabajo Los dictámenes de los Procuradores Generales como fuente del Derecho Administrativo*<sup>2</sup>, sino a detectar el uso que los Procuradores hicieron del derecho indiano en sus informes, y cuáles fueron las piezas legales y obras de doctrina a que hicieron referencia.

A tal efecto, comienzo con una referencia a los antecedentes de la figura del Procurador General de la Nación y de la publicación que utilizo como fuente, para pasar luego al examen del derecho indiano citado en los dictámenes de los cinco Procuradores mencionados, todo ello con miras a detectar la continuidad de la invocación del derecho indiano en asuntos de derecho administrativo, en los primeros años de la organización nacional y aun en las primeras décadas del siglo XX.

## I. ANTECEDENTES

Los orígenes de la función de asesoramiento al Poder Ejecutivo Nacional pueden rastrearse en la figura del asesor letrado del Virreinato del Río de la Plata.

Tal como lo señala Mariluz Urquijo, ya las Partidas<sup>3</sup>, al referirse al adelantado, afirmaban que éste debía tener consigo a hombres sabedores de derecho a quienes pudiera solicitar consejo en casos dudosos. Con el transcurso del tiempo se percibe el avance de los letrados como asesores jurídicos no solo en funciones judiciales sino de gobierno y guerra<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “Los dictámenes de los Procuradores Generales como fuente del Derecho Administrativo”, en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, N° 20, pp. 159-182.

<sup>3</sup> Ley 22, título 9, Partida 2.

<sup>4</sup> JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO, “El Asesor letrado del Virreinato del Río de la Plata”, en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1975, N° 3, pp. 165-228.

En el Nuevo Mundo, conforme el citado autor, las autoridades indianas buscaron el asesoramiento jurídico de universitarios desde los orígenes mismos de la colonización tanto para las cuestiones litigiosas que se presentaban ante su tribunal como para encauzar adecuadamente el trámite administrativo o acertar en difíciles problemas de gobierno<sup>5</sup>.

En este sentido, los virreyes acudieron a los letrados en solicitud de asesoramiento, recurriendo al parecer de alguno de los oidores de la Audiencia que gozara de su confianza<sup>6</sup>.

La Recopilación de Leyes de Indias recogió algunas disposiciones sobre el tema, entre las que cabe señalar una Real Cédula de 1609 que permitía al Presidente de Santo Domingo elegir como asesor a un oidor sin limitar su intervención a determinados asuntos<sup>7</sup>.

En lo que respecta al Río de la Plata, en la Audiencia creada en 1782 y que funcionó hasta 1812, actuaron los fiscales José Márquez de la Plata, Francisco Manuel de Herrera, Manuel Genaro de Villota y Antonio Caspe y Rodríguez. En opinión del Rodolfo Follari, “el Fiscal actúa desde los orígenes en la órbita de gobierno y administración, coadyuvando a su establecimiento, asesorando y defendiendo la autoridad delegada, señalando y afirmando en principio los derechos públicos y fiscales (...)”<sup>8</sup>.

Según este autor a los Fiscales de las audiencias les tocó actuar en asuntos relevantes del orden político y jurídico de los respectivos gobiernos y ejemplifica el caso del Fiscal de la Audiencia de Charcas Tomás Álvarez de Acevedo, que estudió la situación de las provincias y la necesidad de un ordenamiento administrativo y jurídico y aconsejó la incorporación de Cuyo al Virreinato<sup>9</sup>.

En el período patrio, las funciones que durante el Virreinato ejerciera el Asesor letrado del gobierno, fueron desempeñadas por el Fiscal General sin que se precisara en norma escrita de la autoridad revolucionaria la competencia concreta. En el artículo 15 del Reglamento de Administración de Justicia de 1813 se estableció que “las facultades del Procurador General son las del Fiscal General del Estado”<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> MARILUZ URQUIJO, “El asesor letrado...”, cit., p. 168.

<sup>6</sup> Ídem, p. 168.

<sup>7</sup> Ley 14, título. 16, Libro 2, citada por MARILUZ URQUIJO, cit. 171.

<sup>8</sup> RODOLFO FOLLARI, “Reseña sobre el origen y la evolución de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*, Eudeba, Buenos Aires, 1983, p. 107 y ss.

<sup>9</sup> Ídem, pp. 114-115.

<sup>10</sup> Ídem, pp. 117-119.

Desde la instalación de la Cámara de Apelaciones, el Fiscal asesoró al Gobierno Nacional o al Encargado de Relaciones Exteriores como órgano consultivo, además de sus funciones específicas<sup>11</sup>.

## II. CREACIÓN DEL CARGO DE PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La constitución de 1853 estableció en su art. 91 que el Poder Judicial de la Confederación sería ejercido por una Corte Suprema de Justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residiría en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Código estableciera en el territorio de la Confederación.

La reforma constitucional de 1860 sustituyó el art. 91 por el 94, en el que se omitió cualquier referencia a la integración de la Corte Suprema, estableciéndose que el Poder Judicial de la Nación sería ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales Inferiores que el Congreso estableciera en el territorio de la Nación.

En función de esta disposición, el 16 de octubre de 1862 la Ley 27 de Organización y Competencia de la Justicia Nacional dispuso que esta última se ejerciera por medio de una Corte Suprema de Justicia que debía estar compuesta de cinco Ministros y un Procurador General.

El Procurador General, que conforme esta Ley integraba el Poder Judicial, debía ejercer la mayor parte de las funciones que cumplía el Fiscal General, como encargado del Ministerio Fiscal, representante de la Nación ante el alto tribunal y asesor jurídico de la misma<sup>12</sup>.

El Fiscal General de la Nación, conforme Follari, conservó su función de asesor general del Poder Ejecutivo en todas las cuestiones administrativas en que estuviera interesado el Fisco nacional, convirtiéndose en el asesor del Estado. Según este autor, el Estado fue sirviéndose del asesoramiento jurídico del Fiscal General por una parte, y el del Procurador General de la Nación por la otra, hasta futuras reformas legislativas. Y así como la Audiencia del período indiano y las Cámaras de Apelaciones o de Justicia del período patrio, compartieron con la autoridad pública las variadas funciones de gobierno, “también a partir de la Organización Nacional tanto el Procurador General de la Corte Suprema de Justicia como el Fiscal General de la Nación, en sus respectivas esferas, continuaron prestando servicios al Estado en aquellas importantes funciones”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Ídem, p. 121.

<sup>12</sup> Ídem, p. 131.

<sup>13</sup> Ídem, p. 132.

En 1863, en la ley de presupuesto general para los años 1863/4 se suprimió el cargo de Fiscal General y el 7 de noviembre de 1863 por la ley 74<sup>14</sup> se creó el cargo de Procurador del Tesoro. Follari señala que “No existió intervalo funcional alguno, y el Fiscal General de la Nación Ramón Ferreira se transformó en el primer Procurador del Tesoro”<sup>15</sup>.

Según este autor, “los cambios experimentados en la vida política y la nueva organización de los poderes de la Nación, daban paso a las transformaciones de los nuevos tiempos y al surgimiento de otras formas en la vida del Estado”<sup>16</sup>.

En relación con las funciones del Procurador del Tesoro, Follari sostiene que fueron ensanchándose con el transcurso del tiempo y citando la opinión del senador Piñero durante el debate parlamentario de la Ley 74, afirma que giraron alrededor de “(...) servirle de consulta al Gobierno sobre todas las materias de hacienda (...) el defensor de las rentas y de las causas contenciosas en que está interesado el Fisco”<sup>17</sup>.

El Procurador del Tesoro actuó desde un principio como asesor del Poder Ejecutivo y los ministros, dictaminando en las diversas actuaciones administrativas sobre cuestiones concretas que se le consultaba o requerían el consejo jurídico y “ha sido por ello el asesor de derecho del Gobierno y de la Administración Pública en general”<sup>18</sup>. Conforme Díaz Couselo, las funciones del Procurador del Tesoro quedaron fijadas recién en 1943 mediante el Decreto 14.456, ratificado por la ley 13.894.

Sin perjuicio de ello, para el este último autor, el Procurador General de la Nación, en el siglo XIX y primeras décadas del XX, fue el “consejero del Presidente de la República” y se constituyó en “el asesor de mayor jerarquía del Poder Ejecutivo”<sup>19</sup>. En opinión de Díaz Couselo, esta circunstancia surge de haberle sido solicitado su informe “en las cuestiones de mayor importancia institucional, de expedirse en último término cuando la opinión también se requiere al Procurador del Tesoro y en estos casos, como aquéllos en los que únicamente se expresa este último, relativos directa o indirectamente con el régimen económico financiero de la Administración”<sup>20</sup>.

