

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

Naturaleza y felicidad: los debates sobre los fundamentos del nuevo orden jurídico en la Universidad de Buenos Aires (1821-1830).

Candioti, Magdalena (UNSM / UNL / CONICET).

Cita:

Candioti, Magdalena (UNSM / UNL / CONICET). (2007). *Naturaleza y felicidad: los debates sobre los fundamentos del nuevo orden jurídico en la Universidad de Buenos Aires (1821-1830)*. XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-108/584>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/eU8X/kQH>

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

XI° JORNADAS INTERESCUELAS / DEPARTAMENTOS DE HISTORIA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN
19 al 22 de septiembre de 2007.

Título: “Naturaleza y felicidad: los debates sobre los fundamentos del nuevo orden jurídico en la Universidad de Buenos Aires (1821-1830)”.

Mesa Temática 66: “Lenguajes, tradiciones y conceptos políticos en el Río de la Plata durante la primera mitad del siglo XIX (II)”.

Pertenencia institucional: Universidad Nacional de San Martín / Universidad Nacional del Litoral / CONICET.

Autora: Magdalena Candiotti - docente, investigadora.

Dirección, teléfono y dirección de correo electrónico: Av. La Plata 150, 16° “C” – Ciudad de Buenos Aires - 4983-7484 - mcandiot@unsam.edu.ar - mcandioti@yahoo.com

El universo político y cultural rioplatense posrevolucionario se complejizó aceleradamente en la tercera década del siglo XIX. Las reformas impulsadas en el marco del gobierno de Martín Rodríguez, por el llamado “grupo rivadaviano”, tuvieron una incidencia no menor en una “renovación cultural” signada por la multiplicación de espacios de expresión y articulación de ideas, orientados no sólo a la expresión de la sociedad civil sino, y quizás principalmente, a su creación.

Estas prácticas y espacios culturales y políticos, que fueron la prensa, los teatros, las fiestas, los monumentos y las prácticas de sociabilidad (como tertulias y sociedades literarias), han sido abordados en los últimos años por una historiografía local que ha demostrado convincentemente que éstos formaron parte de una política amplia de reforma de las costumbres, los valores y regeneración de la sociedad.¹

Entre los espacios institucionales reformados se contó también la educación. Se creó la Universidad de Buenos Aires y comenzaron a formarse por primera vez en la antigua capital del virreinato, expertos en derecho: futuros abogados, jueces y juristas. En estas páginas se intentará dar cuenta de cuáles fueron las orientaciones que las ideas sobre el derecho tomaron en el espacio de la universidad, en tanto espacio de producción y difusión sistemática de visiones “expertas” sobre estos tópicos. A partir de esta ventana se reflexionará de un modo más general en torno a la diversidad de orientaciones doctrinarias que circularon en los años veinte en el Río de la Plata.

Un nuevo centro de formación jurisprudencial: la creación de la Universidad de Buenos Aires

¹ MYERS, Jorge, “Las paradojas de la opinión. El discurso político rivadaviano y sus dos polos: el ‘gobierno de las luces’ y ‘la opinión pública, reina del mundo’”, en SABATO, Hilda y LETTIERI, Alberto (eds.), *La vida política en la Argentina del siglo XIX: Armas, votos y voces*, Buenos Aires, FCE, 2003. GARAVAGLIA, Juan Carlos, “A la nación por la fiesta: las Fiestas Mayas en el origen de la nación en el Plata”, *Boletín del Instituto del Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, N° 22, 2000. GALLO, Klaus, “Un escenario para la “feliz experiencia”. Teatro, política y vida pública en Buenos Aires. 1820-1827”, en BATTICUORE, Graciela, GALLO, Klaus y MYERS, Jorge, *Resonancias románticas. Ensayos sobre historia de la cultura argentina (1820-1890)*, Buenos Aires, Eudeba, 2005; MOLINA, Eugenia, “Pedagogía cívica y disciplinamiento social: representaciones sobre el teatro entre 1810 y 1825”, *Prismas. Revista de Historia Intelectual*, N° 4, 2000; ALIATA, Fernando y MUNILLA LACASA, María Lía (comps.), *Carlo Zucchi y el neoclasicismo en el Río de la Plata*, Buenos Aires, EUDEBA-IICBA, 1998; GONZÁLEZ BERNALDO, Pilar, *Civilidad y política en los orígenes de la nación argentina. Las sociabilidades en Buenos Aires*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001.

