

**Entre leyes y juristas.  
Textos didácticos y saberes jurídicos en la enseñanza de derecho  
criminal en Buenos Aires, 1820-1880\***

**Juan Pablo Fasano**  
Instituto Ravignani / PEHESA/UBA

**Resumen**

Este artículo propone un acercamiento a los saberes jurídicos relativos al ámbito penal en circulación en Buenos Aires entre las décadas de 1820 y 1870. Para ello, se reconstruyen las características de la formación de abogados desde la fundación de la Universidad local hasta la sanción del primer Código en la materia, se analiza el lugar que en ella ocupó el derecho criminal y su emergencia como un campo de conocimiento específico. A partir de ello, se estudian los textos producidos y empleados para la enseñanza jurídica enfocando las estrategias discursivas desplegadas. El trabajo sostiene que éstas contribuyen a construir un saber que opera como mediador entre el universo legal vigente, heredado de la tradición castellano-indiana, y los modos de entender la ley y el derecho vinculadas al ideario liberal y al derecho penal clásico.

**Palabras clave:** derecho penal – enseñanza jurídica – textos jurídicos – estrategias discursivas – Buenos Aires, siglo XIX

**Abstract**

This article attempts an approach to forms of knowledge related to criminal law present in Buenos Aires between the decades of 1820 and 1870. In order to do that, it endeavours to reconstruct the main features of legal training since the establishment of the local University until the enforcement of the first Code, analysing the place given to criminal law and its construction as a specific field of knowledge. Based on that reconstruction, studies the textbooks produced and used in legal training are studied focusing on the discursive strategies they deploy. The article claims that these contributed to build a form of knowledge that worked as a mediation between the valid legal universe, inherited from the Spanish and colonial tradition and the ways of understanding the law linked with liberal ideas and classic criminal law.

**Key words:** criminal law – legal training – legal textbooks – discourse strategies – Buenos Aires, 19<sup>th</sup> century

Cuando en 1752 las torres de la fachada del nuevo edificio de la Iglesia Mayor de la Ciudad de la Trinidad se derrumbaron, Don Joseph de Andonaegui, por entonces Gober-

\* Una versión anterior del presente trabajo fue presentada en el Coloquio organizado en el marco del Seminario de Doctorado *El campo judicial como arena de disputa. El Río de la Plata de los ordenamientos monárquicos a la construcción del Estado-Nación* (Tandil, 2007), dictado por Darío Barrera y Blanca Zeberio, bajo el título «¿El imperio de la ley o el imperio de la jurisprudencia? Algunas cuestiones sobre la enseñanza de derecho criminal en Buenos Aires, 1820-1880». Agradezco a los docentes a cargo del curso y a las compañeras y compañeros del seminario los

nador del Río de la Plata, atribuyó el colapso «a los continuos pleitos, odios y rencores que los letrados formaban entre los vecinos». La prevención no era nueva, varios de sus predecesores en las expediciones españolas a esta parte de América habían intentado evitar o contener el arribo de hombres versados en leyes por evitar esos mismos pleitos.<sup>1</sup> Similares quejas registradas en Nueva España y Nueva Granada hacia fines del siglo XVIII han suscitado la suspicacia de los historiadores respecto de sus motivaciones políticas. La circulación, entre esos letrados, de ideas *nuevas* que atentaban contra los privilegios de ciertos dignatarios y beneficiarios de plazas coloniales parece haber sido uno de los motivos de las sospechas que levantaban.<sup>2</sup>

En el período posrevolucionario, en las mismas regiones surgieron opiniones nuevas y contradictorias. O bien el número de letrados era considerado escaso, o bien la afición de los togados por las formas del proceso era vista como un lastre por una nueva dirigencia militar en ascenso, más habituada a procedimientos sumarios.<sup>3</sup>

Tales miradas, provenientes de fuentes disímiles y proyectadas en sentidos diversos, destacan la importancia política conferida a la presencia (por exceso o por déficit) de abogados en las ciudades americanas. Difícilmente podría haber sido de otro modo, dada la centralidad asignada a lo jurídico al pensar las mutaciones de lo político desde la crisis de la monarquía hasta la organización de los nuevos estados (eventualmente devenidos nacionales). La relevancia de este cambio político no debe opacar que, paralelamente, se fueron operando cambios en aspectos del universo jurídico que, como la administración de justicia, fueron constituyéndose como espacios relativamente autónomos del ejercicio de la soberanía política.

Las páginas que siguen no se ocupan de la abundancia ni la carencia de abogados, ni de las razones políticas o técnicas para preferir una u otra. Tratan, sin embargo, una cuestión vinculada a la presencia de juriconsultos: la de su formación. Originado como una pequeña etapa de una investigación de más largo aliento sobre los cambios y continuidades registradas en las prácticas de la justicia criminal en Buenos Aires entre las décadas de 1840 y 1880, este trabajo en particular se limita a abordar algunas cuestiones relativas a la enseñanza del derecho criminal.<sup>4</sup> Me interesa analizar aquí la transmisión y

comentarios y discusiones sostenidas en esa oportunidad y a Hilda Sabato las observaciones a sucesivas versiones del trabajo.

<sup>1</sup> PESTALARDO, Agustín, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*. Imprenta «Alsina», Buenos Aires, 1914, pp. 4-5.

<sup>2</sup> URIBE, Víctor M., «Colonial Lawyers, Republican Lawyers and the Administration of Justice in Spanish America», en: ZIMMERMANN, Eduardo (ed.), *Judicial institutions in nineteenth-century Latin America*. ILAS, Londres, 1999, pp. 25-48.

<sup>3</sup> *Ibid.*, para el Río de la Plata. cf. BARRENECHE, Oscar, *Dentro de la ley. TODO*. Ed. Al Margen. La Plata, 2001. cap. V.

<sup>4</sup> La historiografía sobre temas jurídicos en la Argentina en particular y de América Latina en general

circulación de ideas sobre esa materia en el ámbito de la enseñanza superior en la universidad porteña, entre las décadas de 1820 y 1870 aproximadamente, esto es, desde la creación de la universidad local hasta los primeros pasos del proceso de codificación en la materia.

En primer lugar, ofreceré una síntesis sobre el proceso de formación de los profesionales en leyes en la ciudad. Para ello, me remitiré a una abundante bibliografía generada dentro de la corriente de Historia del Derecho y de la historiografía sobre las instituciones de educación superior en Buenos Aires. A partir de ella, buscaré identificar el lugar asignado a la formación en materia criminal para, finalmente, dedicar la parte sustantiva del trabajo al análisis de algunos manuales de derecho de uso obligatorio y sostenido en la enseñanza de derecho civil y criminal en la Universidad de Buenos Aires. A través de ese análisis, procuraré puntualizar algunas cuestiones relativas a las ideas jurídicas en circulación y a ciertos rasgos discursivos de la producción y transmisión de conocimiento en el campo del derecho criminal.

## 1. La enseñanza del derecho en Buenos Aires

Dentro del «transplante» selectivo de instituciones peninsulares que la corona española practicó hacia los reinos de Indias, debe incluirse la creación de universidades, moldeadas por lo general a imagen y semejanza de sus antecesoras peninsulares. La creación de gremios de formación superior fue relativamente temprana y, si no sostenida, sí recurrente. Durante el siglo XVI, las principales cabeceras administrativas contaron con sus universidades<sup>5</sup> y, a partir del siguiente, se fundaron varias más, incluidas las de Córdoba (1613) y Charcas, Chuquisaca o La Plata (1623).<sup>6</sup> Allí y en la de Santiago de Chile

está atravesando un período de renovación. Junto las obras originadas en la corriente tradicional de Historia del Derecho, han surgido en los últimos años un conjunto de trabajos que abordan las transformaciones del funcionamiento de la justicia y, en particular, del ámbito de la justicia criminal y la penalidad, desde el período tardocolonial hasta fines del siglo XIX. Dadas las abundantes referencias esos trabajos a lo largo de este artículo, me excuso de hacer aquí una introducción historiográfica.

<sup>5</sup> La distinción entre distintas «oleadas» de fundaciones (una temprana en el siglo XVI y una más tardía, a partir del XVII) proviene de LAFAYE, Jacques, «Literatura y vida intelectual en la América española colonial», en: BETHELL, Leslie (ed.), *Historia de América Latina, v.4 América Latina Colonial: Población, Sociedad y Cultura*, Crítica, Barcelona, 1990, p. 238. Durante el siglo XVI se crearon universidades en: Santo Domingo (1538), Lima (1551), México (Levene indica 1551, Lafaye 1553), Santa Fe de Bogotá (1573). Salvo indicación en contrario, las fechas están tomadas de: LEVENE, Ricardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1985 (1ª ed. 1952, revisada en 1956), pp. 50-52.

<sup>6</sup> Otras universidades fundadas en el siglo XVII fueron las de Guatemala (1675) y Cuzco (1692), *Ibid.*

(1728)<sup>7</sup> se formaron buena parte de los letrados porteños hasta la apertura de la universidad local en el período independiente.

La mayor parte de ellas se orientó inicialmente a los estudios preparatorios y a la teología, en tanto que los estudios jurídicos fueron incluidos en el currículo más tarde. En Charcas se iniciaron en 1681 y en Córdoba en 1791.<sup>8</sup> En Santiago el dictado de cursos de Derecho comenzó efectivamente hacia la década de 1750, aunque anteriormente se habría practicado la venta de grados «de indulto».<sup>9</sup>

De estas fechas surge que la enseñanza de materias jurídicas fue fomentada en el área del Virreinato del Río de la Plata durante el período borbónico. En medio de las reformas emprendidas por Carlos III, se planificó la apertura de una Universidad en Buenos Aires que incluía, en el plan original (1771-73), la instalación de cátedras de derecho Romano, Real o Patrio Español y Natural y de Gentes. De este proyecto, sólo se llevó a cabo la apertura del Real Colegio de San Carlos a mediados de la década.<sup>10</sup>

Por ello, durante las dos primeras décadas revolucionarias, la mayoría de los abogados rioplatenses (muchos de los cuales trocaron la actividad forense por la carrera de la revolución) se habían graduado en las más próximas de las universidades americanas (Chuquisaca, Córdoba o Santiago) o bien en alguna de las peninsulares (como la de Salamanca, que había provisto el modelo institucional y didáctico para las universidades reales de Indias).

De todos modos, el paso por la cátedra, los exámenes y la aprobación de la tesis no constituían la única etapa formativa para quienes aspiraban a litigar. Las universidades podían otorgar el título de Bachiller, Licenciado o Doctor en Jurisprudencia. Una vez munido de él, era menester que el aspirante a «ave negra» atravesara un proceso de entrenamiento práctico y presentara un examen ante la Audiencia correspondiente. Sólo entonces se le confería el título de abogado y se lo incluía en la matrícula de profesionales autorizados a firmar autos ante los tribunales.