En efecto, se constata en algunos casos el doble dictamen de ambos Procuradores sobre las mismas cuestiones. En estos supuestos, el Procurador

---

<sup>14</sup> Anexo C, inc. 1 punto 2.

<sup>15</sup> FOLLARI, “Reseña sobre el origen...”, cit., pp. 131 y 137.

<sup>16</sup> Ídem, p. 134.

<sup>17</sup> Ídem, p. 139.

<sup>18</sup> Ídem, p. 142.

<sup>19</sup> DÍAZ COUSELO, “Los dictámenes...”, cit., p. 167.

<sup>20</sup> Ídem, p. 177.

General de la Nación dictaminó con posterioridad al Procurador del Tesoro, en algunas ocasiones en coincidencia y en otras en disidencia<sup>21</sup>.

Durante el lapso objeto de este estudio, el que corresponde a la publicación de los tres primeros tomos de los *Dictámenes* (1862-1917) se desempeñaron como Procurador General de la Nación Francisco Pico (1862-1875), Carlos Tejedor (1875-1878), Eduardo Costa (1878-1890), Antonio Malaver (1890-1892), Sabiniano Kier (1892-1905) y Julio Botet (1905-1917).

### III. EL ASESORAMIENTO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

A pesar de las distintas obligaciones que conforme las disposiciones legales tenían el Procurador del Tesoro de la Nación y el Procurador General de la Nación -el primero la de actuar como asesor letrado del Poder Ejecutivo y el segundo la de dictaminar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación- durante muchos años ambos funcionarios asesoraron en diversas actuaciones administrativas, lo que llevó a que, conforme Follari, se llegara a una práctica de asesoramiento “más que bicéfala”, pues “se requería indistintamente el dictamen jurídico del Procurador General de la Nación o del Procurador del Tesoro, y en ciertos casos también el Fiscal de la Provincia de Buenos Aires o el Asesor de Gobierno de la misma”<sup>22</sup>.

A raíz de la crisis financiera por la que atravesó el país en 1871, el Poder Ejecutivo, con el objeto de economizar recursos suprimió el cargo de Procurador del Tesoro. En consecuencia, entre 1871 y 1874 quedó eliminado el cargo en el presupuesto general y las funciones de asesoramiento legal quedaron exclusivamente en el Procurador General de la Nación<sup>23</sup>.

Pero más allá de la intervención del Procurador General de la Nación en reemplazo del Procurador del Tesoro por haberse eliminado el cargo en épocas de ajustes presupuestarios, cabe preguntarse por qué el Procurador General de la Nación intervino en asuntos de índole administrativa, en los que el Procurador del Tesoro ya había dictaminado, o directamente ante un requerimiento de los ministros del Poder Ejecutivo

La cuestión de en qué casos correspondía el asesoramiento del Procurador General de la Nación en asuntos de índole administrativa surge de ciertas disposiciones legales, que expresamente exigían la intervención del Procurador

---

<sup>21</sup> *Dictámenes*, Tomo I, p. 957; Tomo II, pp. 463, 479, 491 y 536.

<sup>22</sup> FOLLARI, “Reseña sobre el origen...”, cit., p. 132 y 143.

<sup>23</sup> Ídem, p. 143.

General de la Nación así como de la costumbre de algunos Ministros del Poder Ejecutivo de solicitar su dictamen con carácter previo a someter una cuestión al Presidente de la Nación.

Por ejemplo, conforme lo establecido por la ley 4349, el Procurador General de la Nación debía intervenir en los recursos que interpusieran funcionarios, empleados y agentes civiles de la administración en relación con sus jubilaciones y pensiones. En este sentido, el art. 57 de la ley 4349 establecía que “En el caso de que la junta de la Caja nacional no haya acordado una jubilación o pensión, el P.E. oído el procurador de la Nación, resolverá el caso en acuerdo de ministros”<sup>24</sup>.

En 1912 el Procurador General de la Nación Julio Botet entendió que no le correspondía expedir su dictamen en expedientes sobre jubilación, sino en los supuestos que prevé el art. 57 de la ley 4349 “cuando había mediado una negativa de la Junta de Administración de la Caja, que diera lugar a una resolución del Poder Ejecutivo en acuerdo de Ministros, previo dictamen del Procurador General”<sup>25</sup>.

En línea con esta interpretación restrictiva, el mismo Procurador señaló que no correspondía requerir de él un pronunciamiento en abstracto, acerca de la aplicación de determinadas leyes, en el que no existía un caso concreto a resolver y no se requería ninguna solución administrativa<sup>26</sup>. Para Botet, “Los dictámenes del Procurador General de la Nación deben circunscribirse a cuestiones de orden legal o constitucional, sin entrar a considerar la mayor o menor equidad del caso que se somete a su consideración”<sup>27</sup> y “No entra en las atribuciones del Procurador General de la Nación hacer indicaciones sobre hechos y actos administrativos que no tengan atinencias constitucionales o legales”<sup>28</sup>.

En este contexto, en 1913 el Procurador Julio Botet señaló que el Procurador General de la Nación arraigaba su existencia “a la naturaleza propia de sus funciones, en la ley de 16 de octubre de 1862 (Nº 27)” y que “Ninguna otra ley ni disposición de carácter alguno, ha venido posteriormente a modificar este estado de cosas, salvo algunas leyes que, a manera de excepción a la regla general, han prescripto la intervención del expresado funcionario en determinados asuntos (de jubilación, de extradición, sociedades anónimas)”. Botet agregó que:

<sup>24</sup> *Anales de Legislación argentina*, Tomo 1889-1919, pp. 620-625.

<sup>25</sup> Codino, Ana de, *solicitando pensión*, 17 de febrero de 1912, *Dictámenes*, Tomo III, p. 197 y Fabricio, Vicente y Verrastro, Tomás, *solicitando jubilación*, 9 de diciembre de 1912, *Dictámenes* Tomo III, p. 254.

<sup>26</sup> *Ministerio de Obras Públicas, sobre aclaración de la ley de accidentes de trabajo*, 10 de octubre de 1916, *Dictámenes*, Tomo III, pp. 462-463.

<sup>27</sup> *Compañía de Petróleo de Comodoro Rivadavia, solicita autorización para trabajos de cateo*, 24 de noviembre de 1916, *Dictámenes*, Tomo III, p. 479.

<sup>28</sup> Don Tomás Arias, *Auditor de Guerra “ad-hoc” del Consejo guerra especial de Rosario, cobrando honoraris*, julio de 1905, *Dictámenes*, Tomo II, pp. 174-175, Metzadour, don Carlos, *reclamando su separación de la Escuela de Agricultura de Córdoba*, 12 de mayo de 1911, *Dictámenes*, Tomo III, pp. 129-130.

Con excepción de los casos en que expresamente algunas leyes exigen el dictamen del Procurador General de la Nación como requisito previo para resolver en expedientes administrativos, la práctica de requerir la opinión de dicho funcionario en causas administrativas es una costumbre privativa de los Ministros del Poder Ejecutivo que no es delegable ni aún en los Subsecretarios, aunque estén autorizados para firmar los expedientes en trámite.

En este dictamen, el Procurador sostuvo que de acuerdo con el art. 89 de la Constitución los Ministros solo podían tomar por sí solos las resoluciones concernientes al régimen económico y administrativo de sus Departamentos y que tales resoluciones de orden interno y limitadas por las funciones administrativas de aquéllos, no eran ni podían ser materia del dictamen del Procurador General de la Nación ya que no existía ninguna ley que así lo estableciera. En el mismo dictamen refirió que la intervención de Procurador era la resultante de una práctica consistente en un “cortés requerimiento de los Sres. Ministros”, cuando éstos creían “que con ello ilustraban o apoyaban la solución del asunto, proyectando en definitiva la que habían o han de presentar al Sr. Presidente de la República”. En función de este asesoramiento “amistoso” no cabía reputar al Procurador como asesor legal del Poder Ejecutivo.

El Procurador basaba sus facultades de asesoramiento en cuestiones de índole administrativo, en las siguientes consideraciones:

- 1º El Procurador General de la Nación es funcionario judicial, miembro de la Suprema Corte de Justicia y extraño a la jurisdicción del Poder Ejecutivo y más de las oficinas de su dependencia.
- 2º Que su intervención en lo administrativo, en la forma conocida, no conoce de ley alguna que la establezca ni que la imponga; es el resultado de una práctica iniciada en guarda de los intereses públicos, y conservada por la deferencia de los Sres. Ministros al pedir, y del Procurador General al dar, su dictamen en asuntos administrativos en que se lo requiere.
- 3º Que esa práctica, respondiendo a los antecedentes señalados, ha hecho privativo de los Sres. Ministros y posterior a toda otra tramitación ordinaria, juzgar de la conveniencia de oír a aquel funcionario, cuando entienden que con ello han de ilustrar las resoluciones que presentan al Sr. Presidente de la

Nación, definiendo las cuestiones constitucionales ilegales que con ellas pudieran levantarse<sup>29</sup>.