Cumpliendo un viejo anhelo de la antigua capital virreinal, el 9 de agosto de 1821 y luego de las dilatadas gestiones realizadas por el Presbítero Antonio Sáenz, el gobernador de la provincia Martín Rodríguez inauguró la Universidad de Buenos Aires.

Se fusionaron en ella prácticamente todas las instituciones educativas existentes en la ciudad, y se las organizó en diversos departamentos: de primeras letras; de estudios preparatorios; de ciencias exactas; de medicina; de jurisprudencia; y de ciencias sagradas.² Cada uno de estos departamentos fue puesto bajo la égida de un Prefecto que, como tal, formaba parte de un Tribunal Literario. Dicho tribunal, era presidido por el rector, el propio Sáenz, que a su vez presidía la llamada Sala de Doctores que, integrada por todos los doctores naturales de la provincia, tenía funciones de carácter más bien consultivo.

Aquí nos interesa analizar particularmente la organización del Departamento de Jurisprudencia y cuál fue el perfil que asumieron los estudios del derecho, la formación de estos hombres clave de la sociedad porteña que eran los abogados, jueces y juristas.³

El 8 de febrero de 1822 el gobierno de Buenos Aires decretó la institución de dos cátedras de derecho, una de *Derecho Civil* y otra de *Derecho Natural y de Gentes*. El proyecto original de Sáenz- presbítero pero también abogado doctorado en Charcas- de establecer una tercera cátedra de Magistratura quedó descartado, mayormente por causas de índole económica y la función de entrenar a los egresados en los procedimientos y usos del foro porteño fue en parte cubierta por la labor de la Academia de Jurisprudencia Teórica y Práctica.

Si una clara novedad presentaba dicho plan de estudios, era que prescindía de la enseñanza del derecho que había sido la base de toda la formación jurisprudencial colonial: el derecho común, en su vertiente romana y canónica. A pesar de que bajo la denominación de “derecho civil” generalmente se solía enseñar el “derecho de los romanos”, como veremos, no sería éste el caso en la nueva institución.

El fondo estable y duradero sobre el que se organizó la cultura jurídica hispanoamericana, y porqué no europea, de antiguo régimen fue el derecho común (*ius commune*). En 1951, Alexander Passerin d’Entrevès escribió que: “No es exagerado decir que, junto a la Biblia, ningún texto dejó una marca más profunda en la historia de la humanidad que el *Corpus Iuris Civilis*”. Quizás esto sea efectivamente exagerado en cuanto a la humanidad se refiere, pero seguramente no lo es en relación a la experiencia jurídica hispana medieval y moderna. La centralidad del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano⁴ y de la doctrina de los juristas interpretando sus preceptos, había sido entonces predominante en la formación de abogados y jueces en Hispanoamérica e incluso en la práctica de estos tribunales. Esta centralidad fue un objeto claro de las reformas regalistas del XVIII. Si los funcionarios reales debían comenzar a garantizar ante todo los intereses del “polo

² HALPERÍN DONGHI, Tulio, *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, 30.

³ Ver al respecto, ZIMMERMANN, Eduardo, “The education of lawyers and judges in Argentina’s Organización Nacional (1860-1880)”, en Idem (comp.), *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, Austin, ILAS Press, 1996

⁴ El texto era en realidad una impresionante labor de compilación y codificación de materiales legales romanos realizada por encargo del emperador Justiniano y finalizada hacia el año 529. Dicho “cuerpo” reunía tres diferentes trabajos: las *Institutas* (un corto libro pedagógico, para la enseñanza); el *Digesto* (una colección de citas de antiguos juristas) y el *Código* (o codificación de las constituciones imperiales). Terminada la vigencia jurídica de este derecho con la caída del imperio romano, estos preceptos fueron redescubiertos y reelaborados por los juristas de toda Europa en la alta edad media, y sus leyes fueron retomadas en múltiples legislaciones reales desde entonces. En el mundo hispano, este derecho tuvo por ejemplo una notable influencia que sobre las leyes reunidas en las *Siete Partidas*, traducción al castellano de muchas reglas del texto justineano.