Tradicionalmente, este proceso de formación práctica se realizaba asistiendo al estudio de algún profesional matriculado que luego certificaba esa concurrencia ante el tribunal. El reformismo borbónico también se hizo sentir en esa área y, desde 1778, los gradua-

dos de Charcas debieron cumplir, además, un plazo de instrucción teórico-práctica en la Academia Carolina, complementaria de la asistencia al estudio privado.<sup>11</sup>

Este brevísimo *racconto* de la formación legal colonial ofrece el antecedente inmediato del surgimiento de los estudios jurídicos en Buenos Aires. Aún cuando las universidades coloniales continuaron atrayendo estudiantes y gozando de prestigio, los avatares políticos iban a aumentar el peso de las instituciones locales, razón por la cual de aquí en más nos ocuparemos de las instituciones pedagógicas que funcionaron en la ciudad.

La historia de la formación jurídica en Buenos Aires se inicia en 1814-15 con la fundación de una Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia, siguiendo el modelo de la de Charcas. A partir de ese momento, la asistencia de los practicantes a sus cursos durante tres años y la aprobación de sus evaluaciones finales se convirtieron en requisito previo para la presentación del examen de abogado ante la Cámara de Apelaciones (heredera de la superintendencia de la Audiencia en la jurisdicción porteña). Para el acceso a la misma, seguía siendo necesario que el aspirante demostrara haber obtenido el título de Bachiller, Licenciado o Doctor en Jurisprudencia en alguna universidad reconocida.<sup>12</sup>

Apenas declarada la independencia, dio comienzo un proceso de reforma de las instituciones educativas coloniales. Entre 1817 y 1818, sobre la base del antiguo Real Colegio se organizó el Colegio de la Unión del Sur, con el fin de ofrecer estudios preparatorios. De manera paralela, el Directorio encargó el estudio y diseño de un plan para el establecimiento de una Universidad en Buenos Aires.

La caída del régimen directorial y los sucesos del año '20 relegaron el proyecto a segundo plano. Éste fue retomado por el gobierno del llamado «Partido del Orden» en los albores de la conformación del estado provincial. Es probable que las guerras de independencia y la pérdida de acceso a Charcas y Santiago hayan inspirado esta renovación de las instituciones de enseñanza, reforzada luego por el inicio de la experiencia bonaerense autónoma y los proyectos de modernización y consolidación institucional liderados por el grupo rivadaviano.

Siguiendo el proyecto presentado por Sáenz y previa consulta a la «Sala de Doctores» formada a instancias del gobierno entre los residentes titulados, el 12 de agosto de 1821 tuvo lugar la ceremonia inaugural de la Universidad. La corporación se organizaba en seis departamentos, de los cuales el único enteramente nuevo era el de Jurisprudencia, compuesto por las cátedras de Derecho Natural y de Gentes y de Derecho Civil (a las que más

<sup>7</sup> Durante el siglo XVIII se crearon nuevas casas de estudio en: Caracas (1721), La Habana (1782) y Quito (1791), *Ibid.* Según PESTALARDO, la apertura de la Universidad de Santiago habría sido más tardía (1747), *op. cit.*, pp. 20 y ss.

<sup>8</sup> LEVENE, *op. cit.*, p. 223.

<sup>9</sup> PESTALARDO, *op. cit.*

<sup>10</sup> GUTIÉRREZ, Juan María, *Noticias históricas sobre el origen y desarrollo de la enseñanza pública superior en Buenos Aires*, UNQ, Buenos Aires, 1998, (1ª ed. 1868); PIÑERO, Norberto y Eduardo BIDAÚ, «Historia de la Universidad de Buenos Aires», en *Anales de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1889, T. III; HALPERIN DONGHI, Tulio, *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, EUDEBA, Buenos Aires, 1962.

<sup>11</sup> Para el conjunto de la formación jurídica colonial, cf. LEVENE, *op. cit.*, 1ª parte y PESTALARDO, *op. cit.*, 1ª parte.

<sup>12</sup> Sobre la Academia, véase: LEVENE, Ricardo, *La Academia de Jurisprudencia a través de la vida de su fundador, M. A. de Castro*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales / Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1944.

tarde se agregaría la de Derecho Canónico y, durante un breve tiempo, la de Economía Política).<sup>13</sup>

Sobre la base de estas cátedras, a cuyo cargo se instaló a Antonio Sáenz y Pedro Somellera, respectivamente, se organizó el currículo de tres años de formación jurídica.<sup>14</sup> Tras la asistencia a los cursos, la aprobación de los exámenes generales y la defensa de una disertación final se obtenía el título de Doctor en Jurisprudencia. Los aspirantes al ejercicio de la abogacía debían continuar con su formación en la Academia por tres años más, como ya era costumbre. Esta fue, en lo fundamental, la estructura de la enseñanza del derecho que se mantuvo desde la fundación de la Universidad hasta la década de 1850.<sup>15</sup>

A partir de los años treinta un conjunto de reformas asociadas a los nuevos vientos políticos traídos por la consolidación del rosismo en el poder fueron cambiando las condiciones de formación jurídica en el ámbito local. A mediados de esa década hubo un cambio significativo en la titularidad de las cátedras de derecho, que pasaron a estar reunidas en la figura de Rafael Casagemas durante casi veinte años. El nuevo reglamento universitario de 1833-35 impuso, además, un cambio en la bibliografía obligatoria que indica una recuperación de líneas de formación jurídica de tradición colonial, distinta de la corriente utilitarista en la que se inscribía Somellera y la vertiente del iusnaturalismo cultivada por Sáenz.

Desde 1835 nuevas regulaciones impusieron la adhesión al federalismo como condición *sine qua non* para la actividad docente y a partir de 1838, junto con la reducción de los renglones civiles de la burocracia provincial debida a la penuria fiscal iniciada por el bloqueo francés, el Gobierno retiró toda financiación a la Universidad que pasó a solventar los salarios de los docentes a partir del pago de los alumnos.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Los otros departamentos eran los de Primeras Letras (la educación elemental fue puesta inicialmente bajo la superintendencia de la corporación universitaria), Estudios Preparatorios (basado en el Colegio de la Unión, luego convertido en Colegio de Ciencias Morales), Matemática (que reunía las cátedras de formación científica dependientes hasta entonces del Consulado), Ciencias Sagradas (con cátedras provistas por la diócesis), Medicina (sobre la base del Instituto Médico, heredero del Protomedicato). Sobre la formación en inauguración de la Universidad véase la bibliografía citada en la nota 6.

<sup>14</sup> Hacia 1830, cada una de las cuatro cátedras en funcionamiento dictaba una hora de clase diaria y, de acuerdo con el horario, es de suponer que un estudiante que concurriese a todas las clases dedicaría dos horas por la mañana y una por la tarde al estudio, CÚTOLO, Vicente O., *El primer profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores*, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1948. citado en: LASCANO, Julio R., *Los estudios superiores en la historia de Buenos Aires*, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1981, p. 140.

<sup>15</sup> Además de la bibliografía citada sobre los orígenes de la universidad, véase el trabajo de MALAVER, Antonio E., *El Dr. José María Moreno. Su vida, su enseñanza, sus obras*, Lajouane, Buenos Aires, 1883. pp. 13-14.

<sup>16</sup> GUTIÉRREZ, *op. cit.*; HALPERIN DONGHI, *op. cit.*; sobre los avatares de la política fiscal del

Este conjunto de cambios llevó a muchos de los historiadores de la Universidad a reducir el peso del período 1835-1852 dentro de la historia de la formación local. Desde una posición contraria, algunos historiadores vieron positivamente el aumento del peso de la doctrina católica en los contenidos universitarios y la restauración de los principios jurídicos del antiguo régimen en la enseñanza.<sup>17</sup>

Si bien es indudable que la calidad de la formación jurídica se resintió con el cese del apoyo financiero del Gobierno y con el control político de las opiniones de los profesores y de los contenidos impartidos, no puede dejar de notarse durante esas dos décadas se graduó un número no desdeñable de letrados. Desde el punto de vista de la relación entre formación jurídica y administración de justicia, ello vuelve relevante el análisis de los contenidos de la enseñanza en ese período, independientemente de los «retrocesos» o «avances» que pudiera generar, como haremos más adelante al analizar el manual dieciochesco utilizado durante esos años.<sup>18</sup>

La apertura de la experiencia autónoma del Estado de Buenos Aires a partir de la revolución de septiembre de 1852 insufló un espíritu renovador a la formación superior, financiada nuevamente por el estado provincial. Estas reformas impactaron fuertemente en la organización de los cursos del Departamento de Jurisprudencia, especialmente a partir de la creación de nuevas cátedras entre 1855 y 1857. Este último año se inició el funcionamiento de la cátedra de Derecho Criminal y Mercantil (los mismos docentes dictaban alternadamente ambos cursos) y se proyectó de Derecho Internacional Privado (aunque ésta se implementó más tarde).<sup>19</sup>

En 1857 se modificó también la relación entre período formativo y entrenamiento profesional: se estableció que los cursos universitarios se desarrollarían durante cuatro años antes de obtener el grado de doctor y que la enseñanza en la Academia se reduciría de tres a dos años, manteniéndose el total de seis años para la formación de abogados.<sup>20</sup>

rosismo desde fines de los años '30 véase: HALPERIN DONGHI, Tulio, *Guerra y finanzas en los orígenes del Estado argentino (1791-1850)*, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1982, cap. IV.

<sup>17</sup> Entre los primeros, ni PIÑERO Y BIDAÚ (*op. cit.*) ni PESTALARDO (*op. cit.*) se ocupan del período 1838-1852 y HALPERIN lo caracteriza como una suerte de edad oscura (el estudio de Gutiérrez se detiene prácticamente en este período). CANDIOTI también minimiza el peso del período rosista, aunque su recopilación de tesis es la base de la información citada en la nota 18. Cf. CANDIOTI, Marcial, «Estudio preliminar», en: *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires en su primer centenario, 1821-1920*, Talleres Gráficos del Ministerio de Agricultura de la Nación, Buenos Aires, 1920. Entre los defensores de la universidad rosista puede hallarse: LASCANO, *op. cit.* y RAMALLO, Jorge María, *El Colegio y la Universidad de Buenos Aires en la época de Rosas*, Fundación Nuestra Historia, Buenos Aires, 2004.

<sup>18</sup> El número de graduados se mantuvo en un promedio de 40 cada 10 años entre la fundación de la Universidad y la caída de Rosas. LASCANO, *op. cit.*, p. 138.

<sup>19</sup> PIÑERO Y BIDAÚ, *op. cit.*, citado también por PESTALARDO, *op. cit.*

<sup>20</sup> PESTALARDO, *op. cit.*

En el temprano período posrosista se observa particular interés en la reforma de los estudios legales. Según Pestalardo, el departamento de Estudios Preparatorios y el de Jurisprudencia constituían casi la totalidad de la Universidad. Con el largo rectorado de Juan María Gutiérrez (1861-1873) se inicia un proceso de reforma integral de la institución que apunta a dar mayor peso a la formación científico-técnica.<sup>21</sup> Esto no obsta para que en 1863 se creara la cátedra de Derecho Romano y, luego de la aprobación del nuevo reglamento de 1865, la de Derecho Constitucional.<sup>22</sup>

Dentro de la gestión de Gutiérrez se operó también el cambio de denominación de Derecho Canónico a Derecho Público Eclesiástico, se abrió la cátedra de Medicina Legal (que dura solamente de 1871 a 1873) y se suprimió la Academia Teórico-Práctica que es reemplazada por la cátedra de Procedimientos en 1872.<sup>23</sup>

El suicidio del estudiante Sánchez en 1871, tras reprobado un examen de Derecho Romano, abrió un período de cambios —coincidente con la mayor actividad del rectorado de Gutiérrez en relación con el Departamento de Jurisprudencia— que culminó con la reforma del estatuto de la Universidad para adecuarlo a la Constitución Provincial reformada en 1873. Esta reorganización supuso el reemplazo de los Departamentos por Facultades y en este contexto se crea la de Derecho y Ciencias Sociales.