Botet tenía claro que no existía ninguna ley que lo nombrara ni declara asesor legal del Gobierno atento a que “por su carácter judicial, como miembro de la Suprema Corte de la Nación (art. 6º, ley 27), su opinión le es pedida y no ordenada por el Poder Ejecutivo, cuando éste entiende que la necesita y no cuando un interesado la indica o la exija”<sup>30</sup>.

Para Clodomiro Zavalía,

salvo la intervención en las cuestiones de competencia que llegan a la Corte, sobre todo cuando ésta procede con arreglo a la jurisdicción ordinaria, el procurador general poco participa en las actividades del Tribunal, caracterizándose, más bien, su función por el asesoramiento que presta el P.E. en múltiples cuestiones en que está de por medio alguna interpretación jurídica<sup>31</sup>.

Carlos Ayarragay señala que “como asesor jurídico del Poder ejecutivo, dictamina en todo asunto en que el Poder ejecutivo solicita su parecer, constituyendo sus opiniones cuerpo interpretativo, aunque no obligatorio, de carácter cuasi judicial, a semejanza de las de su similar americano el attorney general”, y agrega que:

“como asesor jurídico dictamina constantemente cayendo hasta en la exageración. Puede decirse que el dictamen de este funcionario requerido abusiva e inoficiosamente, en solicitudes en las que no se requieren sino medidas que cualquiera sabe y al alcance de todo funcionario, ha desnaturalizado esta función. Solamente debería realizarse el requerimiento de dictámenes cuando existieran dudas de interpretación de puntos jurídicos. La opinión personal del Procurador General en solicitudes comunes, resultan inoficiosas y perjudiciales, cuyo asesoramiento amable importan distracción abusiva para quien tiene múltiples y delicadas funciones encomendadas por ley”<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> *Sobre pedido de dictámenes por los Sres. Subsecretarios de los Ministerios*, 31 de marzo de 1913, *Dictámenes* Tomo III, pp. 269-273.

<sup>30</sup> *Pérez, Celestino, Coronel de caballería retirado, solicitando ajuste de sueldos*, 26 de diciembre de 1914, *Dictámenes*, Tomo III, pp. 352-353.

<sup>31</sup> CLODOMIRO ZAVALÍA, *Derecho Federal*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, Tomo I, p. 466.

<sup>32</sup> CARLOS A. AYARRAGARAY, *El Ministerio Público*, Buenos Aires, De Lajouane, 1928, p. 166.

#### IV. LA PUBLICACIÓN DE LOS DICTÁMENES EN LO ADMINISTRATIVO DE LOS PROCURADORES GENERALES DE LA NACIÓN

Por un decreto suscripto el 7 de septiembre de 1874 se ordenó a todos los Ministerios y reparticiones que por razón de su oficio intervinieran en asuntos informados por el Procurador General de la Nación, que obtuvieran copia autorizada de los informes, vistas u otras piezas a que diera lugar la intervención mencionada, haciéndolos preceder de una relación sucinta del caso “a los efectos de su compilación y publicación periódicas”<sup>33</sup>.

En cumplimiento de esta disposición, se inició la publicación de los informes del Procurador General de la Nación en asuntos administrativos. Durante esta primera fase se imprimieron siete volúmenes que contenían tanto las vistas del Procurador General como la de otros Consejeros Legales del Poder Ejecutivo en los “más diversos expedientes” bajo el título *Informes del Procurador General de la Nación e Informes y Resoluciones del Poder Ejecutivo*. Esta obra abarcó el período 1874-1878 y fue editada en la Imprenta Americana de Buenos Aires bajo la dirección de Clodomiro Quiroga<sup>34</sup>.

En 1889 se dictó un decreto por el que se modificó el sistema adoptado para la impresión de los informes del Procurador General y demás Consejeros Legales, que entre otras cuestiones resolvió imprimir los tomos publicados anteriormente e incluir en la obra asuntos “únicamente de marcada importancia para la jurisprudencia administrativa”<sup>35</sup>.

De conformidad con esta norma se publicaron 10 volúmenes que contenían la reimpresión de los dictámenes suscritos de 1862 a 1893 por los Procuradores Generales Francisco Pico, Carlos Tejedor y Antonio Malaver y la transcripción de los primeros informes de Sabiniano Kier correspondientes al período 1892-1905. Esta edición fue impresa con el título *Informes de los Consejeros Legales del Poder Ejecutivo* en el Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires en 1894<sup>36</sup>.

La labor quedó interrumpida a partir de ese año por diversas circunstancias, “entre ellas, por no contar el Ministerio de Justicia e Instrucción

---

<sup>33</sup> Vistos de la resolución del 29 de abril de 1943, *Dictámenes*, Tomo I, p. 7.

<sup>34</sup> Nota de elevación del plan de impresión de los *Dictámenes en lo administrativo del Procurador General de la Nación*, 15 de junio de 1943, *Dictámenes*, Tomo I, p. 11.

<sup>35</sup> Decreto del 27 de diciembre de 1889, *Dictámenes*, Tomo I, p. 12.

<sup>36</sup> Esta publicación contiene, dispersos a lo largo de los Tomos IV a IX, los dictámenes de los Procuradores del Tesoro de 1867 a 1892.

Pública, al que le está encomendada la tarea por el referido Decreto, con los elementos de organización necesarios para realizar una tarea de tal naturaleza”<sup>37</sup>.

Muchos años después, en 1943, con la creación de la Dirección General de Informaciones y Biblioteca se encargó a ésta la compilación, ordenación y anotación de los informes, vistas y demás asesoramientos del Procurador General de la Nación en asuntos de índole administrativa, “cuyo conocimiento es de la mayor importancia en cuanto a la intervención de dicho funcionario en los asuntos administrativos es requerida con creciente insistencia en virtud de Leyes y Decretos que han ido aumentando la naturaleza y número de los asuntos en los que sus informes le son requeridos”. La norma se refería a la intervención del Procurador General de la Nación en función de lo prescripto por el art. 57 de la ley 4349. Dicha tarea debía encararse “a partir de la fecha en que dicha labor quedó interrumpida”<sup>38</sup>.

Al publicarse la obra en 1943 se consideró que el tiempo transcurrido entre la edición de 1890 y lo resuelto en el decreto del 29 de abril del mismo año “no ha hecho sino acentuar la conveniencia de reducir la compilación a los dictámenes que presenten una importancia real y actual para la jurisprudencia administrativa” y que “Desaparecida también la necesidad de publicar los informes de otros Asesores Legales distintos del Procurador General, así como las resoluciones recaídas en cada caso concurrente, la compilación quedaría circunscripta a los informes, vistas y asesoramientos del Procurador General de la Nación”<sup>39</sup>.

En consecuencia, bajo el título *Dictámenes en lo administrativo de los Procuradores Generales de la Nación Argentina* se publicaron tres tomos que contienen los dictámenes en asuntos de orden administrativo para los que les fue requerido asesoramiento a los Procuradores Generales de la Nación Francisco Pico, Carlos Tejedor, Eduardo Costa, Antonio Malaver, Sabiniano Kier y Julio Botet<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Considerandos de la resolución del 29 de abril de 1943, *Dictámenes*, Tomo I, p. 7.

<sup>38</sup> Resolución del 29 de abril de 1943, *Dictámenes*, Tomo I, p. 8.

<sup>39</sup> *Dictámenes*, Tomo I, p. 13.

<sup>40</sup> El Tomo I comprende los dictámenes de los Procuradores Francisco Pico (1862-1875), Carlos Tejedor (1875-1878), Eduardo Costa (1878-1890) y Antonio Malaver (1890-1892) y fue publicado por la Secretaría de Educación, Dirección General de Informaciones, Biblioteca y Estadística, Buenos Aires, 1948. El Tomo II comprende los dictámenes de los Procuradores Sabiniano Kier (1892-1905) y Julio Botet (1905-1917) y fue publicado por el Ministerio de Educación, Departamento de Informaciones, Biblioteca y Estadística, 1949. El Tomo III comprende los dictámenes de Julio Botet y fue publicado por Ministerio de Educación, Dirección de Biblioteca e Información Educativa, 1950.

