

XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 2007.

Ideas políticas y administración de justicia: Vicente Fidel López y Antonio E. Malaver.

Corva, María Angélica (SCBA).

Cita:

Corva, María Angélica (SCBA) (2007). *Ideas políticas y administración de justicia: Vicente Fidel López y Antonio E. Malaver. XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-108/338>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

XI JORNADAS INTERESCUELAS/DEPARTAMENTOS DE HISTORIA

Tucumán, 19 al 22 de setiembre de 2007

Título: Ideas políticas y administración de justicia: Vicente Fidel López y Antonio E. Malaver

Mesa Temática Abierta: Redes intelectuales y políticas en América Latina

Facultad y Dependencia: Departamento Histórico-Judicial, S.C.B.A.

Autor: María Angélica Corva

Dirección: 511N°1667, (1901), La Plata, Argentina

Teléfono: 0221-4712892

Correo Electrónico: mariacorva@gmail.com

Introducción

El complejo proceso de la construcción del Estado debía resolver la división de poderes, la centralización del poder y el diseño de las instituciones de gobierno, entre las que eran fundamentales las encargadas de la administración de justicia. Pero la teoría seguía diversas interpretaciones y en la práctica política influía la tradición y los modelos foráneos, dando por resultado profundas discusiones de forma y de fondo al diseñar las instituciones judiciales.

Es nuestro objetivo determinar y analizar el contenido ideológico de las decisiones tomadas a la hora de organizar la administración de justicia en la provincia de Buenos Aires, entre 1860 y 1880. Para ello, estudiamos a Vicente Fidel López y Antonio E. Malaver, por tratarse de políticos y juristas que expresaron sus ideas sobre la formación de las instituciones judiciales de la provincia. Su estudio permitirá acercarse a dos líneas de pensamiento dentro del autonomismo, que planteaban diversas vías para lograr la descentralización administrativa y judicial.

Si bien la historia intelectual no se practica con modelos teóricos obligados para analizar sus objetos, ni para interpretarlos, se puede “esbozar un programa de trabajo que comunique la historia política, la historia de las elites culturales y el análisis histórico de la “literatura de ideas”. Para ello se debe tener presente que las elites intelectuales del siglo XIX, letrados y pensadores, ordenaron sus escritos entorno a la política y a la vida pública, y a códigos culturales, pautas de sus relaciones. Por esto intentaremos poner en contexto las obras para luego realizar una cuidadosa lectura interna y finalmente descubrir en las ideas de estos intelectuales los códigos culturales de su grupo¹.

¹ Carlos Altamirano, Ideas para un programa de Historia Intelectual” en *Prismas*, Revista de historia intelectual, N°3, Universidad Nacional de Quilmas, 1999, p.203-208.

Concretamente en el grupo de los juristas, sus ideas “presiden la formación de su mentalidad, fijan el concepto del Derecho, establecen sus fuentes, precisan la interpretación jurídica y gravitan, por lo tanto, sobre una parte considerable de la esfera de acción del hombre sobre la sociedad...a menudo marchan unidas con el pensamiento filosófico, las creencias religiosas, los valores morales, el desarrollo de la ciencia y la técnica, las ideas o hechos políticos y económicos, y las expresiones de la cultura y del arte”. Para estudiarlas se debe tener presente el mundo jurídico de tradición romano-canónica y buscar allí los grandes influjos ideológicos para finalmente construir la tradición jurídica propia.²

Vicente Fidel López: felicidad y libertad

Vicente Fidel López nació en 1815 y fue su padre Alejandro Vicente López, quien se caracterizó por su habilidad de adaptación política, definida como *pragmatismo*, heredado por su hijo y por su nieto, Lucio Vicente³. Optando por las leyes como vocación profesional, integró la generación de 1837, junto a otras pocas figuras que dominaron la vida cultural argentina hasta los 80⁴. La bibliografía dedicada a este jurista, político e historiador es abundante, no sólo por lo atractivo de su historia, sino porque, representante de una generación, atravesó la era rosista amparado en el exilio, fracasó en su intento de protagonizar el proyecto nacional después de Caseros y finalmente se encarnó en los debates de la construcción del Estado, fundamentalmente en la década del 70.

Ante el fracaso generacional de ser los ideólogos de la nueva era, se trasladó en 1840 a Córdoba, donde contrajo matrimonio con Carmen Lozano Zamalloa e intentó expandir las ideas románticas. Luego inició en Chile un exilio de diez años, cuyo balance es contradictorio, “por un lado, le permitirá estudiar a fondo un modelo político que juzga expectable; por otro, le servirá como acicate para un nacionalismo extremo, hasta entonces latente, particularmente animoso contra todo chileno”⁵. Finalmente se trasladó a Montevideo desde donde alimentó su proyecto de generar municipalidades fuertes en contacto con el Ejecutivo nacional, que junto a su relación con Urquiza y su defensa del Acuerdo de San Nicolás, lo llevaron al descrédito y a un prolongado letargo hasta 1868. Durante su

² Tau Anzoátegui, Víctor, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1977, pp.13-14.

³ Para conocer la vida y la acción política de Vicente Fidel López: Alberto Rodolfo Lettieri, *Vicente Fidel López: la construcción histórico-política de un liberalismo conservador*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 1995.

⁴ Jorge Myers, “La revolución de las ideas: la generación romántica de 1837 en la cultura y en la política argentinas” en *Nueva Historia Argentina, Revolución, República, Confederación (1806-1852)*, dirigida por Noemí Goldman, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2005, p. 383.

⁵Rodolfo Lettieri, *Vicente Fidel López: la construcción...cit.*, p.25.

exilio, al igual que sus compañeros de generación, lo distinguió su avidez por estar al tanto de lo último surgido en Europa y en Estados Unidos⁶.

En ese año inició una fecunda etapa en la que colaboró en la *Revista de Buenos Aires*, fundó con Juan María Gutiérrez y Andrés Lamas *La revista del Río de la Plata*, y dictó clases de Economía política en la Universidad de Buenos Aires, llegando a ocupar el rectorado. Para Rodolfo Lettieri “su tarea universitaria favorecerá un acercamiento con la camada de jóvenes autonomistas reformistas que conformarían el efímero Partido Republicano en 1877”⁷. Pero lo importante es que a toda esta actividad intelectual y académica, se sumó su retorno a la actividad política institucional de la provincia como convencional para la reforma constitucional, por la ciudad de Buenos Aires, y como senador provincial por el autonomismo en 1872. La Convención Constituyente fue el ámbito de expresión de la perspectiva teórico política de López⁸ y a través de su actividad en el Senado provincial y las páginas de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* manifestó los aspectos prácticos de su teoría, sin dejar de dar sustento ideológico a sus propuestas⁹.

Fue en el inicio de esta etapa que López redactó un proyecto de organización para el poder judicial, que no ha sido tenido en cuenta en los estudio realizados hasta el momento sobre su producción bibliográfica. La *Revista de Lejislación y Jurisprudencia* presentó, con motivo de la reforma constitucional, el proyecto de Vicente Fidel López dedicado a la *Organización del Poder Judicial*¹⁰. Los editores de la revista, entre los que se encontraba Antonio Malaver, advertían que “no es posible hacer un detenido examen, como la materia lo requiere, de las teorías y doctrinas desenvueltas por el Dr. López”, pues su crítica jurídica requería de largos estudios. Pero no perdieron la oportunidad de asegurar que el proyecto no se convertiría en ley por no responder a los requerimientos de una sociedad que necesitaba comprender y pedir una organización de la cual desconocía su objeto y sus funciones. De todas formas rescataban de la propuesta la amovilidad o inamovilidad de los jueces, y por ello decidieron honrar “las páginas de la publicación con tan notable trabajo”¹¹.

López dividió su proyecto en una parte teórica y otra práctica, sirviendo la primera de base a la segunda para que no se considerara su trabajo “una extravagancia deseosa de ser calificada de

⁶ Jorge Myers, “La revolución de las ideas...1999, cit, p.385.

⁷ Rodolfo Lettieri, *Vicente Fidel López: la construcción...*cit, p.39.

