

Un maldito Derecho

Un maldito Derecho

Leyes, jueces y revolución en la Buenos Aires
republicana, 1810-1830

Magdalena Candiotti



ediciones**Didot**

Candioti, Magdalena

Un maldito derecho : leyes, jueces y revolución en la
Buenos Aires republicana 1810-1830 / Magdalena Candioti. -
1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Didot, 2019.
Libro digital, PDF/A - (Historia)

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-3620-63-8

1. Historia del Derecho. 2. Historia Argentina. 3. Leyes . I.
Título.
CDD 340.0982

©ediciones **Didot**
©Magdalena Candioti

1° ed. en español
Hecho el depósito en ley 11.726
Libros de edición argentina
ISBN: 978-987-3620-63-8

Diseño de tapa: Ezequiel Cafaro

ediciones Didot
Arévalo 1830, CABA, Argentina
Te. (+54911) 6624-5381/4771-9821
www.edicionesdidot.com
didot@edicionesdidot.com

«A mis padres, por las raíces y las alas»

ÍNDICE

Prólogo a cargo de Marcela Ternavasio	11
Agradecimientos	15
Introducción	19
PRIMERA PARTE.	
La revolución jurídico-política.	
Retórica y diseños institucionales para la nueva república	37
CAPÍTULO 1. La revolución de los principios, 1810-1820	39
CAPÍTULO 2. La revolución de las instituciones, 1820-1830	77
SEGUNDA PARTE.	
La Revolución Erudita.	
Juristas repensando el derecho y la justicia	105
CAPÍTULO 3. Sociabilidad letrada y reconfiguración del campo jurídico experto en la Academia de Jurisprudencia	107
CAPÍTULO 4. Revolución en las aulas. La enseñanza del derecho en la Universidad de Buenos Aires	131
TERCERA PARTE.	
La Revolución en los Tribunales.	
Jueces, litigantes y formas de hacer justicia en el foro porteño	157
CAPÍTULO 5. Los jueces de la revolución	159
CAPÍTULO 6. Prácticas, leyes y valores en la cotidianeidad judicial	185
Epílogo	224
Bibliografía y fuentes	237

PRÓLOGO

Por Marcela Ternavasio

Un maldito Derecho. Leyes, jueces y revolución en la Buenos Aires Republicana es un libro que muchos estábamos esperando ver publicado. Hace ya varios años que su autora comenzó a transitar por los “pasillos de los tribunales” del pasado para ofrecernos este consistente relato, producto de una investigación de largo aliento. Una investigación que se fue plasmando en dos estaciones fundamentales con su tesis de maestría y luego con su tesis doctoral, dirigidas ambas por Juan Manuel Palacio y codirigida su tesis doctoral por Jorge Gelman. Tuve el placer de ser jurado de la primera y pude seguir la trayectoria de Magdalena Candiotti desde el momento en que siendo una joven recién graduada en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Rosario me consultó sobre sus inquietudes acerca del tema de la justicia en el siglo XIX. Su derrotero posterior, ya en Buenos Aires, demostró lo que pude intuir en aquel primer encuentro: que la autora de este libro se convertiría en un referente sobre el tema que la inquietaba y en el que estaba dispuesta a volcar su saber disciplinar de procedencia como también a adquirir las herramientas del oficio de historiadora.

Estamos, pues, ante un texto cuyo mayor aporte no reside en instalarse en un *vacío*, sino en un terreno transitado fundamentalmente por especialistas en historia del derecho –de cuyas contribuciones se nutre la autora– y que, sin embargo, no había merecido hasta el momento una reconstrucción tan exhaustiva realizada a la luz de las nuevas perspectivas y enfoques que renovaron en los últimos años tanto la historia de la justicia como la historia política del período post revolucionario. En tal sentido, Magdalena Candiotti dialoga constantemente con las diversas capas arqueológicas de una historiografía que, de manera directa o indirecta, se ocupó del tema y ofrece una clave de lectura original basada en la exploración de numerosos y variados corpus documentales.

¿Dónde reside esa originalidad? Entre muchos otros aspectos, en su particular talento por colocar nuevas (y buenas) preguntas y en discutir tanto los enfoques más tradicionales como los más novedosos sobre el nuevo papel de la justicia en Buenos Aires en las dos décadas que continuaron al acontecimiento

revolucionario. El libro está atravesado por sucesivos interrogantes, planteados de manera explícita, en los cuales es fácil percibir su afán por despejar viejos presupuestos para someterlos a la crítica y avanzar en un pormenorizado análisis de las fuentes documentales que subtienden sus argumentos. Candiotti no le escapa a la polémica y colabora con el lector no especializado en hacerle inteligible los debates que actualiza y sobre los cuales adopta posiciones claras.

De este modo toma distancia de los enfoques tradicionales, acostumbrados a medir o evaluar las plasmaciones institucionales producidas en esos años según los modelos cristalizados mucho más tarde o según los parámetros ideales desde los cuales se supone que debe funcionar un poder judicial. En este sentido, se aleja de lo que podríamos denominar una *historia de efectos* que mira el pasado a la luz de lo que vino después y no del sentido propio con el que los actores enfrentaron los desafíos de su propio presente. Escapa así de las nociones de *fracaso*, *desviación*, *experiencia incompleta* o *fallida* para dotar de su específica densidad histórica a cada uno de los itinerarios que explora.