monárquico”, también su voz, esto es, las leyes por él elaboradas, debían tener preeminencia por sobre otras posibles fuentes de derecho.⁵

En el reinado de Carlos III se dictaron múltiples decretos tendientes a propiciar la aplicación literal de letra de las leyes y a combatir la práctica de su interpretación por parte de magistrados y jueces. Un Real Decreto del 9 de mayo de 1776, prohibió terminantemente “la glosa o comento de las Leyes de Indias”. Y en 1801, una real cédula de “Instrucción y reglas de gobierno que han de observar los Censores Regios de las Universidades de los Reinos de las Indias e Islas Filipinas”, prohibió leer disertaciones opuestas a los derechos del monarca en las universidades, conventos y escuelas privadas del clero secular y regular. Una reglamentación especial de la misma cédula prohibió la enseñanza de doctrinas opuestas a la autoridad y regalías de la Corona. Entre ellas, “los libros de todos los autores de los regulares expulsos deben quedar suspendidos y no enseñarse por ellos en la universidad ni en los estudios particulares”.⁶

Las tensiones que las políticas regalistas causaban en el plano de la formación no se vinculaban sólo a las dificultades propias de un cambio en los contenidos jurídicos enseñados, sino que ponían en el centro de los debates una cuestión mucho más sensible para instituciones controladas por hombres religiosos y, como ha mostrado Roberto Di Stefano, orientadas también a la formación de religiosos⁷. Todo el dilema sobre las relaciones entre ciencia y fe y, en definitiva, el problema del carácter incompatible de la concepción del mundo ilustrada con la concepción católica, atravesó por el centro los proyectos de reforma de la educación superior colonial. José Carlos Chiaramonte ha trabajado con detalle este contexto complejo en el que toda novedad educativa -en el plano de las ciencias naturales, la filosofía, la teología o el derecho- corría el riesgo de ser percibida como un ataque a los fundamentos de la religión y cómo la situación se tornaba más compleja por el hecho de que los abanderados de la defensa de la ortodoxia religiosa y la promoción del poder papal, los jesuitas, eran quienes controlaban gran parte (en el Río de la Plata prácticamente la totalidad) de las instituciones educativas del nuevo mundo. La expulsión en 1767 de la Compañía de Jesús, entre otros fines, apuntó a allanar esta fuente de trabas a la lógica regalista impulsada por los borbones.

Durante la segunda mitad del siglo, entonces, la política de afianzamiento de poder real llegó a las universidades⁸, donde las voces a favor de la enseñanza del derecho regio en las facultades de jurisprudencia, no dejaron de acrecentarse. En el Río de la Plata, puede destacarse la opinión autorizada que, en este sentido, expresó una figura que fue clave en la difusión de las “ideas del siglo” y el regalismo: el presbítero Juan Baltasar Maziel. En un informe redactado en diciembre de 1771, en nombre del cabildo eclesiástico y dirigido al Gobernador del Río de la Plata, sobre el establecimiento de un colegio y una universidad en

⁵ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Editorial Tecnos, 1969, cap. 2; BARRIENTOS GRANDON, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España. Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato*, México, UNAM, 1993, cap. 1.

⁶ Comunicación al Gobernador de Buenos Aires, Madrid, 7 de junio de 1768, citado por CHIARAMONTE, José Carlos, *La ilustración... op. cit.*, p. 75.

⁷ DI STEFANO, Roberto, *El púlpito y la plaza. Clero, sociedad y política, de la monarquía católica a la república rosista*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2004.