## V. EL DERECHO INDIANO EN LOS DICTÁMENES

Díaz Couselo ha afirmado que los dictámenes “nos permiten saber cuáles eran las normas a las que se recurría para dar solución a los conflictos que surgían entre los distintos órganos del Estado o entre los particulares y el poder público, como también para ver, ante la falta de aquéllas, cómo se cubrían las lagunas permitiéndose conocer el Derecho Administrativo en aquel tiempo”<sup>41</sup>. El trabajo de Díaz Couselo verifica que “el Procurador acudía a la cita de textos legales, jurisprudencia (judicial y administrativa) y doctrina de los juristas” y que “además del Derecho positivo elaborado luego de nuestra Independencia, y con mayor frecuencia el surgido con posterioridad a la sanción de la Constitución”, los Procuradores recurrieron a los “Derechos castellano, indiano y de gentes, a la jurisprudencia nacional y extranjera, en cuanto a ésta, especialmente a la norteamericana, y a la doctrina de autores de otros países”<sup>42</sup>.

En el presente trabajo se han relevado los dictámenes contenidos en los tres primeros tomos de la publicación *Dictámenes en lo administrativo de los Procuradores Generales de la Nación Argentina* con miras a detectar la presencia del derecho indiano en la acción de dictaminar para el Poder Ejecutivo por parte de los Procuradores Generales. Ello a fin de constatar la presencia del mencionado derecho en cuestiones de derecho administrativo, en las últimas décadas del siglo XIX y primeras de XX.

La posibilidad de citar las normas indianas se basaba en lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 48 que prescribía que:

Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que se haya sancionado o sanciones el Congreso, los tratados con las potencias extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del Derecho de gentes (...)

En consecuencia,

hasta entonces, se encontraba vigente lo dispuesto por el Reglamento provisorio de 1817 que establecía que hasta que la Constitución determinara lo conveniente, subsistirían todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos y demás disposiciones generales del antiguo gobierno español, que no estén en oposición directa o indirecta con la libertad e independencia de estas provincias,

---

<sup>41</sup> DÍAZ COUSELO, “Los dictámenes...”, cit., p. 178.

<sup>42</sup> Ídem, pp. 178-179.

ni con el Reglamento, y demás disposiciones que no sean contrarias a él, libradas desde el 25 de mayo de 1810<sup>43</sup>.

Las cuestiones en las que le tocó dictaminar al Procurador General de la Nación abarcaron temas tan disímiles como marcas, jubilaciones de empleados públicos, Patronato, escuelas, personería jurídica, expropiaciones, tierras, ferrocarriles, contratos de derecho público, matrimonios entre católicos y protestantes, entre otras.

Tal como señalé precedentemente, se trata de los dictámenes expedidos en las ocasiones en las que les fue requerido su asesoramiento en expedientes administrativos y en virtud del carácter de asesores legales del Poder Ejecutivo y no los dictámenes emitidos por estos funcionarios como Procuradores ante la Corte Suprema en causas judiciales, los que están publicados en la colección “Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

Cada dictamen está encabezado por un sumario que extracta en forma sintética la doctrina que en el caso sostiene el Procurador General que lo suscribe y se cierra con la fecha, a continuación de la que se consigna -en la mayoría de los casos- la dependencia del Poder Ejecutivo que requirió el dictamen, la resolución recaída y la fecha.

Los Procuradores desarrollaron sus tareas de asesoramiento al Poder Ejecutivo en un período en el que coexistieron las viejas y las nuevas normas. Si bien para los primeros años en los que le tocó dictaminar a Pico ya se había sancionado el Código de Comercio, habría que esperar a 1871 para que comenzara a aplicarse el Civil, circunstancia que sí se les presentó al resto de los Procuradores, quienes actuaron cuando ya estaban en vigencia los primeros códigos nacionales y provinciales.

## 1. El derecho indiano en los dictámenes de Francisco Pico

Entre 1863 y 1874 el Procurador Francisco Pico<sup>44</sup> recurrió al derecho indiano en tres dictámenes, referidos a conflictos de competencia entre el Poder

<sup>43</sup> Ídem, *Los dictámenes... cit.*, p. 179.

<sup>44</sup> Francisco Pico (1803-1875). Se graduó en derecho en 1825 y comenzó poco después a cumplir funciones administrativas durante el gobierno de Rivadavia. Al triunfar los federales renunció y emigró a Montevideo. Después de Caseros fue diputado en la Junta de Representantes de Buenos Aires (1852), desempeñando más tarde distintos cargos, entre los que se destacan el de Contador General de la Nación (1858). Ministro de Relaciones Exteriores (1860-1861), además del de Procurador General de la Nación. Conforme JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “La interpretación del Tratado con España de 1863, según los

Judicial y los Administradores de Rentas, jurisdicción civil en materia de bienes afectados a Capellanías y gratuidad del asesoramiento a los pobres, destinados a evacuar consultas del Departamento de Hacienda y el de Justicia.

Pico citó el derecho indiano en un dictamen en el que sostuvo que le competía exclusivamente al Poder Judicial el conocimiento de todas las causas contencioso-administrativas y que por ello los Administradores de Rentas habían cesado en sus funciones de jueces interinos de hacienda. En esta oportunidad acudió a la ley 5 del título 7 del libro 9 de la Recopilación castellana en lo que respecta a la obligación de que los jueces que tuvieran que entender en pleitos sobre rentas públicas, los librasen “breve y sumariamente, de plano y sin figura de juicio, sabida solamente la verdad, y en juicio verbal siempre que sea posible”<sup>45</sup>.

Otro caso en el que Pico hizo uso del derecho indiano fue al dictaminar cuando el obispo de Cuyo protestó contra el proyecto de ley del Gobierno de Mendoza para la desamortización de los bienes afectos a capellanías. En este caso sostuvo que no afectaba las prerrogativas ni los beneficios eclesiásticos la ley que disponía la redención de capellanías mediante la conversión en fondos públicos nacionales de capitales destinados al sostén del clero y que la mencionada ley no implicaba un avance sobre la jurisdicción eclesiástica, por cuanto los bienes afectados a capellanías, por Real Cédula de 22 de marzo de 1789 pasaron a depender de la jurisdicción civil. Conforme esta Real Cédula el conocimiento de principales y réditos de toda clase de capellanías y obras pías, “no toca a los jueces eclesiásticos, sino a nuestras Justicias reales”. El Procurador recordó que conforme las Leyes de Indias los bienes afectos a capellanías estaban bajo la jurisdicción eclesiástica pero que esta situación había cambiado al dictarse la mencionada Real Cédula<sup>46</sup>.

Finalmente, Pico invocó las Recopiladas al opinar acerca de gratuidad del asesoramiento a los pobres, ante un pedido del Departamento de Justicia, cuando sostuvo que no es procedente la reclamación hecha al Gobierno por cobro de honorarios en virtud de defensas hechas por abogados a pobres de solemnidad. En este caso mencionó la ley 16 del título 16 del libro 2 de la Recopilación de Castilla que establece que los abogados están obligados a defender a los pobres gratuitamente: *de gracia y por amor del Dios*<sup>47</sup>.

---

dictámenes de Francisco Pico”, en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1980, N° 7, pp. 9-22.

<sup>45</sup> *La Administración de Rentas del Rosario-sobre letras protestadas*, 18 de diciembre de 1863, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 19-21.

<sup>46</sup> *El Obispo de Cuyo protesta contra el proyecto de Ley del Gobierno de Mendoza sobre la desamortización de los bienes afectos a Capellanías*, 25 de junio de 1873, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 165-166. No figura para quién redactó este dictamen.

<sup>47</sup> *El Doctor Marcelino Aguirre, cobra honorarios como Defensor oficioso de pobres de solemnidad procesados*, 13 de junio de 1874, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 192-193.

## 2. El derecho indiano en los dictámenes de Eduardo Costa

El Procurador Eduardo Costa<sup>48</sup> fue un asiduo usuario del derecho indiano entre 1879 y 1889 cuando le tocó dictaminar en épocas de duros enfrentamientos entre católicos y liberales acerca del matrimonio civil y sobre las espinosas relaciones entre la Iglesia y el Estado.

En 1879 al opinar acerca de si aún subsistía el impedimento civil consagrado por “las antiguas Leyes Españolas” en presencia de los nuevos principios establecidos por la Constitución, Costa repasó lo dispuesto por la ley 15, título 2, Partida 4 acerca de los impedimentos dirimentes<sup>49</sup>, para concluir que esta ley no estaba vigente por ser opuesta al Derecho Canónico y que correspondía aplicar la disposición del Fuero Real que establece “Firmemente defendemos que ninguno sea osado de casar contra mandamiento de Santa Iglesia, pues que le fuera defendido”. Aunque el Procurador no individualizó la norma, se trata de la ley 7, del título 2 del Libro 3 del referido Fuero. Costa se apoyó también en la glosa de Gregorio López a esta ley -lo que da cuenta de su familiaridad con la doctrina castellana- para asesorar al Departamento de Culto acerca de que “no hay ninguna ley civil que impida las uniones entre un Católico y un Protestante”, que la prohibición “es de Derecho Canónico y que es únicamente ante estas últimas autoridades que deben solicitarse las dispensas necesarias, ya que la ley civil ordena reprobado los matrimonios que la Iglesia reprueba y reconocer como legítimos los que ella sanciona, no obstante el principio de la libertad de cultos de la Constitución Nacional”<sup>50</sup>.

