

# FUENTES DE DERECHO INDIANO. LA NOVISIMA RECOPIACION EN EL RIO DE LA PLATA

C. ALBERTO ROCA

*Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires*

## I. INTRODUCCION

El cultivo de la historia del derecho indiano —como seguramente ocurre también con el de otras disciplinas— origina divergencias cuya confrontación, muchas veces, permite alcanzar el esclarecimiento definitivo de puntos en controversia, obteniéndose la convergencia que inicialmente pudo parecer inasequible.

Si son indiscutibles ciertos temas, *verbi gratia*: la exclusividad del derecho castellano como derecho supletorio en Indias; el origen y el fundamento histórico-político del derecho indiano; su calificación como derecho particular o municipal, y la del derecho castellano como general o común; la caracterización de aquél<sup>1</sup> como casuístico, de profundo contenido ético y religioso y conformado por una firme doctrina asimilista<sup>2</sup>; en cambio, otras proposiciones suscitan dudas y provocan polémicas acerca de su correcta elucidación. Entre estas últimas es del caso hacer mención a las referidas a la fuerza legal en Indias del Fuero Real<sup>3</sup> y a la derogación de las leyes indianas anteriores a la Recopilación Carolina por la promulgación de ésta en 1680<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Confr. OTS CAPDEQUI, José María, *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho Propiamente Indiano*, Buenos Aires, 1945, pp. 330-331; LEVENE, Ricardo, *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*, en *Obras de Ricardo Levene*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1962, t. III, p. 13.

<sup>2</sup> DE SOLORZANO PEREIRA, Juan, *Política Indiana*, Amberes, 1703, Lo. V, cap. XVI, y *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, L. II, t. II, Lo. XIII, Madrid, 1943, t. I, pp. 234-235.

<sup>3</sup> Respuestas negativas acerca de la fuerza legal en Indias del Fuero Real, sin perjuicio de admitir su muy estimable y difundida autoridad doctrinal: OTS CAPDEQUI, ob. cit., pp. 82-83; MANZANO MANZANO, Juan, *Historia de las Recopilaciones de Indias*, Madrid, 1956, vol. II, p. 328; DE AVILA MARTEL, Alamiro, *Esquema del Derecho Penal Indiano*, Santiago, 1941, p. 291 (cit. de LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1945, t. I, p. 351); GARCIA-GALLO, Alfonso, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1958, t. I, pp. 161 y 190; SANCHEZ, Galo, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1952, p. 80; ROCA, C. Alberto, *Crítica Bibliográfica, El Proyecto de Código Penal de 1874*, en *Revista Historiografía*, Buenos Aires, 1976, N° 2, p. 294. Admiten en cambio la vigencia del Fuero Real en Indias, es decir, que brindan una respuesta afirmativa: ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1966, t. I, p. 216; LEVENE, Ricar-

do, *Historia cit.*, t. I, pp. 351 y 353, donde cita, en apoyo de su tesis, algún caso de jurisprudencia decimonónica en Buenos Aires y las opiniones de VELEZ SANSFIELD y PEREZ, J.R.; sin mayor fundamentación se encuentra la misma aseveración en el *Manual de Historia del Derecho Argentino* del propio LEVENE, Buenos Aires, 1957, p. 191, y en el más moderno —Buenos Aires, 1986— de LEVAGGI, Abelardo, t. I, p. 142.

<sup>4</sup> Los autores citados en nota anterior, y otros, brindan a este tema una respuesta afirmativa, a excepción del Dr. Alamiro de Avila Martel. Véanse: LEVENE, *Historia cit.*, t. I, pp. 334-344; OTS CAPDEQUI, citado por LEVENE, ibidem, pp. 344-345, nota 4, al igual que CABRAL TEXO, Jorge; ZORRAQUIN BECU, *Historia cit.*, t. I, p. 222; VELEZ SANSFIELD, cit. por LEVENE, ibidem, p. 344, y *Compendio de la Historia del Derecho Español*, en *Instituciones del Derecho Real de España*, por el doctor ALVAREZ, José María, Buenos Aires, 1834, p. VII; MANZANO MANZANO, ob. cit., p. 328; HARRING, C.H., *El Imperio Hispánico en América*, Buenos Aires, 1958, pp. 136-137. Conforme a la mención formulada por LEVENE, ibidem, final nota 4: AVILA MARTEL, Alamiro de, ob. cit., p. 20, y ZORRILLA CONCHA, Enrique, *Esquema de la Justicia en Chile colonial*, Santiago de Chile, 1942, p. 17, interpretan contrariamente el sentido de la l. II, t. I, Lo. II y consideran que, dictada la Recopilación de 1680, "quedaban en vigor todas las cédulas dadas para las Indias en los siglos anteriores y no revocadas".

Igualmente discutido, pero con una perspectiva diversa, se ofrece el asunto de la vigencia de la Novísima Recopilación en Indias y, particularmente, en la región rioplatense.

La perspectiva es diversa porque este problema parece haberse presentado con posterioridad a la sanción del Código Civil, tanto de Argentina como de Uruguay, es decir, en época ulterior a aquella en que tuvo vigor legal. De tal modo, no se planteó a quienes correspondió su observancia —para abogar, para dictaminar o para sentenciar—, sino a juristas que, desentendidos de la cuestión práctica inmediata y ya superada, de su puesta en aplicación, desbrozaban el estudio de los prolegómenos del derecho con criterio histórico<sup>5</sup>.

Luego, durante varios años, fueron sentadas tesis casi siempre negativas al respecto, sin mayor desarrollo de los fundamentos, tendientes más al perfil jurídico que al contorno histórico-jurídico del tema, hasta que en los últimos años y merced, sustancialmente, a la inquietud del doctor Ricardo Zorraquín Becú, ha vuelto a debatírsele. El propio Zorraquín ubica la tesis negativa a fines del siglo pasado y principios de éste, y la afirmativa de Jorge Cabral Texo, J.M. González Sabathí, Ricardo Levene, José María Ots Capdequí y el suscripto, “en época más reciente”<sup>6</sup>.

Además, se singulariza este punto por las vacilaciones que engendra<sup>7</sup> y por los cambios de opinión a que ha dado lugar, y así se ha podido dejar constancia de que Cabral Texo expresamente advierte haber mudado de parecer en cuanto a la vigencia en Indias de la Novísima.

En otro caso, sin mediar tal advertencia, la mudanza resultó de inestimable valor para el enfoque y la sistematización de la cuestión, pues, como siempre, el maestro Zorraquín Becú ha sabido señalar impecablemente el camino metodológico para su estudio. Es decir que, más allá de la concordancia o de la discrepancia respecto a su actual juicio, él encuadró el estudio del tema dentro de una rigurosa y apropiada metodología, al igual que ha hecho con el de otros<sup>8</sup>.

En efecto, en su *Historia del Derecho Argentino* el doctor Zorraquín no formula ninguna apreciación especial sobre el tema, y de su texto, tácitamente, resulta que admite la vigencia de la Novísima Recopilación:

“...2º. en las leyes de Castilla (y sus interpretaciones auténticas) sancionadas por los reyes y generalmente reunidas en la Nueva Recopilación (1567) y luego en la Novísima Recopilación (1805), o las demás que se iban sancionando y que hubieran pasado por el Consejo de Indias (o por la Secretaría de Indias a partir de 1716)”<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> CABRAL TEXO, Jorge, *La Vigencia de la Novísima Recopilación*, en Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas, Fac. de Filosofía y Letras, Buenos Aires, año I, N° 1, 1922, p. 41. El mismo autor expresa allí que ese trabajo sirve de enmienda al error cometido en su anterior tesis *Fuentes Nacionales del Código Civil Argentino*, 1919, donde se plegó a la opinión negativa de la vigencia de la Novísima Recopilación. Cabe observar que entre esta tesis de 1919 y el trabajo citado de 1922, publicó su *Historia del Código Civil*, Buenos Aires, 1920, limitada en forma exclusiva a Vélez Sarsfield y su obra, sin una palabra referente a esta cuestión, ni siquiera en el primer párrafo del capítulo inicial, pp. 1 a 3, consagrado al “acervo jurídico de las colonias americanas al independizarse; causas de la supervivencia de la legislación hispano-colonial”.

<sup>6</sup> ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *Exposición en Reunión de Estudio sobre Vigencia y Aplicación*

*de la Novísima Recopilación Española de 1805 en el Río de la Plata*, en Revista del Instituto Ricardo Levene N° 23, año 1972, pp. 239-240.

<sup>7</sup> Confr. MARILUZ URQUIJO, José M., *Exposición en Reunión de Estudio* cit. en nota precedente, pp. 254-256. Con su característico recato, el ilustrado profesor aporta varios testimonios de juristas del siglo XIX y concluye escrupulosamente: “Creo, sí, que las fichas que he leído sirven para poner en claro —valga la paradoja— que el punto no estaba claro para los juristas de la época”.

<sup>8</sup> Confr. ROCA, C. Alberto, *El Cabildo de Montevideo durante el Período de la Autonomía Provincial*, en Revista del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1985, N° 13, p. 231.

<sup>9</sup> ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1966, t. I, p. 266.

Poco más tarde, en 1971, su preocupación de estudioso —percibiendo nuevos aspectos en el tema y siendo él Director del Instituto Ricardo Levene— le lleva a convocar una reunión de profesores e investigadores para discutirlo. La propia convocatoria contenía las pautas metodológicas que, seguidas entonces<sup>10</sup>, ahora conducirán la presente exposición, al distinguir los tres aspectos establecidos por Zorraquín Becú<sup>11</sup>: vigencia, estudio y aplicación de la Novísima.