Como consecuencia de estos cambios, se propuso un nuevo plan de estudios en 1875 que articulaba el currículo en cinco años de estudio obligatorios para la obtención del título de Licenciado en Derecho. Éste habilitaba para el ejercicio de la abogacía y la magistratura. La obtención del grado doctoral, requerido para la enseñanza universitaria, implicaba un año más de estudios. Finalmente, con la reforma efectiva se incorporaron algunas de las nuevas materias creadas por la propuesta de reforma del plan de estudios (como Introducción al Derecho, Derecho Constitucional y Administrativo) pero se redujo

<sup>21</sup> HALPERIN DONGHI, *op. cit.*

<sup>22</sup> El reglamento de 1865 establece la siguiente estructura de estudios de Jurisprudencia:

1º año: Derecho Civil; D. Romano; D. de Gentes; D. Mercantil o Criminal

2º año: Derecho Civil; D. Romano; D. de Gentes; D. Mercantil o Criminal

3º año: Derecho Civil; Economía Política; D. Canónico; D. Mercantil o Criminal

4º año: Economía Política; Derecho Canónico; D. Mercantil o Criminal

Cf. PIÑERO Y BIDAÚ, *op. cit.*, PESTALARDO, *op. cit.*

<sup>23</sup> Sobre las reformas de Gutiérrez. cf. HALPERIN DONGHI, PESTALARDO y PIÑERO Y BIDAÚ, *op. cit.* Para este período, véanse también, ZIMMERMANN, Eduardo, «The Education of Lawyers and Judges in Argentina Organización Nacional (1860-1880)», en: ZIMMERMANN, E. (dir.), *Judicial Institutions, op. cit.*, pp. 104-123 y MARTEAU, Juan Félix, *Las palabras del orden. Proyecto republicano y cuestión criminal en Argentina (Buenos Aires: 1880-1930)*, Editores del Puerto. Buenos Aires, 2003, especialmente el cap. II, pp. 39-80. Los estudiantes podían optar por el grado de Doctor mediante la presentación y defensa de la tesis aún sin haber cursado Procedimientos. Tras la aprobación de los exámenes de esa cátedra se les confería el título de Abogado.

la duración a cinco años al finalizar los cuales se expedían conjuntamente los títulos de Doctor en Derecho y Abogado. Esta fue, aproximadamente, la estructura de la carrera que se conservó durante el resto del siglo, incluso tras la nacionalización de la universidad en 1881.<sup>24</sup>

## 2. El derecho criminal en la enseñanza jurídica

A partir de este resumen de la historia de la enseñanza jurídica en Buenos Aires, puede hacerse una serie de observaciones relativas al lugar del derecho criminal o penal en esa enseñanza. La primera refiere a la inexistencia de una cátedra específica hasta la década de 1850. No obstante, desde el funcionamiento del sistema judicial,<sup>25</sup> como la formación práctica,<sup>26</sup> las tesis o disertaciones finales producidas por los graduados de la Universidad antes de esa fecha<sup>27</sup> hasta una serie de proyectos de reforma jurídica y judicial<sup>28</sup> dan cuenta de la existencia, en la práctica, de un área del saber y el hacer jurídicos relacionados con lo criminal. Ahora bien, ¿existía algún ámbito de la formación general que incluyera las materias relacionadas con el tratamiento jurídico del crimen como un área específica?

La obligatoriedad dispuesta en 1824 de que los profesores a cargo de las cátedras publicaran sus cursos nos ha dejado en poder de un conjunto de textos didácticos que permiten seguir los contenidos de la enseñanza jurídica por esos años. Sería ingenuo pensar que esos «apuntes de cátedra» agotaron la circulación del conocimiento penal disponible entre los juriconsultos porteños. Si consideráramos que la circulación del pensamiento jurídico se restringía a los textos utilizados en la formación universitaria, una obra como el *Fragmento preliminar al estudio del derecho* de Juan Bautista Alberdi<sup>29</sup> y

<sup>24</sup> MARTEAU, *op. cit.*

<sup>25</sup> Entre 1810 y 1821 se mantienen vigentes las jurisdicciones coloniales que investían a determinados funcionarios capitulares y de la Audiencia para el ejercicio de funciones judiciales referidas al «crimen». La reforma institucional sobrevinida con la supresión de los cabildos en la provincia de Buenos Aires llevó a la creación de juzgados letrados con competencia específica en el área criminal, cf. BARRENECHE, *op. cit.*, capítulos III y V; LEVAGGI, Abelardo, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1978.

<sup>26</sup> El manual de Manuel Antonio de Castro, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y luego del Tribunal Supremo incluye una sección específica sobre procedimientos en materia criminal, véase: CASTRO, Manuel Antonio de, *Prontuario de práctica forense*, Universidad de Buenos Aires / Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1945, cf. LEVENE, *La Academia, op. cit.*; BARRENECHE, *op. cit.*, c. V.

<sup>27</sup> CANDIOTI, *op. cit.*; BARRENECHE, *op. cit.*, c. VI; CAIMARI, Lila, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2004, c. I.

<sup>28</sup> LEVENE, *Manual, op. cit.*; BARRENECHE, *op. cit.*, c. IV.

<sup>29</sup> Cf. ALBERDI, Juan Bautista, «Fragmento preliminar al estudio del derecho», en: *Escritos de*

buena parte de las tesis producidas durante esos años<sup>30</sup> serían inconcebibles. No obstante, el abordaje de lo que en la época se consideraban los contenidos *elementales* de la formación jurídica no deja de ser sintomático de la circulación de las ideas jurídicas en el ámbito porteño.

A partir del análisis de esos mismos textos, Barreneche ha destacado la presencia de algunos elementos referidos a cuestiones criminales en el *Curso de Derecho Natural y de Gentes* de Manuel Antonio de Sáenz, en particular en relación con la preeminencia concedida a la autoridad política en la sanción de disputas entre particulares.<sup>31</sup> Por su parte, los historiadores del derecho han sostenido que la enseñanza del derecho criminal era impartida fundamentalmente en la Academia.<sup>32</sup> Una mirada a los «manuales» utilizados en la enseñanza de derecho civil permite ver que, aunque ocupara un espacio reducido, el tratamiento de algunas cuestiones elementales relativas al tratamiento de los delitos estaba presente también en los contenidos impartidos desde esa cátedra.<sup>33</sup>

Juan Bautista Alberdi. *El redactor de la ley*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 1996, Presentación y selección de textos por Oscar TERÁN, pp. 59-91. Los comentaristas del *Fragmento* han destacado el peso del pensamiento jurídico romántico de Lermínier sobre el texto de Alberdi. Es cierto que el interés por el romanticismo jurídico y el pensamiento «posnapoleónico» francés pueden rastrearse en la historia de la educación porteña en los cursos de *Ideología* de Juan Crisóstomo de Lafinur, de los que muchos integrantes de la llamada «Generación del '37» fueron alumnos (cf. GUTIÉRREZ, *op. cit.*). No obstante, es claro que sería errado reducir la circulación de ideas al ámbito académico. Además de la «Presentación» de Oscar TERÁN en el volumen citado de Alberdi, véase: MYERS, Jorge, «La revolución en las ideas: la generación romántica de 1837 en la cultura y en la política argentinas», en: GOLDMAN, Noemí (Dir. de T.), *Revolución, república, confederación (1806-1852)*, Nueva Historia Argentina, Sudamericana, Buenos Aires, 1998, T. III, pp.417-445.

<sup>30</sup> Sobre las referencias jurídicas de las primeras tesis de derecho criminal producidas en Buenos Aires, véase: SOZZO, Máximo, «Florencio Varela y el nacimiento del liberalismo penal en la Argentina», *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2007, T. 2007/B, pp. 635-648; y la tesis de Florencio VARELA «Disertación sobre los delitos y las penas» incluida en ese mismo volumen, pp. 649-674. Pueden encontrarse algunas referencias en: SOZZO, Máximo, «Retratando al *homo criminalis*. Esencialismo y diferencia en las representaciones 'profanas' del delincuente en la *Revista Criminal* (Buenos Aires, 1873)», en: CAIMARI, Lila (comp.), *La ley de los profanos. Delito, justicia y cultura en Buenos Aires (1870-1940)*, Fondo de Cultura Económica – Universidad de San Andrés, Buenos Aires, 2007, pp. 24-25.

<sup>31</sup> BARRENECHE, *op. cit.*, pp. 143-153. Barreneche se refiere allí también a los *Principios de Derecho Civil* de Somellera a los que aludimos más abajo.

<sup>32</sup> LEVENE, *La Academia...*, *cit.*; LEVAGGI, *op. cit.*

<sup>33</sup> Vale aclarar que por «civil» no se entendía, como hoy en día, tan sólo una rama del derecho privado, sino que la materia refería al derecho de raíz romana (justiniana) y al derecho real, en el sentido de emanado del rey o de los cuerpos y funcionario que ejercían en su nombre algunas potestades legislativas. En este contexto, el derecho «civil» se define por oposición al derecho

Para comprender mejor el análisis que realizaremos a continuación, vale la pena dedicar algunas líneas a analizar la lógica de producción y el modo de empleo de estos textos didácticos. De acuerdo con los estatutos universitarios, los estudiantes de jurisprudencia debían abocarse al estudio de *las leyes*. La lógica del sistema jurídico castellano, y su variante colonial, formado por la agregación de normas, decretos y sentencias desde la baja edad media, hacía que esas leyes abarcaran un sinnúmero de disposiciones. Las periódicas recopilaciones de normas tanto de la Corona de Castilla como de Indias dan cuenta de sucesivos intentos de poner a disposición de jueces y letrados la legislación considerada más relevante para el desarrollo de los asuntos públicos y la administración de justicia.