Pero también toma distancia de algunas claves de lectura de la nueva historiografía sobre el tema, tanto jurídica como política, que ha enfatizado las líneas de continuidad sobre las formas de ejercer y entender la justicia entre el viejo orden colonial y el nuevo orden post-revolucionario. En este punto la autora es contundente y avanza la hipótesis central de todo el libro; a saber, el carácter revolucionario y la centralidad performativa de los discursos sobre la justicia en las dos décadas analizadas. Lejos de las visiones que devalúan la potencia de los discursos para hacer hincapié en las realizaciones concretas que se plasmaron en las prácticas institucionales, Candiotti destaca a través de ellos la importancia que asumen las nuevas concepciones acerca de la ley y del orden justo en las prácticas de justicia y el modo en que contribuyeron al resquebrajamiento del orden jurídico y político vigente, considerado trascendente e indisponible hasta la revolución.

Y para no dejar dudas sobre su interpretación *no continuista*, el libro se estructura en tres grandes partes cuyos títulos –encabezados por el concepto de “revolución”– ponen en evidencia el enfoque como asimismo la eficaz manera de organizar sus materiales y argumentos. En la primera parte, *La revolución jurídico-política*, se concentra en los debates, proyectos y reformas judiciales marcando los puntos de inflexión entre la década revolucionaria y la llamada “feliz experiencia rivadaviana”. En la segunda, *La revolución erudita*, recupera los discursos de los expertos sobre el derecho y la justicia en los foros más emblemáticos, como la Academia de Jurisprudencia y la Universidad de Buenos Aires, donde incluye el estudio de diversas trayectorias de juristas y letrados que iluminan la coexistencia de diversos lenguajes y proyecciones sobre el nuevo orden legal. En la tercera parte, *La revolución judicial*, la autora penetra en el más laberíntico escenario de jueces y litigantes para someter a prueba sus hipótesis y demostrar el impacto que en todos ellos tuvieron las más novedosas formas de entender los desafíos que abría la autoinstitución de la sociedad.

PRÓLOGO

Candioti, al enfatizar el papel que tuvo el proceso de revisión global que la revolución hizo del antiguo orden con el explícito propósito de fundar una nueva legalidad, no minimiza las dificultades que trajo consigo la tarea de reemplazo. Por el contrario, explora las continuidades de instituciones y procedimientos para descubrir en ellas los nuevos sentidos que adoptaron a la luz de lo que implicó la creación de un nuevo principio de legitimidad que exigía a su vez modificar el de la legalidad vigente. El “nuevo horizonte de expectativas” desatado por la experiencia de la soberanía popular no podía sino politizar el viejo espacio jurídico, aunque éste siguiera funcionando en muchos aspectos bajo los viejos moldes del orden colonial.

Y aunque la justicia como “poder”, en el concierto del moderno principio de división de poderes, experimentó similares avatares que los que atravesaron al poder legislativo y el ejecutivo en aquellos tumultuosos años de ensayo y error, el reclamo por los derechos y garantías inviolables se convirtió en un tópico que creó un umbral irrenunciable. Ese umbral fue compartido por quienes tuvieron a cargo la difícil tarea de conducir la gobernabilidad de la nueva república como por quienes quedaron compelidos a obedecer a la nueva autoridad post revolucionaria. Unos y otros aprendieron a litigar por una justicia que, aunque se expresara a través de viejos procedimientos o instituciones, se inscribía en el nuevo horizonte de libertad que la revolución había venido a inaugurar de manera indetenible.

El libro que el lector tiene en sus manos invita, pues, a transitar por los laberínticos pasillos de aquellos tribunales por los que desfilaron los actores del pasado y la propia autora al interrogarlos con nuevas y fértiles preguntas. Esos pasillos nos permiten tener una idea mucho más certera y cercana de todo lo que se jugaba en torno a la experiencia revolucionaria y a la vital vocación humana por exigir justicia.

AGRADECIMIENTOS

Este libro supo ser tesis y esa tesis proyecto de investigación. En el camino de transformar un conjunto de inquietudes en estas páginas recibí apoyos de muchas personas e instituciones a quienes quiero agradecer. En primer lugar, a mi director, Juan Manuel Palacio, le agradezco el paciente acompañamiento a lo largo de toda la investigación, la puntillosa lectura de cada manuscrito y su constante invitación a ser irreverente frente a los consensos establecidos. A Jorge Gelman, mi codirector, le agradezco sus múltiples sugerencias de fuentes y bibliografía, los comentarios a cada capítulo, y el ejemplo de su rigurosa labor intelectual que fue y es un constante impulso para querer mejorar.

Cuatro personas en el marco de mi formación de grado en Ciencia Política fueron claves para mi fuga hacia la historia. Dos de ellos ya no están, Ricardo Falcón –director de mi tesis de grado –y Eduardo Hourcade. Sin ellos, Agustina Prieto y Alicia Megías en mi camino, probablemente no hubiera escrito este libro. Recién graduada en Ciencia Política y preocupada por la historia política del siglo XIX, el diálogo con Marcela Ternavasio fue central para pensar nuevos problemas. Quiero agradecer su contante generosidad, sus agudos comentarios y su apoyo a lo largo de estos años. Ahora también le debo el afectuoso prólogo a este libro. A Noemí Goldman le debo los diálogos compartidos, las devoluciones a la tesis y su enorme apoyo en primer lugar, como directora post-doctoral y luego de investigación en CONICET. En Elías Palti encontré un maestro y con el tiempo a un amigo que comentó pacientemente la tesis y con quien compartí imprescindibles charlas sobre ese *tiempo de la política* que fue el siglo XIX. Agradezco también la mirada de Fabio Wasserman que integró el tribunal de mi tesis de Doctorado.