## II. VIGENCIA LEGAL DE LA NOVÍSIMA

A partir de la ley XL del Lo. II, t. I de la Recopilación Carolina<sup>12</sup> —restricción tardía impuesta por Felipe IV a principios del siglo XVI, 1614, 1626 y 1628, y con lejanos antecedentes en 1564 a través de una ordenanza sobre uso de armas en Perú<sup>13</sup>— se ha negado fuerza legal a la Novísima, argumentándose que a raíz de las guerras y declaratorias de Independencia nunca se cumplió el requisito de emisión de la cédula especial despachada por el Consejo (luego la Secretaría del Despacho General de Indias) ordenando su cumplimiento en estos reinos<sup>14</sup>.

Esta impugnación de la vigencia de la Novísima Recopilación aparece recién a fines del siglo pasado, propiciada por el doctor Juan José Montes de Oca en su *Introducción general al estudio del Derecho*, recogida por su hijo y sucesor en la cátedra, Manuel Augusto Montes de Oca, y sostenida *a posteriori* por los doctores Rodolfo Rivarola, Carlos Alberto Acevedo (1889-1965), Carlos Octavio Bunge, Raymundo M. Salvat (1881-1940) y, ya más cercanos a los tiempos actuales, Sebastián Soler y Luis Jiménez de Asúa<sup>15</sup>.

Prescindiendo de estos dos últimos penalistas —Soler, nacido en 1899, y el madrileño Jiménez de Asúa, en 1889—, es claro que los demás se ubican en el último tercio del siglo pasado y las dos primeras décadas del corriente.

Los libros de Montes de Oca, padre e hijo, respectivamente datan de 1876 y 1895. El doctor Rodolfo Rivarola es uno de los fundadores, en 1888, de la Sociedad de Antropología Jurídica y autor del *Derecho Penal Argentino de 1910*, donde describe el “proceso de la codificación, aunque no siempre con criterio histórico”<sup>16</sup>. Carlos Octavio Bunge, nacido en 1875, dieciocho años menor que el doctor Rivarola y diez mayor que Levene, es autor del *Ensayo de una teoría integral del derecho* y de la *Historia del Derecho Argentino*<sup>17</sup>. De esta enumeración se concluye que se formaron y actuaron en época posterior a la vigencia del Código Civil —1871—, bajo la influencia del método exegético impuesto por el doctor José María Moreno, dominante hasta el Centenario<sup>18</sup>, y antes de que el doctor Ricardo Levene superara el positivismo seguido por Bunge y profundizara el método de la investigación histórica para estudiar el derecho pretérito y creando de tal suerte una nueva especialidad científica<sup>19</sup>.

<sup>10</sup> Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene N° 23, año 1972, pp. 239-272, y ROCA, *Estudios de Historia del Derecho*, Montevideo, 1975, pp. 215-246.

<sup>11</sup> Revista cit., p. 239.

<sup>12</sup> *Recopilación* cit., t. I, p. 227, y DE AYALA, Manuel Josef, *Notas a la Recopilación de Indias*, transcripción de Juan Manzano, Madrid, 1946, t. II, p. 26.

<sup>13</sup> GARCIA-GALLO, Alfonso, *La Ley como Fuente de Derecho en Indias en el siglo XVI*, en *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, pp. 175-177.

<sup>14</sup> Confr. ZORRAQUIN BECU, loc. cit., p. 239; CABRAL TEXO, loc. cit., pp. 41-43;

ROCA, ob. cit., pp. 223-224.

<sup>15</sup> Confr. ZORRAQUIN BECU y CABRAL TEXO, ibidem.

<sup>16</sup> LEVAGGI, Abelardo, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1978, p. 213.

<sup>17</sup> Confr. ZORRAQUIN BECU, ibidem, y ROCA, *Estudios*, cit., p. 223.

<sup>18</sup> TAU ANZOATEQUI, Víctor, *Las ideas jurídicas en la Argentina*, Buenos Aires, 1977, pp. 113, 142.

<sup>19</sup> Confr. ZORRAQUIN BECU, *Ricardo Levene (1885-1959)*, en Revista de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1985, N° 13, pp. 13 y 14.

De este punto de vista han de considerarse las afirmaciones de Cabral Texo en el sentido de que la errada opinión fue sostenida por personas cuya educación jurídica no se fundamentó en el estudio del antiguo derecho hispanoindiano, dada la derogación producida por el nuevo derecho patrio<sup>20</sup>. A ello debe sumarse que tampoco evidenciaron una investigación profunda y especial sobre el tema, reduciéndose a aseveraciones basadas, al pie de la letra, en la falta de la cédula despachada por el Consejo de Indias<sup>21</sup>.

Sin el estudio jurídico adecuado a la necesidad práctica de aplicar la legislación hispanoindiana, pues su sistema normativo ya había sido reemplazado; sin la formación histórica desarrollada a partir del magisterio de Levene, las aseveraciones de quienes nunca expusieron sus fundamentos, parecen poco argumento ante el cúmulo de pruebas que demuestran lo contrario.

Por lo demás, la otra característica referida acerca de las dudas y vacilaciones que origina el tema, permite colegir que las tesis no son tan antagónicas, y si algunos autores lo soslayan y no emiten opinión categórica<sup>22</sup>, otros, estampando la duda, se excluyen de todo "puesto en la contienda"<sup>23</sup>, mientras que con sentido práctico también se ha sostenido que sólo tuvieron valor legal las disposiciones de la Novísima que reproducían leyes contenidas en la Nueva Recopilación con el agregado de los autos acordados<sup>24</sup>. Deben ahora estudiarse, siguiendo la sistematización del doctor Zorraquín, los fundamentos de una y otra tesis.

#### A) PRIMER FUNDAMENTO

*Tesis negativa.* Al no haberse emitido la cédula de comunicación a la Real Audiencia de Buenos Aires, la Novísima Recopilación no cobró vigor legal. Ello a tenor de las disposiciones siguientes de Indias: la ya mencionada ley XL, t. I, Lo. II y leyes I y II, t. I, Lo. II<sup>25</sup>, así como la ley XXXIX, t. I, Lo. II.

*Tesis afirmativa.* Los requisitos exigidos por la primera y la última de las normas citadas se refieren a los despachos, provisiones y cédulas particulares y no a un código de la naturaleza de la Novísima. En apoyo de esta afirmación se citan textos de Narvaja, Vélez Sarsfield y Acevedo<sup>26</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Levene, quien, además, formula una cita de Matraya y Ricci respecto a "disposiciones mandando que no se guarden en Indias las reales órdenes no comunicadas a ellas (año 1795), pero sí las circuladas (años 1804 y 1815)"<sup>27</sup>.

Por su parte, sin perjuicio de sostener su tesis afirmativa respecto a la vigencia, Cabral Texo, con expresa mención a Martínez Paz, desecha la distinción entre leyes sueltas, cédulas, pragmáticas, etc., y códigos o recopilaciones, distinción que califica como puramente verbal, negándole razón de ser en la realidad histórica<sup>28</sup>.

*Réplica.* No se advierten razones valederas para aceptar tal distinción. El requisito de la aprobación por el Consejo de Indias —luego la Secretaría— no era puramente formal ni se trataba de una garantía de autenticidad, sino que, dada la naturaleza particular de los

<sup>20</sup> CABRAL TEXO, *La Vigencia*, cit., p. 43.

<sup>21</sup> Confr. CABRAL TEXO, *ibidem*, p. 44.

<sup>22</sup> GARCIA, Juan Agustín, *Introducción al estudio de las ciencias sociales argentinas*, cit. por CABRAL TEXO, loc. cit., p. 42.

<sup>23</sup> MARTINEZ PAZ, Enrique, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil Argentino*, Córdoba, 1916, pp. 133-134.

<sup>24</sup> CABRAL TEXO, *ob. cit.*, pp. 42-43.

<sup>25</sup> *Recopilación cit.*, t. I, pp. 217-218, y ROCA, *Estudios cit.*, pp. 217-233.

<sup>26</sup> ROCA, *ibidem*, pp. 225 y 227.

<sup>27</sup> LEVENE, *Introducción cit.*, p. 262. Es de destacar que en sus citados *Manual e Historia* el autor no interviene en el debate jurídico y mantiene su tesis a través de testimonios históricos, respectivamente, p. 190 y t. I, p. 347.

<sup>28</sup> CABRAL TEXO, *Prelación de los Cuerpos Legales en la Historia del Derecho Argentino*, en Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas, Facultad de Fil. y Letras, años XI-XII, N<sup>os</sup>. 55-57, t. XVI, 1933, p. 70.

problemas indianos, era imprescindible determinar si cada ley era o no conveniente a las Indias<sup>29</sup>.

*Dúplica.* Esta distinción viene preconocida y preconizada ya por textos de Antonio de León Pinelo y de Juan de Solórzano Pereira.

Antonio de León Pinelo<sup>30</sup> expresa: "Aunque se hayan de guardar todas [las Leyes de Castilla], en este caso se ha de entender las reducidas a los cuerpos del derecho real, como son las de la Recopilación, Ordenamiento [de Montalvo] y Partidas, no las que después acá se han promulgado y se van promulgando cada día, que éstas no se deben, ni aún pueden ejecutar en las Indias, sin que vayan pasadas y mandadas por su Consejo", que fue lo que se mandó hacer a partir del siglo XVII según las leyes citadas supra, siendo de 1630 el Tratado de Confirmaciones Reales.