Unos años más tarde, en 1883, al evacuar una consulta del Ministro de Relaciones Exteriores acerca de la pena que correspondía a quien falsificaba moneda extranjera, invocó “las leyes de Partida y las Recopiladas”. El Procurador

---

<sup>48</sup> Nació en Buenos Aires el 27 de abril de 1823. Se graduó de doctor en jurisprudencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1848 con una tesis sobre la capacidad para testar. Fue fiscal de gobierno, diputado por la provincia de Buenos Aires de 1856 a 1860, senador provincial hasta 1862, Ministro de Gobierno del Gral. Mitre de 1862 a 1868, Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública y Ministro de Relaciones Exteriores, entre otros cargos. En opinión de Cutolo, extendió “luminosos y notables” informes en su carácter de Procurador General de la Nación. Falleció el 13 de julio de 1897. Conforme VICENTE OSVALDO CUTOLO, *Nuevo diccionario biográfico argentino (1750-1930)*, Buenos Aires, Elche, 1968, Tomo 2, pp. 387-388.

<sup>49</sup> “En qué manera desvariamiento de ley, ó fuerza ó miedo embargan los casamientos que se non fagan”. Por esta ley se prohíbe el matrimonio de cristiano con judía, mora o hereja, salvo que ésta se convierta. Cabe señalar que en este dictamen se consigna erróneamente la palabra “india” en lugar de “judía”.

<sup>50</sup> *Matrimonio entre disidentes-sobre si aún subsiste el impedimento civil consagrado por las antiguas Leyes Españolas en presencia de los nuevos principios establecidos por la Constitución*, 20 de mayo de 1879, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 305-306.

se refería en este caso a la ley 9 del título 7 de la Partida 7 que “los equiparaban a los reos de lesa magestad, y los castigaban con penas aún más terribles”<sup>51</sup>.

Costa fue un férreo defensor del Derecho de Patronato, posición que puso de manifiesto en sus dictámenes para el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto.

En junio de 1884 el Procurador intervino en el caso del retiro de la pastoral del vicario capitular de la provincia de Córdoba, Dr. Gerónimo Clara. En esta oportunidad, se planteó un conflicto entre el gobierno de la provincia de Córdoba y el vicario capitular Gerónimo Clara como consecuencia de una pastoral de Clara que proclamaba que no era lícito que los padres mandaran a sus hijos a la Escuela Normal creada en Córdoba, que el vicario calificaba de protestante “porque sus preceptores no son católicos”.

El Procurador se apoyó, entre otras fuentes, en el derecho indiano al señalar expresamente que “las naciones que surgieron de las antiguas colonias, han declarado todas que continúan en vigor las leyes que regían antes de su emancipación” y que por la ley 19, título 12 del Libro 1 de la Recopilación de Leyes de Indias “los Reyes de España mandaron se corrija y se castigue, hasta con destierro, los abusos que se comenten desde el púlpito”<sup>52</sup>.

También la doctrina indiana le fue útil a Costa a la hora de aconsejar se amoneste al Cabildo Eclesiástico por no llamar a juicio al vicario, cuando remitió a Juan de Solórzano Pereyra y su *Política Indiana* en lo que respecta a las facultades del Cabildo<sup>53</sup>.

En este dictamen sostuvo que el Poder Ejecutivo debía pasar al Procurador Fiscal de la Provincia de Córdoba la carta pastoral del vicario capitular, a fin de que éste dedujera la acción que correspondiere, porque la pastoral se fundaba en disposiciones de la Santa Sede que no habían recibido el “pase” que la Constitución preveía y su texto era contrario a los principios de libertad de conciencia, tolerancia de cultos e igualdad que la Constitución consagraba a todos los habitantes.

En el mismo informe aconsejaba separar al vicario del gobierno de la diócesis y suspenderlo de oficio y beneficio en el coro de su Iglesia. En el mismo documento, Costa reivindicó para el Poder Ejecutivo el derecho de Patronato “que los Reyes de España ejercieron sin reserva” y que luego de la Independencia “los

---

<sup>51</sup> *La legación de Bolivia, reclama de un fallo absolutorio de los Tribunales de la Capital, dictado en un juicio criminal sobre falsificación de moneda boliviana*, 17 de mayo de 1883, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 419-420.

<sup>52</sup> La ley que cita Costa dispone “Que los predicadores no digan desde el púlpito palabras escandalosas”.

<sup>53</sup> Se refiere a los puntos 41 y 42 del Capítulo 3, Libro 4º. Sobre facultades cabildo eclesiástico.

gobiernos de las Naciones Americanas -entre ellos el nuestro- declararon inherente a sus Soberanías (...)"<sup>54</sup>.

Las pastorales de los obispos continuaron ocupando al Procurador, y solo cuatro meses y medio más tarde, Costa volvió a dirigirse al Ministro de Relaciones Exteriores y Culto para defender el derecho de Patronato cuando el Obispo de Salta prohibió la concurrencia de los niños a las escuelas laicas, bajo pena de privación de los sacramentos. En esta oportunidad también encontró las soluciones en la Recopilación castellana y en reales cédulas y leyes de la Recopilación indiana, tales como la ley 13, título 3; el libro 4 y ley 5; título 14 del Libro 8<sup>55</sup> de la primera y la Real cédula de 1573 que autoriza al Virrey del Perú para expeler del Reino a los Clérigos y Religiosos díscolos e ingratos y otra del 17 de mayo de 1619 -dictada por Felipe III en Almada y recogida en la Recopilación indiana como ley 5 del título 1, libro 3- dirigida al mismo Virrey por la que se ordena que cuando los religiosos graves "andan parciales e inquietos en materia de elecciones" y "no se halla otro remedio de componerlos y quitarlos, el más eficaz es sacarlos de sus Provincias o embarcarlos para España"<sup>56</sup>.

En esta ocasión Costa igualmente acudió a la doctrina indiana al citar a Solórzano en lo que respecta "al castigo y extrañamiento de los clérigos, seglares o regulares, y de los prelados por el abuso en la predicación o el mero desorden en las costumbres"<sup>57</sup>.

En cuestiones de procedimiento el Procurador Costa también hizo alusión al derecho indiano, aunque en este caso para informarle al Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública, en forma genérica, que "La consulta de las antiguas leyes españolas, es un procedimiento no legislado por nuestras leyes procesales" y que por lo tanto correspondía acordar el indulto a un reo que absuelto en primera instancia había sido condenado por la Cámara en lo Criminal, la que tomó conocimiento de la causa no por apelación, sino por habersele remitido el expediente en consulta". El Procurador explicó que la consulta debe "su existencia en América, más que a la Ley, a la facultad de dictar ordenanzas o *acordadas* para su

<sup>54</sup> *El Gobierno de Córdoba, sobre el retiro de la Pastoral del Vicario Capitular, Dr. Gerónimo Clara*, 3 de junio de 1884, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 485-499.

<sup>55</sup> "Mandamos que los Obispos y Abades u otras cualesquiera personas Eclesiásticas no sean osados de aquí delante de escandalizar las ciudades, villas y lugares de nuestros Reinos, ni demostrar de bandos ni parcialidad, ni hagan ligas ni monopolios, ni para lo tal den consejo, ni ayuda, y si lo contrario hicieren, pierdan la naturaleza de nuestros Reinos y así como ajenos de él, no gocen de sus temporalidades".

<sup>56</sup> "Que los prelados no se entrometan en lo tocante a la jurisdicción real, y en casos notables avisen al Rey".

<sup>57</sup> Cita *Política Indiana*, capítulo 23. *El Gobierno de Salta, sobre la Pastoral publicada por el Sr. Obispo prohibiendo la concurrencia de los niños a las escuelas laicas*, 20 de octubre de 1884, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 521-531.

régimen y gobierno, de que gozaban las Audiencias”<sup>58</sup>, aunque en esta oportunidad se apartó de la solución prevista en el derecho indiano.