En 2004 cuando escribí el proyecto la historia de la justicia estaba lejos de configurar el fructífero campo que es hoy en Argentina. En esta transformación ha cumplido un rol clave, entre otros, Darío Barrera. A él, Osvaldo Barreneche, Eduardo Zimmermann les agradezco además de haber sido jurados de mis tesis, el haber organizado –así como Juan Manuel Palacio- mesas y espacios

de interlocución donde la historia social y política de la justicia pudo crecer y renovarse. A los hoy colegas que conocí en estas instancias (Melina Yangilevich, Eugenia Molina, Gisela Sedeillán, Juan Pablo Fasano, Carolina Piazzi, entre otros) también les agradezco los comentarios e inquietudes compartidas. También quiero disculparme en letra de molde con contribuciones recientes que se han realizado en el campo de la historia de la justicia y que no se incluyen aquí porque el corazón del libro fue escrito en ocasión de la tesis, antes de que esos valiosos aportes fueran publicados.

Agradezco a Mirta Lobato y Juan Suriano que me dieron la oportunidad de trabajar juntos les doy las gracias, así como por su compromiso con la formación de nuevas generaciones de historiadores. Las sesiones del seminario de la Maestría en Historia del IDAES que compartimos con Ana Laura Martín, Ilana Martínez, Luciana Anapios, María Marta, Mariela Rubinzal, Sergio Angeli y Viviana Barry fueron inspiradoras e hicieron menos solitario el proceso de aprender a investigar. A Ricardo González Leandri, Miriam Galante, Mónica Quijada, Marta Irurozqui y Víctor Peralta de la Línea de Estudios Americanos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas en Madrid, les agradezco la oportunidad de discutir avances y trabajos comunes. No quiero dejar de expresar mi agradecimiento a Juan Carlos Garavaglia –quien acaba de dejarnos– por haberme recibido, escuchado y aconsejado en la École de Hautes Études en Sciences Sociales cuando era profesor allí y expresar todo mi reconocimiento por sus aportes pioneros también a los estudios sobre la justicia de paz en Buenos Aires.

Debo al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas el haberme concedido la oportunidad de dedicarme con exclusividad a la tarea de investigar. El Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional de San Martín (entre 2003 y 2010) y la Universidad Nacional del Litoral hicieron posible con su apoyo la realización una investigación realizada entre dos ciudades. No quiero dejar de agradecer a quienes pacientemente atendieron mis pedidos en el Archivo General de la Nación, en el Museo Mitre –donde a pesar de estar cerrado durante casi dos años, me permitieron ver periódicos microfilmados– y en el Archivo Histórico de la Provincia de Santa Fe, en cuya ruidosa sala pude leer numerosas fuentes editas. También a los encargados de las bibliotecas del Congreso de la Nación, de la Academia Nacional de la Historia, del Instituto “Dr. Emilio Ravignani”, del Instituto de Historia del Derecho y de la Facultad de Derecho de Universidad de Buenos Aires.

Quiero agradecer especialmente a Lorena Banfi y a la editorial Didot por la confianza y por el trabajo realizado para la publicación de este libro.

Este proceso fue compartido con muchos amigos, de aquellos que saben como es este mundo y sus reglas, y de aquellos que no terminan de entender (yo a veces tampoco) porqué uno lee todo el día y los abandona por la menos grata compañía de una computadora. Entre los primeros, imprescindibles para compartir las penas y alegrías del oficio tengo impagables deudas con

UN MALDITO DERECHO

Cristiana Schettini Pereira –maestra y generosa compañera que no deja de enseñarme a pensar cómo las fuentes pueden “se interrogar”– y con Lucía Vincent –a quien le agradezco poder contar, no hasta dos o hasta tres (como dice su compatriota) sino contar con ella. También agradezco a quienes fueron entonces mis compañeros en el CEL –Gabriela Merlinsky, Andrés Stagnaro, Marina Franco y Nidia Areces– y a mis compañeros de cátedra en la UNL –Hugo Quiroga, Milagros Sosa, Lautaro Bruera y Andrea Bolcatto– por el permanente aliento. Desde hace unos años formo parte del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr Emilio Ravignani” y agradezco a los colegas por este rico espacio de investigación y discusión

A mis adoradas amigas de la infancia y de siempre (Belén, Cecílias, Hiromi, Josefina, Lucias, Lucila, Magdalena, Paz y Soledad) y a mi querida gran familia (mis padres Raquel Puyol y José María Candiotti; mis hermanos José Ignacio, Victoriano y Camila, mis cuñados Susana, Federico, Gonzalo y Judith; mis sobrinos Rosario, Candelaria, José Ignacio, Victoria, Julia y Santiago, mi suegra, mis tíos y primos) les debo la confianza en mí y mis mayores alegrías.

Gracias a todos. A sobre todo a Máximo Sozzo, por pensar *siempre* que *todo* se puede. Cuando escribí la tesis le agradecí –parafraseando a Cortázar– por ser mi camarada, y siempre más, por la ruta en común y el horizonte... que nos trajo a León, nuestro pequeño sol.