Solórzano, con no menos autoridad que Pinelo, dice: "...siempre este Supremo Consejo de las Indias, de quien vamos hablando, ha procurado gobernar y contener las provincias de ellas en leyes y ordenanzas, no sólo justas, sino ajustadas y convenientes a lo que el gobierno, temple, disposición y necesidad de cada una de ellas le ha parecido convenir, dejando en lo demás de su fuerza y vigor las comunes y generales, que están dadas y promulgadas para los Reinos de Castilla y León y lo que más es, conformándose con ellas, aun en los nuevos o diferentes proveimientos, en cuanto su calidad lo permite...", extendiéndose luego sobre la ordenanza y la doctrina que enseñan que los reinos y provincias, que se adquieren de nuevo, pero uniéndose e incorporándose accesoriamente a otros antiguos, se han de gobernar, regir y juzgar por unas mismas leyes<sup>31</sup>.

Y exactamente la buena doctrina expuesta por Pinelo y Solórzano es la que consagra la ley I, t. I, Lo. II de la Recopilación de 1680<sup>32</sup>: "...y en lo que no estuviere decidido por las leyes de esta Recopilación, para las decisiones de las causas y su determinación, se guarden las leyes de la Recopilación y Partidas de estos Reynos de Castilla, conforme a la ley siguiente" (de Felipe IV en esta Recopilación).

La ley siguiente, o sea la II, proviene de la ordenanza de Audiencias de 1530 del emperador don Carlos y la emperatriz Gobernadora; de Felipe II en la ordenanza 312 y del propio Felipe IV en esta Recopilación<sup>33</sup>, y es la que remite al derecho del reino de Castilla conforme a la Ley de Toro, en lo no decidido por la Recopilación Carolina o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas para las Indias y no revocadas.

Dicha ley I de Toro<sup>34</sup> acogía, como es notorio, el Ordenamiento de Alcalá de Henares, que, por su título XXVIII<sup>35</sup>, otorgó fuerza legal a las Partidas y entró, a su turno, en el orden de las recopiladas a través de la ley III, t. I, Lo. II de la Nueva Recopilación<sup>36</sup>, incorporada a la Novísima como ley III, t. II, Lo. III de este último código<sup>37</sup>.

Todo ello significa que la concatenación legal, inexorablemente lleva a las leyes recopiladas de Castilla y "no... a todas las leyes dictadas para Castilla"<sup>38</sup>, a menos que por cédula especial y despachada por el Consejo de Indias se ordenara observarlas en Indias<sup>39</sup>.

Como dicho orden de prelación legal se mantenía vigente, al estar contenido en la Novísima de 1805 y no conocerse ninguna cédula derogatoria de las respectivas normas o de la propia Recopilación Carolina de 1680 entre esta fecha y las de la Revolución y las declaratorias de Independencia, normas que expresa y exclusivamente remiten a las recopiladas y sólo recopiladas de Castilla, *es de toda evidencia que la distinción que se pretende impugnar es legítima y que el requisito de emisión de real cédula por el Consejo de Indias era de aplicación nada más que a las leyes sueltas.*

<sup>29</sup> ZORRAQUIN BECU, *Exposición cit.*, p. 241.

<sup>30</sup> Tratado de Confirmaciones Reales, part. I, cap. 8, núm. 23, fo. 49-50, citado por GARCIA-GALLO, *Estudios*, cit. p. 178.

<sup>31</sup> DE SOLÓRZANO PEREIRA, Juan, *Política Indiana cit.*, Lo. V, cap. XVI, p. 467.

<sup>32</sup> *Recopilación cit.*, pp. 217-218.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>34</sup> *Los códigos españoles*, Madrid, 1849, t. VI, pp. 557-558.

<sup>35</sup> *Ibidem*, t. I, 1847, pp. 462-464.

<sup>36</sup> *Ibidem*, t. XI, 1850, p. 17.

<sup>37</sup> *Ibidem*, t. VII, 1850, pp. 262-263.

<sup>38</sup> LEVENE, *Introducción cit.*, p. 260.

<sup>39</sup> GARCIA-GALLO, *Estudios cit.*, p. 273.

En cuanto a que este ceñido —por su número, verdadera regla general— pase o aprobación por el Consejo de Indias no era una mera garantía de autenticidad, sino que respondía a la necesidad de estudio de la idoneidad de una ley castellana para regir en Indias, no puede existir duda de que efectivamente es así. La recopilación de leyes supone un criterio legislativo y técnico, que no aparece en las disposiciones corrientes y comunes, incluso las pragmáticas. Más aún, ya desde el siglo XVI las Cortes cada vez fueron legislando menos y los reyes dictando leyes por pragmáticas cada vez en mayor número; ambas categorías, la de leyes y la de pragmáticas, llegaron a confundirse en cuanto una y otra tenían la misma fuerza y sólo se diferenciaban por la autoridad que las sancionaba. Además, la elaboración de las dos clases de normas, así como la de ordenanzas y provisiones generales y especiales, quedó de cargo del propio Consejo de Indias<sup>40</sup>. Ahí radica la exigencia de este requisito que, lejos de ser puramente formal, revela el criterio y el propósito de idoneidad y eficiencia que rodea la elaboración de la legislación indiana a través de leyes sueltas y no el de técnica jurídica que preside las compilaciones: se trata de analizar y determinar la conveniencia de las leyes castellanas para las Indias, que concurrirán con las propias normas indianas (Recopilación Carolina, reales cédulas, ordenanzas, autos acordados de las Audiencias, bandos de virreyes y gobernadores, ordenanzas de Cabildos, leyes y buenas costumbres indígenas), *ius proprium*, y no de elaborar técnicamente las leyes o los códigos o cuerpos recopilados de Castilla, *ius commune*, con valor supletorio ante aquél, en una estructura en que, como consignara Gayo<sup>41</sup>, los pueblos viven *partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure*.

Siendo tan clara la interpretación y tan transparente el sentido de los textos manejados, parece excesivo insistir en esta suerte de hermenéutica histórico-jurídica. Sin embargo, a fin de remover cualquier fuente de dudas, conviene insistir sobre estos textos para hacerse cargo de la armonía y coordinación que existe entre ellos —valor no frecuente en la legislación de la época— y que permite desentrañar el sentido de cada uno y de su conjunto.

La ley 1ª., de este título 1º. del Libro 2º. de la Recopilación Indiana consagra el derecho castellano —a través de la Recopilación (1567) y de las Partidas— como derecho común y supletorio de las Indias, con arreglo a lo mandado por la ley.

La ley siguiente, o sea la 2ª., de iguales título y Libro, manda observar o ajustarse, en esa aplicación supletoria del derecho castellano en las Indias, a la Ley de Toro, de donde se deriva que las Partidas ocuparon el último grado en el orden de prelación.

Conformado ya el sistema jurídico indiano, mediante los preceptos que se acaba de citar: *ius proprium* o propiamente indiano y derecho castellano supletorio o *ius commune*; dentro de ese mismo mecanismo o sistema jurídico, en perfecta coordinación y armonía, las leyes 39 y 40 mandan que las nuevas leyes dictadas o a dictarse en Castilla, esto es, los preceptos que se insertan desde entonces en aquel orden jurídico, hay que ubicarse en 1680, sólo tengan vigor legal para Indias si así se ordenare en cédula despachada por el Consejo de Indias. Mediante este mecanismo de promulgación de leyes —de indudable naturaleza constitucional— desaparece toda diferencia, desde el punto de vista indiano, entre las leyes originalmente promulgadas como castellanas y luego convalidadas como indianas y las promulgadas desde su origen para las Indias. Dicho con sencillez: cruzado el Atlántico, sin refrendo del Consejo de Indias no hay ley y con refrendo del Consejo de Indias hay ley, cualesquiera hayan sido los destinatarios originarios de ella<sup>42</sup>. Detrás, toda

<sup>40</sup> GARCIA-GALLO, *ibidem*, p. 188.

<sup>41</sup> D.I, I, 9 GAIUS, Libro primo instit.

<sup>42</sup> Lo que nunca pudo, pues, ser ley vigente en Indias es la ley castellana no incluida en las Recopilaciones o la que no haya recibido aprobación del Consejo de Indias. Sin embargo, el doctor CABRAL TEXO, en abierta contradicción con los textos de las leyes 1ª. y 2ª., crea una ca-

tegoría de leyes no recopiladas ni refrendadas por el Consejo de Indias y que, según su interpretación, serían las leyes supletorias. Confr.: *Prelación de los Cuerpos Legales en la Historia del Derecho Argentino*, en Boletín del Inst. de Investigaciones Históricas, Fac. de Filosofía y Letras, años XI-XII, N°s. 55-57, t. XVI, 1933.

la estructura de recopiladas que constituye el *ius commune* castellano, supletorio del indiano.

El propio Vélez Sarsfield coincide o comparte esta descripción del sistema jurídico indiano, en sus dos vertientes, del *ius commune* y del *ius proprium*, en una frase tomada de su polémica con Alberdi: "Aquí rige el Código llamado *Fuero Real*, las doscientas y más leyes *del Estilo*, el voluminoso cuerpo de leyes de *Partida*: seis grandes volúmenes de la *Novísima Recopilación* y cuatro de a folio de las leyes de Indias; a más de todo esto, multitud de cédulas reales para América, comunicadas a las respectivas audiencias"<sup>43</sup>.

Adviértase que —prescindiendo de sus menciones al *Fuero Real* o a la *Novísima*, dándolos como cuerpos vigentes, pues no es ese el tema en análisis en este momento— Vélez presenta las leyes castellanas recopiladas, en ningún caso las leyes sueltas de Castilla, como parte del sistema que se articula y complementa con la *Recopilación Indiana* y las reales cédulas que el Consejo de Indias comunicara a las Audiencias. Es decir que, también para Vélez, las leyes castellanas no incluidas en las *Recopilaciones* o no comunicadas particularmente a las Audiencias, son ajenas al derecho indiano. Es de toda evidencia que Vélez distingue entre recopiladas y leyes sueltas<sup>44</sup>, distinción que, citándolo expresamente, recoge Acevedo<sup>45</sup> y que también aceptara Tristán Narvaja<sup>46</sup>.