⁸ Las universidades en las que podían formarse los jóvenes rioplatenses hacia fines del XVIII eran centralmente tres: la *Universidad de San Francisco Javier* de Chuquisaca expide grados en leyes desde 1671: se enseñan las *Instituciones* de Justiniano en dos años; la *Universidad de San Felipe* de Santiago de Chile se inaugura en 1758 y cuenta con cátedras de Leyes (romanas) y de Instituta; la *Universidad Mayor de San Carlos* de Córdoba inaugura tardíamente sus estudios de jurisprudencia, se erige en 1791 y comienza a funcionar la cátedra de Instituta. Ya existía la de Cánones.

Buenos Aires con fondos de las Temporalidades, Maziel proyectó las cátedras que estimaba necesarias o deseables:

“Pero no podemos dejar de echar de menos las respectivas cátedras para la enseñanza de otro *legítimo y verdadero derecho*, porque si éste es el que tanto se recomienda a los jueces en nuestras leyes y el que deben seguir los tribunales en la decisión de las causas, ¿Por qué no ha de ser éste el primer objeto de la enseñanza pública y el que se proponga a los jóvenes como el principal blanco a que se deben dirigir todos sus conatos? *El derecho romano en nuestros reinos es cuanto más un derecho subsidiario* a que sólo puede haber recurso en aquellos pocos casos que no estén prevenidos en nuestras leyes. (...) parecería que erigiéndose una cátedra de Instituta, cuyo estudio es necesario por tener recopilados y reducidos a método científico los principios generales de la ciencia legal, dotándola en seiscientos pesos, se pusiesen *otras tres cátedras sobre las respectivas partes de nuestro verdadero derecho*. (...) Si este pensamiento fuere del agrado de VE... *esta universidad tendrá la gloria de ser la primera que se propuso la enseñanza del que es verdadero derecho nuestro*”.⁹

La necesidad de poner en el centro de la formación jurídica universitaria el derecho sancionado por el rey quedaba más que asentada en la propuesta del cancelario del Colegio San Carlos. Sin embargo, también lo hacía la persistente presencia del derecho romano en las aulas americanas. Maziel en esas mismas páginas exponía:

“No nos atrevamos a condenar la erección de tantas cátedras [de Digesto, Código e Institutas] para la enseñanza de un derecho que se halla abolido y sin fuerza de ley en dichos reinos desde que se publicó el Fuero Juzgo por nuestros reyes godos... pues contiene nuestra razón la autoridad de tantas universidades que siguen esta práctica con aprobación de nuestros soberanos, y más cuando éstos, bien que sin dar a dicho derecho romano autoridad de ley en sus dominios, permiten expresamente su enseñanza, sin duda *por estar sus decisiones fundadas en los principios del derecho natural y de gentes*, y poder servir no como ley sino *como razón natural en los casos que no estén definidos por nuestro derecho*”.¹⁰

No era una razón menor la que concurría a garantizar la presencia de los textos justineanos en los estudios superiores americanos y Maziel mismo no dejaba de participar de aquella creencia generalizada y plurisecular que veía en éstos una recopilación de “los principios generales de la ciencia legal” y de la “razón natural” aplicada a cuestiones concretas. Una confianza tan vieja en la perfección del derecho común, en su carácter de fundamento jurídico de Occidente, no se desharía fácilmente.

Las reformas implementadas en esos años, en las constituciones y programas universitarios, muestran tanto este ascenso del derecho real castellano. Sin embargo, más que el abandono del estudio del derecho romano, o la difusión masiva de cátedras de derecho “nacional”, lo que se generalizó fue la enseñanza de obras que puntualizaban las relaciones entre el derecho común y el regio (como las de Juan Sala o Pedro Vicente Cañete). Tal imposibilidad de destierro del derecho común fue un dato perdurable tanto en las universidades españolas, como en las americanas de San Francisco Javier en Charcas, San Felipe de Santiago de Chile y San Carlos de Córdoba.¹¹

⁹ CHIARAMONTE, José Carlos, *La ilustración en el Río de la Plata...*, op. cit., p. 196. Reproducido de Juan M. Gutiérrez, *Origen y desarrollo de la enseñanza pública superior en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1868, p. 358 y ss. El énfasis es nuestro.

¹⁰ *Idem*, p 195.