INTRODUCCIÓN

La invasión napoleónica a España en 1808 marcó de modo decisivo el futuro del mundo hispánico. Las juntas insurreccionales creadas en la península en nombre de Fernando VII, pusieron en marcha argumentos tributarios de la tradición pactista hispana que postulaban, a fin de legitimarse, la retroversión de la soberanía a los pueblos ante la ausencia de la autoridad real. Para 1810, luego de dos años de invasión francesa de la península ibérica y tras el arribo de la noticia de la caída de la Junta Central de Sevilla, los vecinos de la capital virreinal rioplatense, Buenos Aires, como en muchas otras latitudes del imperio, decidieron intervenir activamente sobre el escenario político local. En agitadas reuniones en cabildo abierto votaron a favor de la conformación de una junta de gobierno provisional y dejaron de lado la propuesta más moderada de que ésta fuera presidida por el virrey. La constitución de la célebre Junta Provisional Gubernativa de las Provincias del Río de la Plata marcó un hito en la política rioplatense tanto por los discursos radicales que pronto emanaron de ella, como por las resistencias que rápidamente generó entre los peninsulares, y por el novedoso ciclo de intervenciones políticas de la sociedad rioplatense sobre sí misma que inauguró.

El orden jurídico y político del antiguo régimen se había concebido largamente como un orden trascendente, indisponible, que no era obra de la voluntad de los hombres reformar. La era de las revoluciones abrió en Hispanoamérica una mutación radical, haciendo de los campos jurídico, político y social esferas pasibles de reforma, de innovación o incluso de conservación, pero ya siempre de la mano de un momento de decisión cuyo carácter contingente difícilmente pudo conjurarse.

El colapso imperial, cual cataclismo político y cultural, abrió la crisis de muchas certezas: certezas en torno a los fundamentos del poder, al modo óptimo de organizarlo, a la identidad comunitaria y a los límites de la unidad administrativa bajo la cual se vivía. Gracias a una nueva historiografía política que en los últimos veinte años trabajó para desnaturalizar los vocabularios, las identidades

y las unidades políticas nacidas de aquellas que hicieron crisis en esa coyuntura, contamos una visión profundamente histórica y compleja de los desafíos que la irrupción de la modernidad implicó en el Río de la Plata.¹ Lejos de pensar a la nación, el pueblo, la ciudadanía y la representación como vocablos transparentes para los hombres de la revolución, esta historiografía ha mostrado cómo la historia del siglo XIX fue en gran parte la historia de la transformación semántica de estos conceptos, la aplicación política de nuevos imperativos y la construcción pragmática de nuevas prácticas sociales acordes con éstos.

Del amplio abanico de problemas abiertos por la revolución, este libro aborda uno que ha sido relativamente poco estudiado desde la historia política² y que, sin embargo, es central para comprender la revolución, y sus herencias. ¿Qué importancia tuvo la revolución de mayo en la redefinición de lo justo y lo legal? ¿Qué rol se atribuyó a la ley y la justicia en el proceso de construcción de la modernidad en Buenos Aires?

¿Qué alternativas y modelos jurídicos consideraron los gobiernos criollos y qué decisiones tomaron a partir de sus herencias y expectativas? ¿Qué propuestas de reformas judiciales circularon y se ensayaron? ¿Cómo se formaron los “expertos en derecho” –abogados, jueces y juristas– y cómo visualizaron el derecho? ¿Cómo se estructuró institucional e intelectualmente el “campo jurídico” rioplatense?

A su vez, ¿Cómo se fue transformando el perfil socio-profesional de los encargados de administrar justicia? ¿Cómo se redefinieron los modos y criterios para el acceso a los cargos judiciales? ¿Se continuaron los viejos patrones de juicio o la letra de la ley adquirió mayor gravitación?

¹ Ver, entre otros, Antonio Annino, Luis Castro Leiva y François-Xavier Guerra (comps.), *De los imperios a las naciones: Iberoamérica*, Zaragoza, Ibercaja, 1994; Antonio Annino (coord.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX*, Buenos Aires, FCE, 1995; José Murilo de Carvalho, *Os bestializados. O Rio de Janeiro e a república que nao foi*, San Pablo, Companhia das Letras, 1987; José Carlos Chiaramonte, *Ciudades, Provincias, Estados: Orígenes de la Nación Argentina (1800-1846)*, Buenos Aires, Ariel, 1997; Noemí Goldman y Ricardo Salvatore (comps.), *Caudillos Rioplatenses. Nuevas miradas a un viejo problema*, Buenos Aires, Eudeba, 1998; Noemí Goldman (ed.), *Lenguaje y revolución. Conceptos políticos clave en el Río de la Plata, 1780-1850*, Buenos Aires, Prometeo, 2008; François-Xavier Guerra, Annick Lempérière et al., *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos XVIII-XIX*, México, FCE-CFEMCA, 1998; François-Xavier Guerra, *Modernidad e Independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, México, Mapfre -F.C.E., 2000; Tulio Halperín Donghi, *Revolución y Guerra. Formación de una élite dirigente en la argentina criolla*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1994; Jorge Myers, *Orden y virtud. El discurso republicano en el régimen rosista*, Bernal, UNQ, 1995; Hilda Sabato (coord.), *Ciudadanía política y formación de las naciones. Perspectivas históricas de América Latina*, México, Fideicomiso de Historia de las Américas de El Colegio de México y FCE, 1999; Marcela Ternavasio, *La revolución del voto. Política y elecciones en Buenos Aires, 1810-1852*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003.

² Una parte importante de la historiografía política continúa asociando la cuestión del ejercicio del poder exclusivamente a los dispositivos institucionales estatales y “descubriendo” el ejercicio del poder, la política, en aquellas estructuras y organizaciones que aceptan esa politicidad en las imágenes que proyectan de sí mismas –típicamente, el poder legislativo y el poder ejecutivo. De este modo, se ha dejado de lado a la justicia que, en su configuración moderna, se proclama independiente de o ajena a la política.