En materia de derecho penal, amén de algunas otras disposiciones dispersas en el variopinto universo normativo vigente, la principal fuente legal continuó siendo, hasta la segunda mitad del siglo XIX, la Séptima de las Partidas de Alfonso X «el Sabio». Los reglamentos de justicia republicanos sancionados durante las primeras décadas de la emancipación sostuvieron la vigencia de toda reglamentación que no fuera expresamente derogada y que no entrara en contradicción con leyes ulteriores. Estas nuevas normas establecían un criterio para determinar la caducidad de un buen número de leyes, decretos, ordenanzas, etc., pero al mismo tiempo creaba las condiciones para una fuerte continuidad al menos en «la letra» de la ley.<sup>34</sup>

A partir de esta situación, continuó siendo necesaria una serie de mediaciones que la jurisprudencia y el derecho establecían entre la letra de normas sancionadas desde el siglo XIII hasta el XVIII o XIX y la práctica decimonónica de administración de justicia. Estas mediaciones continuaban una larga tradición propia del saber jurídico castellano y colonial.<sup>35</sup>

A partir del siglo XVII, el cultivo del estudio del derecho civil romano en Europa, auspiciado por las monarquías en ascenso, había llevado a la publicación de versiones adaptadas y actualizadas de los textos que el ordenamiento justiniano había creado para la formación de juriconsultos: las *Instituta*, así como de compilaciones y glosas del derecho romano. Hasta bien entrado el siglo XVIII, el inicio de la enseñanza del derecho *civil* en las universidades americanas se dio mediante la creación de «cátedras de *Instituta*»

natural y de gentes, y al derecho canónico. Sobre la noción de derecho civil decimonónica véase: ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, con citas del derecho, notas y adiciones por el Lic. Juan Rodríguez de San Miguel*, México, UNAM/Porrúa, 1998 (reedición facsimilar de la edición mexicana de 1837). La obra de Escriche parece haber tenido amplia circulación en la América antes española y su vigencia fue reconocida por destacados juristas rioplatenses. Además de ser citado por Tejedor en la obra que analizo en esta sección, véase: ALBERDI, Juan Bautista, «Carta sobre los estudios para formar un abogado con arreglo a las necesidades de la sociedad actual en Sud América» (1850), en: *Obras Completas*, S/D, 1886, T. 3, p. 543.

<sup>34</sup> LEVAGGI, *op. cit.*; BARRENECHE, *op. cit.*

<sup>35</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones en Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.

e incluso algunos de los textos redactados con fines didácticos en lengua castellana emplearon el nombre tradicional, como las *Instituciones de Derecho Real de España* del guatemalteco José María Álvarez.<sup>36</sup>

La formación de abogados y escribanos y las necesidades prácticas del ejercicio de su profesión fomentaron la aparición de textos específicos, mezcla de compilación de normas, tratado de dogmática y manual práctico, las llamadas *Librerías y Prácticas*. Los historiadores del derecho coinciden en señalar la relevancia que la *Librería de escribanos* de Joseph Febrero tuvo en la formación de los juristas españoles e indios en el siglo XVIII, tanto en su versión original como en las sucesivas reediciones, anotaciones y actualizaciones que fue sufriendo por varios autores.<sup>37</sup> Ahora bien, si el *Febrero*, se convirtió en el principal compendio de legislación en materia «civil», no faltaron suplementos en materia propiamente criminal, así como procesal, como fueron la *Curia Filipica* de Antonio Hevia Bolaños, las *Práctica Universal Forense* de Elizondo o, según los autores, la más significativa para la formación de abogados en las academias borbónicas, la *Práctica Criminal de España* de Josef Gutiérrez.<sup>38</sup>

Muchas de estas obras, no obstante su intención de compilación y divulgación de un derecho cuyas fuentes se hallaban, por su lógica de producción, dispersas en un corpus de gran extensión, se convirtieron en obras de referencia necesaria. Su carácter monumental y las sucesivas *addenda* que se fueron practicando para actualizarlas fomentaron también la aparición de resúmenes, manuales y brevarios inspirados en ellas.

Los manuales que me ocupan de aquí en más se inscribieron en este género de literatura didáctica de orígenes eclécticos, que van desde las compilaciones legales españolas hasta las *Prácticas* más difundidas. Me centraré en el análisis de una selección de los textos didácticos que los historiadores del derecho local consideraron más relevantes, a saber: los *Principios de Derecho Civil* de Pedro Somellera,<sup>39</sup> las *Instituciones de Derecho Real de*

*España* de J. M. Álvarez<sup>40</sup> y, por último el *Curso de Derecho Criminal* de Carlos Tejedor.<sup>41</sup> Como vimos, el primero corresponde al curso publicado por el primer titular de la cátedra de Derecho Civil establecida en Buenos Aires tras la fundación de la Universidad en 1821, el segundo es un manual producido por un jurista guatemalteco del fines del siglo XIX, reeditado en Buenos Aires en 1834 por Dalmacio Vélez Sársfield -futuro autor del proyecto de Código Civil convertido en ley en la década de 1860-, a partir de una edición madrileña de 1829. El último, entretanto, es el manual producido por el primer titular de la cátedra de Derecho Criminal a partir de los apuntes recopilados para el dictado de su curso. Su autor también lo fue del primer proyecto de Código Penal, de 1867, sancionado con sustantivas modificaciones veinte años más tarde como ley nacional, pero utilizado desde la década de 1870 como base para los ordenamientos jurídico-penales provinciales.<sup>42</sup>

Las carreras de los autores sugieren que la literatura producida para la cátedra resulta también ilustrativa de las ideas jurídicas vigentes no sólo entre los abogados sino también entre quienes tuvieron a su cargo tareas claves en el reordenamiento del sistema jurídico a partir de mediados del siglo XIX. Es decir, sus experiencias en la enseñanza y en el foro durante el período de vigencia de la legislación colonial y castellana constituyeron un acervo de experiencia cuya relevancia no puede desdesharse desde el punto de vista del desarrollo de la «cultura del código» propia del período más tardío del ochocientos.<sup>43</sup>

Por las características propias de cada texto y los contextos en que fueron utilizados,

<sup>40</sup> ÁLVAREZ, José María, *Instituciones de Derecho Real de España*, Edición y notas de Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, Imprenta del Estado, Buenos Aires, 1834 (esta edición no se basa en la edición original americana sino en la madrileña de 1829, que también he consultado y que suprimí buena parte de las referencias a la legislación indiana y agregó una sección dedicada al estudio de los mayorazgos. VÉLEZ, además de concordar la legislación citada con la de vigencia local introdujo notas adicionales sobre la esclavitud).

<sup>41</sup> He consultado las dos ediciones de esta obra: TEJEDOR, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Imprenta Argentina, Buenos Aires, 1860, 1ª edición, 2 t. y Librería de C. M. Joly, Buenos Aires, 1870, 2ª edición, t. 2.

<sup>42</sup> SEOANE, María Isabel, *La enseñanza del derecho en la Argentina, desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX* Perrot, Buenos Aires, 1981, indica también el empleo del texto de jurista español Joaquín García Goyena, *Código criminal de España según las leyes y prácticas vigentes*, Madrid, 1842. Durante la realización de la presente investigación no pudo consultarse esta obra. No obstante, el texto español fue rápidamente reemplazado por C. Tejedor por el suyo propio.

<sup>43</sup> Aquí, mi trabajo se inspira en algunas de las cuestiones planteadas por: ABASOLO, Ezequiel, «Las notas de Dalmacio Vélez Sársfield como expresiones del 'ius commune' en la apoteosis de la codificación, o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la 'Cultura del Código'», *Revista de estudios histórico-jurídicos* [en línea] 2004, N° 26, pp. 423-444 <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552004002600013&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600013&lng=es&nrm=iso)> [Consulta 26 Marzo 2008]

<sup>36</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870)*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977; LEIVA, Alberto David, *Aprendizaje jurídico y entrenamiento profesional (Ss. XVIII a XX)*, Dunken, Buenos Aires, 1996.

<sup>37</sup> LEIVA, *op. cit.* Véase particularmente el capítulo dedicado a la circulación y sucesivas ediciones de la *Librería de Escribanos* de Joseph Febrero.

<sup>38</sup> LEIVA, *op. cit.* Véase también el estudio preliminar de R. Levene a la reedición de primera de las obras de enseñanza práctica producida para la academia local: CASTRO, Manuel Antonio de, *op. cit.*. Los autores y obras indicados son frecuentemente citados en esta obra, tanto en las notas originales del autor como en las adicionadas para la edición impresa por Dalmacio Vélez Sársfield, según indica Levene, así como en la obra de Tejedor citada más abajo (especialmente en el tomo segundo).

<sup>39</sup> SOMELLERA, Pedro, *Principios de Derecho Civil*, Imprenta del Estado, Buenos Aires, 1824: aunque tuve acceso a un ejemplar de la edición original, las citas están tomadas de la reedición facsimilar realizada por el: Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1939.

analizaré en primer lugar los dos manuales de derecho civil utilizados entre las décadas de 1820 y 1850. Una comparación de sus similitudes y diferencias permitirá hacer algunas inferencias sobre ideas jurídicas en circulación en relación con la justicia penal. Para ello, procuraré ofrecer una comparación entre ambas obras en relación con algunos conceptos y con las estrategias expositivas desplegadas para la identificación de principios y preceptos fundamentales del derecho, formas de articulación entre «fuentes» del derecho, por último, definiciones y clasificaciones de delitos.

### 3. Los primeros textos didácticos

#### 3.1. El Derecho Criminal dentro del Derecho Civil

Las historias del derecho y de la administración de justicia criminal coinciden en señalar los *Principios de Derecho Civil* de Pedro Somellera como el momento del ingreso del utilitarismo benthamiano en el campo jurídico local, a través de la Cátedra de Derecho Civil que su autor ocupó en la década inicial de la Universidad de Buenos Aires. Tras su alejamiento de la misma en 1833 y su reemplazo por Rafael Casagemas, la reorientación política del gobierno provincial y sus efectos sobre la Universidad auspiciaron, como mencionamos algunos párrafos más arriba, el reemplazo de la obra de Somellera por las *Instituciones de Derecho Real de España* de José María Álvarez, escritas a fines del siglo XVIII.

Una evaluación posible de este recambio podría sugerir un «retroceso» en los contenidos enseñados. Sin embargo, un análisis más detallado de ambas obras complejiza el panorama. La obra de Álvarez remite, sin duda, a un universo político y un modo de simbolización de lo político y del lugar de la ley y el derecho en la sociedad propio del Antiguo Régimen (en su variante castellano-indiana). Si bien esto supuso, efectivamente, un desfase entre algunos principios jurídico-políticos presentes en la obra y el contexto en que fue utilizado, también es cierto que la obra de Somellera, aún introduciendo innovaciones radicales en puntos clave, exhibe ciertos rasgos en su estructura y en las estrategias discursivas que la aproximan al modo de enseñanza del derecho propio del libro de Álvarez. En los párrafos siguientes buscaré dar cuenta de las similitudes y divergencias en el modo de interpretar las leyes vigentes.