⁸ *Ibídem*, p.40.

⁹ En el año 1873 López dejó el escenario provincial y fue electo diputado nacional hasta 1880.

¹⁰ *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. V, Buenos Aires, Imprenta de La Prensa, 1870, pp. 395-447, en adelante RLJ. Este proyecto lo hemos comentado, en lo referente a la Justicia de Paz, en “La Justicia de Paz en la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873”, en *Revista de Historia del Derecho*, N°33, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2005, pp.69-129.

¹¹ RLJ, p. 395.

original”. Para ello recurrió a los publicistas más acreditados y “a quienes el partido liberal tributa en todas partes mayor respeto y consideración”¹². Las citas eran extensas y las referencias a pie de página vagas, haciendo permanente referencia al conocimiento que sus lectores debían tener sobre los textos y aconsejando que los leyeran y meditasen a la luz de la historia y de la experiencia¹³. Esos libros dieron sustento a su proyecto al acercarle la experiencia de pueblos “morales y felices” y las prácticas de pueblos libres como Estados Unidos, Bélgica, Inglaterra y Suiza.

A su vez, esta parte teórica, podríamos nosotros dividirla en dos. En la primera, cada uno de sus inspiradores teóricos fue brevemente introducido para pasar luego a largas transcripciones relacionadas con la organización judicial. El primero fue Eduardo Laboulaye¹⁴ y su libro *Partido liberal* (1869), del que rescató la inamovilidad del juez, fundamental desde el punto de vista político para la magistratura. Pero se trataba de una inamovilidad absoluta, basada en el modelo inglés, el juez no era despedido pero tampoco tenía una carrera judicial, por lo que no tenía nada que esperar del poder, pero tampoco nada que temer. Aquí el autor citado aludía a su vez a Benjamin Constant, para quien la posibilidad de ascenso tornaba ilusoria la inamovilidad, el juez inglés no estaba expuesto ni al temor ni a la esperanza (aguijones del ser humano), pero tampoco a la política¹⁵. Y aquí, con una llamada, introdujo López el mensaje que quería transmitir: los graves inconvenientes de la elección popular, manejada por los partidos o abandonada a la abstención del electorado. Parecen las capas de una cebolla, el autor del proyecto no emitió su opinión en forma directa, la recubrió de las ideas de autores aceptados por la elite intelectual de la que él ha logrado formar parte.

La inamovilidad estaba ligada a la independencia del juez, Laboulaye, lo definía como representante de la justicia ante el pueblo y ante el gobierno, destacando que no debía ser sirviente del primero ni esclavo de la opinión del segundo. Esta idea fue reforzada por nuestro autor con Toqueville, para quien disminuir la independencia de los magistrados no atentaba sólo contra la justicia sino contra la democracia misma, y con Stuart Mill que en *El Gobierno Representativo*¹⁶, destruyó el sofisma de

¹² *Ibíd*em, p.395.

¹³ En el texto se hacía referencia al autor sólo por su apellido y en la cita a pie de página se daba el nombre del libro, a veces en forma incompleta, señalando siempre la página a que hacían referencia, por esto ha sido muy dificultoso (a veces imposible) ubicar a los autores y a las obras.

¹⁴ Escritor y jurisconsulto francés, (1811-1883). Continuador de Benjamin Constant y Alexis de Tocqueville, escribió *Historia de los Estados Unidos* (4 tomos, Sevilla, Eduardo Perie, 1870), En el segundo tomo dedicó una lección al estudio del Poder Judicial, calificándolo como poder político debido a que tenía poder de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Sus estudios sobre la organización judicial y la Constitución de Estados Unidos fueron de mucho interés en el fortalecimiento del porfiriato mexicano, ver Lucio Cabrera Acevedo, *La Suprema Corte durante el fortalecimiento del porfirismo, 1882-1888*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1991.

¹⁵ Eduardo Laboulaye, *Le parti liberal*, Charpentier, París, p. 227.

¹⁶ J.S. Mill, *Considerations on Representative Government*, Londres, 1861, esta obra es su tratado más extenso de filosofía política.

la elección popular de los jueces, porque el pueblo no contaba con las calidades necesarias, calma e imparcialidad, para hacerlo, y criticó el sistema norteamericano. Pero perdido en este profuso texto, que criticaba la opción francesa inspirada por Monet de jueces temporales elegidos por el pueblo, López aseguró que no bastaba la inamovilidad, también se requería de la formación profesional y de la experiencia.

Pidiendo permiso para emitir su opinión, López expresó con ironía que sí en los dos países del mundo mejor capacitados para elegir, fracasó la elección popular de los jueces, “imaginemos lo que ella sería entre nosotros”¹⁷. De todas formas las cosas como estaban tampoco podían seguir, la elección del Ejecutivo implicaba la elección de un amigo o al menos conocido pues nunca elegiría a un adversario, y esto era no por el defecto de una persona sino por la “naturaleza moral de las cosas humanas”¹⁸. No veía un acto de corrupción en la elección de un allegado, sino un acto de afecto paternal de la autoridad. Por otro lado, la solución de confiar la elección al Senado traía dos problemas, la influencia del espíritu de partido y el desconocimiento que los legisladores podían tener sobre la administración de justicia.

La solución la encontró en la *Historia del Gobierno Representativo* de Caine, para quien una buena Constitución debía repartir el poder electoral y el poder político en cada cuerpo de la Nación inherentes al servicio que deben prestar. Un cuerpo inamovible tenía el derecho de renovarse a sí mismo según las capacidades científicas y morales, sin ser dominados por la opinión popular. Cuerpos moralmente, no políticamente, aristocráticos, distinguidos por la ciencia y el magisterio, sometidos a su dignidad y a su conciencia. Esta forma de elección era una garantía para un pueblo libre y feliz, que armonizaba igualdad y jerarquía, tan difíciles de conciliar.

Aquí parecía que terminaba su introducción, pero no, cambiando su metodología inició una segunda parte, el texto pasó a estar dominado por su opinión con citas que la fundamentaban, escribiendo tanto como lo que llevaba expuesto. Su propósito era destacar lo inadecuado de caer en la rutina electoral, de imitar el modelo francés, teniendo delante la experiencia inglesa que se sintetizaba en un objetivo: “Municipalidades políticas: justicia soberana¹⁹ e independiente encarnada en la misma acción del pueblo (no en su elección)”²⁰. Y aquí introdujo una fábula: imitar a Francia o a España era

¹⁷ RLJ, p.401.

¹⁸ *Ibíd.*, p.401.

¹⁹ Un año después, en los debates de la Convención Constituyente, en la sesión del 27 de junio de 1871, López definiría a la soberanía como contraria a la libertad del pueblo. Nos encontramos con conceptos aparentemente contradictorios, sin embargo la justicia sería soberana porque el pueblo mismo la integraría y al renovarse a sí misma no esperaría favor de nadie.

²⁰ *Ibíd.*, p.404.

como el negligente bondadoso que tenía dos pares de sábanas y los usaba alternativamente, dejando el que no estaba en uso debajo de la cama. Durante sesenta años alternamos las sábanas de la revolución francesa con las del Virreinato, López instaba al esfuerzo de lavarlas para lograr los objetivos anhelados.

El objetivo fundamental era el Gobierno de lo propio²¹ que consistía en funcionar, no en elegir, el pueblo podía funcionar como juez aunque no eligiera a sus jueces (como jurados o jueces de paz en situaciones extremas). Los magistrados estarían sujetos a la jurisdicción provincial del Jurado, nada de fueros especiales que atentaran contra la igualdad ante la ley. Lo más importante para López era la libertad, pero esta debía estar respaldada por la ley y no había ley si la justicia no era igual y escrita para todos. La ley era la regla de la conducta del juez, responsable y justiciable, sólo así la libertad se hacía efectiva. Es muy posible que López llegara a estas conclusiones luego de leer la *Democracia* de Tocqueville, que descubrió en el arte político de los Estados Unidos, la solución al problema democrático de la centralización del poder, nacido de la pasión por la igualdad, enfrentada a la pasión por la igualdad en la libertad, ambas de fuerza desigual. La solución sugería *recursos democráticos*, entre los que se encontraban el autogobierno local, la separación de la Iglesia y el Estado, la libertad de prensa, las elecciones indirectas, una justicia independiente y el fomento de las asociaciones²².