UN MALDITO DERECHO

Mirados en conjunto, estos interrogantes remiten a una vieja y quizás ya gastada pregunta: si la revolución logró introducir cambios relevantes en la configuración social, política, institucional o, antes bien, ellos fueron escasos y difíciles de consolidar, ante las resistencias de un antiguo régimen reacio a dejar de existir.³ En los estudios de la historiografía jurídica crítica y la historia política revisionista viene ganando sistemáticamente el pasado, esto es, se cuestiona con énfasis la profundidad de los cambios cosechados por las revoluciones. Este libro, en cambio, y desde el análisis de sus aspectos jurídicos y judiciales, busca enfatizar –quizás paradójicamente– el carácter revolucionario de la revolución y la centralidad performativa de los discursos. No porque el pasado haya desaparecido al calor de los nuevos discursos ni porque la circulación de éstos haya sido extremadamente novedosa, sino porque la dimensión, los tópicos y los espacios de debate sobre la justicia y el derecho cambiaron al comparlos a los coloniales. A su vez porque, por un lado, emergió un nuevo problema a ser resuelto –quién y cómo puede legislar; quién y con qué parámetros debe juzgar– y, por otro lado, nuevos imperativos modularon las respuestas quebrando los consensos de la cultura jurisdiccional colonial. Comprender de qué formas ello sucedió, es un objetivo clave de esta investigación.

En ella no se considera a la modernidad como un conjunto de principios fijos a “alcanzar” –en este caso, en el plano jurídico y judicial– sino como un nuevo campo de problemas que emergieron con la pérdida de fundamento del poder, con el quiebre de las explicaciones trascendentales del orden.

En la modernidad, como ha explicado Claude Lefort, surge un nuevo tipo de institución de lo social en el cual el poder se convierte en un “lugar vacío”. Si el príncipe era el polo incondicionado en relación al cual se distinguían rangos y condiciones, siendo el garante y representante de la nación que “se veía figurada como un cuerpo, como una totalidad orgánica (...) sustancial”, luego de la “revolución democrática”, los que ejercen la autoridad no son más que simples gobernantes que no pueden apropiarse del poder, ni incorporarlo. No hay un individuo o grupo que se considere consustancial al poder. De este modo “La sociedad enfrenta la prueba de una pérdida de fundamento”.⁴ El derrumbe de la monarquía –de manos no solo de los franceses invasores, sino también de los súbditos movilizados– dejó al desnudo ese lugar vacío del poder. En adelante, todo proyecto de construir un orden de reemplazo reservaría para la ley un lugar nodal al tiempo que transformaría las formas de concebirla.

Al centrarse en los ensayos de resolución los problemas nacidos de la opción emancipadora este libro no piensa a las primeras décadas del siglo XIX como una etapa sin especificidad propia que solo se distingue por las “trabas” del pasado a un futuro supuestamente necesario, moderno, republicano y liberal.

³ Sobre los debates en torno al carácter revolucionario de la revolución cfr. “¿Qué tuvo de revolucionaria la revolución de independencia?”, *Nuevo Topo. Revista de historia y pensamiento crítico*, n° 5, Buenos Aires, 2008.

⁴ Claude Lefort, *La invención democrática*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1990, pp. 189-190.

Lejos de buscar prefiguraciones o deformaciones de un unívoco ideal moderno de justicia y ley, se pretende dar cuenta de los nuevos problemas a los que se enfrentaron los actores contemporáneos una vez que el lazo imperial se rompió, así como dar cuenta de las soluciones que experimentaron.

Esta reconstrucción se cierra hacia 1830, momento en el que la agenda de cambios institucionales y doctrinarios impulsados por el gobierno rivadaviano se enfrentaron al desafío de estabilizarse o perecer. Algunas de ellas recorrerían el primer camino mientras que otras seguirían el segundo.

Mostrar la centralidad de las dimensiones jurídica y judicial en el mundo colonial (y, por lo tanto, en la reorganización post-colonial) es un objetivo central de este libro. Es por ello que es imprescindible comenzar deteniéndose sobre dicha configuración colonial y explicar: ¿Cuáles eran las nociones de justicia que sustentaban a los distintos actores sociales? ¿Qué vinculación guardaba el poder de hacer justicia con el de gobernar? ¿Qué transformaciones impulsaron las reformas borbónicas en las postrimerías del orden colonial en el Río de la Plata?

UN REY JUSTICIERO O LA VISIÓN JURISDICCIONAL DEL PODER POLÍTICO

En las doctrinas jurídicas, teológicas y políticas que pensaron y legitimaron el ordenamiento de las sociedades de antiguo régimen, y para el público de estas sociedades, la administración de justicia era una función gubernamental central y por tanto, esencialmente política. “Hacer justicia” era la esencia del buen gobierno en tanto actividad de conducción de la comunidad política hacia la consecución del Bien Común. El rey, como cabeza de una comunidad cristiana organizada corporativamente, era pensado a la vez como representante de Dios en la tierra y como principal responsable por la felicidad y el orden común. Los ataques perpetrados contra dicho orden –natural y jerarquizado– debían ser enmendados y los responsables de aquellos castigados por el soberano. Más allá de que el rey ejerciera o no este poder jurisdiccional por sí mismo –esto es, directamente– era de todas formas el garante último de la justicia humana en el reino.