Al abordar la lectura de ambas obras, un rasgo que llama la atención es la existencia de un cierto «aire de familia» entre ambas. Por un lado, aún cuando las estructuras de ambas no son idénticas, las dos abordan el estudio del derecho civil haciendo referencia a tres objetos primordiales de ese derecho: las *personas*, las *cosas* y las *acciones*. Este tratamiento está precedido, en ambos casos, de una sección introductoria dedicada a abordar problemas relativos a la definición de la justicia, la jurisprudencia y el derecho civil. Una lectura atenta de estas definiciones iniciales revela una serie de notables afinidades entre ambos textos. No sólo porque coincidan en la definición específica de algunas cuestiones (como la definición del concepto de justicia, los preceptos del derecho, las formas legítimas de interpretación de la ley, etc.) sino porque ambos parecen seguir un «modelo»

común en cuanto a la forma de exposición de la materia. Esta similitud en cuanto a la disposición del texto se hace más notable en momentos en que ambos autores introducen ejemplos históricos o hipotéticos para ilustrar sus dichos. Por ejemplo, en sendos pasajes dedicados a marcar las diferencias entre la justicia moral y la justicia civil, ambos autores recurren a ejemplificar la distinción a partir del accionar de los fariseos en ciertos pasajes bíblicos; en otra oportunidad, las relaciones jurídicas entre dos personas son explicadas recurriendo a la construcción de un caso hipotético en que los protagonistas reciben, llamativamente, nombres latinos (Plinio y Tiberio). Estas coincidencias podrían derivar ya sea de una cita no explicitada, casi un plagio parcial, ya de alguna relación de intertextualidad entre ambos y una tercera obra que operaría como texto modelo.<sup>44</sup>

En el caso de Somellera, aunque no pueda asegurarse, es posible que el modelo lo haya provisto la propia obra de Álvarez, con la que probablemente haya entrado en contacto como estudiante de leyes en la Universidad de Córdoba. O bien, puede haber recurrido al modelo que el editor de Álvarez le asigna a la obra de este último: las *Recitaciones del Derecho Civil romano, según el orden de la Instituta* del jurista alemán Juan Heinecio, publicada originalmente en latín en 1725 y traducida al castellano en 1791.

El reconocimiento de estas semejanzas entre ambos textos no implica negar las diferencias doctrinales que se les han asignado. Las divergencias entre ambas obras en la exposición de ciertos principios clave del orden jurídico son notables. En relación con las fuentes del derecho, Somellera considera al orden jurídico como regido por un conjunto de leyes *escritas* cuya legitimidad deriva de su adecuación a la Voluntad General de la comunidad. Álvarez, por su parte, hace referencia tanto a un derecho escrito y uno no escrito. El primero se origina únicamente en la «voluntad del príncipe», en tanto que el segundo, la *costumbre*, requiere de una serie de reglas de validación que le confieren un estatuto paritario con respecto a las leyes promulgadas.<sup>45</sup>

Asimismo, Somellera, reconociendo la existencia de un ordenamiento legal vigente pero que no responde necesariamente a su definición de las normas legítimas, ofrece un conjunto de reglas para la «racionalización» del orden jurídico en su funcionamiento. Allí expone una serie de proposiciones fundamentales que deben regir la lógica del funcionamiento de la ley. Estas proposiciones postulan, entre otras cosas, la primacía de la felicidad de la comunidad y los individuos como fin de la ley, y de la utilidad (maximización del goce y minimización del sufrimiento) como criterio de medida de la ley.

Álvarez, tan alejado de la profesión de fe utilitarista de Somellera como de su voluntad de aplicar al estudio del derecho ningún modelo de racionalización formal,<sup>46</sup> no procede

<sup>44</sup> Sobre la categoría de *intertextualidad* y sus variantes, cf. GENETTE, Gérard, *Palimpsestos. La literatura en segundo grado*, Taurus, Madrid, 1989 (1ª ed. en francés, 1962).

<sup>45</sup> SOMELLERA, *op. cit.*, pp. 4 y ss.; ÁLVAREZ, pp. 12 y ss.

<sup>46</sup> Sobre la cuestión de la «racionalidad» jurídica véase MARTEAU, *op. cit.*, especialmente Introducción y el capítulo I. SOMELLERA, *loc. cit.*



mediante la sistematización de criterios generales, sino mediante un procedimiento casuístico de enumeración, en el que pueden hacerse inteligibles ciertas prioridades, pero de ningún modo se plantea un conjunto de principios por fuera de la voluntad del «Supremo Imperante» en la definición del orden jurídico.<sup>47</sup>

Existen también zonas «grises» en las que las formulaciones de ambos autores de diferencias a través de borramientos y desplazamiento mínimos en frases que, por su estructura, o por su contexto presentan rasgos homólogos y momentos que parecen dar cuenta de cierta aparente ambigüedad respecto de los principios doctrinarios sostenidos por los autores.

Un buen ejemplo de la primera situación lo constituyen las definiciones de justicia y jurisprudencia. La primera es definida por ambos autores como «dar a cada uno lo que es suyo» y asimila la acción justa a la «conformidad de nuestras acciones con las leyes»,<sup>48</sup> en tanto que Álvarez la define como «la observancia de todas las leyes que previenen no dañar a otro, dar a cada uno lo que es suyo y vivir honestamente».<sup>49</sup> Hasta aquí, ambas resultan bastante similares. Los elementos adicionales de la definición ofrecida por Álvarez aparecen en la obra de Somellera como «preceptos del derecho». Lo interesante es que el autor guatemalteco introduce esa definición citando la Ley 3ª, Título 4, Partida 3, en tanto que en el texto de Somellera no aparece la referencia a la legislación castellana.

Veamos qué sucede con la *jurisprudencia*. Para Álvarez, ésta es la «ciencia práctica de interpretar bien las leyes y de aplicarlas a los casos ocurrentes»,<sup>50</sup> en tanto que para Somellera queda definida como el «hábito práctico de interpretar las leyes rectamente, y aplicarlas con exactitud a los casos».<sup>51</sup> Las diferencias son aquí mínimas pero significativas. Aún dejando de lado las posibles connotaciones de «hábito» por oposición a «ciencia», ambos autores reconocen al ejercicio del derecho como una actividad práctica, no especulativa, que consiste en saber relacionar «leyes» con «casos». Ahora bien, las diferencias en los adverbios que modifican al modo interpretación de las leyes son ya significativas. El «buen» modo al que refiere el jurista guatemalteco coloca la interpretación del leguleyo en el campo de la moral y, de este modo, remite al universo jurídico

castellano-medieval en el que el que el buen juez es el «ome bueno e sabidor». La rectitud que exige Somellera de la interpretación coloca el fiel de la balanza de lo justo por fuera del sujeto que juzga, utilizando un término que remite a un ámbito físico, independiente de las cualidades de la persona del juez. Finalmente, la exigencia de «exactitud» en la aplicación de las leyes a los casos patentiza la vigencia de un nuevo modo de concebir la relación entre ley y hecho, asociada al llamado principio de legalidad moderno. Esto no obsta a que Somellera reconozca en distintos pasajes de su obra las dificultades para seguir esa «exactitud» en relación con la legislación de origen castellano, de carácter casuístico y, como veremos, los modos de resolución de las contradicciones a que lo llevaría su exposición es sintomática de su posición.

En lo que refiere a las ambigüedades, entre las seis proposiciones ofrecidas por Somellera para la «racionalización» del derecho, la quinta refiere a un conjunto de derechos fundamentales que éstas deben proteger: la seguridad y la propiedad ocupan el primero y el tercer lugar, cosa que mal podría sorprender. Lo notorio es que el segundo lugar lo ocupa el *honor*, un bien jurídico caro a la tradición castellana que, como han destacado numerosos autores, continúa siendo un principio vigente a lo largo del siglo XIX,<sup>52</sup> pero que llama la atención en un autor de credenciales «benthamianas». No pretendo aquí apuntar la superficialidad ni la incompletud de las convicciones doctrinarias de Somellera sino marcar cómo, en la práctica de la enseñanza del derecho, un autor tan atento a la racionalización asigna un papel preponderante un íntimamente ligado al universo jurídico-político aún próximo al de la monarquía hispánica. La intención es señalar esto como un síntoma de la peculiar configuración del derecho y los derechos que se va delineando a lo largo del siglo XIX y sugerir que sería quizá más fructífero tratar de interpretarlos por sí mismos que en tanto marcas de una «transición» legal prescripta por algún modelo interpretativo.

Ahora bien, el objeto de analizar estos manuales de derecho civil era el de encontrar algunas cuestiones relativas a la definición de los objetos de la justicia criminal. A primera vista, ninguno de los dos dedica una parte sustantiva al tratamiento de los delitos ni de las penas correspondientes. No obstante, en las secciones respectivas dedicadas al tratamiento «De las cosas», ambos coinciden en que todo derecho a la cosa nace de una obligación y que entre éstas, las legítimas se denominan contratos y las ilegítimas constituyen *delito*. Desafortunadamente, de los *Principios* de Somellera sólo se publicó un volumen, rotulado como «Tomo Primero» que, de acuerdo con el plan de la obra planteado

<sup>52</sup> Cf. CAULFIELD, Sueann, Sarah C. CHAMBERS y Laura PUTNAM (eds.), *Honor, status and law in Latin America*, Duke University Press, Durham, 2005 y CHAMBERS, Sarah C., *From Subjects to Citizens. Honor, gender and politics in Arequipa, Perú, 1780-1857*, Pennsylvania State University Press, Filadelfia, 1999, entre otros.

<sup>47</sup> TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo...*, cit. ÁLVAREZ, *loc. cit.*

<sup>48</sup> SOMELLERA, *op. cit.*, p. 4 y ss. La definición de justicia como «virtud que consiste en dar a cada uno lo que le corresponde» es, asimismo, la primera de las definiciones correspondientes al lema «Justicia» en el *Diccionario de Autoridades* de la Real Academia Española (1734) y en las ediciones del *Diccionario Usual* de 1780, 1783 y 1791, a partir de la edición de 1803, cambia por «virtud que inclina a dar a cada uno lo que le pertenece», definición que se conserva hasta al menos 1869: cf. Real Academia Española, *Nuevo tesoro lexicográfico de la lengua española* [en línea], accesible a través de <<http://buscon.rae.es/ntlle/SrvltGUILoginNtlle>> [Consulta 26 Marzo 2008]

<sup>49</sup> ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 2.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>51</sup> SOMELLERA, *op. cit.*, pp. 1-2.

por el propio autor, sólo cubre dos de las tres partes principales, esto es, además del Tratado Introductorio, el dedicado al tratamiento «De las Personas» y el «De las Cosas», faltando el dedicado a las obligaciones.<sup>52</sup> En el libro de Álvarez se halla un abordaje más detallado de los delitos en la sección dedicada a las *obligaciones*.

Pese a estas carencias, el análisis del texto de Somellera permite elaborar algunas conjeturas. En los pasajes introductorios, el autor esboza una definición de delito al indicar que éste es toda violación de los fines y derechos fundamentales propuestos para «racionalizar» la interpretación del derecho (seguridad personal, honor, propiedad, habría que incluir también el fin de la «felicidad de la república»).<sup>53</sup> Si tenemos en cuenta la actitud de «racionalización» de los principios jurídicos del autor y su definición de los bienes jurídicos fundamentales, podemos inferir que todo tratamiento suyo de los delitos se trataría de una clasificación de hechos ilícitos derivados de esas prioridades.