El Derecho de Patronato llevó nuevamente a Costa a abreviar en el derecho indiano cuando el Ministro de Culto se dirigió a él para conocer “la manera cómo los Gobiernos de Provincia han ejercitado el Vice-Patronato que el Gobierno de la Confederación delegó en su favor en lo relativo a la provisión de Curatos”. En este dictamen, citó la ley 24, título 6 del libro 1 de la Recopilación Indiana que establece “Ordenamos y mandamos que en vacando cualquier beneficio curado, los Arzobispos y Obispos pongan edictos públicos”, expresando que “esta diligencia se hace por orden y comisión nuestra, para que se vengán a oponer, conforme a lo que manda el Santo Concilio de Trento”. El Procurador continuó con la cita:

De los así examinados, escojan los Arzobispos y Obispos tres, los más dignos y los propongan; el Virrey, Presidente o Gobernador escoja uno, el que le pareciere más a propósito, y lo presente en nuestro nombre y con esta presentación el Arzobispo u obispo, a quien tocara, haga la institución, sin que los Prelados puedan proponer ni propongan otro alguno, sino fuera de los opuestos y examinados.

Se refirió también a la ley 48 del mismo título y libro -aunque en su dictamen no indicó el libro y se equivocó en el título que individualizó el 16 en lugar del 6- que establece que el interinato de los Curatos no podrá exceder de cuatro meses, pasados los cuales, no se debe dar ningún salario o estipendio “a los Curas nombrados ad-interim”. Costa volvió a invocar al derecho indiano cuando afirmó que esta disposición de la Recopilación de Indias fue “mandada observar estrictamente por la Cédula de diciembre 5 de 1796”. Se trata de la disposición que Su Majestad dirigió al Obispo de Arequipa, acerca de que las vacantes de los curatos no durasen más de los cuatro meses que previene la ley<sup>59</sup>. En el mismo informe el Procurador acudió a la doctrina indiana, cuando citó a Solórzano con su *Política Indiana*, libro 4, Cap. 15<sup>60</sup>.

El derecho indiano le sirvió a los Procuradores para fundar dictámenes que giraron alrededor de un variopinto universo de cuestiones. En un tema como la validez de los contratos públicos de compra-venta otorgados por el Poder Ejecutivo sin la concurrencia de testigos, Costa invocó en su dictamen para el Ministerio del Interior la ley 114, del título 18 de la Partida 3 que “equipara el sello,

<sup>58</sup> *El Defensor de Agustín Trucco, pide para éste gracia*, 27 de octubre de 1885, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 561-568.

<sup>59</sup> *Recopilación de Leyes de Indias*. Disponible en (<http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm>) [Fecha de consulta: 28/12/2012]

<sup>60</sup> *Los Gobernadores de Provincia, sobre la forma en que ejercen el Vice-Patronato respecto a los curatos*, 17 de abril de 1885, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 577-584.

es decir la firma del Rey, a la escritura autorizada por un escribano y dos testigos”. Cabe señalar que Costa citó erróneamente el título 17, en lugar del 18, que es el que corresponde, cuya ley 114 establece que

Deben las cartas para probar los pleitos sobre que fueron hechas; donde decimos que si fueren selladas con sello del Rey o del Arzobispo o de Obispo o de Cabildo o de Abad bendito que debe valer contra aquel que las mandó sellar. E aún decimos, que toda carta sea fecha por mano de escribano público en que haya escritos los nombres de dos testigos a los menos que vale para probar lo que en ella discere.

En este caso resulta importante la opinión del Procurador acerca de la vigencia del derecho indiano, cuando afirmó que “no siendo posible que un Código dé solución a todas las cuestiones, es lícito ocurrir a las leyes que han regido anteriormente, en los casos no previstos y dudosos (...) La ley de Partida antes citada es entonces, perfectamente aplicable al presente”<sup>61</sup>.

Un asunto en el que el derecho indiano ocupó varias fojas del dictamen de Costa es el de la libre navegación de los ríos. Acá las Partidas constituyeron el único cuerpo legal de este derecho que le sirvió de fuente al Procurador, el que invocó con frecuencia a lo largo de su escrito. En este trabajo para el Departamento del Interior, aludió a la ley 3, título 27 de la Partida 3 -aunque citó erróneamente el título 8 en lugar del 28, que es el que corresponde-, que instituye que “Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo, son éstas: el aire, las aguas de la lluvia; cualquiera criatura que viven puede usar de estas cosas, según él fuera menester”.

El Procurador continuó valiéndose de las Partidas al traer a colación lo que dispone la ley 6, título 28, Partida 3 acerca de que “(...) los ríos y los puertos y los caminos públicos, pertenecen a todos los omes comunalmente, en tal manera, que también pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña, como los que moran o viven en aquella tierra do son”. Otra vez Costa se equivocó en la Partida que transcribió, pues se trata de la Partida 3 y no la 5 como consignó en su dictamen.

Continuando con el mismo título y Partida, el Procurador sostuvo que “Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo, son éstas; el aire, e las aguas del mar, e la ribera, e por nada todo ome se puede aprovechar de la mar e de la ribera, pescando e navegando e fazendo todas las cosas que entiende a su pro son” y que:

---

<sup>61</sup> El Dr. Mariano Pereyra, *sobre la validez de los contratos públicos de compra-venta otorgados por el Poder Ejecutivo sin la concurrencia de testigos*, 28 de octubre de 1887, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 633-636.

E como quiera que las riberas de los ríos son cuanto al Señorío, de aquellos cuyo son las heredades a que están ayuntadas: con todo eso, todo ome puede usar de ellas, ligando a los árboles que están y sus navíos; e adobando sus naves, e sus velas en ellas, e poniendo y sus mercaderías; e pueden los pescadores y poner sus pescados, e exugar sus redes, e usares de las riberas en todas las otras cosas semejantes, que pertenecen al arte, o al menester por que viven.

Del mismo título y Partida citó también la ley 8 que prescribe que:

Molino, nin cañal, ni casa, nin torre, nin cabaña, ni otro edificio ninguno, non puede ningúnd ome fazer nuevamente en los ríos por los cuales los omes anden con sus navios, ni en las riberas de ellos porque se embargase el uso comunal de ellos. E si alguno lo fiziese y de nuevo, o fuesse fecho antiguamente de que viniesse el año al uso comunal debe ser derribado. Ca non seria cosa guisada que el pro de todos los omes comunalmente se estorbasse por la pro de algunos.

Al transcribir esta ley, el Procurador omitió colocar la palabra “nin torre” entre “ni casa” y “nin cabaña”.

Costa justificó este intensivo uso del derecho indiano cuando afirmó que “Estas sabias disposiciones que los Reyes de España tomaron de la legislación romana, y que son, puede decirse, de derecho universal, no podrían faltar en nuestros Códigos”. Para el Procurador, estas las normas de las Partidas son correctas y fuentes de nuestra legislación<sup>62</sup>.

### 3. El derecho indiano en los dictámenes de Antonio Malaver

Antonio Malaver<sup>63</sup> conocía muy bien el derecho indiano, ya que en 1875, cuando escribió su *Curso de procedimientos judiciales en materia civil y mercantil*<sup>64</sup>, no

<sup>62</sup> *La Sociedad General Pobladora y varios propietarios ribereños, piden la suspensión de los puentes de Barracas y demás obstáculos que impiden la libre navegación del Riachuelo*, 10 de setiembre de 1889, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 677-705.

<sup>63</sup> Nació en Buenos Aires el 9 de abril de 1835 y sus padres fueron Antonio Malaver y Pía Sánchez. En 1853 se recibió de agrimensor y como tal prestó servicios a las órdenes del General Paz en el sitio a Buenos Aires; estudió medicina un año y luego derecho hasta alcanzar el título de doctor en jurisprudencia en 1864. Dictó derecho procesal en la Universidad de Buenos Aires; fue diputado provincial entre 1865 y 1869; ocupó la cartera de Gobierno provincial de 1869 a 1872, fue convencional entre 1872 y 1873, participó como vocal de la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal (1885) y fue Procurador General de la Nación de 1890 a 1892; falleció en 1897. Conforme MARÍA ANGÉLICA CORVA, “Ideas políticas y administración de justicia: Vicente Fidel López y Antonio E. Malaver”, en *Anuario del Instituto de Historia Argentina [online]*, 2008, N° 8, pp. 99-122. Disponible en ([www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art\\_revistas/pr.3213/pr.3213.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.3213/pr.3213.pdf)) [Fecha de consulta: 17/08/2012].

olvidó la tradición jurídica indiana y citó las Partidas, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, la Recopilación de Castilla, la Recopilación de Indias y las Leyes de Toro, así como la doctrina de los autores que se utilizaban en el período hispánico como Gregorio López, tal como lo ha señalado Díaz Couselo en su trabajo sobre la jurisdicción arbitral indiana y su continuidad después de la Revolución en Buenos Aires<sup>65</sup>.

Como Procurador General de la Nación, en 1890, cuando le tocó dictaminar para el Departamento de Justicia en un caso en el que un defensor *ad-hoc* pretendió cobrar honorarios de su defendido, hizo suyos los argumentos del Procurador Pico y la cita de la ley 16, título 16, libro 2º de la Recopilación de Castilla al afirmar que no hay ley alguna que autorice al Poder Ejecutivo a abonar honorarios a abogados nombrados de oficio que han hecho defensas en juicios a pobres de solemnidad<sup>66</sup>.