Justicia y política, por tanto, eran conceptos y actividades inescindibles. No solo porque la justicia debía ser la primera virtud de un buen gobernante –como fuentes clásicas y cristianas apuntaban–, sino porque las formas y procedimientos del juicio moldeaban los demás actos de poder. Imperaba una *concepción jurisdiccional del poder*,⁵ inherentemente judicial de la política. En ella la justicia

⁵ Ver al respecto, Pietro Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè editore, 1969. En ese ya clásico trabajo, Costa demuestra –a partir de un análisis semántico del lenguaje político-jurídico medieval– que la idea de juzgar no se reducía a la actividad técnico jurídica del magistrado, sino que incluía relaciones políticas fundamentales reducibles a un esquema esencial: el desdoblamiento de las figuras de quien juzga y el juzgado. Hay allí, dice Costa, una relación de superioridad (de quien juzga sobre el juzgado) que no es sino una

se pensaba como “la actividad de los *rectores civitatis* (máxime, del príncipe) que consiste en un *iudicium*, o sea, en la resolución de una cuestión que envuelve derechos distintos y contradictorios, de modo de hacer justicia, v.g., de atribuir a cada uno lo que le es debido”.⁶ En este imaginario de rey justiciero no existía una matriz voluntarista ni del acto de poder, ni del establecimiento de la norma, ni de la decisión judicial. Era más bien un orden social, –pero también jurídico y político– que se pensaba indisponible, esto es, un orden sobre el cual los sujetos no podían actuar libremente o reformar a su antojo, sino que debían orientar a finalidades naturales: el bien común y la utilidad pública. En un mundo en el cual Dios era el verdadero y único *creador* del derecho, el único verdadero legislador, “era *interpretatio* la actividad normativa del príncipe y la de la comunidad por medio de las costumbres, lo era el hacer justicia del juez o la edificación teórica del magíster”.⁷ Es decir, el derecho no era pensado como algo que el rey, la comunidad, la iglesia crearan a su antojo. Ellos solo podían declarar, integrar, renovar, en definitiva, interpretar una voluntad que estaba por fuera de lo humano: la voluntad divina.⁸

Es por ello que, en ese “dar a cada uno lo suyo” que constituía el principal deber y función del soberano, éste no podía actuar arbitrariamente, sino que debía respetar un conjunto de normas que lo trascendían y sujetaban. El innegable rango que tenía el rey como máxima autoridad terrenal no lo libraba de sus compromisos con el derecho divino y natural –y sus disputadas interpretaciones.

PLURALIDAD JURÍDICA

En el marco de una sociedad que se imaginaba como naturalmente desigual, que se organizaba en cuerpos con dignidades y fines diversos, y cuyos miembros no se pensaban en términos individuales sino en el marco de esas diversas corporaciones (el reino, la ciudad, la familia, etc.) que organizaban su participación en la vida colectiva, no es extraño que existieran derechos particulares y diversos. Como Pierre Rosanvallon ha señalado con lucidez, hay pocas ideas menos realistas, históricamente más novedosas y rápidamente consolidadas como la idea de que todos los hombres son, en una dimensión jurídico-política, iguales.⁹ La ficción de la igualdad política de los hombres, creada por la modernidad, carecía de todo sentido en el marco de las sociedades hispanas preliberales. De acuerdo a esta

relación específica, precisa: una relación de poder. *Iurisdictio* significaba por tanto explícitamente, al descubierta, una relación desigual, de dominio, era la principal imagen medieval del “poder político”.

⁶ Antonio Manuel Hespanha, “Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução”, en AA.VV., *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, Giuffrè Editore, 1990, p. 137.

⁷ Paolo Grossi, *Lordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995, p. 163.

⁸ *Idem.*, cap. 1.

⁹ Pierre Rosanvallon, “Introducción”, *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia*, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México, 1999.

visión cristianizada del mundo, cada sujeto tenía un lugar y una misión específica para el cumplimiento del plan divino en la tierra. En tal orden jerárquico natural, a cada cual le correspondían privilegios y responsabilidades puntuales desde el cual podía agrandar a Dios y contribuir al bien común. Ciertamente se trataba de una justificación optimista y tranquilizadora de la sumisión que naturalizaba y minimizaba las diferencias sociales pero, a la vez, creaba un imaginario de comunidad muy fuerte –de fines solo asequibles colectivamente– que exigía del poderoso la protección de los más desposeídos.¹⁰ Toda una lógica de “beneficios gratuitos” y “contradones” –religiosa más no jurídicamente obligatorios– y un imaginario de fuerte reciprocidad entre desiguales y mutua dependencia, organizaba las relaciones en estas sociedades signadas por una antropología católica, que Bartolomé Clavero tan detalladamente ha estudiado.¹¹

Esa pluralidad de estamentos y cuerpos que (desde los gremios de artesanos a los consulados, desde las repúblicas de indios a los cabildos, desde las coronas regionales a los virreinos) componían el organismo de la *monarquía católica*.¹² A la vez que tenían una relación privilegiada (de sujeción y a la vez de amor) con el vértice que simbolizaba la unidad; tenían una relativa autonomía y potestad jurisdiccional, una cierta capacidad para postular derechos y hacerlos valer. Así como las leyes y recopilaciones sancionadas por las cortes de los diversos reinos continuaron teniendo validez jurídica, los usos y costumbres de las diversas comunidades, sostenidos en el tiempo, eran también creadores de derechos que se debían considerar a la hora de resolver conflictos.¹³ En América, los cabildos, los gobernadores y los virreyes tuvieron un rol importante en el dictado de normas que tenían su valor jurídico.