#### B) SEGUNDO FUNDAMENTO

*Tesis negativa.* Prescindiendo de los notorios defectos de la *Novísima*, "cabe sostener que ésta no privó de existencia jurídica a la de 1567", y, en cuanto a España, no a las Indias, a las que no se refiere el real decreto de 1805, por norma de 1714, se ordena el cumplimiento de todas las leyes no expresamente derogadas "sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso"<sup>47</sup>.

*Tesis afirmativa.* Ricardo Levene, recogiendo el criterio expuesto por Juan Rodríguez de San Miguel en la edición madrileña de 1842 del clásico diccionario jurídico de Escriche, dice: "...antes bien, después que apareció ésta (la *Novísima*) con su pragmática al frente, manifestando la autoridad que le dio el Soberano, ya no tiene existencia legal la antigua *Recopilación*, y sus disposiciones han cesado del todo"<sup>48</sup>.

Así lo interpretó años atrás el autor de la presente comunicación en su primer trabajo sobre el tema<sup>49</sup>, fundándose: 1) en la l. III, t. II, Lo. III de la *Novísima*<sup>50</sup>, aun sin desconocer las observaciones formuladas sobre el sistema de remisión y prelación de los cuerpos legales castellanos y españoles por el P. Andrés Marcos Burriel, S.J., y por Gaspar de Jovellanos<sup>51</sup>; 2) en la real cédula de promulgación de 15 de julio de 1805<sup>52</sup>, sin perder de vista las imperfecciones imputables a la *Novísima*<sup>53</sup> y las prevenciones contenidas en la Advertencia a la edición de ella de 1850<sup>54</sup>; 3) de igual modo en los criterios que tácitamente surgen de los textos de Sala y García Goyena<sup>55</sup>.

<sup>43</sup> Cit. por ZORRAQUIN BECU, *Exposición cit.*, pp. 241-242.

<sup>44</sup> VELEZ, *Instituciones*, p. VII: "Hay otras leyes sueltas bajo la denominación de Reales Cédulas y publicadas después de la *Recopilación* de Indias. Estas sólo tienen fuerza de tales, habiendo pasado por el Consejo de Indias y comunicándose a la respectiva Audiencia".

<sup>45</sup> Eduardo Acevedo - 1815-1863. *Su obra como Codificador, Ministro, Legislador y Publicista*, Montevideo, 1908, p. 471.

<sup>46</sup> V. infra, nota 72.

<sup>47</sup> ZORRAQUIN BECU, *Exposición cit.*, p. 241.

<sup>48</sup> LEVENE, *Introducción cit.*, p. 262.

<sup>49</sup> Confr. ZORRAQUIN BECU, *Exposición cit.*, pp. 240-241, y ROCA, C. Alberto, *Estudios cit.*, p. 224.

<sup>50</sup> *Los Códigos*, cit., t. VII, p. 263.

<sup>51</sup> LEVENE, *Introducción cit.*, p. 260, y CABRAL TEXO, *Prelación cit.*, p. 79, respectivamente.

<sup>52</sup> *Los Códigos* cit., t. VII, p. XVIII.

<sup>53</sup> ROCA, loc. cit., p. 225.

<sup>54</sup> *Los Códigos* cit., t. VII, p. XII.

<sup>55</sup> SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España*, Madrid, 1834, t. I, p. XIII, y GARCIA GOYENA, Florencio, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Madrid, 1852, t. I, p. 19.

La argumentación se concluía en estos términos: "...la única forma de cumplir el mandato de la ley II, tít. I, libro II de la Recopilación de Indias era acudir a la Novísima, donde se contenía el derecho de Castilla, pues si ella se dictó para sustituir las recopilaciones anteriores en razón de los defectos que ostentaban, esas mismas circunstancias obraban en América, de modo que sería ilógico negar su vigencia en Indias"<sup>56</sup>.

No obstante, sin perjuicio de ratificar la tesis de la derogación o, dicho con mayor precisión, de la sustitución de la Recopilación de 1567 por la de 1805, puede prescindirse de este argumento. En efecto, si desde Pinelo y Solórzano la doctrina había establecido la diferencia entre Recopilaciones y leyes sueltas, doctrina recogida por la reiterada y coherente legislación que consagra las recopilaciones como *ius commune* castellano, suplemento del propiamente indiano, no hay necesidad de introducir este nuevo problema que en nada afecta la correcta solución brindada por la legislación castellano-indiana. El orden de prelación legal no fue alterado desde 1567, pasando por las fechas claves de 1680 y 1805 y, como la Recopilación de este último año lo reiteró, el sistema jurídico de prelación es exactamente el mismo, tanto a partir de la Recopilación Filipina como de la Novísima.

Es imprescindible también recordar el criterio de identificación de las expresiones "Novísima", "leyes recopiladas" y "recopiladas", según los diccionarios de la Academia y jurídico de Escriche<sup>57</sup>. El primero define el adjetivo "recopilada" así: "Dícese de lo relativo a las leyes de la Nueva y Novísima Recopilación"<sup>58</sup>, y el de Escriche dice acerca de la voz "Recopilación": "El último de nuestros códigos que se publicó por la primera vez en el año 1567 bajo el reinado de Felipe II, y contiene las leyes que sucesivamente se fueron promulgando desde la formación de las siete Partidas y Fuero Real según la variedad de tiempos y circunstancias, como también muchas que estaban insertas en códigos anteriores, por ejemplo algunas del Fuero Juzgo y de las llamadas Leyes de Estilo, casi todas las del ordenamiento de Alcalá, y las famosas 83 leyes de Toro. Se han hecho después varias ediciones, añadiéndose en cada una de ellas las leyes que se iban estableciendo en el intermedio; y en el año de 1806 se ha publicado la última con el título de Novísima Recopilación. Esta se halla dividida en 12 libros..."<sup>59</sup>. Según, entonces, el sentido gramatical, natural y obvio de las palabras, conforme a la semasiología, es arbitrario excluir a la Novísima del objeto histórico designado por la locución "leyes recopiladas", y lo legítimo es identificar, como lo enseña Escriche, las expresiones "leyes recopiladas" y "Novísima Recopilación", pues ésta constituye la última edición de aquéllas. En tal orden de ideas, como se expresara supra, más que de derogación, corresponde hablar de sustitución del Código Filipino de 1567 por el Carolino de 1805. Hay ejemplos provenientes de Narvaja, Vélez Sarsfield y Acevedo en que, mencionando "las recopiladas" o la "Recopilación castellana", los tres codificadores citan leyes de la Novísima<sup>60</sup>, de modo que, aun sin emplear el término "Novísima", se están refiriendo a ella y fundándose en sus normas. Si eso ocurre con los tres codificadores, no hay por qué descartar que ocurra con otros juristas, y así, cuando hablan de "recopiladas" o de "Recopilación Castellana", no debe atenderse tanto a la exclusión del término "Novísima Recopilación" como a verificar a cuál de los cuerpos legales corresponde la cita.

En la época actual, el profesor Manzano Manzano ha expuesto criterio concordante con el de la identificación aquí sustentada y aporta algún argumento más sobre la vigencia de la Novísima Recopilación en Indias, según las autoridades españolas del siglo XIX<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> ROCA, ob. cit., p. 224.

<sup>57</sup> ROCA, ob. cit., p. 230.

<sup>58</sup> Diccionario de la Lengua Española, Decimonovena edición, Madrid, 1970, t. II, p. 1123.

<sup>59</sup> *Diccionario Razonado de Legislación*, de Escriche, Madrid, 1842, p. 591.

<sup>60</sup> Confr. ROCA, pp. 226 y 231.

<sup>61</sup> Confr. MANZANO MANZANO, Juan, *Historia* cit., vol. II, pp. 403-404-405. Confr. también ROCA, *Exposición* cit., p. 261.



Más peso que estas discusiones contemporáneas —por tanto anacrónicas—, de orden semántico y jurídico, tienen los innumerables testimonios que se ofrecen en el campo histórico-jurídico o, si se prefiere, en el ámbito de la historia del derecho.

¿Qué dicen, qué menciones efectúan, qué referencias contienen los escritos o alegatos de los juristas que abogan, enseñan derecho, asesoran y redactan disposiciones gubernativas o fallos judiciales en el lapso extendido entre la Revolución y la sanción de los códigos, es decir, hasta ciento veinte años atrás?<sup>62</sup>, he ahí el verdadero terreno en que se podrá elucidar el tema.

### III. ESTUDIO DE LA NOVÍSIMA RECOPIACION COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO EN VIGOR

El doctor Zorraquín Becú, cuya sistemática se sigue en la presente exposición, menciona los textos zorrados en la Universidad de Buenos Aires para la enseñanza, a saber: *Instituciones de Derecho Real de España*, de Alvarez, y el *Prontuario de Práctica Forense*, de Manuel Antonio de Castro, ambos publicados por Vélez Sarsfield, quien revisó y corrigió sus referencias legales; las lecciones de Rafael Casagemas, “que en lo fundamental utilizaba el texto de Alvarez, prescindía de la Novísima”; el *Tratado de Procedimientos Civiles*, de Miguel Esteves Saguí; las *Lecciones de Derecho Civil*, de Marcelino Ugarte, y el *Curso de Derecho Criminal*, de Carlos Tejedor. Respecto a todos ellos destaca la exclusión o la reducción al mínimo de las citas de la Novísima, citas que considera reales excepciones<sup>63</sup>.