En otro dictamen en el que Malaver se tuvo que pronunciar sobre un contrato de compra-venta de tierras públicas, las Partidas, las Leyes de Toro, la Recopilación castellana y la obra de Gregorio López acudieron en apoyo de su postura. En esa oportunidad, mencionó la ley 28, título 5, Partida 5 que establece las acciones y obligaciones correlativas que de él nacen para los otorgantes, para el vendedor y para el comprador<sup>67</sup>; la ley 63 de Toro que estatuye que “El derecho de ejecutar por obligación se prescriba por diez años, y la acción personal, y la executoria dada por ello, se prescriba por veinte años”; la ley 47, título 28, Partida 3 que señala que “maguer estonce non estoviesse la cosa delante, nin lo apoderasse della, con todo eso gana el señorío della aquel a quien la vende, o la da” -aunque erróneamente citó la ley 46 en lugar de la 47, que es la correcta-; la ley 28, título 8, Partida 5 que requiere celebrar contrato en escritura pública<sup>68</sup>; la glosa de Gregorio López a la ley 28, título 8, Partida 5; la ley 3, título 14, Partida 1 que prescribe la obligación de registrar el acto “por carta de Escribano Público”; la ley 69, título 18, Partida 3 que requiere que la enfiteusis se haga constar en escritura pública y la ley 6, título 30, Partida 3 sobre tradición longa manu. El elenco de disposiciones alfonsíes continuó con la alusión a la ley 7 título 30 de la Partida 3 -aunque Malaver

<sup>64</sup> Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1875.

<sup>65</sup> JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “La jurisdicción arbitral indiana. Su continuidad después de la Revolución en Buenos Aires (1810-1880)”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p. 237-255. Disponible en (<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2548/14.pdf>) [Fecha de consulta: 15/08/2012]

<sup>66</sup> *El Juzgado Federal de la Provincia de Buenos Aires sobre honorarios del Dr. D. Alberto Oteiza como defensor ad-hoc*, 27 de diciembre de 1890, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 768-770. La opinión que hace propia en este dictamen es la emitida por Pico en *El Doctor Marcelino Aguirre, cobra honorarios como Defensor oficioso de pobres de solemnidad procesados*, 13 de junio de 1874, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 192-193 mencionada precedentemente.

<sup>67</sup> “Pagar debe el comprador al vendedor el precio que el prometió e aquel que hizo la vendida, debe al toro entregar en aquella cosa quel vendió, con todas las cosas que pertenecen a ella o le son ayudadas”.

<sup>68</sup> “E tal pleyto como este, debe ser fecho con placer de ambas partes e por escrito ca de otra guisa no valdría”.

se reproduce erróneamente el título cuando mencionó el título 3 en lugar del 30- sobre tradición simbólica “la que se verifica por la entrega de las llaves, con la que se entienden entregadas las mercaderías que se hallan en la casa”; la ley 8 siguiente sobre otra forma de esta misma especie de tradición; la ley 9, título 30 de la Partida 3 sobre constitutum possessorium y la ley 21, título 29, Partida 3 sobre prescripción adquisitiva. También acá el Procurador señaló la acogida que esta ley de Partidas tuvo en el Código Civil a través de los arts. 4015 y 4016.

No faltó en este dictamen la referencia a la ley 6, título 15, libro 4 de la Recopilación castellana según la cual la acción personal se prescribe por veinte años, y la mixta de personal y real se prescribe por treinta años, “resumida por nuestro Legislador” -en opinión de Malaver- “en el art. 4017 del Código Civil”<sup>69</sup>.

#### 4. El derecho indiano en los dictámenes de Sabiniano Kier

Dos dictámenes del Procurador Sabiniano Kier<sup>70</sup> recogen el derecho indiano en cuestiones bien diversas. En el primero en lo que respecta al Derecho de Patronato y al derecho de presentar obispos, en el que aludió a “la Real disposición de Carlos III comunicada a las Audiencias de Indias” que disponía: “para que mereciendo nuestra aprobación, se lleve a efecto el nombramiento de tal persona, y si hubiere legítimo reparo, se mande al Arzobispo u Obispo proponer a o destinar otra persona”. Se trata de una Real decisión del 16 de julio de 1784, receptada en la Novísima como ley 14, del título I del Libro 2<sup>71</sup>.

En el segundo, al pronunciarse sobre bienes del Estado Nacional recordó que:

<sup>69</sup> *La sucesión de D. Florentino Castellanos, sobre posesión de terrenos ubicados en esta Capital*, 26 de diciembre de 1890, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 770-785.

<sup>70</sup> Nació en la ciudad de Buenos Aires en 1832. Hijo de Cristian Kier y Claudia Campana. Inició sus estudios en el Colegio Republicano, continuándolos luego en la Universidad de Buenos Aires, que por aquella época funcionaba en el Viejo Convento de San Francisco. Doctorado en leyes en 1855, a los 24 años se incorporó al Superior Tribunal de Justicia como relator. En el año 1862 actuó como Consejero de la Municipalidad de Buenos Aires. Diputado Provincial entre abril de 1864 y mayo de 1866. Fiscal General de Gobierno Interno desde marzo de 1865 a marzo de 1868. Convencional Constituyente Provincial desde mayo de 1870 a julio de 1872. En su carrera judicial fue Juez, Camarista y Vocal del Tribunal Superior de Justicia. Integrante de la primera Suprema Corte de Justicia, presidió la misma los años 1878 y 1885. Convencional Constituyente Provincial desde octubre de 1882 a diciembre de 1885. Vocal de la Comisión Administradora de Edificios Públicos entre 1882 y 1885. Falleció en 1902. *Poder Judicial, Provincia de Buenos Aires, Primeros Ministros de la Corte* Disponible en ([www.scba.gov.ar/deptohistorico/ministros.asp](http://www.scba.gov.ar/deptohistorico/ministros.asp)) [Fecha de consulta: 28/12/2012]

<sup>71</sup> *Sobre nombramientos hechos por el Ilmo. Obispo de Salta*, 7 de agosto de 1895, *Dictámenes*, Tomo II, pp. 36-39.

es sabido que por las leyes españolas que le dieron régimen, el Cabildo o Ayuntamiento, se componía del Alcalde, Corregidores y Administradores; esto es, de los encargados de la justicia y de la Administración, y por ello la ley 15, tit. 6º Lib. 3º de la Recopilación castellana disponía que los Corregidores hicieran casa de consejo y cárcel donde no los hubiere; lo que se practicó sin duda en Buenos Aires, cuando en ella actuaron siempre y administraron justicia los Alcaldes, Regidores y hasta las Audiencias.

Este fundamento llevó al Procurador a sostener que “el edificio del Cabildo de la ciudad de Buenos Aires no es de propiedad municipal y quedó bajo la jurisdicción de la Nación en virtud de lo preceptuado en el art. 2º de la ley de 21 de septiembre de 1880”<sup>72</sup>.

## 5. El derecho indiano en los dictámenes de Julio Botet

Nuevamente la discusión en torno al Derecho de Patronato llevó a que el Procurador, en este caso Julio Botet, echara mano del derecho indiano para afirmar que un obispo diocesano no puede oponerse a que entren en el templo la bandera nacional, “so pretexto de no estar bendita o de no ser la bandera de guerra u oficial” y que no había disposición eclesiástica que hubiera obtenido el “pase” que la Constitución prescribía, que autorizara tal oposición.

En efecto, cuando en 1906 el Procurador tuvo que pronunciarse acerca de una actitud del obispo de Santa Fe en relación con la bandera nacional, citó las leyes 43, 44 y 45, del título 6, Libro I de la Recopilación indiana que prescribían que “si algún particular fundare Iglesia u obra pía, tenga el patronazgo de ella, y los prelados la jurisdicción, que les da derecho”; “que el Mayordomo de fábricas de Iglesias y Hospitales de Indios se nombre, conforme al Patronazgo” y “que los Prelados guarden el Patronazgo, y en lo que dudares, avisen al Consejo, sin hazer novedad”<sup>73</sup>.

## VI. LA VIGENCIA DEL DERECHO INDIANO EN LA OPINIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

<sup>72</sup> *Sobre la propiedad del edificio del antiguo Cabildo*, 16 de mayo de 1894, *Dictámenes*, Tomo II, pp. 48-51.

<sup>73</sup> *Obispo de Santa Fe, sobre prohibición de entrar la bandera nacional en el templo*, 31 de mayo de 1906, *Dictámenes*, Tomo II, pp. 326-328.