Annick Lempérière ha llamado la atención sobre otra vía generalizada y dispersa de creación de derecho, generalmente descuidada por la historiografía: las constituciones y estatutos dictados para regular el funcionamiento del conglomerado de instituciones corporativas (cofradías, asociaciones caritativas, colegios, cabildos, distintos tipos de universidades), creadas por los súbditos para el cumplimiento de diversos tipos de fines comunitarios. “Rodeado de una serie de precauciones, la producción de un derecho propio de las corporaciones, y elaborado por ellas mismas, era así una realidad banal del ordenamiento

¹⁰ Annick Lempérière, *Entre Dieu et le roi, la république, Mexico, XVIe - XIXe siècles*, Paris, Les belles lettres, 2004. La autora muestra cómo la mayor riqueza implicaba a su vez la carga de una mayor contribución a la comunidad con limosnas y la mayor pobreza, mayor cantidad de posibilidades de salvar el alma.

¹¹ Bartolomé Clavero, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, Giuffrè, 1991.

¹² De esta forma la ha caracterizado David Brading (*Orbe indiano: de la monarquía católica a la república criolla. 1492-1867*, México, FCE, 1991) en función de su vocación universal y de monarquía elegida por Dios para defender y expandir la fe católica.

¹³ Víctor Tau Anzoátegui, *El poder de la costumbre. Estudios sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la emancipación*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.

jurídico general”.¹⁴ Esta capacidad normativa de las corporaciones remite a la cuestión central de que el ordenamiento civil no se encontraba escindido del ordenamiento político y de que no era posible encontrar un derecho público escindido del privado a la manera en que esa escisión se produce actualmente: toda una serie de regulaciones del ámbito privado eran elementos esenciales de la constitución política.¹⁵ La multiplicidad estatutaria de las distintas corporaciones de la república formaba parte del derecho público.

La potestad legislativa, entonces, no era solo regia. Lejos de concentrarse exclusivamente en el soberano y de plasmarse en ordenamientos generales y abstractos, se encontraba distribuida, por cierto desigualmente, entre un conjunto de actores sociales, territoriales y políticos entre los cuales el rey actuaba ordenando y disponiendo derechos recíprocos, un lazo de cohesión de un organismo por el resto no mayormente cohesionado. Por ello la función jurisdiccional era netamente política, porque ponía en juego relaciones de poder y la cristalización jurídica de éstas. Como sostiene Fernando Martínez Pérez, “La articulación del orden social se realiza y se diseña continuamente de manera conflictual. Son conflictos los que señalan la titularidad de un derecho, al mismo tiempo que la atribución de una competencia o el alcance de la potestad de declarar el derecho”.¹⁶

La justicia para ser tal, no podía desconocer esos acuerdos sociales, tácitos y explícitos, y debía arbitrar en los conflictos para garantizar la armonía social.

EL ORDO IURIS DE LA AMÉRICA COLONIAL

¿Cuáles eran los múltiples ordenamientos jurídicos que rigieron en América durante la experiencia colonial? ¿Cuáles eran sus características y sus fuentes de enunciación? Como reino integrante de la Corona de Castilla, en las Indias tuvieron vigencia una multiplicidad de normas positivas de origen peninsular, centralmente la legislación de Castilla y León. El cuerpo jurídico peninsular más antiguo y más largamente aplicado en los tribunales americanos fueron las *Siete Partidas* (1265).¹⁷ También la *Real Ordenanza de Alcalá* (1348), las *Leyes de Toro* (1505); la *Nueva Recopilación de Castilla* (1567), la *Recopilación de Leyes*

¹⁴ Annick Lempérière, *Entre Dieu et la République...*, p. 31.

¹⁵ Jean-Frédéric Schaub, “El pasado republicano del espacio público”, en François-Xavier Guerra, Annick Lempérière *et al.*, *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos XVIII-XIX*. México, FCE-CFEMCA, 1998.

¹⁶ Ver al respecto, Fernando Martínez Pérez, “‘Ley expresa, clara y terminante’: Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español”, en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº 3, junio de 2002.

¹⁷ Ver al respecto, Bartolomé Clavero, “Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español entre fueros y códigos”, en AA.VV., *Hispania, Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro distudio, Firenze-Lucca, maggio 1989*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1990.

de Indias (1650) y, por muy poco tiempo, la *Novísima Recopilación* (1805) promulgada por Carlos IV tuvieron vigencia en la América colonial.

Sin embargo, el orden jurídico americano no podía, por necesidad, ser idéntico al castellano. El arribo español a América puso al pensamiento político y jurídico occidental ante la evidencia de una pluralidad antropológica impensada y para la que debió imaginar nuevas figuras jurídicas. Ello implicó el inicio de una vasta experimentación política y jurídica en la que, si bien se utilizaron esquemas organizacionales e instituciones hispanas, éstos siempre generaron resultados nuevos una vez aplicados a estas realidades humanas otras.¹⁸

Como en la península, no solo el rey fijó las reglas de convivencia y los derechos en las Indias: los virreyes y las reales audiencias podían dictar ordenanzas y bandos de buen gobierno, los cabildos emitir edictos y las corporaciones establecer sus estatutos.¹⁹ Hacia 1615, Felipe II decidió que solo las leyes formuladas específicamente para las Indias deberían ser aplicadas en tales territorios y convocó una junta de jurisperitos para organizar el conjunto de reales cédulas y órdenes, pragmáticas e instrucciones. La *Recopilación de las Leyes de Indias*, dividida en nueve títulos que agrupaban temáticamente cerca de 3.400 leyes, estuvo concluida en 1680.²⁰

A pesar de este anhelo unificador, se trataba de cultura jurídica que, en la búsqueda del bien común y la justicia, consideraba que no siempre la ley proveía el mejor medio y en la que un ordenamiento sin validez positiva como el derecho civil romano ocupaba un lugar central.