Aunque no se observe la precisión terminológica ya expuesta y con arreglo a la cual es imprescindible confrontar y verificar las citas legales para determinar si bajo el rubro “recopiladas” o “Recopilación Castellana” se está aludiendo al originario Código Filipino, a la Nueva Recopilación o a la Novísima Recopilación, queda en pie su aseveración de que “sólo excepcionalmente se recordaba la existencia de la de 1805”<sup>64</sup>.

Si la última edición del Código Filipino era de 1777, sus ejemplares se hallarían en la primera mitad del siglo XIX escasamente, mientras que siendo la Novísima de 1805, los suyos más recientes eran más difundidos y, sin embargo, concluye el maestro Zorraquín, “si se invocaba la antigua era porque se la consideraba en vigor, de lo contrario aquellas citas del código filipino hubieran estado equivocadas, lo cual resulta inverosímil”.

Un razonamiento en sentido opuesto obliga, mucho más si se atiende a la jerarquía intelectual de los nombrados, a admitir como inverosímil que las citas de la Novísima —no innumerables, pero sí considerables y muy precisas— hubieran estado equivocadas.

Con igual grado de verosimilitud y equivalente legitimidad pueden tacharse de erróneas las citas y menciones tanto de las recopiladas o leyes recopiladas o Nueva Recopilación, como las de la Novísima cuyo número menor se explica, precisamente, por la falta o escasa disponibilidad de sus ejemplares y no por desconocimiento de su texto o recusación de su valor legal, extremos, estos dos últimos, no alegados por nadie en la época. Por lo menos no se conoce tal alegación, hasta ahora, a pesar de las citas reiteradas de sus disposiciones.

Lo que parece más lógico es imaginar una situación exactamente al revés de la que presumió el doctor Zorraquín: desde la fecha de promulgación de la Novísima, 1805<sup>65</sup>, se sucedieron acontecimientos de tal entidad como las invasiones inglesas al Río de la Plata (1806 y 1807), la invasión francesa a España (1808 y subsiguientes), la revolución

<sup>62</sup> El Código Civil del Uruguay entró en vigencia el 1º de enero de 1869 (Leyes N°s. 917 y 987), y el argentino el 1º de enero de 1871 (Ley N° 340).

<sup>63</sup> ZORRAQUIN BECU, *Exposición cit.*, pp. 243-246.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>65</sup> La real cédula de promulgación es de fecha 15 de julio de 1805 y la del primer suplemento es de 19 de enero de 1808, habiéndose dado la primera en Madrid y la segunda en Aranjuez (*Los Códigos*, cit., t. VII, p. XIX, y t. 10, p. 177, respectivamente).

de los reinos de Indias (1810 y subsiguientes), que, si bien no en forma absoluta, dificultaron en alto grado la introducción de los ejemplares de la Novísima.

Tan exacta es esta situación que el propio Dr. Zorraquín hace constar que "en el inventario de la Audiencia, hecho cuando su archivo y demás bienes pasaron a la recién creada Cámara de Apelaciones<sup>66</sup>, no figura la Novísima y sí, en cambio, la Recopilación de Indias, las Partidas, el Corpus Juris Civilis, el Corpus Juris Canonici, los Autos Acordados, la Nueva Recopilación, dos tomos de órdenes y reales cédulas, el Fuero Real, la Ordenanza de Intendentes y otras colecciones legales"<sup>67</sup>. La misma carencia o grande escasez de ejemplares de la Novísima se ha verificado, entre 1805 y 1825, en Chuquisaca, a través de inventarios de bibliotecas<sup>68</sup>.

Si a pesar de ello resulta que la Novísima es citada, que sus ejemplares obtienen las más elevadas tasaciones en expedientes sucesorios<sup>69</sup>, que sus disposiciones se mencionan a través de los autos acordados integrantes de la Recopilación<sup>70</sup>, que existen pruebas incontrovertibles de su uso así en la enseñanza como en la práctica jurisdiccional y administrativa, no cabe negar su fuerza legal y aplicación sino admitir la contingencia y desarrollar las explicaciones jurídicas e histórico-jurídicas.

Más aún, aunque el número de sus citas sea, hasta mediados del siglo, inferior al de las alegaciones de la Recopilación, no se puede negar que existen. Si la Novísima hubiese carecido de fuerza legal, se habría producido o, mejor dicho, reproducido el singular fenómeno de seis siglos atrás, cuando Alfonso el Sabio dictó sus famosas leyes de Partidas. Estas adquirieron fuerza legal recién en Alcalá de Henares, cuyo Ordenamiento así lo dispuso en 1348. Mientras tanto las Partidas documentalmente está probado que eran citadas antes de 1348, no por su fuerza legal por supuesto, sino por su valor doctrinario. En el Río de la Plata se citaba la Novísima Recopilación, carente de valor doctrinario, y ¿nadie advirtió esa similitud de situaciones históricas y nadie la juzgó como inútil ya que carecía de valor doctrinario, al revés de las Partidas? Muy por el contrario, Tristán Narvaja, quien además de ser codificador en Uruguay regentó la cátedra de Derecho Civil en Montevideo desde 1855 hasta 1873, fundaba el valor legal de las Partidas, desde la cátedra, en la ley 3, t. 2, Lo. 3 de la Recopilación Castellana<sup>71</sup>, cita que corresponde exactamente a la Novísima, por donde se deduce que Narvaja no dudaba del valor legal de la Novísima y que reconocía fuerza legal a las Partidas, como fuente de derecho en el último grado de prelación, en mérito a preceptos de aquélla, precisamente.

No puede dejarse de advertir que también Tristán Narvaja identifica los términos Recopilación Castellana y Novísima Recopilación, así como distingue entre leyes sueltas y leyes recopiladas<sup>72</sup>. Ello por lo que dice relación al más importante profesor de Derecho Civil de Montevideo en el siglo pasado.

Otra prueba sobre el estudio de la Novísima como parte integrante del derecho patrio en el Uruguay, lo constituye la comunicación del 7 de octubre de 1850 del Gobierno del Cerrito a la Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia, sobre envió para uso en ella, entre otras varias obras, de los cinco tomos de la Novísima Recopilación<sup>73</sup>.

El *Prontuario de Práctica Forense*, de Manuel Antonio de Castro, presenta también una cita de la Novísima al referirse "a los juicios de disenso sobre los matrimonios

<sup>66</sup> Ello tuvo lugar en enero de 1812. Confr. LEVENE, *Historia* cit., t. IV, pp. 239-242.

<sup>67</sup> ZORRAQUIN BECU, *Exposición* cit., p. 243.

<sup>68</sup> MARILUZ URQUIJO, *Exposición* cit., pp. 256-257.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 257.

<sup>70</sup> ZORRAQUIN BECU, loc. cit., p. 242.

<sup>71</sup> GALLINAL, Rafael, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil del Uru-*

*guay*, Montevideo, 1911, t. I, pp. XIII, XXII y 184.

<sup>72</sup> Confr. ROCA, *Estudios* cit., pp. 226 y 231.

<sup>73</sup> MAGARIÑOS DE MELLO, Mateo, *El Gobierno del Cerrito*, t. II, vol. 2º., p. 254; ROCA, *La Academia de Jurisprudencia del Cerrito*, en *Artigas*, Órgano Oficial de la Asociación Patriótica del Uruguay, año 3, Nº 4, época II, enero de 1980, pp. 361-371.

de los hijos de familia con arreglo a la última disposición en la materia”, que enumera entre las competencias específicas del Presidente del Tribunal Superior de Justicia<sup>74</sup>. La última disposición en la materia está indicada por Castro y, aunque la nota pueda imputarse a Vélez Sarsfield<sup>75</sup>, resulta que el texto, destinado a la enseñanza, cita la Novísima<sup>76</sup>. Se ha sostenido que tal cita fue realizada al solo efecto de su ubicación, y entonces es de preguntarse: ¿qué objeto tenía ubicar en la Novísima la referida disposición, si es que la Novísima carecía de fuerza legal?; ¿podría tratarse de un mero despliegue erudito? Si la Novísima era un cuerpo sin valor ni fuerza legal, es de una evidencia incontrovertible que tal “ubicación” de la real cédula hubiera sido referida al auto de comunicación a la Real Audiencia de Buenos Aires y jamás a la Novísima Recopilación, aunque formara parte de ella, porque su valor legal hubiese derivado de aquel auto y no de esta Recopilación.

Respecto a Vélez Sarsfield, resultaría reiterativo señalar de nuevo las citas que, además de la del *Prontuario*, incluye múltiples veces en su edición de las *Instituciones*, de Álvarez<sup>77</sup>. Ello en cuanto a la enseñanza del derecho, plano en que se ubican estas obras de naturaleza docente, cuya calidad impone un absoluto descarte de comisión de error por parte del futuro codificador y mucho más que ese error —en un libro que fue el texto de enseñanza jurídica así en Buenos Aires como en Montevideo durante largos años— corriera como aseveración correcta sin que se le observara por nadie.

Vale sí repetir un ensayo de explicación del hecho curioso, puesto de relieve por Zorraquín Becú<sup>78</sup>, “que Vélez, como muchos de sus contemporáneos en la primera mitad del siglo XIX, prefiere citar la Nueva Recopilación y los autos acordados que la complementaban y sólo por excepción menciona la Novísima”.

El intento de explicación propuesto años atrás<sup>79</sup>, encuadra en la circunstancia arriba referida de falta o escasez de ejemplares de la Novísima debido a los acontecimientos bélicos y políticos de la época, que afectaron a Vélez, las instituciones y a los colegas contemporáneos.