A continuación, analizaré en mayor detalle el tratamiento que ofrece Álvarez de esta materia en las secciones finales de su obra. En este caso, como se indicó, es posible observar un tratamiento más detallado del concepto de *delito*. Éste es caracterizado como «hecho ilícito cometido voluntariamente, por el cual se obliga quien le ejecuta a la restitución como a la pena», puesto que supone tanto un daño a otro como una infracción de la ley.<sup>54</sup>

Los delitos pueden ser verdaderos o cuasidelitos. La diferencia radica en el dolo o intención que caracteriza a los primeros y la culpa, sea por descuido o negligencia, que define a los segundos. Los delitos son divididos en dos clases. En primer lugar, los públicos, aquéllos que se cometen contra «el estado de la República», subdivididos a su vez en delitos y crímenes según su atrocidad. En segundo lugar, el autor caracteriza los delitos privados como aquéllos que se cometen directamente contra particulares, sin que esto deje de dañar a la República (también se llama a estos delitos «maleficios», siguiendo la terminología de las *Partidas*). En ambos tipos, los jueces pueden actuar de oficio, por acusación o por denuncia, «en este sentido (...) todos los delitos son públicos», salvo el adulterio y la injuria verbal.<sup>55</sup>

Existe una segunda clasificación de los delitos que los divide en ordinarios y extraordinarios, según tengan una pena determinada por ley o no. En este punto, indica Álvarez

<sup>52</sup> Con posterioridad a la investigación que precedió a este trabajo, supe que los escritos de Somellera en materia penal habían sido publicados en la década de 1940. Desconozco cuál fue la circulación de esos escritos en la época que Somellera ocupó la cátedra. Lo aquí expuesto se limita a explotar cuanto se halló en referencia al derecho criminal en su obra original. Agradezco la referencia a Magdalena Candiotti. Máximo Sozzo recurrió a esos escritos en su análisis de la tesis de Varela, cf.: SOZZO, Máximo. «Florencio Varela...». *cit.*

<sup>53</sup> SOMELLERA. *op. cit.*, pp. 12-13.

<sup>54</sup> ÁLVAREZ. *op. cit.*, p. 494.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 495. La persecución de estos delitos sólo admitía una acción iniciada por denuncia expresa del damnificado.

que puede suceder que las penas no puedan aplicarse tal cual son expresadas en la letra de la ley, sea por las circunstancias concretas del caso, sea porque «ha variado la costumbre». <sup>56</sup> Más adelante, al indicar cómo se castiga la reincidencia en el hurto, Álvarez indica que el juez puede decidir entre la pena impuesta por las recopiladas y las partidas (cien azotes y diez años de destierro) o bien imponer penas arbitrarias según la «cualidad del delito», de acuerdo con un Real Decreto de abril de 1746.<sup>57</sup> Los comentarios sobre el margen del arbitrio judicial son recurrentes en toda sección dedicada a la atribución de las penas indicadas en las leyes. En relación con la pena de muerte, indica que si bien ésta es impuesta por la ley en ciertos casos «en el día se mira con suma escrupulosidad». <sup>58</sup>

Puesto que, a diferencia de Somellera, Álvarez no presenta de manera dogmática un conjunto de derechos fundamentales a ser tutelados por el orden civil (como en el caso del primero ocurría con los derechos individuales a la libertad, propiedad, igualdad y seguridad), resulta interesante echar una ojeada sobre la clasificación que sí ofrece su obra de los delitos.

Como delitos privados, Álvarez menciona el hurto, la rapiña y los «daños». Éste último delito es quizás el más interesante en cuanto a lo que podríamos llamar su *construcción*. De los dos primeros ofrece una definición basada en la legislación real y los castigos que en ella aparecen. Para la formación de la categoría de «daños» recurre a un conjunto de casos citados en la Séptima Partida para inferir de ellos el concepto general. Esto es, explota la estrategia expositiva de carácter casuístico para construir una categoría que es de un orden distinto a las exhibidas en esa exposición de casos punibles.

El daño es definido como la disminución o menoscabo del patrimonio. La noción de patrimonio implícita en esta definición extiende la consideración de las *cosas* que lo componen más allá del campo de lo material e incluye un conjunto bienes intangibles como el honor y la fama que, no obstante, ocupan un lugar crucial en la *persona* afectada por el delito. Así, por ejemplo, un tipo especial de daño lo constituye la injuria.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>57</sup> El adjetivo «arbitrarias» no tiene aquí un sentido peyorativo sino que refiere a la capacidad de «arbitrio» judicial, inherente a las atribuciones legítimas del juez en el derecho castellano, indiano y, por extensión, en los orígenes del derecho argentino, cf. LEVAGGI, *op. cit.*

<sup>58</sup> ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 504. BARRENECHE, *Dentro de la ley...*, *cit.* y CAIMARI, *Apenas...*, *cit.* han analizado el tratamiento de la pena de muerte en las primeras tesis en jurisprudencia defendidas en la U.B.A. Ambos han hecho referencia a la presencia de una actitud reformista, de orígenes ilustrados, que se hallaría en parte, si no en sus fundamentos filosóficos, al menos en la práctica, también en la jurisprudencia tardocolonial.

<sup>59</sup> A diferencia de otros delitos, la injuria sólo admite una acción privada, es decir, una acción de parte similar a la de un juicio en materia civil y no admite penas infamantes ni aflictivas como sanción, sino que sólo obliga a la compensación de la parte afectada. ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 505 y ss. y Título IV.

Una estrategia similar a la exposición de los «daños» surge en la construcción de los cuasidelitos. Ya había indicado inicialmente que se trataba de aquellos hechos en los que no existía dolo sino culpa. En el título dedicado específicamente a su tratamiento, no obstante, se observa nuevamente el recurso a la enumeración de casos de descuido o negligencia que pueden causar una acción de persecución de un cuasidelito. Es decir, vuelve a operar la lógica inductiva a partir de la exposición casuística.

La exposición de los delitos públicos se organiza también caso por caso, pero aquí se opera una clasificación y jerarquización previa. Así, los delitos públicos, aquellos cometidos, como se dijo antes «contra el estado de la República» se clasifican en:

- *Lesamajestad* y traición, es decir, crímenes contra la persona o dignidad del príncipe.
- Delitos contra la castidad, a saber: adulterio, incesto, estupro, sodomía y alcahuetaría.
- Homicidio: sólo aquel cometido con dolo constituye propiamente un delito. Además del homicidio doloso el autor se refiere al cometido en defensa propia, al que califica de justo, y al cometido al acaso, llamado «casual.»<sup>60</sup>
- Parricidio, que supone el homicidio cometido contra parientes cercanos, no sólo el padre.
- Delito de falsedad: cometido por escribano, testigo, por la falsificación de bulas o la acuñación de moneda falsa.
- Delito de fuerza: consisten en el ejercicio de la violencia que se considera «pública» si se emplean armas y «privada» si no.
- Sacrilegio: consiste en los robos contra la Iglesia.
- Hurto de hombre vivo
- Juez corrompido
- El delito cometido por lo que encarecen los mantenimientos y géneros de primera necesidad.

Esta enumeración, aunque no procura sistematizar la gravedad de los delitos, ofrece una jerarquía en la que podemos detectar la primacía de la dignidad real como central para la preservación del orden civil, seguida de la preservación del orden patriarcal supuesto por los delitos contra la castidad y el honor. En una segunda instancia vemos la protección de la vida individual también articulada en torno a la preservación del orden de la comunidad y del orden de la familia y en tercer lugar con la protección de la capacidad de circulación de personas y cosas en el espacio público (la verdad/autenticidad, los individuos, los bienes de la Iglesia, los productos del intelecto individual, la justicia y, en último lugar, los bienes necesarios para la reproducción de la vida material).

Hasta aquí, entonces, me interesa hacer algunas observaciones con respecto a los contenidos y las estrategias expositivas desplegados por estos dos manuales de derecho civil empleados en la Universidad de Buenos Aires hasta los años '50 del siglo XIX. En primer lugar, ambos parten de un reconocimiento la existencia de un orden jurídico secular y político; junto al divino, natural y eclesiástico, claro está, pero con una relativa autonomía de ellos. Ambos asignan un valor a las *leyes*<sup>61</sup> en la definición de ese orden.

En cuanto al modo de proceder a su exposición, comparten la referencia a una autoridad ya sancionada (la de Heinecio) como modelo retórico de presentación de ese orden jurídico. Esta retórica refiere tanto a la estructura del texto como a ciertas proposiciones repetidas e incluso al despliegue de un conjunto de principios generales seguidos de la exposición de los componentes de las tres categorías en torno de las que se articula el orden jurídico (personas, cosas, acciones).

Sobre esta base común, se hace evidente que difieren en su consideración de cuáles son los principios generales del orden jurídico. Somellera pretende una exposición de principios jurídicos que considera adecuados para un orden político republicano. Su modelo supone que la autoridad política es ejercida por distintas entidades que fundan su legitimidad en la expresión de la voluntad general de los miembros de una asociación política. Álvarez, por su parte, trata de definir el orden civil de un cuerpo político monárquico.

En relación con la definición de las materias delictuosas o criminales, la comparación es desigual puesto que en este punto la estructura y extensión de ambos textos difiere notablemente. Aún cuando sea legítimo suponer que una parte equivalente a la que reseñé del libro de Álvarez debería haber sido incluida en un segundo tomo del tratado de Somellera, lo cierto es que éste nunca fue publicado. De todos modos, el contraste entre los valores implícitos en la exposición casuística de delitos públicos y privados del autor guatemalteco y las declaraciones de principios hechas por el jurista local en la primera sección de su texto, como procuré mostrar, permiten iluminar algunas diferencias fundamentales entre ambos textos.

### 3.2. *El Derecho Criminal como materia autónoma:*

Lo cierto es que las tensiones que se observan entre los dos primeros manuales informaron el campo de la reflexión jurídica durante buena parte del siglo XIX. La consolidación de los principios jurídico-políticos republicanos no fue óbice para la continuada vigencia (sancionada por ley)<sup>62</sup> de la legislación castellana de los siglos XIV a XVIII. La

<sup>61</sup> Álvarez presenta una clasificación de los instrumentos emanados de la monarquía y sus órganos delegados y Somellera postula el principio de soberanía popular aplicado a la confección y validación de normas legales.

<sup>62</sup> La vigencia de todas las leyes no derogadas por nueva legislación republicana fue sancionada por el Reglamento Provisorio de 1817, cf. LEVENE, *Manual...* cit.; BARRENECHE, *op. cit.*

<sup>60</sup> *Ibid.*, tit. VI y ss.

aplicación de estas leyes, concebidas en un universo no inmutable, pero sí persistentemente casuístico y asociado a la estructura política de la monarquía, supuso la apertura de un terreno fértil para las mediaciones entre la letra de la ley y la práctica efectiva de la administración de justicia. La supervivencia del texto legal como marco normativo tras la disolución del orden político del que emanaba sólo acentuó la centralidad de esas mediaciones entre leyes y prácticas construidas desde distintos campos de los saberes jurídicos.

Para el momento en que el derecho criminal adquirió entidad propia dentro del currículo de la formación de abogados y juristas aquellas tensiones fundamentales entre leyes, prácticas y saberes mantenían plena vigencia, y la mantendrían al menos hasta la codificación (provincial primero y nacional después) a partir de los años '70. En este contexto, echar una ojeada al primer manual de la materia producido por un jurista local resulta por demás útil de analizar en contraste con los dos textos que acabamos de presentar: el *Curso de Derecho Criminal* de Carlos Tejedor. Se ha dicho que este manual representa el momento de «autonomización» de la «racionalidad penal moderna» en la Argentina.<sup>63</sup> Sin ignorar su relevancia en ese sentido, me interesa aquí atender a los modos en que dentro del nuevo contexto republicano el discurso del derecho criminal operó de modo de construir un conjunto de principios y prácticas nuevas, en relación con la vigencia de textos legales y prácticas institucionales que en buena medida continuaban los de la administración de justicia del período monárquico colonial.