A su vez Tocqueville, también influyó sobre John Stuart Mill, leído por López. Mill aceptaba que era inevitable el avance de la igualdad en la democracia y que era el inconveniente de quienes quisieran promover el progreso. La igualdad en extremo chocaba con la justicia y socavaba la libertad y el respeto a la excelencia intelectual y moral, condición de todo progreso. Por esto Mill, sosteniendo el núcleo del utilitarismo, introdujo algunas modificaciones, basadas fundamentalmente en que si bien el gobierno existía para producir la felicidad del mayor número, algunos tipos de placer eran mejores que otros, y era su responsabilidad educar al ciudadano de modo que tendiera a buscar los placeres más elevados en lugar de los más bajos. Esto se expresaba en la educación moral (por el gobierno o particular) dirigida al hombre no sólo como animal que busca placeres, sino como “ser progresista”²³. De esto podemos entender que López tenía como modelo pueblos felices y libres, pero morales, y que la igualdad debía funcionar como garantía de la libertad en la letra de la ley para alcanzar el tan anhelado progreso.

²¹ El “gobierno de lo propio” era para López el gobierno legítimo, contrario al “gobierno de lo ajeno”. Este concepto lo desarrolló en su artículo “De la naturaleza y del mecanismo del Poder Ejecutivo en los Pueblos Libres” en la *Revista del Río de la Plata*, t.IV, n° 14, 15 y 16. Ver Rodolfo Lettieri, *Vicente Fidel López: la construcción...* cit, pp.41-42.

²² Marvin Zetterbaum, “Alexis de Tocqueville”, en Leo Straus y Joseph Cropsey, *Historia de la filosofía política*, México, FCE, 1993, p.727.

²³ Henry M. Magid, “John Stuart Mill”, en Strauss, *Historia de la filosofía...* cit, pp. 741-742.

Antes de dedicarse a los aspectos prácticos, López sintetiza el fundamento de su proyecto en dos ideas: la administración de justicia debía ser soberana e independiente y su propuesta era un corsé del tejido de las prácticas inglesas que debía adaptarse a nuestro cuerpo social.

Terminada la teoría, comienza el proyecto extenso y detallado, construido sobre conceptos básicos para la administración de Justicia: debía ser gratuita; los juicios serían públicos y contradictorios; quedaban prohibidos los grillos o ligaduras; no existían los fueros; ninguna ley tendría fuerza retroactiva; los juicios criminales debían surgir de la denuncia escrita; la cárcel previa sólo podía ser correccional o por presunción de delito, nunca por presunciones políticas; ningún delincuente estaría obligado a declarar contra sí mismo; en los juicios criminales las averiguaciones en el vecindario eran garantía de la vida y libertad de los hombres; el proceso criminal no podía durar más de un mes en la ciudad y dos en la campaña; la justicia por mano propia no estaba permitida al pueblo pero no estaba prohibida si la realizaba en masa y en lugares de campaña donde no llegaba la seguridad y el escarmiento; el extranjero que en duelo derramara sangre argentina sería desterrado; no podría ejercer cargo público el ciudadano que hubiere participado en duelo con efusión de sangre; la traición contra el Estado sería hacer la guerra contra él bajo otra bandera pero nunca su oposición a través de la prensa.

La justicia sería administrada por Tribunales *ex aequo et bono* (conforme a la equidad o según el leal saber o entender) y Tribunales *ex jure* (de derecho). Los primeros serían los jurados civil y criminal, los jueces de paz, la Cámara Correccional y el Departamento Topográfico y de Ingenieros. Los segundos, los que componían en su conjunto la Sala Jurídica de la Provincia de Buenos Aires integrada por diez y seis miembros titulares y otros tantos adjuntos, todos ellos abogados con ocho años de práctica. Los titulares serían nombrados la primera vez por el Senado y luego por mayoría en su seno; durarían en sus cargos tanto como su buena conducta.

Los juicios criminales podrían ser únicamente por jurados y las causas condenatorias serían revisadas por el Tribunal del crimen, compuesto de seis miembros de la Sala. En las causas civiles el actor podría optar por el jurado o los tribunales letrados. La Sala funcionaría en primera instancia para los divorcios, disensos y la administración de bienes matrimoniales. Dos miembros de la Sala se dedicarían a dirigir y redactar el Registro de la Jurisprudencia de las sentencias. Los jurados actuarían en el distrito Municipal donde hubiere ocurrido el hecho y sería integrado por vecinos del mismo. Desaparecían los Fiscales y Agentes fiscales y sus funciones serían desempeñadas por personal nombrado para cada caso.

Cada tres meses tres jueces adjuntos recorrerían las Municipalidades de Campaña, para fallar en apelación las causas civiles resueltas en primera instancia por el Jurado, las criminales condenatorias irían directamente a la Sala Jurídica de la Capital. Las sentencias de los jueces visitantes serían publicadas en el Registro de la Jurisprudencia con la interpretación de las leyes y circunstancias que se hubieren aplicado. La Municipalidad con desenvolvimiento social y medios propios podrían solicitar a la Legislatura un Tribunal de Apelación propio.

En 1862 fue eliminado el Consulado y establecidos los Tribunales de Comercio en la Capital, dándosele jurisdicción comercial a los jueces de primera instancia de la Campaña. López quería regresar a la justicia comercial ejercida por el propio gremio, para lo cual definía al comerciante, que por componer un gremio civil debían estar sujetos a su propia jurisdicción. En caso de apelación, la Cámara Comercial se formaría agregando tres abogados.

El Departamento Topográfico constituiría un Jurado especial de obras públicas, ante el cual se debía consultar para emprender construcciones u obras públicas. Podría imponer multas y proceder a expropiaciones autorizado por el Ejecutivo. Si los particulares o empresas resistieran seis mandatos, lo contencioso se derivaría al Jurado y se podría apelar ante el Senado.

La Sala Jurídica en pleno sería consejo consultivo de derecho para el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en los casos de conflictos administrativos o interprovinciales que requieran ser arregladas en función de sus antecedentes, leyes vigentes y prácticas.

El apartado de la justicia de paz establecía la relación entre las Municipalidades y el Poder Ejecutivo, los jueces serían nombrados por la autoridad local pero podían ser depuesto por el Poder Ejecutivo Provincial, sin tener que exponer las causas, lo que no estaría permitido sería deponer a todos o a parte de ellos en forma general.

La jurisdicción contenciosa del juez de paz correccional se ejercería sobre los casos sin gravedad que no merecieran más de diez duros de multa o de uno a diez días de prisión. En casos urgentes podría expedir medidas de arresto, para contener un desorden o prevenir un delito. Si el hecho no correspondía a su jurisdicción, y si había procedido previamente, el Juez de Paz debía dirigirse al Presidente del Municipio para que se instalara el Jurado.

El juez de paz correccional podría ejercer actos de policía preventiva y los agentes policiales debían prestarle obediencia. Le estaría permitido inspeccionar lo relativo a la limpieza y salubridad del barrio, el estado de casas, empedrados y veredas. También recibiría denuncias sobre incidentes de vecindad.

En lo que respecta al juez de paz civil, sería su jurisdicción el pago del impuesto de alumbrados y serenos, casos de conchabos, sirvientes y changas, salarios de peones, artesanos y casos de marineros contra capitanes y patrones de buques y viceversa, alimentos de hijos ilegítimos, incidentes y permisos para cazar y pescar; cuestiones de mercados de abastos, tratos y ventas al menudeo, alquileres de cosas raíces, o muebles, o bestias que no procedieran de trato escrito, pues si procedían les correspondían al jurado. Les correspondía también expedir medidas urgentes contra deudores, presuntos de fuga, o para embargos preventivos o para interdicciones momentáneas contra buques traspasados de valores, o de propiedades. Estas órdenes no tendrían efecto sino por veinticuatro horas. Podría también en casos urgentes, autorizar casos civiles como testamentos, personerías, protestos, cargos de plazo fatal en las solicitudes que lo tuvieran, haciéndose atestiguar en todos estos actos con dos vecinos respetables del barrio.