<sup>74</sup> DE CASTRO, Manuel Antonio, *Prontuario de Práctica Forense*, Buenos Aires, 1834, p. 17.

<sup>75</sup> En ese año de 1834 Vélez anotó, corrigió y publicó tanto el *Prontuario de Práctica Forense* de Castro como *Las Instituciones* de Álvarez (Confr. ZORRAQUÍN BECÚ, *La Formación Intelectual de Vélez Sarsfield*, en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, 1964, Nº. 15, pp. 164-165). En ambas obras, destinadas a la enseñanza del derecho, aparece citada la Novísima Recopilación.

<sup>76</sup> Cédula de 28 de abril de 1803, que es la ley 18, t. 2, Lo. 10 de la N.R. (CASTRO, *Prontuario* cit., p. 17). En cuanto al *Prontuario* de Castro, el suscripto autor de la presente comunicación debe hacer constar que en su biblioteca cuenta con un ejemplar de la edición de Buenos Aires, de 1834, que por las firmas que luce en su portada perteneció a Ciriaco Cornejo y A. Ormaechea y que pone a disposición de quien desee examinarlo en razón de lo que se expresará: enorme cantidad de páginas lucen manuscritas las concordancias de las leyes citadas en el texto, con las de la Novísima. Así tomadas al azar, de entre una multitud: pp. 71 y 188, l. 10, t. 17, Lo. 4, R.C. y l. 2, t. 16, Lo. 11, Novísima; p. 189, l. 15, t. 10, Lo. 2, R.C. y l. 17, t. 2, Lo. 11, Novísima; p. 168, l. 7, t. 21, Lo. 4, R.C. y l. 1<sup>a</sup>, t. 30, Lo. 11, Novísima y l. 1. 18, 21, 22 y 23, t. 21, Lo. 4,

R.C. y l. 1. 13, 14, 15 y 16, t. 30, Lo. 11, Novísima; p. 169, l. 36, t. 4, Lo. 3, R.C. y l. 13, t. 28, Lo. 11, Novísima. Estas concordancias, especificadas a título de ejemplo, y la cantidad de similares que luce el libro, se reitera manuscritas, sólo pueden ser interpretadas como remisiones impuestas por el uso permanente de la Novísima Recopilación, sobre todo tratándose de un manual destinado a estudiantes, y se explica por la razón, expuesta en el texto, de carencia o escasez de ejemplares de ella y no por negarse su valor legal.

Por último, la cita de los autos acordados 6, 7 y 10, t. 20, Lo. 4, con la mención a que “son los primeros y los únicos que hablan de este recurso”, para nada excluye la Novísima, sino que simple y textualmente recoge términos de las manifestaciones del Conde de la Cañada sobre el recurso de injusticia notoria y que aparecen en la tercera edición, la de 1845, de sus *Instituciones Prácticas de los Juicios Civiles*, en la Part. III, cap. V, pp. 259 ss.

<sup>77</sup> Confr. *Instituciones de Derecho real de España*, por el doctor José María ALVAREZ... adicionadas... por Dalmacio Vélez, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1834, pp. VI, VII.

<sup>78</sup> *La Formación Intelectual de Vélez Sarsfield* cit., p. 164.

<sup>79</sup> ROCA, *Exposición* cit., pp. 265-266.

Si se parte del hecho concreto de que el único ejemplar, en cinco tomos, de la Novísima de que dispuso Vélez Sarsfield en su biblioteca, es la edición de París, Librería de don Vicente Salvá, Calle de Lille N° 4, del año 1846<sup>80</sup>, con razón cierta puede presumirse que ella integrara la partida de libros, procedentes de Francia en 1847, cuya remisión a Buenos Aires encomendara el propio Vélez a su amigo montevideano Cándido Juanicó por cartas del 16 y del 17 de noviembre de 1847<sup>81</sup>. Es un período, al reintegrarse a Buenos Aires en agosto de 1846, en que Vélez adquiere muchas obras jurídicas, “especialmente de Francia”<sup>82</sup>, y no puede extrañar, entonces, ni menos juzgarse desprovista de serio fundamento esta suposición interpretativa.

A partir de esa época, es decir hacia la segunda mitad del siglo XIX, ya no simplemente conociendo sino contando en su biblioteca con la Novísima propia, Vélez cita con frecuencia ese cuerpo legal. Los términos se invierten y es la Recopilación la que Vélez cita por excepción, en base a razones de rigor científico y no de preferencia.

Además, para este mismo ámbito de la enseñanza, el doctor José María Mariluz Urquijo ha aportado, en la Reunión sobre la Vigencia y Aplicación de la Novísima Recopilación Española de 1805 en el Río de la Plata<sup>83</sup>, los siguientes datos:

- a) Manifestaciones de Vélez Sarsfield en las *Instituciones*, de Alvarez;
- b) Miguel Esteves Saguí, en su *Tratado elemental de los procedimientos en el foro de Buenos Aires*, de 1850, utiliza la Novísima;
- c) Carlos Tejedor, en su *Curso de Derecho Criminal*, de 1860, cita generalmente la Nueva Recopilación, pero también recurre a la Novísima;
- d) Eduardo Munilla en su *Manual de escribanos teórico-práctico arreglado a nuestra legislación patria y prácticas de los tribunales*, de 1867, funda sus afirmaciones en citas de la Novísima;
- e) Enrique Martínez y José L. Viana, en sus tesis de 1866 y 1868, también se remiten a la Novísima;
- f) Manuel A. Sáez al esbozar sus *Observaciones críticas sobre el Código Civil*, t. I, Mendoza, 1883, p. 83, después de citar una ley de la Novísima, añade que esta “disposición de la ley recopilada ha sido derogada por una del Congreso”, o sea, que consideraba que anteriormente había estado en vigor.

#### IV. APLICACION CONCRETA DE LA NOVISIMA EN LA PRACTICA JUDICIAL O ADMINISTRATIVA

En este capítulo también deben resaltarse en primer término, como lo hace en todo tema que estudia, los aportes del doctor Mariluz Urquijo<sup>84</sup>, aun cuando no se compartan las conclusiones que extrae. Enumera el doctor Mariluz:

- a) Expresiones de Vélez Sarsfield, quien “aludió también a la vigencia de la *Novísima* en la polémica con Alberdi, en un pasaje que ya fue aducido por Levene” y, debe agregarse, las manifestaciones del propio Alberdi<sup>85</sup>.
- b) Alegaciones del doctor Gabriel Ocampo en las pp. 69 y 70 del *Manifiesto en derecho a favor de D. José de Iturriaga*, de 1836.
- c) “José Roque Pérez en el *Manifiesto en derecho en el pleito seguido por el Fiscal del Estado con la familia del finado Dr. D. Tomás M. de Anchorena*, Buenos Ai-

<sup>80</sup> Catálogo de la Biblioteca del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, Universidad Nacional de Córdoba, MCMXL, p. 162.

<sup>81</sup> Confr. CHANETON, Abel, *Historia de Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, 1938, t. II, pp. 477-478.

<sup>82</sup> Confr. ZORRAQUIN BECU, *La Formación Intelectual* cit., p. 169.

<sup>83-84</sup> Ob. cit., pp. 254-256.

<sup>85</sup> ROCA, *Estudios* cit., pp. 228-229.

res, 1863, p. 31, invoca varias leyes de la *Nueva Recopilación* 'refundidas' —dice— en una de las de la *Novísima*".

- d) El doctor Juan Giraldo, en *El abogado nuevo o sea pequeño arte de la abogacía*, Buenos Aires, 1869, se basa principalmente en las Partidas y en la *Novísima Recopilación*.
- e) Finalmente, expresa el doctor Mariluz que el Dr. Ramón Ferreira no parece abrigar duda alguna sobre la vigencia de la *Novísima*, remitiéndose a su colección de vistas y a su dictamen sobre la declaración de sede vacante y nombramiento de vicario capitular por el Cabildo Eclesiástico de Paraná<sup>86</sup>.

Luego el doctor Mariluz Urquijo cita los nombres, entre otros, de Manuel Antonio de Castro, Pastor Obligado, Onésimo Leguizamón, Baldomero García, caracterizándolos por su exclusiva invocación a "la Nueva Recopilación aun en los casos en que se trataba de leyes que han pasado a la *Novísima*".

La conclusión del doctor Mariluz Urquijo es "que las fichas que he leído sirven para poner en claro —valga la paradoja— que el punto no estaba claro para los juristas de la época".

Por el contrario —y valga una segunda paradoja— las fichas del doctor Mariluz y la información que se asentará en seguida, más la que se expusiera precedentemente, pone de relieve que el punto era sobradamente claro para los juristas de la época: nadie dudaba de la vigencia —al par que de la Nueva— de la *Novísima Recopilación*. Para todos, ambas estaban vigentes, sin la menor duda, y sólo a partir del siglo pasado, cuando ya la legislación indiana y su supletoria española habían sido sustituidas, se planteó la duda sobre la vigencia de la *Novísima*.