El derecho común (*ius commune*) fue el fondo estable y duradero sobre el que se organizó la cultura jurídica hispanoamericana de antiguo régimen.²¹ Terminada la vigencia jurídica de este derecho con la caída del imperio romano, estos preceptos fueron redescubiertos y reelaborados en la alta edad media, siendo retomados en múltiples legislaciones reales de Europa. En el mundo

¹⁸ Soluciones diversas e inéditas, sostiene Guerra, fueron claves para la conquista y la colonización americana. François-Xavier Guerra, "Introduction. L'état et les communautés: comme inventer un empire?", en Serge Gruzinski y Nathan Wachtel, *Le nouveau monde. Nouveaux mondes. L'expérience américaine*, Paris, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2001.

¹⁹ Entre las ordenanzas más importantes, vigentes en la región del futuro virreinato del Río de la Plata, se cuentan las que en 1612 dictara Francisco de Alfaro para frenar las principales irregularidades registradas en el tratamiento de los indígenas, en la jurisdicción de la Audiencia de Charcas de la que era presidente.

²⁰ Ella regulaba desde el patronato real y la organización del clero hasta las formas de conquista, poblamiento, tratamiento de los indígenas, recaudación de impuesto, pasando por la regulación de las funciones de virreyes, oidores, corregidores y alcaldes, entre otros. Cfr. Enrique Ruiz Guinazú, *La magistratura indiana*, capítulo VII, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1916.

²¹ El texto era en realidad una impresionante labor de compilación y codificación de materiales legales romanos realizada por encargo del emperador Justiniano y finalizada hacia el año 534. Dicho "cuerpo" reunía tres diferentes trabajos: las *Institutas* (un corto libro pedagógico, para la enseñanza); el *Digesto* (una colección de citas de antiguos juristas) y el *Código* (o codificación de las constituciones imperiales).

hispano, éste tuvo una notable influencia en las *Siete Partidas*, que tradujeron al castellano muchas reglas del texto justiniano. Pero, más allá de la presencia efectiva de ciertas reglas romanas y canónicas en los ordenamientos jurídicos positivos, el *ius commune* implicó un modo de acercamiento a las cuestiones jurídicas que signó la cultura de los juristas hispanos de los siglos XVI al XVIII.

¿En qué consistía entonces esa “cultura del derecho común”, más allá de la presencia de la letra de las leyes justineanas?²² En una forma de concebir y practicar el derecho fundada en la creencia de que aquellas leyes expresaban reglas de valor ahistórico y universal para el ordenamiento humano y de que era necesario interpretarlas para hacer justicia.²³ Esta práctica *casuista*²⁴ consideraba que cada caso concreto debía ser resuelto de modo particular, al hacer exégesis de los textos romanos y, más particularmente, al tener en cuenta la opinión de juristas célebres sobre la resolución de casos similares. El uso de la analogía y, más extensamente, el recurso al argumento de autoridad eran las vías jurídicas usuales para pensar las cuestiones de derecho.²⁵

Los derechos común y canónico (*utrumque ius*, ambos derechos) fueron difundidos en las universidades donde los juristas aprendieron a pensarse como creadores de derecho, proveedores de las interpretaciones válidas de lo justo y lo equitativo. En el Río de la Plata, como en España y el resto de América, hasta las reformas educativas del siglo XVIII el derecho del Rey prácticamente no se enseñó en las facultades de jurisprudencia. Por esta razón, juristas, magistrados

²² Esta expresión pertenece a Paolo Prodi y busca evitar visiones reificadas del derecho común. Al respecto señala que “si se habla de derecho común para indicar el conjunto de ordenamientos universales en relación y en dialéctica con los derechos particulares locales, estatutarios o consuetudinarios; la dialéctica entre el pensamiento de los juristas cultos y de las facultades de derecho, las reglas elaboradas por éstos, las prácticas jurisdiccionales doctas y universalistas, de raíz romanista o canónica, y los derechos locales que llenan todos los siglos del medioevo y de la primera edad moderna, estoy de acuerdo; si se habla como de una entidad (“sistema iuris”) que se desarrolló como creación del espíritu romano, en una síntesis entre el derecho romano y el derecho canónico, creo, como he afirmado precedentemente, que tal cosa no existió jamás y que ha sido uno de los mitos que más han dañado y aún dañan a la historiografía jurídica de nuestro siglo”, Paolo Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 122.

²³ Cfr. Passerin D’Entrevès, *Natural Law*, cap. 2, London, Hutchinson & Co., 1977.

²⁴ Según Víctor Tau Anzoátegui, en la “concepción casuista (...) se partía de la atención al caso concreto, con frecuencia casos hipotéticos. El jurista se resistía a fijar conceptos jurídicos y a establecer clasificaciones más allá de la conveniencia que estas podían tener en la valoración del caso existente. Era un pensar problemático, que operaba con conceptos rectores, como la equidad, la buena fe, *animus*, *utilitas*, no concebidos como categorías abstractas, sino como criterios de valoración de las circunstancias que rodean el caso”, Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y Sistema, Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 41.

²⁵ Esa práctica jurídica era conocida bajo el nombre de *mos italicus* (en alusión al origen “nacional” de la jurisprudencia) o bartolismo (en referencia a uno de sus más célebres cultores, el comentarista Bártolo de Sassoferrato). Cfr. Francisco Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, cap. 2, Madrid, Editorial Tecnos, 1969.