Tejedor, nacido en Buenos Aires en 1817, se había graduado como Doctor en Jurisprudencia en 1837 y había participado en las reuniones del Salón Literario que por esos años se reunía en la librería de Marcos Sastre. Dos años después, tras ser descubierta la conspiración de Maza (en la que participó), partió al exilio, primero en Montevideo y Rio de Janeiro y, desde 1845, en Chile, donde contribuyó a las disputas suscitadas entre los emigrados rioplatenses sobre el futuro de la Confederación rosista.<sup>64</sup>

Tras la derrota de Rosas en Caseros, Tejedor retornó a Buenos Aires. Paralelamente a sus tareas académicas – fue, como dijimos, el primer titular de la Cátedra de Derecho Criminal y Mercantil –, Tejedor ejerció el patrocinio letrado de manera independiente, ocupó diversos cargos en la administración provincial y nacional (que ocasionalmente lo obligaron a solicitar licencia en la cátedra) y recibió la comisión de redactar un proyecto de Código Penal, que presentó al gobierno en 1868.<sup>65</sup> De manera que, aún teniendo en cuenta

<sup>63</sup> MARTEAU, *op. cit.*

<sup>64</sup> ABAD DE SANTILLÁN, Diego, «Tejedor, Carlos», en: *Gran enciclopedia argentina*, EDIAR, Buenos Aires, 1963; RIVERO ASTENGO, Agustín, *Hombres de la Organización Nacional. Retratos literarios*, Coni, Buenos Aires, 1936.

<sup>65</sup> RIVERSO ASTENGO, *op. cit.*; LEIVA, Alberto David. «Estudio preliminar» en: TEJEDOR, Carlos, *Dictámenes del Asesor del Estado de Buenos Aires*, Instituto de Investigaciones en Historia del Derecho, Buenos Aires, 1996.

las interrupciones intersticiales de sus tareas como jurista *stricto sensu*, para el momento en que redactó la primera edición de su *Curso*, se hallaba en ejercicio de la cátedra desde hacía varios años. Y para cuando la revisó y produjo la segunda, acababa de dar fin a su proyecto de Código.

En sus dos ediciones (1860<sup>66</sup> y 1870<sup>67</sup>) el *Curso* está dividido en dos tomos. El primero se dedica a las «Leyes de Fondo», es decir, incluye tanto la exposición de los principios generales teoría de la pena, clasificación de delitos y penas, condiciones de incriminación, como la especificación de la tipicidad de los delitos individualmente considerados. El segundo tomo («Leyes de Forma») se ocupa de cuestiones de procedimiento criminal.

Las motivaciones y método general de escritura de la obra quedan claras en el prefacio de la primera edición, reimpresso en la segunda:

*La necesidad de enseñar el derecho criminal, nos aconsejó hacer algunos apuntes, que son los mismos que, aumentados y corregidos, presentamos bajo la forma de un curso completo. Para escribir esos apuntes, compulsamos cuanto libro de la materia cayó en nuestras manos, tomando de unos el método, de otros las ideas, y de los códigos las disposiciones legales. La obra pues que ofrecemos, tiene solamente el mérito de aplicación, rejuveneciendo, por decirlo así, con principios sacados de los mejores autores, un derecho que, como las leyes de que trata, resiste el estudio por su antigüedad y barbarie.*  
Julio de 1860

En la introducción, Tejedor adscribe en lo que se ha dado en llamar la «escuela clásica» que, siguiendo la formulación de Pellegrino Rossi, reconoce dos criterios para la punición: que la conducta a castigar constituya una ofensa de orden moral y que su castigo revista utilidad para la conservación de la sociedad. La exposición y justificación de la elección de esta teoría de la pena no es, de todos modos, original. Tejedor la retoma de la *Théorie du Code Pénal* de Adolphe Chauveau y Faustin Hélie, sin duda la principal de las obras proveniente de la dogmática penal francesa de las décadas de 1830, 40 y 50 que conforman universo de referencias del *Curso* de Tejedor en esta primera parte programática.<sup>68</sup>

A la hora de definir el derecho criminal, Tejedor afirma que se propone

<sup>66</sup> Imprenta Argentina, Buenos Aires

<sup>67</sup> Librería de C. M. Joly, Buenos Aires.

<sup>68</sup> Entre los autores citados, además de Rossi (aunque italiano, desarrolló buena parte de su carrera en Francia, bajo los auspicios de Guizot), Chauveau y Hélie, se cuentan J. E. Ortolan, E. Boeresco, Ch. Lucas, todos ellos representantes del «Escuela Clásica» de derecho penal. El aparato paratextual de las notas y referencias constituye una vía de acceso interesante al conjunto de relaciones intertextuales que Tejedor practica. En las secciones dedicadas al tratamiento de los delitos que surgen del ordenamiento jurídico vigente, la presencia de los autores franceses, aún sin desaparecer, aparece como un complemento de las referencias a autores españoles, tanto de los clásicos citados al referirnos a las obras de Somellera y Álvarez como de autores del siglo XIX.

*conocer las garantías con que la ley ampara nuestros derechos más preciosos, la seguridad personal, la libertad y la propiedad, fijando la condiciones de asociación política, los deberes y derechos respectivos del gobierno y de los ciudadanos entre sí.*

Aquí vemos desplegarse desde el comienzo, como en el caso de Somellera, el conjunto de derechos y bienes jurídicos que el derecho criminal debe proteger. De los derechos fundamentales amparados por el orden jurídico ha sido desplazado, notablemente, el derecho a la igualdad. Esta modificación de la escala valorativa dentro del ideario liberal se debe, sin duda, a la experiencia histórica que medió entre ambos autores que, si contribuyó a la consolidación de la inexistencia de los fueros personales, resultó menos satisfactoria desde el punto del respeto a las otras garantías individuales por parte de los gobiernos rosistas. Pero, de algún modo, los referentes jurídicos privilegiados por Tejedor dan pie a una motivación adicional a ese desplazamiento. Su deuda intelectual con la dogmática francesa de mediados del ochocientos lo acerca al intelectual que Pierre Rosanvallon ha llamado el «momento Guizot», es decir, el período del siglo XIX en que un conjunto de políticos liberales comenzaron a reevaluar el legado igualitario de la experiencia revolucionaria.<sup>69</sup> En este sentido, la obra jurídica de Tejedor parece insertarse cómodamente en el marco de debates intelectuales posteriores a Caseros, aunque sus ansiedades abrevan menos en las suscitadas por el '48 francés que por la reconstrucción del proyecto liberal tras la caída del primer Napoleón.<sup>70</sup>

A continuación de su declaración de principios, Tejedor, traduciendo a un lenguaje político más modernizado el carácter «público» del derecho criminal, sostiene que «más bien que división del derecho privado, como se le considera comúnmente» el derecho criminal «es una parte importante del derecho constitucional».<sup>71</sup>

Entre los objetos inmediatos del derecho criminal, Tejedor incluye los de determinar los hechos prohibidos por las leyes, las penas de cada uno y el procedimiento que debe emplearse en su aplicación. Se percibe aquí un plan mucho más *sistemático* que el que se desprende de la obra de Álvarez, en el sentido en que Tau Anzoátegui ha propuesto oponer *casuismo* y *sistema* como dos formas diversas de imaginar el orden jurídico.<sup>72</sup>

El delito era para Tejedor precisamente el hecho prohibido por la ley, con lo que el principio de legalidad que parecía esbozarse en el texto de Somellera aparece aquí reforzado. A su vez, los distintos delitos fueron clasificados en públicos y privados, reprodu-

ciendo, en apariencia el criterio surgido del derecho romano. Sin embargo, esa clasificación no se funda en el tipo de *acción* mediante el cual cada clase de delito puede ser perseguida, como en la tradición clásica, sino en la naturaleza de las *partes* afectadas.<sup>73</sup> Los públicos son los que atacan directa o indirectamente a la sociedad, en tanto que los privados son los que ofenden los derechos particulares.

Al analizar la organización de la exposición de los delitos, lo primero que se observa es que los delitos políticos continúan, como en la exposición de Álvarez, ocupando el primer lugar.<sup>74</sup> Los vinculados con la persona y la potestad real han sido eliminados, pero sólo para ser reemplazados por los que afectan a la integridad de la república.<sup>75</sup> El segundo lugar en importancia es ocupado por los delitos contra la religión. Estas dos clases son seguidas por los delitos contra las personas investidas de la autoridad estatal (jueces y funcionarios) y los religiosos (ministros del culto). Observando estas cuatro clases, se detecta una tendencia a la separación entre la esfera personal y la esfera institucional tanto en los delitos contra el estado como contra la religión, lo que marca una clara divergencia con respecto a los criterios de Álvarez y una profundización de la «racionalidad jurídica moderna» con respecto al texto de Somellera.

Si la república y la religión ocupan el primer plano y las personas que las representan un segundo plano de importancia, el tercero es el constituido por las tres categorías que suponen espacios de la esfera de la vida ciudadana que se desenvuelven por fuera de los organismos burocráticos del estado y el culto pero que el criterio de la clasificación reconoce como de interés público: la «cosa pública», la «moral» y la «autoridad paterna».

Llegados a este punto, interesa hacer notar los desplazamientos y las permanencias que esta clasificación ofrece en relación con la enumeración de Álvarez y con los criterios más modernos de Somellera. Por ejemplo, de los crímenes de «falsedad», presentes entre los crímenes analizados por el guatemalteco, sólo continúan considerándose de interés público los relativos a la moneda y a las escrituras y testimonios públicos (junto con el peculado y el contrabando).

Entretanto, los delitos contra la «moral» (prostitución, lenocinio, amancebamiento, bigamia, incesto, sodomía y bestialidad) están constituidos por conductas sexuales (por lo general, regulares o sostenidas) ajenas a las estructuras familiares sancionadas por el

<sup>69</sup> ROSANVALLON, Pierre, *Le moment Guizot*, Gallimard, París, 1985.

<sup>70</sup> HALPERIN DONGHI, Tulio, *Una nación para el desierto argentino*, Editores de América Latina, Buenos Aires, 2001 (1982). La observación de Halperin sobre la consonancia de preocupaciones entre los políticos locales y la situación europea en el momento de transición de la IIª República Francesa al IIº Imperio se centra sobre figuras cuya experiencia europea era inmediatamente anterior a las revoluciones del '48.

<sup>71</sup> p. 17 de la 2ª edición.

<sup>72</sup> TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo...*, op. cit.

<sup>73</sup> Cf. n. 59.

<sup>74</sup> Cf. el índice del Tomo I, pp. 352-354.