Si no fuera así y retrotrayendo el argumento del doctor Zorraquín Becú: ¿en mérito a qué hecho o mediante qué razonamiento puede aseverarse que estaban equivocados quienes citaban la *Novísima* y, al revés, en lo cierto, quienes invocaban la *Recopilación*? ¿Cómo puede aseverarse que Vélez Sarsfield, Narvaja, Acevedo, Alberdi, Gabriel Ocampo, Esteves Sagui, Carlos Tejedor, José Roque Pérez, Eduardo Munilla, Manuel A. Sáez, Francisco Solano de Antuña, Joaquín Requena, Manuel Antonio de Castro, Angel Floro Costa, Gerónimo Cortés, Ramón Ferreira, entre muchos otros, se equivocaban citando la *Novísima* y, en cambio, no se equivocaban ellos u otros, como Pastor Obligado, José F. Acosta, Onésimo Leguizamón, Baldomero García, Sabiniano Kier, al citar la *Nueva Recopilación*? ¿Cuál es el criterio o la razón que pueda adjudicar a un grupo o al otro el monopolio del error o el monopolio del acierto y cómo explicar que en la época nadie haya puesto en debate la cuestión, si es que el problema existía y suscitaba dudas? ¿Por qué toda cita de la *Nueva Recopilación*, cualquiera sea su procedencia, ha de aceptarse como correcta y prueba indiscutible de su valor legal y, por contraste, toda cita de la *Novísima*, aun formulada por Narvaja, Vélez Sarsfield o cualquiera de los grandes juristas del siglo XIX, es objeto, desde fines de ese siglo, de toda suerte de lucubraciones, objeciones y observaciones para calificarla como errónea o improcedente?

Parece juicioso concluir que, para los hombres de derecho del siglo pasado, que fueron, justamente, quienes tuvieron que observarla y ponerla en práctica, el punto estaba muy claro porque el problema no existía. El hecho de que se citara el Código Filipino prueba no que no se considerara vigente la *Novísima*, sino que se consideraban vigentes ambos —el Filipino y el Carolino—, que es la única proposición lógica y, a la vez, ajustada al mandato del Congreso de Tucumán, que declaró de observancia la legislación hispano-indiana sin distinción alguno entre "todos los Códigos legislativos, cédulas, reglamentos y

<sup>86</sup> Confr. FOLLARI, Rodolfo, *Derecho Administrativo - El Origen de su Estudio: Manuel COLMEIRO y Ramón FERREIRA*, en Revista de

la Administración Pública, Buenos Aires, septiembre de 1985, año 7, N° 84, pp. 7-30, especialmente pp. 24 ss.

demás disposiciones generales y particulares” de la época española, con la obvia salvedad de no contradecir el derecho patrio<sup>87</sup>.

Vélez Sarsfield, además de sus ya referidas citas en el *Prontuario* y en las *Instituciones*, dejó expresas constancias sobre la vigencia de la Novísima, tanto en la polémica con Alberdi —acompañado en ello por su ocasional contrincante<sup>88</sup>— como en el *Derecho Público Eclesiástico*<sup>89</sup>. Es válida la referencia o inclusión en el presente capítulo de esta obra porque, si bien, al redactarla, el autor tuvo en cuenta la finalidad docente, también expresó que este trabajo “puede servir de Manual a los encargados del Gobierno del Estado, a los Prelados eclesiásticos, o a los Letrados que pueden ser llamados al consejo de uno u otro poder”<sup>90</sup>. Y así lo certificó Nicolás Avellaneda, al calificar la obra de Vélez como “manual del Gobernante”<sup>91</sup>.

Importa destacar la remisión que, en el capítulo XV sobre Sede vacante, Cabildo Eclesiástico, Vicario Capitular, formula Vélez a la obra del Conde de la Cañada<sup>92</sup>, así como que se funda en la l. 9, t. 18, Lo. 1.º de la Novísima<sup>93</sup> para sentar la imperatividad del requisito previo de autorización gubernativa a fin de declararse la Iglesia en Sede vacante. La importancia de la remisión al Conde de la Cañada —en cuyas opiniones se funda Vélez en cuanto a vacancias por dimisión o renuncia de obispados y alcance jurídico del lapso entre vacante efectiva y su declaración<sup>94</sup>— radica en que el conocido procesalista, en la primera parte de su renombrada obra, capítulo primero, “Del origen de las leyes de España, de su valor y respectiva preferencia en las cosas de gobierno, y en la decisión de los pleitos contenciosos”<sup>95</sup>, estampa la siguiente afirmación: “Las leyes comprendidas en la Novísima Recopilación ocupan el primer lugar y preferencia, y obligan a ordenar y decidir las causas por ellas, como literalmente se expresa y dispone en la ley 3, tít. 1, lib. 2 de la Recop.”<sup>96</sup>.

Si Vélez no hubiese considerado indudable e indiscutible la fuerza legal de la Novísima, mal podía haberse fundado en la doctrina de un jurisconsulto que, citando la Recopilación, proclamaba como leyes que “ocupan el primer lugar y preferencia” las comprendidas en la Novísima.

En cuanto a la aplicación de la Novísima en la práctica judicial o administrativa, pueden agregarse, a todos los casos ya indicados, algunos más, referidos a la República Argentina y sus provincias.

El 15 de octubre de 1857, ante el juez de 1.ª instancia de Rosario<sup>97</sup>, don Juan José Díez de Andino, comparece “en uso del derecho de retracto que me conceden las leyes del título 13 Libro 10 de la Novísima Recopilación para salir al tanteo de un bien raíz abolengo” que su hermano don Ventura ha vendido a don Ramón Araya. Ofrece los fiadores de exacto pago, don Nicasio Oroño y don Camilo Aldao, y “siendo este punto de

<sup>87</sup> Confr. RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, vol. 6.º, 2.ª parte, Buenos Aires, 1939, p. 686.

<sup>88</sup> El Folleto del Dr. ALBERDI, El Nacional, 25-VI-1868, y ALBERDI, J.B., *Obras Completas*, Buenos Aires, 1899, t. 7, pp. 249-279 y especialmente 254. También ALBERDI, ibidem, t. 8, pp. 32-33. Confr. MARTINEZ PAZ, ob. cit., p. 133; GONZALEZ SABATHIE, J.M., *Estado del Derecho Civil Argentino antes de sancionarse el Código*, Tesis para optar al grado de Doctor, 1918, pp. 22 y 50, y ROCA, *Estudios cit.*, pp. 228-229.

<sup>89</sup> Confr. *Derecho Público Eclesiástico-Relaciones del Estado con la Iglesia en la Antigua América Española*, por el Dr. D. VELEZ SARSFIELD, Dalmacio, Buenos Aires, 1854, pp. 15, 20, 23, 27, 33, 42, 45, 70, 81, 85, 95, 114 y 116, entre otras muchas. ROCA, *Estudios cit.*, p. 245.

<sup>90</sup> VELEZ, ibidem, Prólogo.

<sup>91</sup> CHANETON, ob. cit., t. 2.º, pp. 437-438.

<sup>92</sup> VELEZ, ob. cit., pp. 90 y 91, respectivamente notas 1 y 2.

<sup>93</sup> VELEZ, ibidem, p. 93.

<sup>94</sup> EL CONDE DE LA CAÑADA, *Observaciones Prácticas sobre los Recursos de Fuerza; Modo y Forma de Introducirlos, Continuarlos y Determinarlos en los Tribunales Reales Superiores por...*, tomo segundo, Madrid, 1845.

<sup>95</sup> EL CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones Prácticas de los Juicios Civiles, así Ordinarios como Extraordinarios en todos sus trámites según que se empiezan, continúan y acaban en los Tribunales Reales...*, tomo primero, Madrid, 1845, p. 1.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>97</sup> Juzgado de 1.ª Instancia año 1857, Civil, serie 1, tomo 15, N.º. 37. (Atención del colega rosarino Dr. Manuel T. Marull.)

derecho, usted se ha de servir nombrar desde ahora un Asesor Letrado que aconseje al Juzgado”.

Se trata, con claridad, de un caso de los llamados retractos de consanguinidad o gentilicio, y siendo una cuestión esencialmente jurídica, es resaltante que para nada se mencionen el Fuero Real, los Ordenamientos Reales de Castilla, las Leyes de Estilo o las de Toro o las de Partidas, y, en cambio, directamente se aleguen las de la Novísima. Si se dudaba, simplemente —ya no se negaba—, de la vigencia de la Novísima, ¿una cuestión de puro derecho, como la califica expresamente el actor, se pudo plantear alegando exclusivamente ésta, dejando de lado y prescindiendo de sus preceptos, toda aquella frondosa legislación?

Desgraciadamente, Díez de Andino, el 29 de octubre de 1857, desiste de su demanda “para evitar disgustos y desavenencias de familia”, no llegándose a emitir un pronunciamiento judicial sobre ella y sus fundamentos legales, que no eran ningunos otros que las leyes de la Novísima.

El doctor Gerónimo Cortés, a quien el severo Chaneton coloca, como abogado de gran estilo, en igual categoría que a José María Moreno, Marcelino Ugarte o Manuel Quintana<sup>98</sup>, dejó reiteradas pruebas de su certeza absoluta de la vigencia de la Novísima Recopilación.

Siendo senador nacional tuvo participación activa y decisoria en la discusión de la ley llamada de “Fe de erratas”, sancionada más tarde, en 1882. Particularmente en cuanto a la adición al art. 325, que limitó, no habiendo posesión de estado, la acción de reconocimiento al período de “vida de sus padres”, adición que critica Chaneton<sup>99</sup> y en cuyo examen parlamentario Cortés citó la ley 1ª, título 5, libro 10 de la Novísima Recopilación de 1805<sup>100</sup>.