Si las partes querían apelar lo decidido por el juez de paz, deberían exponerlo verbalmente ante la Comisión de vecindad, la cual formaría un tribunal con los tres jueces de paz más inmediatos. La parte agraviada podría llamar un asesor letrado y en una sola audiencia verbal y sumaria se confirmaría o revocaría lo fallado, dando por concluida la causa.

Además de estos funcionarios, los dueños de estancia serían jueces de paz natos, entre quienes poblaban su establecimiento, para causas civiles, que requirieran fe pública y en las que no fueran parte (testamentos, tutelas, particiones). Para ello deberían llevar un Registro Público que sería depositado anualmente en el Archivo de la Municipalidad.

También podrían pedir a la Municipalidad título y comisión de jueces de paz supernumerarios, todo propietario argentino, de arraigo en la provincia de Buenos Aires, al igual que sus hijos mayores de 22 años, garantidos por el padre. Lo mismo los graduados en derecho, arte y ciencias, hacendados, jefes de oficinas administrativas y jueces de derecho. Su competencia estaría limitada a casos premiosos y preventivos de naturaleza correccional o delito inminente y serían responsables ante el Jurado de todo abuso que cometieran.

López aspiraba a pueblos felices y libres, con jueces morales y científicos que formaran un cuerpo moralmente aristocrático en cuyo desempeño la jurisprudencia jugaba un importante papel., pero buscaba la descentralización judicial con el jurado, los jueces de paz, el tribunal comercial y el Departamento Topográfico. La descentralización administrativa era relativa, perfilando una figura que trascendiera lo jurídico y se convirtiera en un garante de la seguridad en la campaña, apoyándose en el

fortalecimiento del municipio aunque para ello se mantuviera cierta centralización de funciones en los jueces de paz.

La aparente contradicción del planteo, debemos explicarlo en el contexto de la idea en la que López hace hincapié, el control sobre el ejercicio del poder político. “El gran principio republicano es que todas las atribuciones estén controladas, las unas con las otras, y éste es un principio que se ha establecido en contraposición del gobierno personal”.(Debate de la Convención Constituyente 1870-1873, 23 de julio de 1872). Su idea era organizar municipios fuertes, con su propia administración de justicia, que, a pesar de tener el Ejecutivo cierta disponibilidad sobre ella, garantizara los derechos como expresión incuestionable de la libertad.

Aunque no lo mencionó en su proyecto²⁴, no escapaba a sus preocupaciones el lugar en que se administraba la justicia. Como integrante de la Comisión de Legislación del Senado, estudió y modificó el Proyecto sobre refacción de los tribunales de Justicia, propuesto por el senador Rufino de Elizalde que ordenaba al Poder Ejecutivo hacer levantar los planos y presupuesto para la construcción de la Casa de Justicia, permitiendo un gasto máximo. El nuevo Proyecto de la Comisión autorizaba al Poder Ejecutivo a hacer lo necesario para la ejecución de la obra, prefiriendo “las obras del ingeniero que presente el plano más adecuado y las condiciones más favorables de trabajo”, planos y presupuesto debían ser aprobados por la Legislatura. Además mientras se efectuasen las refacciones, debía proveerse a los juzgados de primera instancia, con sus secretarios y archivos, de una casa adecuada. Elizalde llamó la atención sobre la “forma autoritativa” y solicitó mantener la “preceptiva”, cambio aceptado por la Comisión²⁵.

Podemos observar tres cuestiones fundamentales en las modificaciones introducidas en la propuesta original. En primer lugar la relación que establecía con el Ejecutivo, lo autorizaba a iniciar las obras, no sin que antes planos y presupuesto estuvieran autorizados por la Legislatura. Esto coincide con la idea que tenía el senador sobre la relación entre Ejecutivo y Legislativo, presidente y ministros conformaban un gobierno de lo ajeno, saqueando las finanzas y menoscabando la influencia de la opinión pública, que no lograba participar de la administración de lo propio. La solución estaba en proveerla de mecanismos de participación en el gobierno, creando un ministerio parlamentario o

²⁴ López fue senador provincial entre abril de 1872 y junio de 1873, integrando la Comisión de Legislación junto a Félix de Zeliz y Luis Saenz Peña, participando de la revisión, elaboración y presentación de numerosos proyectos que ponían en práctica sus ideas.

²⁵ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires, 1872, Buenos Aires, Imprenta del Porvenir, 1873, Sesión del 8 de junio, p.65.

consejo de ministros²⁶. En segundo lugar el concepto moderno de construcción pública, prácticamente una licitación. Finalmente el concepto de la necesidad que debía ser resuelta mientras se ejecutaran las obras²⁷.

También en la práctica legislativa, López introdujo su visión de la primacía de la libertad sobre la igualdad, al presentar un tema de fondo, como el proyecto del Habeas Corpus. El derecho criminal estaba en nuestro país abandonado a la eventualidad y la arbitrariedad de los jueces, por lo que era desequilibrada la relación entre los delitos y las faltas, con las penas y los castigos. Debía abandonarse la pena aflictiva, pues era imposible la igualdad, dado que los hechos eran diferentes como también lo eran las personas. Para algunos, una prisión de tres meses no significaba nada y para otros podía significarle la ruina completa. La respuesta de los criminalistas modernos era el sistema de la pena correccional pecuniaria, que permitía una escala gradual adaptable a los hechos y a “la escala de las personas”. En su exposición, como miembro informante de la Comisión de Legislación, López invocó tres fundamentos: los antecedentes ingleses, la garantía de la libertad (para argentinos y extranjeros) y la regularización de los procedimientos²⁸.

A principios de 1873, el senador fue nombrado miembro de una Comisión especial que el Senado formó para redactar un proyecto sobre administración de justicia en respuesta al notorio malestar en la justicia expresado por el Superior Tribunal en una nota dirigida al Poder Ejecutivo. En el debate de esta medida, López explicitó la necesidad de mantener claras las atribuciones de cada poder, el Senado no investigaría a los jueces ni a los tribunales sino a los hechos que estaban produciendo los males que el Tribunal no detallaba en su presentación²⁹.

²⁶ Rodolfo Lettieri, *Vicente Fidel López: la construcción...*cit, pp. 52-53. Ver Dardo Pérez Guilhou, *Liberales, radicales y conservadores. Convención constituyente de Buenos Aires 1870-1873*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1997.

²⁷ La cuestión sobre los edificios dedicados a la administración de justicia es todo un tema en sí mismo, que no sólo atañe a la arquitectura o al arte sino que forma parte de una “historia cultural urbana”. Este concepto ha sido desarrollado por Adrián Gorelik atento al estudio del modo en que la ciudad y sus representaciones se producen mutuamente. El plano de una ciudad, sus calles, y en el caso que nos ocupa sus edificios son formas materiales en las que deben ser halladas las formas culturales que las producen y viceversa, es decir comprender como se producen unas en otras. Para esto ha encontrado un puente, entre cultura urbana e historia cultural, la “ciudad análoga”, que “busca dar forma sintética a la visión exactamente opuesta de ciudad, mediante una visión alternativa de la relación entre ciudad y cultura..en el que los objetos de la historia, sus huellas culturales, están cargadas de un simbolismo mudo, fundante en la identidad social y cultural, que debe ser descifrado y reactivado”. Adrián Gorelik, “Historia de la ciudad e historia intelectual”, en *Prismas*, Revista de Historia intelectual, N°3, Universidad Nacional de Quilmes, 1999, pp.209-223.

²⁸ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires, 1872, p.83. Ver sobre el tema de la relación entre libertad e igualdad Rodolfo Lettieri, *Vicente Fidel López: la construcción...*cit, p.42.

²⁹ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires, 1872, p. 406.