¹¹ Sobre España ver, KAGAN, Richard, *Universidad y sociedad en la España moderna*, Madrid, Tecnos, 1981. Sobre las universidades americanas, LEVAGGI, Abelardo, “El derecho romano en la formación de los juristas argentinos del ochocientos”, en *Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 40, diciembre de 1986. Levaggi ha resaltado, de hecho, que cuando el virrey Nicolás de Arredondo autorizó la erección de la universidad

Junto a este ascenso del derecho “nacional” se registraba por esos años otra transformación clave en el pensamiento político y filosófico europeo y americano: el lento tránsito desde una visión escolástica del derecho natural -referido en última instancia al Dios creador- hacia un iusnaturalismo más racionalista y secularizado. Como sostiene Alexander Passerin D’Entrèves, la idea tomista del derecho natural ya suponía que éste, establecido por Dios, podía ser conocido por los hombres a través de la razón. La novedad radical de la *noción moderna del derecho natural* residió entonces en la secularización de ese carácter racional, es decir, en que esas reglas de derecho pasaron a ser consideradas válidas en sí mismas, independientemente de la hipótesis de la existencia de Dios. Se trataba, a su vez, de una noción individualista que postulaba al individuo y su consentimiento (ya no a la naturaleza o a Dios) como el origen de la sociedad civil y de la institución política.¹² Esta noción muy lentamente lograría conquistar un espacio en las universidades.

Estas tensiones en relación a la formación jurídica y a los principios jurídicos a enseñar, continuaron signando los debates del siglo XIX.

Las reformas propuestas al plan de estudios de la Universidad de Córdoba por parte de Gregorio Funes en 1813, volvían a la carga, ya en el contexto posrevolucionario, sobre tales cuestiones y conciliadoramente proponían la creación de cuatro cátedras: un primer año consagrado a “las instituciones de Justiniano”; el segundo al derecho canónico; el tercero a “las leyes que nuevamente forme el Estado”; y el cuarto, dedicado al “derecho público y de gentes”.¹³

El plan de Antonio Sáenz, para la Universidad de Buenos Aires, por su parte, prescindía de la enseñanza del derecho común en una cátedra específica y apostaba a apuntalar un iusnaturalismo moderno que debía ser enseñado en su versión de “derecho natural”, fundamento del “derecho de gentes” y de un “derecho civil” que, establecido por el nuevo estado, no debería contradecir a aquellos. Como intentaremos mostrar en estas páginas, las cosas no sucedieron exactamente así. El panorama filosófico rioplatense presentaría por entonces una multiplicidad de orientaciones y voces en la que no se suele profundizar.

El iusnaturalismo en las aulas: las lecciones de Antonio Sáenz

Antonio Sáenz no sólo fue el “primer rector y cancelario de la Universidad de Buenos Aires” como reza el título de su más célebre biografía, sino también el primer profesor de la cátedra de “Derecho natural y de gentes”.¹⁴ Fue su titular entre 1822 y mediados de 1824, cuando falleció.

Alumno del Colegio San Carlos, bachiller en leyes (además doctor en teología) por la Universidad de San Francisco Javier en Charcas, practicante de la Academia Carolina y abogado matriculado en la Real Audiencia de esa ciudad y luego en la de Buenos Aires, la

mediterránea en 1791, se preocupó por puntualizar que “el catedrático que se nombre estará obligado a explicar el texto de las *Instituciones* de Justiniano con el Comentario de Arnol de Vinnio, advirtiendo de paso las concordancias o discordancias que tenga con nuestro Derecho real, *para que desde luego vayan los estudiantes instruyéndose en éste, que es el único que en materias temporales nos rige y gobierna*”, GARRO, Juan María, *Bosquejo histórico de la Universidad de Córdoba*, Buenos Aires, 1882, p. 174, citado por LEVAGGI, Abelardo, op. cit., p. 20. El énfasis es nuestro

¹² D’ENTRÈVES, Alexander Passerin, *Natural law*, London, Hutchinson and Co., 1977, cap 4.

¹³ FUNES, Gregorio, “Plan de estudios para la Universidad de Córdoba (1813)”, *Revista Estudios*, nº 3, Córdoba, 1994, p. 245.