En dictamen sobre filiación natural del año 1889, luego de citar la ley 11 de Toro, la 9, t. 8. Lo. 5 de la Recopilación Castellana y la 1ª, t. 5, Lo. 10 de la Novísima, expresa: “...según esta disposición legal que era la que regía cuando nacieron los niños de que se trata (aproximadamente en 1858)... “Igualmente, al año siguiente, en otro asunto relativo a filiación natural, insistía en la aplicación de la Novísima a un hecho que databa de 1842, tal como en 1888 había propugnado la observancia de la legislación española en materia de procedimiento criminal, porque, entretanto el Congreso Nacional sancionara un código de procedimientos, “nuestro deber consiste en ejecutar fielmente la legislación española que nos rige”<sup>101</sup> y que “él conocía admirablemente y traía con frecuencia a colación en el estudio del Código”<sup>102</sup>.

Por cuanto se refiere a Uruguay, en el capítulo acerca del estudio, ha quedado constancia documental del envío de los cinco tomos de la Novísima a la Academia de Jurisprudencia del Cerrito, así como del incontrovertible criterio de Tristán Narvaja, no sólo sobre la vigencia en sí del Cuerpo Carolino, sino también sobre los razonamientos y caminos lógicos que llevan a la conclusión afirmativa en el tema propuesto.

Cualquiera sea el giro idiomático que empleara, Eduardo Acevedo dejó citas expresas en sus alegatos forenses<sup>103</sup> y fundamentos muy claros en su Proyecto de Código Civil.

<sup>98</sup> CHANETON, *Historia* cit., t. 2º, p. 333.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 287.

<sup>100</sup> KLUGER, Viviana, *Presencia del Derecho Indiano en las Vistas de Gerónimo Cortés*. Este trabajo, aún inédito, fue presentado por su autora en las XI Jornadas de Historia del Derecho Argentino que tuvieron lugar en la ciudad de Corrientes entre el 10 y 12 de octubre de 1986, y allí pudieron obtenerse algunos de los datos que se exponen en el texto. Es obvio que las anotaciones fueron tomadas “sobre la marcha” al tiempo de la exposición verbal y, seguramente, el texto debe contener más referencias que las que pudie-

ron recogerse entonces.

<sup>101</sup> KLUGER, *Ibidem*.

<sup>102</sup> CHANETON, loc. cit., p. 359.

<sup>103</sup> Eduardo Acevedo - *Su Obra...* cit., pp. 455, 467, 471: al recoger por cita de Vélez Sarsfield, la distinción entre leyes sueltas y recopiladas, rechaza la aplicación del decreto de 22 de febrero de 1765, porque “no sólo no ha sido comunicado a la Audiencia, sino que ni siquiera figura en la Novísima Recopilación”, extremo este último que sí regía para la resolución de 1745 sobre imposición de penas arbitrarias en los hurtos simples, l. VI, t. 14, Lo. XII.

En efecto, en su Advertencia a este Proyecto plantea la cuestión de cuáles son “los códigos que nos rigen [y] sobre el orden que respecto de ellos debe guardarse para la resolución de las causas. Empezando por el más antiguo, el de los reyes godos, libro de los Jueces o Fuero Juzgo, es una cuestión muy controvertida la de saber si rige o no entre nosotros”. Debe destacarse que no plantea ese serio problema de la vigencia o no de los cuerpos legales respecto a la Novísima, sino que, al contrario, se basa en la l. 9, t. 2, Lo. 10 de la Novísima, “en que se invocan Leyes del Fuero Juzgo” para sentar argumentos a favor de la vigencia de éste<sup>104</sup>. Aun cuando Acevedo llegue a expresar que “no es de nuestro propósito averiguar cuál de las dos opiniones es más legal. Bástanos exponer la cuestión existente”<sup>105</sup>, ¿puede pensarse, ante semejante texto, que Acevedo dudaba de la vigencia de la Novísima?; y aunque así fuera, ¿cómo explicar que no formulara el mismo planteo respecto a ésta?

Por otra parte, Acevedo —al igual que Vélez Sarsfield, quien aseveró que en su trabajo de codificación “la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen”<sup>106</sup>— se preocupó de dejar bien en claro que las disposiciones que aconsejaba “se encuentran dispersas en nuestros códigos, en los romanos o en los autores más comúnmente seguidos entre nosotros”, a fin de ahuyentar o aventar “el reproche que necesariamente se nos haría de implantaciones exóticas”<sup>107</sup>. Más adelante agrega: “Desde que concebimos la primera idea de este trabajo, nos propusimos conservar de la legislación vigente cuanto no fuere opuesto a nuestro actual modo de ser, a las necesidades del país y de la época. Llevamos tan adelante esa idea, que muchas veces conservamos disposiciones que preferiríamos ver cambiadas...”. Así se ha llegado al extremo de que “nuestro trabajo, a excepción de muy pocos puntos, no sea más que la redacción en forma de código moderno de las mismas leyes y doctrinas que cada día aplican nuestros tribunales...”<sup>108</sup>.

A la luz de esas aclaraciones sobre su propósito de conservar la legislación vigente, han de juzgarse las remisiones al derecho español, que le sirvió de fuente para casi toda las disposiciones proyectadas, que se encuentran en el texto de Acevedo y muchas de las cuales son citas de la Novísima. Véanse entre otras: el art. 148, sobre querrela de irracional disenso<sup>109</sup>; en el título 5º, “De los esponsales y del matrimonio”, cap. I “De los esponsales” y cap. II “Del matrimonio”<sup>110</sup>; art. 1359, sobre daños y perjuicios en obligaciones limitadas al pago de una suma; art. 162, sobre registro de privilegio o hipoteca; art. 743, formalidades del contrato de hipoteca<sup>111</sup>.

Por fin, cada una de casi todas las disposiciones del Proyecto Acevedo, además de la referencia al derecho español, luce la mención marginal a las observaciones formuladas al autor por sus colegas Antonio Luis Pereira, Francisco Solano de Antuña y Joaquín Requena, a quienes él remitía sus borradores, precisamente a tales efectos. Ese es el origen de las referencias impresas por Acevedo en su Proyecto<sup>112</sup>. De tal suerte puede legítimamente inferirse que Pereira, Antuña y Requena manejaban las mismas normas y doctrinas que Acevedo y compartían su criterio respecto a la fuerza legal de las primeras y la procedencia de las segundas.

Igualmente, el texto del artículo 7º. de la ley del 17 de julio de 1839<sup>113</sup>, al establecer el orden de prelación de leyes comerciales: leyes patrias, ordenanzas de Bilbao, usos y prácticas mercantiles, leyes recopiladas y de las Partidas, y, en defecto unas de otras,

<sup>104</sup> ACEVEDO, Eduardo, *Proyecto de un Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay Redactado por...*, Montevideo, 1852, p. VIII.

<sup>105</sup> Idem.

<sup>106</sup> Confr. ALBERDI, *Obras cit.*, t. 7, pp. 255 y 270, y CHANETON, *ob. cit.*, t. 2, p. 212.

<sup>107</sup> ACEVEDO, *Proyecto cit.*, p. X.

<sup>108</sup> Idem, p. 14.

<sup>109</sup> Idem, p. 35, nota 3.

<sup>110</sup> Idem, p. 31, notas 1 y 2; p. 33, nota 1; p. 34, nota 1.

<sup>111</sup> Idem, pp. 302, 164, 160, respectivamente.

<sup>112</sup> Archivo General de la Nación, ex Fondo Archivo y Museo Histórico Nacional, caja Nº 168.

<sup>113</sup> UGON, Armand y otros, *Compilación de Leyes y Decretos*, t. 2, 1835-1843, pp. 264-266.



por el orden en que van especificadas, consagra en el derecho intermedio del Uruguay y en el ámbito del derecho comercial, a texto expreso<sup>114</sup>, la fuerza legal de la Novísima. La claridad de conceptos y la ausencia de dudas al respecto, explican la brevedad del trámite legislativo<sup>115</sup>.

Para concluir, puede referirse un caso de alegación de la Novísima en el foro de Montevideo y en época ya posterior a la sanción del Código Civil.

Se trata del alegato de bien probado de la testamentaria Durán, redactado por el doctor Angel Floro Costa<sup>116</sup>, demostrando que a través de toda la legislación que ha regido en el país y aplicable a las sucesiones abiertas antes de la sanción del Código Civil, según lo prescribía el originario artículo 1148 (hoy 1187, a pesar de su carácter transitorio), no era oponible la prescripción a los herederos por el tenedor de la herencia. En virtud del artículo citado y de otros preceptos sobre irretroactividad de las leyes que contiene el Código de Narvaja<sup>117</sup>, el mencionado abogado pudo citar la Novísima — como pudo haber citado si, por su fuerza de ley, hubiese correspondido cualquier otro— en calidad de cuerpo legal aplicable al caso.

### CONCLUSIONES

a) La vigencia de la Novísima Recopilación hasta la codificación no estuvo en duda y es un problema creado *a posteriori*.

b) Los juristas de la época consideraron en vigencia tanto la Novísima como la Nueva Recopilación y la Recopilación Castellana, con arreglo a la lógica, a la semasiología y al mandato del Congreso de Tucumán sobre observancia del derecho indiano y español.

<sup>114</sup> Archivo Histórico de la Cámara de Senadores, Montevideo. E-Senado-1829-1845, caja Nº 1839, carpeta Nº 39: Informe de la Comisión de Legislación suscripto por el senador doctor Joaquín Campana.

<sup>115</sup> Actas Cámara de Representantes, t. 3, 1837-1841, pp. 692-694, acta Nº 157, y Actas Cámara de Senadores, t. 3, 1837-1841, pp. 527-528, acta Nº 26.

<sup>116</sup> FLORO COSTA, Angel, *Historia de un drama judicial*, Montevideo, 1888, pp. 147-148.

<sup>117</sup> GOYENA, Pablo V. *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Edición Correc-ta, Concordada y Anotada por...*, Montevideo, 1892, pp. 237-242 y 508-510.