Antonio Ezequiel Malaver: necesidad y competencia

Al contrario de lo que hemos visto con López, es muy escasa la bibliografía sobre Antonio E. Malaver³⁰. Nació en Buenos Aires el 9 de abril de 1835, sus padres fueron Antonio Malaver y Pía Sánchez. En 1853 se recibió de agrimensor y como tal prestó servicios a las órdenes del general Paz en el sitio a Buenos Aires; estudió medicina un año y luego derecho hasta alcanzar el título de doctor en jurisprudencia en 1864. Dictó derecho procesal en la Universidad de Buenos Aires; fue diputado provincial entre 1865 y 1869; ocupó la cartera de Gobierno provincial de 1869 a 1872, fue convencional entre 1872 y 1873, participó como vocal de la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal (1885) y fue Procurador General de la Nación de 1890 a 1892. Falleció en 1897.

En la Introducción de su “*Curso de procedimientos judiciales*”³¹, firmada el 23 de septiembre de 1875, el autor explicó el origen del libro que estamos tratando: “Encargados desde el año anterior de dar un Curso de Procedimientos Judiciales en la Universidad³² en una época en que esta parte de nuestra legislación entraba en la reforma, apenas principiada con la nueva organización que la Constitución de 1873 ha dado a los Tribunales de la Provincia, nuestra tarea era bien difícil; porque nos faltan aún, las leyes orgánicas de esos Tribunales y las reglamentarias de los juicios”³³.

Se trataba de una obra didáctica que venía a reemplazar otras, según Malaver fundamentales en la guía de los procedimientos vigentes, que se hallaban agotadas, como la de Esteves Saguí, la de Castro o la suya publicada en 1870 con otros compañeros³⁴. El Procedimiento era una rama del derecho

³⁰ Fernando Barba trató su participación en la ley de educación común de 1875, en su tesis doctoral *Los autonomistas del 70. Auge y frustración de un movimiento provinciano con vocación nacional, Buenos Aires entre 1868 y 1878*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1982, primera edición de 1967.

³¹ Antonio E. Malaver, *Curso de procedimientos judiciales en materia civil y mercantil*, t. I, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1875.

³² En su labor como senador provincial, Vicente López, junto a su compañero de Comisión Félix de Zéлиз, aconsejaron a la Cámara la sanción del proyecto remitido en revisión por la Cámara de Diputados, de creación de la Cátedra de procedimientos Judiciales en el plan de estudios universitarios, para reemplazar la Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia, que no había producido los resultados esperados ni daba la instrucción práctica de jurisprudencia, pues las causas que allí se estudiaban no tenían las características necesarias para atender a los objetivos planteados. Consideraban que era necesario y urgente y que terminaría con la enseñanza al estilo academia para dar al profesor la obligación de enseñar sobre la materia, Diario de Sesiones de 1872, pp. 306-307. La ley fue sancionada el 5 de octubre de 1872 y surgió de la propuesta del diputado Leandro N. Alem, el 5 de agosto de ese año en la Cámara de Diputados. Alem llegó a la Legislatura bonerense, como candidato del *club Electoral*, que representaba el sector joven y reformista del autonomismo. Ver Fernando Barba, *Los autonomistas del 70...* op.cit. pp.27-29; Alberto David Leiva, *Historia del foro de Buenos Aires. La tarea de pedir justicia durante los siglos XVIII a XX*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp.188-200.

³³ Ídem, p. 5.

³⁴ Al igual que López las citas bibliográficas eran vagas, en la mayoría de los casos colocaba el apellido del autor, sin nombre, y parte del título, dando la clara impresión de estar dirigiéndose a un público reducido que debía manejar esa bibliografía extranjera, pues el especificar en todos los casos la página nos da la idea de buscar exactitud. Aquí se refería a: Manuel Antonio Castro, *Prontuario de práctica forense*, Buenos Aires, Imprenta de La Nación Argentina, segunda edición de 1865 actualizada en leyes y jurisprudencia; Miguel Esteves Saguí, *Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires adaptado al uso de los estudiantes de derecho, y obra útil para muchas otras personas que tengan que intervenir en el foro*, Buenos Aires, Imprenta Americana, 1850. La obra suya, a la que hacía referencia era un trabajo realizado con su amigo y colega José María Moreno, publicado en partes en la *Revista de Lejislación y Jurisprudencia*, Nº 4

que estaba a la espera de la legislación que la nueva Constitución había encargado, por ello una vez que fueran dictadas, habría otro tomo (nunca se publicó) en el que haría “una exposición razonada, estudiándolas a la luz de los principios”. Antes de adentrarse en las cuestiones procesales, advirtió que su texto de enseñanza, reconocía la “más amplia libertad de doctrina, de método y exposición”³⁵ y tenía como fin facilitar el estudio y la tramitación de los juicios.

El Manual fue dividido en dos parte, una sobre la organización judicial y otra propiamente sobre procedimientos, la que nos interesa ahora es la primera a la que a su vez le fue dada una clara estructura interna dedicándose primero a lo que era la jurisdicción y sus diversas especies, siguiendo luego la forma que la Constitución provincial de 1873 le había asignado al Poder Judicial.

Sobre esa estructura Malaver realizó una exposición pormenorizada trabajando con la legislación vigente, los antecedentes legislativos y los autores europeos y norteamericanos. Nos detendremos aquí en la expresión de sus opiniones, siempre fundamentadas en un autor extranjero y cimentadas en la idea de que la jurisdicción emanaba del pueblo y el ejercicio correspondía al Poder Judicial, que no representaba la facultad de hacer derecho (*jurisdictione*), sino de declararlo o aplicarlo en casos particulares (*jus dicere o jurisdictione*). Las Partidas (L.1ª, Tít.4º, Part.3ª) decían que los jueces “son omes buenos puestos para mandare fazer derecho”, sin embargo la Constitución determinaba claramente que sólo el Poder Ejecutivo podía dictar las leyes. A esto se sumaba que todos los jueces eran ordinarios porque ejercían en tribunales con un territorio y causa determinada (L.1ª, Tít.4º, Part.3ª)³⁶.

Dentro de la cuestión de la jurisdicción diferenció claramente la administrativa, “principio fundamental de la separación e independencia de los poderes públicos”, pues estos necesitaban de los medios para explicar sus actos, decidir sobre los reclamos y resolver las dudas sobre la ejecución de sus actos, sin libertad de acción no se les podía exigir responsabilidad política ni moral³⁷. Su referencia en este tema era el Derecho Administrativo de Manuel Colmeiro, abogado y economista, profesor de derecho administrativo en Madrid, que evolucionó en su postura teórica del proteccionismo hasta convertirse en un ferviente defensor del liberalismo³⁸.

El estudio de la jurisdicción voluntaria, expresada en el juicio de arbitraje, le dio lugar para hablar sobre el origen de la justicia, pues fue aquel la primera forma en que se expresó, la más natural y

y 5 de 1869 y 1870, “Apuntes sobre los Procedimientos civiles y comerciales”, resumen del libro de Esteves Saguí con las modificaciones introducidas desde 1852 y destinado a los estudiantes.

³⁵ Antonio E. Malaver, *Curso de procedimientos judiciales...* op.cit.p.6.

³⁶ *Ibídem*, p. 8-9.

³⁷ *Ibídem*, pp.37-38.

³⁸ *Derecho administrativo español*, Madrid, 1850, Imprenta de Hilario Martínez, reeditado en 1995.

sencilla que podía tener lugar en la sociedad primitiva, sin jueces ni tribunales, donde una persona ajena, imparcial y de confianza podía decidir sobre el conflicto. El juicio por árbitros era anterior a las leyes y estas lo mantuvieron mientras creaban la administración de justicia, se remontaba al Génesis y estuvo presente en el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas, y el Código de Comercio hacía obligatorio el arbitraje para determinados casos³⁹.