El análisis de las remisiones al derecho indiano efectuadas por los Procuradores no solo nos sirve para conocer de qué disposiciones u obras se valieron estos funcionarios, sino que nos permite también medir las opiniones de los Procuradores acerca de la vigencia de ese derecho con posterioridad a 1810 y en aún en las épocas en las que les tocó dictaminar.

Los Procuradores Costa y Malaver expresaron su convicción acerca de la continuidad de las leyes que regían antes de la emancipación.

Eduardo Costa, por ejemplo, consideró su validez en “las naciones que surgieron de las antiguas colonias”<sup>74</sup>, sobre todo al considerar que ante las lagunas legislativas era lícito valerse de las leyes que habían regido con anterioridad<sup>75</sup> porque además se trataba disposiciones de derecho universal que no podrían faltar en nuestros Códigos, que eran correctas y fuentes de nuestra legislación<sup>76</sup>. Sin embargo, en otro supuesto, se apartó de la solución prevista en el derecho indiano, basado en que el procedimiento de “consultas” no había sido previsto en el sistema vigente<sup>77</sup>.

Malaver, por su parte justificó la invocación del derecho indiano en el entendimiento de que sus soluciones estaban alineadas con el Código Civil y por lo tanto vigentes<sup>78</sup>.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

El presente trabajo se enrola en una línea de investigación en la que vengo trabajando desde 1986 y que apunta a detectar la continuidad de la invocación del

<sup>74</sup> *El Gobierno de Córdoba, sobre el retiro de la Pastoral del Vicario Capitular, Dr. Gerónimo Clara*, 3 de junio de 1884, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 485-499.

<sup>75</sup> *El Dr. Mariano Pereyra, sobre la validez de los contratos públicos de compra-venta otorgados por el Poder Ejecutivo sin la concurrencia de testigos*, 28 de octubre de 1887, *Dictámenes*, Tomo I pp. 633-636.

<sup>76</sup> *La Sociedad General Pobladora y varios propietarios ribereños, piden la suspensión de los puentes de Barracas y demás obstáculos que impiden la libre navegación del Riachuelo*, 10 de setiembre de 1889, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 677-705.

<sup>77</sup> *El Defensor de Agustín Trucco, pide para éste gracia*, 27 de octubre de 1885, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 561-568.

<sup>78</sup> Se refiere a que el contrato de compraventa, “tanto por el antiguo Derecho Español, como por nuestro Código Civil (...)” no transmitía por sí solo la propiedad de la cosa vendida y a las normas de las Partidas que se reflejaron en los arts. 4015 a 4017 del Código Civil. *La sucesión de D. Florentino Castellanos, sobre posesión de terrenos ubicados en esta Capital*, 26 de diciembre de 1890, *Dictámenes*, Tomo I, pp. 770-785.

derecho indiano después de la Revolución de Mayo y aún cuando ya se habían dictado y se aplicaban en la República Argentina los nuevos cuerpos legales<sup>79</sup>.

En este sentido, el análisis de los dictámenes que los Procuradores elaboraron para el Poder Ejecutivo da cuenta de la invocación del derecho indiano en cuestiones de índole administrativa en la segunda mitad del siglo XIX y primera del XX.

La lectura de estas piezas documentales, en las que los Procuradores se desplazan con soltura de una norma de las Partidas a otra de la Recopilación indiana, de Gregorio López a Solórzano, evidencia la familiaridad de estos funcionarios, a quienes les tocó actuar en la segunda mitad del siglo XIX y aun en las primeras décadas del siglo XX, con el derecho heredado.

Más allá de algunos errores que los Procuradores cometieron a la hora de volcar las disposiciones -los que ya se detectan en el documento que le sirvió de fuente a los *Dictámenes*, los *Informes de los Consejeros Legales del Poder Ejecutivo*- el derecho indiano que se cita es la Recopilación castellana, referida en seis dictámenes; las Partidas en cinco, la Recopilación de Leyes de Indias en cuatro y el Fuero Real, las Leyes de Toro y la Novísima en una sola oportunidad, cada una de estas tres últimas fuentes. Los Procuradores también mencionaron reales cédulas y ordenanzas o acordadas de la Audiencia así como la doctrina de Gregorio López en dos dictámenes y la de Juan de Solórzano Pereira en tres.

No puedo afirmar que la invocación del derecho indiano en este contexto haya sido frecuente ya que como enseña Díaz Couselo “a medida que se incorporan nuevas normas al orden jurídico argentino, se reducen las invocaciones al derecho indiano especialmente durante el siglo veinte en que se convierten cada vez más en excepcionales”<sup>80</sup>.

No obstante, tal como ha señalado el mismo autor, “La Revolución no alteró todo el sistema constitucional indiano, ni ello ocurrió con la posterior independencia, pues no se realizaron modificaciones en gran parte del ámbito administrativo y judicial” y “sobrevive el pasado en muchos aspectos de la vida y de

<sup>79</sup> Ver “Presencia del Derecho Indiano en las vistas de Gerónimo Cortés”, en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1988, N° 16, pp. 489-502; “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*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2007, N° 35, pp. 227-268; “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*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2009, N° 37, pp. entre otros.

<sup>80</sup> JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “La tradición indiana y la formación del derecho argentino”, pp. 27-60 en *Biblioteca Jurídica Virtual*. Disponible en (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1733/5.pdf>) [Fecha de consulta: 23/08/2012]

la cultura, lo que es muy notorio en el campo jurídico dado que en él hubo una evidente continuidad cultural”<sup>81</sup>.

En el mismo sentido se había pronunciado Zorraquín Becú cuando sostuvo en 1973 que “gran parte del derecho castellano-indiano continuó en vigor durante muchas décadas, hasta que paulatinamente se fueron sancionando las reformas que en definitiva lo derogaron totalmente”<sup>82</sup>.

Entre los Procuradores, Eduardo Costa se presenta como el que hizo mayor uso del derecho indiano, atento a que recurrió a sus disposiciones en aproximadamente ocho dictámenes, mientras que Pico, Malaver, Kier y Botet también se mostraron versados en el referido derecho, aunque sin la erudición de Costa.

Por su parte, Carlos Tejedor, como Procurador General, no recurrió al derecho indiano a pesar de que no caben dudas de su conocimiento y manejo de este derecho<sup>83</sup>, el que se evidencia en su obra *Curso de derecho criminal*<sup>84</sup>.

Ello coincide con la falta de alusión al derecho indiano que Tejedor evidenció en sus dictámenes como Asesor de gobierno, conforme lo señala Alberto David Leiva. Según este autor, Tejedor “Por considerarlo impropio del procedimiento administrativo, por su formación universitaria, o por simple preferencia, Tejedor no cita casi nunca en los dictámenes al Derecho Romano ni tampoco al Derecho Indiano”<sup>85</sup>.

La presencia de las fuentes indianas en la labor de los Procuradores Generales de la Nación como asesores del Poder Ejecutivo demuestra una vez más -ahora en el ámbito del derecho administrativo- que en un mundo ideológico tan

<sup>81</sup> DÍAZ COUSELO, *La tradición indiana...*, cit.

<sup>82</sup> RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “Las fuentes del derecho argentino (siglos XVI a XX)”, en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1973, N° 1, pp. 309-346.

<sup>83</sup> Ver al respecto el trabajo de Francisco P. Laplaza, “El proceso histórico de la codificación penal argentina”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* N° 24, (1978), Buenos Aires, 1979, p. 78.

<sup>84</sup> Tejedor se refiere al derecho indiano cuando señala que “desde la conquista también hasta la emancipación, los reyes españoles dictaron para la América una legislación apropiada, que se conoce con el nombre de Recopilación de Indias. Pero destinada principalmente a la organización política y religiosa. Este es por ahora el derecho penal que podríamos llamar municipal o patrio. En lo que estas disposiciones no contengan, hay que ocurrir a los códigos generales, cuyo orden de observancia en lo criminal, como en lo civil, es el siguiente; 1º las leyes de la Recopilación Castellana 2º Las leyes del Fuero Real y Fueros Municipales en lo que son o fuesen usados y guardados 3º Las leyes de las Siete Partidas”. Carlos Tejedor, *Curso de derecho criminal*. 2 ed. Buenos Aires, Librería de Cl. M. Joly, 1871, p. 11.

<sup>85</sup> CARLOS TEJEDOR. *Dictámenes del Asesor de Gobierno del Estado de Buenos Aires*, ALBERTO DAVID LEIVA (recopilación y estudio preliminar). Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1996, p. 25

distinto de aquel en el que se habían desarrollado los principios indianos, quienes habían sido o luego serían políticos, juristas y profesores de la Universidad de Buenos Aires continuaban considerando -en la segunda mitad del siglo XIX y primera década del siglo XX- a la legislación y la doctrina indianas como parte integrante del derecho nacional.