¹⁴ FASOLINO, Nicolás, *Vida y obra del primer rector y cancelario de la Universidad de Buenos Aires. Presbítero Dr. Antonio Sáenz*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1969.

formación jurídica de Sáenz era vasta. Su vocación docente, varias veces frustrada en el pasado, lograba finalmente realizarse con la titularidad de tan importante cátedra.

En una resolución del 3 de marzo de 1823, el gobierno de la provincia requirió a los diversos profesores de la universidad la redacción de sus cursos, con la doctrina o ciencia de su respectiva asignatura y de una pequeña “historia de su respectiva facultad, desde su origen conocido hasta el presente”.¹⁵

Como resultado de este pedido, Sáenz se abocó a la redacción de su curso en dos partes, una dedicada al derecho natural y una segunda, al derecho de gentes. Si bien esa primer parte no se conserva, es posible vislumbrar sus contenidos a partir del resumen realizado en el “Informe de los doctores Manuel Antonio de Castro y José Francisco Acosta sobre la primera parte del curso del Dr. Antonio Sáenz”, por un fragmento “Sobre los Duelos” publicado en *La Abeja Argentina*, en julio de 1823 y por las constantes referencias a éste en el volumen conservado.¹⁶

Sáenz concebía la existencia de un derecho natural, cognoscible por los hombres a través de su razón, con los rasgos de inmutable, justo y universal, y que establecía ante todo la igualdad de los hombres. Como consecuencia de esta igualdad, fundaba la existencia de la sociedad civil y del estado en el consenso otorgado por los hombres para su establecimiento. La sociedad, teorizaba, “es una reunión de hombres que se han sometido voluntariamente a la dirección de alguna suprema autoridad, que se llama también soberana, para vivir en paz, y procurarse su propio bien y seguridad”.¹⁷

Sostenía que la bondad o malicia de todas las acciones humanas debían medirse en relación a su conformidad o disconformidad con las leyes de la naturaleza y, al decir de los doctores Castro y Acosta, refutaba “las absurdas opiniones de los filósofos antiguos y modernos, que han negado la justicia natural, y han pretendido establecer por único principio y regla de la conducta del hombre su conveniencia y utilidad”.¹⁸

Junto a la persistente declaración, claramente moderna, del origen consensual de la sociedad y la soberanía, Sáenz no dejó, como creyente que era, de enfatizar que “hemos sido criados para vivir en sociedad” y que si bien la disolución de ésta es posible, desagradaría “al Autor de la Naturaleza”.¹⁹ De hecho, resalta el deber de rendir culto interno y externo a Dios y, en el tratado de derecho de gentes, sostendrá que toda nación tiene derecho a tener su propia religión pero que “el ateísmo es indigno de toda protección, porque según sus máximas desconocen el criador del universo”.²⁰

Entre los derechos naturales enfatizaba el de la igualdad, la propia conservación y la defensa propia, la libertad, la felicidad y la propiedad. También establecía correlativamente deberes, resumidos en aquellos para con Dios, para consigo mismo y para con los demás hombres.

En el fragmento sobre los Duelos, ponía un énfasis especial en el hecho de que “... el que acuse al magistrado y le pida que le mande dar satisfacción de una ofensa, tan lejos de

¹⁵ Citado por PESTALARDO, Agustín, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Alsina, 1914, P. 36. También se imprimieron las lecciones de físico-matemáticas redactadas por don Avelino Díaz, el curso de filosofía dictado por Juan Manuel Fernández Agüero.

¹⁶ Ambas fuentes reproducidas en, SÁENZ, Antonio, *Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes* (Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años 1822-23), Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino I, 1939.

¹⁷ SÁENZ, Antonio, *op. cit.*, tomo II, libro II, tratado 1º, p. 61.

¹⁸ SÁENZ, Antonio, *op. cit.*, Informe..., p. 10.

¹⁹ SÁENZ, Antonio, *op. cit.*, p. 62 y 74.