Era una institución útil y necesaria, que no se contraponía con los adelantos de la ciencia de la legislación y es valioso el análisis que realizó comparando lo que el foro pensaba del arbitraje. Para algunos, el compromiso era una sátira de la administración de justicia y los ciudadanos sólo debían reconocer a sus ministros, los árbitros no conocían la ciencia del Derecho, lo que podía dar paso a la parcialidad, al fraude, a la arbitrariedad, la lentitud de proceso y mayores gastos para la justicia ordinaria. En cambio, quienes lo defendían veían en él una justicia mejor instruida, de la que se eliminaban odios, escándalos, gastos y demoras.

El autor intentó colocarse en el centro de las opiniones, apoyándose en Armand Dalloz⁴⁰, y sosteniendo la incuestionable utilidad del arbitraje voluntario, siempre y cuando se simplificaran sus formas para abreviar los términos procesales⁴¹. Respecto al arbitraje forzado, no se declaró en contra pero sostuvo que el Código de Comercio multiplicó los casos de su aplicación sin considerar la crítica de los jurisconsultos.

En una minuciosa exposición sobre los árbitros, sus funciones y procedimientos, quedó defendida la actuación de la mujer como tal, a pesar de las prohibiciones establecidas en la Novísima Recopilación y las Partidas, a su entender, si se les prohibía esta actividad se le debía prohibir el ejercicio de todo acto civil. Sin embargo sostenía con Escriche, que debía aceptarlo pero con permiso del marido⁴².

Al ingresar en la jurisdicción ordinaria, sin salirse de la estructura determinada por la nueva Constitución, Malaver extendió sus opiniones sobre la nueva organización e introdujo las propuestas para la reglamentación pendiente, “sin la cual no hay verdadera responsabilidad en los Jueces, ni la

³⁹ Antonio E. Malaver, *Curso de procedimientos judiciales...*op.cit. pp. 43-94.

⁴⁰ Armand Dalloz, *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, París, Jurisprudence Générale, 1835-1841, 5 v. *Jurisprudence générale du royaume. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, nouvelle édition, considérablement augmentée et précédée d'un essai sur l'histoire générale du droit français; par M. D. Dalloz aîné, avec la collaboration de M. Armand Dalloz, son frère, a Paris, au Bureau de la Jurisprudence Générale du Royaume, 1845, 44 vols, ver, arbitre, n.37. Esta obra forma parte de la biblioteca de José Diego Fernández, jurista del porfiriato, ver Rafael Diego Fernández Sotelo “Don José Diego Fernández Torres semblanza, escritos y biblioteca de un jurista del porfiriato”, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, vol. XIV.

⁴¹ Antonio E. Malaver, *Curso de procedimientos judiciales...*op.cit. p.45.

⁴² Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Biec y Droma Edición, 1874-1876, v. Arbitro.

garantía necesaria para ellos mismos”⁴³, nos detendremos en los que consideramos los puntos sobresalientes de su discurso.

La sección dedicada a la justicia de paz es extensa, inició el capítulo con la evolución de la institución para poder señalar los cambios y luego llamar la atención sobre la falta de legislación que generara la transformación real. Al contrario de López defendió el modelo francés de la elección popular que, a su entender, había fracasado por la falta de leyes adecuadas. Por esto, el objetivo fundamental de la sección era inspirar a los legisladores y señalar las situaciones que a su juicio requerían inmediata atención⁴⁴.

Nuestra Constitución de 1873 no definía si los Juzgados de 1ª Instancia serían unipersonales o Tribunales colegiados, y la legislación no lo había resuelto aún, por ello, fundado en autor competente⁴⁵, Malaver aprovechó a ponerse a favor de los primeros. Un menor número de jueces permitiría elegir hombres de alta moralidad y vasta instrucción, mejor retribuidos, con procedimientos más rápidos y con menor gasto. Las causas fáciles no requerían de un gran número de hombres y las difíciles serían más plausibles de error en manos de hombres mediocres. Finalmente, y esto queremos destacar, pocos hombres distinguidos y mejor pagos formarían todo el cuerpo judicial por lo que los más notables del foro no despreciarían la magistratura dejándola para la última etapa de su vida profesional.

En la sección dedicada a las Cámaras de Apelación, Malaver pudo explicar la base de la Organización Judicial: la descentralización, territorial y por la naturaleza de las causas, cuyo objetivo final era acercar la administración de justicia a quienes la necesitaran. Antes la justicia civil y comercial estaba radicada en la Capital y aún los procesos criminales terminaban en ella por apelación o consulta, sin embargo hasta el momento no notaba los beneficios de este cambio, dado que las comunicaciones eran más fluidas entre los pueblos de Campaña con la Capital, que entre aquellos y las ciudades cabeceras de los Departamentos Judiciales; a esto se sumaba la falta de personal preparado para la defensa y representación de los litigantes. Pero él se mostraba esperanzado en que esas dificultades se resolverían y que recién entonces se podrían juzgar los resultados⁴⁶.

A diferencia de la descentralización espacial que todavía no había producido cambios, a la descentralización *ratione materiae*, la consideraba altamente ventajosa al permitir a los jueces

⁴³ Antonio E. Malaver, *Curso de procedimientos judiciales...*op.cit. p. 112.

⁴⁴ Lo referido a la Justicia de Paz fue tratado en nuestro trabajo, “La Justicia de Paz en la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873”, en *Revista de Historia del Derecho*, N°33, Instituto de Investigaciones s de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2005, pp.69-129.

⁴⁵ Rey, *Instituciones judiciales de Inglaterra*, t.2, p.141.

⁴⁶ Antonio E. Malaver, *Curso de procedimientos judiciales...*op.cit. p.p.118-119.

especializarse en una temática, lo que le daría mayor pericia, la especialización por materias daría jueces no sólo íntegros sino también competentes.

Otra cuestión que consideró digna de tratar fue la del nombramiento de los jueces y para destacar las virtudes de la opción realizada por la Constitución de 1873 la comparó con la del 1854. En este último caso, el Senado debía proponer una terna al Ejecutivo, de la que éste elegía al nuevo magistrado, de esta forma ni uno ni el otro se hacía responsable de la elección, el Senado por ser un cuerpo colegiado y numeroso, el Ejecutivo por verse limitado a escoger entre tres candidatos supuestamente aptos. La nueva Constitución mandaba a que el Ejecutivo eligiera cuidadosamente al futuro magistrado, que luego recibiría el acuerdo del Senado confirmando individualmente la elección aprobando al menos la honorabilidad del futuro juez. No era una forma perfecta, pero la consideraba la menos riesgosa a la hora de comprometer la elección de los más aptos al calor de la pasión política.

Los jueces debían ser letrados, rentados y elegidos por el Ejecutivo con acuerdo del Senado, pero ¿qué pasaba con su permanencia en el cargo? Según la Constitución durarían en el cargo tanto como su buena conducta, pero para el autor era un tema debatible. El concepto sobre el que se apoyaban los defensores de la amovilidad era evitar que los jueces, movidos por su ambición pusieran en peligro las libertades públicas, según Bellot, garantizaba confianza y fuerza moral, la elección periódica estimulaba a los hombres “capaces, íntegros e independientes”⁴⁷.

En cuanto a la inamovilidad, Edmond Seligman sostenía que era una garantía de buena justicia, que aseguraba “la independencia del juez contra la voluntad de los poderosos que desprecian el freno saludable de las leyes”⁴⁸. El juez temeroso de perder su cargo cedería a las pasiones populares o a los miembros de los cuerpos electorales.

Entre estas dos posturas, Malaver expuso que el texto constitucional optó por la inamovilidad, limitada sólo por la acusación fundada y la edad (de 35 a 70 años). No emitió opinión pero parecía de acuerdo con esta opción, al cerrar el tema citando a Bellot sobre el inconveniente de conservar jueces incapaces por su edad.

Otra cuestión interesante en la que se exployó, especialmente sobre los antecedentes históricos, fueron las atribuciones de la Suprema Corte, y de estas especialmente las de interpretación y aplicabilidad de las leyes. Sobre la primera, Malaver afirmó su postura en palabras de Story, “la

⁴⁷ P.F. Bellot. *Loi sur la Procédure civile du Canton de Gêneve, avec l'exposé des motifs*, 3ª edición, 1870. Fue coautor en Francia de la ley que obligaba a los jueces a distinguir las cuestiones en las causas, es decir todo punto controvertido de hecho o de derecho cuya resolución influía en la sentencia. Ghirardi Olsen A., *Introducción al razonamiento forense*, Universidad Nacional de Córdoba, 2002, p.19.