<sup>75</sup> Para el momento en que se publica esta segunda edición, ya habían sido sancionadas las primeras leyes en materia de administración de justicia penal en la jurisdicción nacional. Se trata de las leyes nacionales N° 47 a 50 que crean los Juzgados Nacionales de Sección (Federales), los dotan de jurisdicción y proveen un marco de fondo y de forma para su funcionamiento. Véase *Registro Nacional*, 1863 y ZAFFARONI, Eugenio Raúl y Eduardo ARNEDO, *Digesto de legislación penal argentina*, AZ Editora, Buenos Aires, 1987, t. I.

derecho civil como constitutivas, ya sea de la «personalidad» de los hombres o de su «estado civil».<sup>76</sup>

No obstante, otros crímenes que ocupaban un lugar similar a estos en la obra de Álvarez han sido reubicados en la esfera privada bajo el rótulo de «delitos contra el pudor y la honra» (rapto, estupro, violación, adulterio e injuria). Se observa aquí una sistematización en base a los principios de la escuela clásica que guían a Tejedor y algunos principios bien asentados en la tradición jurídica indiano castellana. En los delitos en los que la transgresión se asocia a conductas sexuales, se distingue entre los que afectan a la moral (públicos) y a la honra individual (privados), lo que supone a su vez una distinción entre un espacio público en el que se despliegan o visibilizan los primeros y el espacio privado, fuertemente asociado al espacio doméstico más que a la esfera íntima. Un desplazamiento notable es el vinculado al lugar de la autoridad del *pater familias* en la definición de los delitos. El parricidio, que en la clasificación de Álvarez era considerado un delito público es presentado como Tejedor como un caso agravado de homicidio (delito privado). Otros delitos, como los cometidos «contra la autoridad paterna», aunque mantienen el problema de la elección matrimonial dentro del orden público, reciben en el nuevo manual mucha menor atención.

Las antiguas categorías privadas de hurto, rapiña y daños han sido considerablemente ampliadas. Además de las traslaciones ya mencionadas en relación con delitos antes públicos (parricidio, rapto, estupro, violación, adulterio), las variedades de delitos contra la propiedad (aunque relegada al último lugar de la clasificación) se han sofisticado, quizás incluso más que los casos concretos de los otros delitos. Incendio, quiebra, estafa en las ventas, remoción de mojones no aparecían como temas relevantes en la exposición de Álvarez. Sobre esto vale la observación que hicieramos más arriba en relación con el desarrollo del derecho mercantil. Si bien la relación jerárquica entre orden público y orden privado no ha sido alterada radicalmente, es indudable que la consolidación de una economía capitalista creó un área de atención del orden jurídico antes inexistente, tanto en la regulación de las relaciones interpersonales como en la tutela que el estado se arroga en pos de mantener el orden establecido.<sup>77</sup>

Finalmente, bajo la «legislación especial» Tejedor incluye todas aquellas faltas no

<sup>76</sup> Sobre el peso de la legislación civil española sobre la familia en el proceso de codificación latinoamericana en general y argentino en particular véanse varios de los trabajos reunidos en: LEÓN, Magdalena y Eugenia RODRÍGUEZ SAENZ (eds.), *¿Ruptura de la inequidad? Propiedad y género en América Latina en el siglo XIX*. Siglo del Hombre, Bogotá, 2005.

<sup>77</sup> Sobre el desarrollo del derecho civil por estos mismos años. véase: ZEBERIO, Blanca. «Los derechos civiles en la transición. Controversias jurídicas y proyectos políticos», en: BONAUDO, Marta. Andrea REGUERA y Blanca ZEBERIO (coords.), *Las escalas de la historia comparada*. Miño y Dávila. Buenos Aires y Madrid, 2008. T. 1, *Dinámicas sociales, poderes políticos y sistemas Jurídicos*, pp. 285-308.

regidas por el fuero común. Las contravenciones o delitos de policía (vagancia, juego, etc.), las de los fueros corporativos sobrevivientes, cuya explicación requiere siempre una sección que explica los límites del fuero (militar, marítimo y eclesiástico) y los creados por la dinámica de las garantías republicanas: como los delitos de hacienda, potestad administrativa de la rama ejecutiva; de los diputados, dotados de inmunidad frente a la justicia ordinaria y de imprenta, constituido desde los primeros reglamentos de justicia de la época independiente en una materia particular.

No hay que olvidar, no obstante, que aún hasta la edición de 1870, la legislación que los jueces del crimen debían aplicar continuaba estando conformada, con escasas modificaciones<sup>78</sup>, por las leyes de Indias y de Castilla, en particular las Partidas y ciertas secciones de la Recopilación. Habiendo sido éstas denostadas desde la primera página de la obra por su «antigüedad y barbarie», surge la pregunta de cómo pudo el autor conciliar ese juicio con la exposición de los «principios sacados de los mejores autores».

La estrategia retórica de Tejedor responde a un patrón que puede identificarse con la categoría de «autoridad polifónica» desarrollada por O. Ducrot.<sup>79</sup> Si la enseñanza escolástica recurría a los autores *qua* autoridades para invocar principios de aplicación de la legislación -y, por lo general, a juristas romanos o romanistas de amplio reconocimiento-, la «autoridad polifónica» despliega un juego de argumentos, ninguno de los cuales prima por su autoridad sino por su lugar diferencial dentro de ese despliegue de varias voces. Por lo general, Tejedor cita una fuente de legislación o comentario clásico, sigue con la exposición de doctrinas contradictorias surgidas de las leyes castellanas, introduce algún principio o criterio jurídico de un autor contemporáneo europeo (por lo general francés, aunque españoles, alemanes y británicos también se hallan presentes) y finalmente propone una síntesis propia que, habitualmente, supone un compromiso entre el principio dogmático contemporáneo y alguno de los elementos de la legislación española.

El procedimiento utilizado resulta más sofisticado que el que empleaba Somellera, que seguía básicamente el esquema de Álvarez, introduciendo digresiones y discrepancias sustantivas para la exposición de los principios generales del derecho en los que se inspiraba. En tanto que el propio Álvarez, no obstante recurrir con mayor frecuencia a la cita de autoridad y a la exégesis de tipo casuístico casi «impuesta» por el formato de la legislación, no dejaba de abrir el juego hacia el tipo de operaciones de adaptación del discurso de la norma al contexto de aplicación que realizaron tanto Somellera como Tejedor. Ahora bien, en tanto Álvarez asignaba al *arbitrio judicial* la potestad de zanjar las eventuales discrepan-

<sup>78</sup> En el campo de los delitos de policía e imprenta sí había una copiosa reglamentación posterior a la independencia (y en particular, posterior a 1820). Sobre la legislación sobre delitos políticos, cf. n. 75. Para sostener algunos principios generales relativos a ciertas garantías individuales y modos del proceso. Tejedor invocaba también artículos de la Constitución Nacional reformada en 1860.

<sup>79</sup> DUCROT, Oswald, «La argumentación de autoridad», en: *El decir y lo dicho*, Edicial, Buenos Aires, 2001, pp. 149-166 (1ª ed. francesa del artículo, 1981).

cias entre la letra de la ley con la causa en la que se estaba entendiendo, tanto Somellera como Tejedor buscan el establecimiento de una autoridad de tipo *legal*, es decir, ajustada todo lo posible a la letra de la ley, que instaure principios generales.

La construcción de esta autoridad polifónica le permite a Tejedor operar cómodamente a partir de la relativa labilidad de la legislación castellana e indiana, recurriendo a un arbitrio que es aquí doctrinario más que judicial, y combina los contenidos de las leyes seleccionadas con los principios que extrae de los jurisconsultos europeos. El resultado no obstante, se orienta en el sentido de una sistematicidad mayor que la de la legislación de origen. De algún modo, su manual opera como una mediación entre la voluntad sistematizadora de la «cultura del código» (que entre ambas ediciones el propio Tejedor desplegó en su proyecto de Código Penal) y el esquema inicialmente casuístico de las leyes vigentes.

#### 4. Reflexiones finales

A lo largo de este trabajo, a partir de la reconstrucción de las alternativas de la enseñanza formal del derecho, he podido identificar los lugares institucionales del derecho criminal en el período previo a la autonomización de esa área del saber penal dentro del currículum de los estudios de jurisprudencia. El análisis de algunos textos utilizados en esos contextos particulares me permitió ver que, junto a las tendencias ya conocidas sobre la difusión de ciertos paradigmas en la academia local, pueden identificarse alternancias y coexistencias que permiten problematizar una visión fuertemente arraigada de «racionalización» creciente del derecho.

En ese sentido, pude constatar la presencia de estrategias expositivas diversas que no siguen una trayectoria lineal y que admiten matices a la idea de un discurso «reformista» de bordes nítidos y en ascenso. Estos matices indican la copresencia de formas diversas de construir el saber jurídico en materia criminal. La sucesión y combinación en un mismo texto, como en el caso del *Curso* de Somellera, de una serie de lineamientos expositivos legitimados en la tradición jurídica castellano-colonial junto con un conjunto de principios jurídicos propios del liberalismo y de la escuela utilitarista, sugieren que las formas establecidas de transmisión del saber jurídico podrían haber marcado el modo de construcción del «reformismo».

Asimismo, la recuperación del texto de Álvarez, lejos de suponer sencillamente una «vuelta al pasado», pone de manifiesto una serie de tensiones: entre un estado republicano que se afirma y la vigencia de un orden jurídico de naturaleza diversa, entre la «modernización» del saber jurídico y un modo casuístico de construcción del sistema legal por agregación, que opera incluso en el modo de edición aplicado por Vélez al incorporar secciones que introducen temas no tratados por el autor original.

En el caso de Tejedor, la necesidad de adecuar una voluntad de modernización del orden jurídico, y la vigencia de un conjunto de textos legales ajenos a la modernidad

predicada abren el campo a una serie de operaciones discursivas bastante complejas destinadas a legitimar la novedad amparándose en la tradición.

Consideradas todas esas estrategias en conjunto, la actividad argumentativa vinculada a los saberes jurídicos letrados, ocupa un lugar significativo frente a exégesis de la ley (propia del principio de legalidad y asociada a la «cultura del código»). La coexistencia de paradigmas jurídicos en tensión y la continuidad en la vigencia de un conjunto sustantivo de normas abre un espacio de indeterminación que esas estrategias discursivas deben sortear o llenar, produciendo efectos de sentido sobre la ley y la jurisprudencia. Ese conjunto de estrategias, además del valor intrínseco de su identificación, pueden servir de base para construir un conjunto de hipótesis de lectura a la hora de analizar los discursos producidos en la práctica de la administración de justicia. Puesto que buena parte los fiscales y defensores, así como de los jueces encargados de producir demandas, alegatos, sentencias, etc. se formaron en estrecha relación con el universo discursivo que estos textos didácticos fueron construyendo, sería interesante analizar, en sucesivas etapas de la investigación los modos de despliegue de los discursos jurídicos en el foro.

Por último, el recorrido de este trabajo ha permitido rastrear la emergencia, hacia los años 1857, de un campo específico del saber jurídico, el del derecho criminal. No significa esto que haya sido inventado *ex nihilo* en esos años, sino que el lugar que ocupaba en la consideración de los principios generales del derecho civil, entendido como derecho positivo secular, fue dando paso a una especialización de los discursos legales y académicos sobre la materia. Analizar los modos en que este nuevo campo de saberes se fue consolidando permitirá también iluminar las mutaciones que fueron sufriendo las prácticas -materiales y discursivas- vinculadas a la administración de justicia penal.