²⁰ *Idem*, p. 102.

incurrir en la nota infame, cumple con su deber y se conduce como buen ciudadano”. Agregando que “Esto es conforme a la moral, a la justicia natural y a los principios de toda sociedad bien ordenada, que *no puede conceder a nadie que se administre la justicia por su mano*, abriendo un campo esparcido a la venganza, que al fin es un vicio y una pasión abyecta y degradada.”²¹ Es interesante tener en cuenta que el artículo era publicado en una importante revista, editada por la Sociedad Literaria, y puede verse como otra faceta del proyecto de “civilizar las costumbres”. También, de hecho, puede leerse como un énfasis propio de un contexto de construcción y afianzamiento del poder estatal. En este proceso, la concentración del poder de hacer justicia en manos del gobierno no era un elemento menor. En el tomo de “Derecho de Gentes”, Sáenz apuntaba que uno de los derechos “magestáticos” o de primer orden, de un estado -que como tal debe tener “la suma del poder y de la autoridad” depositada en “alguna persona o muchas”- era no sólo hacer las leyes civiles sino también mandarlas a cumplir y ejecutar en todo el territorio y, eventualmente, ejercer el derecho de gracia para moderar su rigor.²²

Las referencias del segundo hacia el primer tomo son constantes y ello se vincula al modo en que Sáenz definía el derecho de gentes: “es el mismo derecho natural aplicado, o tomado en la parte que regla la vida la social del hombre en común, o los negocios y actos de las sociedades”.²³ Como el derecho natural, “es universal y sale de la Naturaleza, dándose a conocer solamente por la recta razón (...) es inalterable, tiene las bases de eterna justicia y obliga a todos”.²⁴

Esta noción del derecho natural y de gentes era la que, ante la *vacatio regis*, había legitimado la retroversión de la soberanía a los pueblos y, movilizada por los grupos más radicales, había justificado la vía revolucionaria. No es casual que haya sido precisamente Sáenz el redactor del “Manifiesto del Congreso de las Provincias Unidas de Sud-América, excitando los pueblos a la unión y al orden” en el cual se sostenía que: “Hoy no se puede sorprender la sencillez de las gentes vendiéndoles por canónica una constitución civil o haciendo bajar del cielo el título de un soberano o el óleo de su unción... La magnificencia con que ostenta sobre el trono con todo el esplendor de la majestad, y con el aparato de grandeza que los rodea, la autenticidad con la que son reconocidos por la memoria ilustre de una sucesión que se pierde en la antigüedad de los tiempos, *impone eficazmente a la ilusión, y arrastra desde luego, el séquito a la obediencia...* Con menos brillante aparato *el poder y autoridad que ejercemos deriva a nuestros mismos ojos de origen tan augusto, mandamos con el poder y autoridad de los pueblos; y la voluntad soberana se ha de cumplir*”.²⁵

La tradición y la divinidad habían sido eficaces creadores de autoridad, enfatizaba Sáenz, pero esa “ilusión” ya no era sostenible. La independencia del Río de la Plata había nacido de la mano de un iusnaturalismo que, según Chiaramonte, constituía el fundamento de la ciencia política del siglo XVII y XVIII hispanoamericano, y que largamente continuaría gravitando.²⁶ El iusnaturalismo si bien era un heterogéneo conjunto de propuestas jurídico-políticas, aún en la diversidad de sus versiones, era un instrumento eficaz para legitimar la

²¹ Ibidem, pp. 41 y 42.

²² Ibidem, pp. 64, 85 y 86.

²³ Ibidem, p. 55.

²⁴ Ibidem, p. 57.

²⁵ Buenos Aires, Imprenta de Gandarillas y Socios, 1816, en *Biblioteca de Mayo*, Buenos Aires, Senado de la Nación, tomo 19, 2º parte, p. 18.