⁴⁸ Edmond Seligman, *Quelles sont, au point de vue juridique et au point de vue philosophique, les réformes dont notre procédure civile est susceptible ?*, Paris, A. Durand, 1855.

facultad de interpretar las leyes envuelve necesariamente la función de establecer si ellas son conformes a la Constitución, o no; y si no lo son, declararlas nulas y sin efecto. Como la Constitución es la ley suprema de la tierra, en un conflicto entre ella y las leyes, es el deber del poder judicial seguir aquella únicamente que es de suprema obligación. Esto resulta de la misma teoría de una constitución republicana de gobierno; pues de lo contrario los actos de la Legislatura y del Ejecutivo vendrían a ser en efecto supremos y sin restricciones, no obstante cualquiera prohibiciones contenidas en la Constitución; y podrían cometerse usurpaciones del carácter más equívoco, sin remedio ninguno al alcance de los ciudadanos”⁴⁹, el costo de esta usurpaciones sería la destrucción de la libertad. Para fortalecer su postura recurrió a las palabras de Corte Suprema de los Estados Unidos y al *Federalista*, para quienes la Constitución era la ley fundamental y era deber de la justicia hacerla prevalecer por sobre cualquier acto particular procedente del cuerpo legislativo, es decir que “la Constitución debe ser preferida al estatuto; la intención del pueblo a la intención de sus agentes”⁵⁰.

Para Malaver era primordial el respeto de la división de poderes, por ello afirmó, sin acudir a ningún autor, que la Corte, como más alto tribunal creado por la constitución, debía decidir cuando otro de los Poderes Públicos salía de la esfera de sus atribuciones propias y cuando un Tribunal o juez excedía los límites de su competencia en el orden provincial, era esta una jurisdicción originaria y exclusivamente suya⁵¹. Por el desarrollo del texto tal vez su opinión se basara en la lectura de *El Federalista*: “la gran seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento, consiste en que tengan los que administran cada uno de estos, los necesarios medios constitucionales y motivos personales, para resistir a las usurpaciones de los otros. Los medios de defensa deben en este, como en todo otro caso, ser proporcionados al peligro del ataque”⁵².

El recurso de aplicabilidad de ley obedecía a la necesidad de mantener en la justicia provincial unidad de jurisprudencia, garantía de unidad e igualdad de la ley. En otros países se llamaba recurso de casación, remedio supremo fundado sobre la recta administración de justicia, pues “no es la ley escrita lo único que constituye el derecho: su interpretación, la manera de aplicarlo, la vida que recibe en el foro, es lo que lo completa. El legislador no debe ser casuista: si tuviera el loco empeño de prever todos

⁴⁹ Joseph Story, *Comentario a la Constitución federal de los Estados Unidos*, libro 3º, “Poder Judicial de los Estados Unidos de América”, Boston, 1833; traducción de J.M.Cantilo, p.5. No dimos con la traducción que menciona Malaver, en 1860 realizó una Nicolás Calvo y la biblioteca de la SCBA, conserva la de Clodomiro Quiroga de 1891. Story (1789-1845) fue abogado y escritor jurídico norteamericano. Ejerció la profesión, fue profesor y decano de la Universidad de Harvard, legislador y en 1811 entró en la Corte Suprema de la que luego fue presidente hasta su muerte.

⁵⁰ *El Federalista*, artículos sobre la constitución de los Estados Unidos escritos en 1788 por: Mr. Hamilton, Mr. Madison y Mr. Jay y corregidos por los mismos autores con un apéndice que contiene los artículos de Confederación y la Constitución de los Estados Unidos, Buenos Aires, Imprenta del Siglo, traducción de José María Cantilo, 1868,p.630,núm.78. En la Biblioteca de SCBA se conserva un ejemplar traducido por Idefonso Isla de 1887.

⁵¹ Antonio E. Malaver, *Curso de procedimientos judiciales...*op.cit. pp. 136-137.

⁵² *El Federalista...*, Santiago Madison, LI, p.357.

los casos, de establecer reglas para todas las hipótesis, acometería una obra temeraria, una obra imposible. En el espíritu de generalidad con que tiene que concebir sus preceptos, se ve precisado inevitablemente a confiar su completo desarrollo a la jurisprudencia. Si la jurisprudencia, pues no es uniforme, si la ley es extendida y aplicada de diferente modo en las diversas divisiones del territorio, necesario es decir que, a pesar de la unidad de la ley no habrá unidad en el derecho”⁵³. La inspección sería ejercida sobre la conducta de los jueces por el primer Tribunal del Estado, freno de abusos, doctrinas ilegales y prácticas absurdas, inspirada en el Sistema de Casación español, no en el francés, refundiendo los recursos de apelación y de casación, dado que la Corte *conoce y resuelve en grado de apelación*⁵⁴. Lo importante era adoptar un sistema sencillo que garantizara la igualdad de la ley en toda la provincia y de la jurisprudencia en su aplicación⁵⁵.

Como convencional, Malaver relacionó la cuestión de la aplicabilidad de ley con el Jurado. La aplicación del derecho no debía ser diferido al Jurado, porque el pueblo ignoraba el derecho. Podía declarar culpable o inocente a un acusado, pues saber sí era o no un delito no era exclusividad de los facultativos. Pero la Convención, a su entender, había demostrado gran criterio al atribuir la competencia del Jurado según la materia que se tratara, según la competencia que era capaz de tener⁵⁶.

En lo referido a la organización de la justicia dos temas traían debate. En primer lugar la jurisdicción especial y privativa de la justicia comercial, los que estaban a su favor, sostenían que los jueces comerciales debían conocer las operaciones mercantiles para lograr trámites rápidos y económicos, con las formalidades necesarias⁵⁷. Los que estaban en contra aducían que con ese criterio todos los estados que constituían la sociedad civil tendrían derecho a querer juzgar sus conflictos con un tribunal especial, además la uniformidad de la legislación era contraria a tribunales especiales y finalmente serían jueces víctimas de la parcialidad al querer beneficiar a su sector dentro de la actividad comercial⁵⁸. Al igual que con la Suprema Corte, recurrió a un pormenorizado relato de los orígenes y

⁵³ Pedro Gómez de la Serna, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de la Legislación, 1857, p. 185. Jurisconsulto y escritor español (1806-1871), considerado uno de los mejores juristas de su época, tuvo una destacada labor legislativa en la codificación española. Fue funcionario de Espartero, liberal progresista, por lo que fue al destierro durante tres años a Londres. En 1869 ocupó la presidencia del Tribunal Supremo de Justicia español.

⁵⁴ Antonio E. Malaver, *Curso de procedimientos judiciales...* op.cit. p. 139. Malaver desarrolla una detallada explicación de porque el recurso de aplicabilidad se puede asimilar al recurso de casación, pero exponerlo excedería la extensión de esta ponencia. Él aclaró que se extendió en el tema por la novedad y la importancia de la nueva organización judicial generada por la Constitución.

⁵⁵ *Ibídem* p. 148.

⁵⁶ Convención Constituyente de la provincia de Buenos Aires 1870-1873, pp.1143-1145.

⁵⁷ José Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, t. 1, p.186. La obra de este autor español (1820-1880), es considerada uno de los más valiosos frutos de la época procedimentalista de su país, cuyo valor se extendió en Europa y América

⁵⁸ Jonas Daniel Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, Paris, A.-A. Renouard, 1818-1823; Paris, G. Dufour et Z. d'Ocagne, 1823, 5 vol, t.5, c.27, p.483. Abogado holandés.

evolución de la institución, para explicar porque a pesar de haberse nombrado desde 1862 jueces de comercio letrados, terminando con el Consulado, seguía siendo una jurisdicción privativa.

Finalmente, refiriéndose al Ministerio Fiscal, también recurrió a establecer sus orígenes, determinando que estaban ligados a los abogados fiscales del derecho romano. Encuentra antecedentes en las Partidas y en la organización judicial de Valencia, que en el siglo XIII tenía abogado fiscal y abogado patrimonial, a los que se sumaron procuradores fiscales que cuidaban de la denuncia de los delitos. Pero el ministerio fiscal, con la organización y las facultades que poseía entonces era una institución moderna⁵⁹. Sin embargo el texto constitucional no lo menciona, pero Malaver lo considera indispensable, y lo supone librado a la acción de la legislatura.

Hemos podido observar que el autor recurrió reiteradamente al concepto de necesario para respaldar sus ideas, y lo hizo no sólo al referirse a la justicia. Tratando la ley de patentes, como diputado provincial, argumentaba que “puede no ser esta ley la mejor, y evidentemente es mala, todos lo hemos reconocido en el seno de la Comisión y de la Cámara. No es pues señor Rom el único que dice que es mala. Pero hemos dicho es *necesaria*, y ante la *necesidad*, hemos callado, en vista además de la promesa formal del señor ministro de Hacienda de presentar un proyecto que salvase la desigualdad del impuesto....yo digo que confieso mi error, porque no he creído errar; he creído que era mala la ley, pero necesaria: he creído pues cumplir con mi deber”⁶⁰.

En su desempeño como ministro de gobierno, en 1870, elevó al Presidente del Superior Tribunal, en respuesta a los conflictos suscitados en el Poder Judicial, por lo que era necesario tomar medidas que “eviten en el futuro el desprestigio de la magistratura, salven en todo tiempo la dignidad de que deben hallarse revestidos los que la ejercen, y al mismo tiempo las exigencias de la justicia”. Expresaba que el Gobernador creía que nada podía hacer constitucionalmente, por la “absoluta y completa independencia de los Poderes Públicos de la Provincia”. Por ello le solicita, como cabeza del Poder Judicial a cargo de su superintendencia, con suficiente ciencia y experiencia, que formulara los proyectos para ser tratados en la convocatoria extraordinaria de la Legislatura⁶¹.

Conclusión:

Antes de iniciar nuestras conclusiones, es menester recordar que hemos querido observar en esta ponencia los códigos culturales de estos juristas, en relación concretamente a la administración de justicia. Ambos juristas pertenecían al mismo grupo, una elite cultural compuesta por generaciones

⁵⁹ Carlos Tejedor, *Curso de Derecho Criminal*, Primera parte : leyes de fondo, Segunda parte: leyes de forma, t.2, p.64; Colmenares, Manual del promotor fiscal, Cáp.1º.

⁶⁰ Sesión de la Cámara de Diputados del 7 de junio de 1867, p.48.

⁶¹ *Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires, Año 1870*, Buenos Aires, Imprenta del Mercurio, pp. 93-101.

diferentes, de activa participación política, enrolados en el autonomismo, con las mismas preocupaciones a las que daban soluciones distintas o similares pero partiendo de diversos fundamentos teóricos. Al escribir, ambos se dirigían a un auditorio restringido, que tenía acceso a bibliografía extranjera, fundamento de sus ideas, generalmente en el idioma original. Encontramos aquí el primer código cultural: el acceso a obras extranjeras, de reciente publicación, y el manejo de las lenguas en que fueron escritas.

Vicente Fidel López traía consigo la experiencia de haber pertenecido a una generación que había hecho propias en su momento, nuevas corrientes de pensamiento como el romanticismo, el historicismo jurídico y el eclecticismo filosófico. Algo de las tres quedaba vivo y latente en él cuando se ocupó de diseñar la administración de justicia para la provincia de Buenos Aires, pero especialmente el *historicismo*, al recordar que los autores europeos y norteamericanos debían ser leídos y meditados a la luz de la propia historia y de la experiencia de cada sociedad.

Antonio Malaver perteneció a la generación que respondía al *derecho científico*, que basaba su tarea en el *modelo*, la obra legislativa de otros países y la doctrina de autores extranjeros inspiraba el diseño de las nuevas instituciones. El jurista José María Moreno fue el prototipo de esta corriente, colega y amigo de Malaver, con quien dirigía y editaba la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*⁶².

Pero lo interesante es que en sus obras, López recurrió al modelo y Malaver se remontó a los orígenes de las instituciones y a la experiencia que las mismas tuvieron en el Río de la Plata para poder sugerir a los legisladores el marco legal necesario para poner en funcionamiento las reformas constitucionales. A esto se sumó la coincidencia en temas fundamentales para la organización de la justicia, tales como la inamovilidad de los magistrados. Para el primero, la construcción de un cuerpo inamovible, con derecho a renovarse a sí mismo según sus capacidades científicas y morales, que no dependiera de la opinión pública, aseguraba un pueblo libre y feliz y superaba la conflictiva relación entre igualdad y jerarquía. Para el segundo, un cuerpo judicial de jueces íntegros y capaces, que no fuera despreciado por el foro, pocos hombres distinguidos, mejor pagos y más eficientes, eran garantía de una justicia más rápida y económica.

Encontramos aquí otro de los códigos culturales, tener la mirada puesta en los países que habían alcanzado a sus ojos el progreso, pero sin llegar a una ciega imitación, adaptando el modelo a la realidad con la que contaban, aceptando que el cuerpo social al que se le debía administrar justicia no era aún el pueblo libre y feliz al que aspiraba López.

Coincidían en el sistema de jurados, otro recurso democrático recomendado por Tocqueville para mantener la libertad, pero que debía estar acompañado de un cuerpo de jueces superiores, cuya calidad

iría disminuyendo en relación a su número. De la calidad de esos hombres dependía que el sistema de jurados formara el juicio del pueblo y en él la conciencia de los requerimientos de la justicia. Era parte de los recursos de Tocqueville para descubrir los medios por los cuales moderar e instruir los gustos y las pasiones de los muchos. La preparación de los juristas les daba amor al orden, a las formas legales y políticas y a la conexión de las ideas, lo que los convertía en una aristocracia por sus pensamientos y preferencias (la aristocracia moral de López o el cuerpo judicial de alta moralidad y vasta instrucción de Malaver). Su función sería contener los impulsos de la mayoría en una sociedad donde casi toda cuestión política se transformaría en judicial. La ruptura con el nivel democrático era así parcial porque los juristas por su cuna e intereses mantenían el nexo fundamental con el pueblo, por lo tanto no constituían una clase distinta⁶³. He aquí otro código de grupo, los magistrados debían constituir una especie de reserva moral por su formación pero sin dejar de ser parte del pueblo.

Malaver era más consciente de la realidad económica y social, pudimos observarlo cuando hablaba de los efectos de la descentralización territorial y de los resultados de los nombramientos realizados por el jurado con acuerdo del Senado, serían al menos jueces honorables, pero no estaba garantizada la idoneidad. Su preocupación por la división de poderes se extendía a los riesgos de no especificar correctamente las atribuciones de la Suprema Corte, especialmente la de interpretación de la ley, límite contra el Ejecutivo y el Legislativo, y la de aplicabilidad de la ley, que garantizara la igualdad de la ley y de la aplicación de la jurisprudencia. El autor establecía los límites entre poderes y dentro del mismo poder judicial, mientras que López convertía a la Sala Jurídica en un consejo consultivo de derecho con atribuciones poco claras. A esto se sumaba su rechazo a la formación de un Ministerio Público y a tribunales de comercio letrados.

Pero las diferencias entre López, que aspiraba a la felicidad, y Malaver, que se guiaba por la necesidad, no les quitaban el privilegio de ser juristas que representaban a una elite con acceso a la última literatura jurídica, con una educación que les permitía leerla y comprenderla, convencidos que el pueblo debía participar de la justicia siempre y cuando esta estuviera asegurada por un cuerpo de magistrados letrados, parte de su mismo grupo.

⁶² Sobre las corrientes de pensamiento ver Tau Anzoátegui, Víctor, *Las ideas jurídicas en la Argentina...*cit.

⁶³ Marvin Zetterbaum, "Alexis de Tocqueville"... , op. cit. pp.728-729.