²⁶ CHIARAMONTE, José Carlos, “Fundamentos iusnaturalistas de los movimientos de independencia”, *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”*, 3º serie, n° 22, 2000; *Nación y estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Buenos Aires, Sudamericana Pensamiento, 2004.

desobediencia a un orden establecido, en nombre de leyes que, no por no escritas en el papel, eran menos imperativas. El curso de Sáenz, en este sentido, era un curso digno de una colonia emancipada al calor de estos principios, retomados y reelaborados por los revolucionarios rioplatenses.²⁷

Quizás por el hecho de que era ese orden jurídico natural e inmutable el que debía enseñar el rector de la universidad, en las páginas de sus *Instituciones elementales* no se encuentran prácticamente referencias, críticas y propuestas de cambio en relación a las leyes hispanas o patrias y la administración de justicia contemporánea. Sus reflexiones tienen un cariz de orden más bien filosófico, abstracto y, si bien continuamente refieren a experiencias históricas concretas -centralmente griegas, romanas, y europeas modernas-, no tienen la pretensión de establecer un orden jurídico concreto para una nación en particular. El carácter universal de los principios esbozados era precisamente la clave, las particularidades nacionales, las formas concretas de dar forma a esas leyes naturales, eran propias de cada estado y materia del derecho civil. Y coherentemente con ello, al repasar las diversas formas de gobierno -esto es, las formas de distribuir o no el ejercicio de los diversos derechos y deberes magestáticos- resaltaba con espíritu montesquiano que “Los Legisladores deben pesar con mucha prudencia y sabiduría el carácter particular de los habitantes, el clima, la posición geográfica del país, sus productos e industria, el enlace y relaciones con otros, necesidad o superfluidad de estas; los usos y costumbres, las aptitudes religiosas, y en fin las ventajas y desventajas, la más o menos energía o inercia de los asociados (...) No hay pues una forma de gobierno que sea garante por sí sola y considerada aisladamente o en teoría, de la felicidad y prosperidad de los Estados”.²⁸

Un alumno de jurisprudencia porteño, luego de asistir a estas clases, probablemente no podría esperar de su curso de derecho civil, más que una explicación puntual y oportuna de cómo cada uno de esos principios de derecho natural se plasmaban coherentemente en la legislación de su país o, más típicamente, cómo el derecho romano había desentrañado los secretos de esa razón natural e inspirado las legislaciones hispanas y en adelante, las patrias. Sin embargo, algo no funcionaba. En 1823 Sáenz impulsó un decreto del gobierno para que los alumnos no pudieran dar sus exámenes a una de las cátedras de derecho si no habían asistido a las dos existentes. Indisciplina e inasistencias en su clase, incluso críticas públicas a la orientación de sus enseñanzas constituían el telón de fondo del decreto. ¿Qué estaba sucediendo?

Un derecho fundado en la utilidad: los principios de derecho de Pedro Somellera

El catedrático designado por el gobierno para el dictado de “Derecho Civil”, Pedro Alcántara Somellera, imprimió una fuerte y muy novedosa impronta en la enseñanza del derecho. Nacido en Buenos Aires en 1774, Somellera había sido el primer doctor en jurisprudencia egresado de la Universidad San Carlos de Córdoba en 1797. Si bien allí adquirió una formación centralmente romanista, no fue éste el derecho que enseñó en las precarias aulas de la universidad porteña. Podemos conocer con detalle el contenido de estos cursos dado que, en 1824, también él publicó los dos tomos de sus *Principios de Derecho Civil*.

²⁷ HALPERIN DONGHI, Tulio, *Tradición política española e ideología revolucionaria de mayo*, Buenos Aires, CEAL, 1985.

²⁸ SÁENZ, Antonio, *op. cit.*, p. 120.

Si bien en esta obra el catedrático reproducía el método de las *Institutas* (en cuanto a la organización de sus lecciones en cuestiones referentes a personas, cosas y acciones); los fundamentos de su derecho civil fueron radicalmente heterogéneos.

El *principio de utilidad* (de la producción de más beneficios que daños por parte de una ley) era la base del nuevo sistema jurídico que Somellera buscó contribuir a crear desde su cátedra. Ni el derecho natural, ni la voluntad divina, ni la tradición o las costumbres debían determinar el contenido de las leyes positivas y, por lo tanto, las formas de regular las relaciones humanas. La nueva jurisprudencia para la nueva república del Plata debía tener un fundamento racional, científico, que sólo podía otorgar el juicio práctico en torno a la utilidad o no de cada ley, de cada institución jurídica particular. La ciencia jurídica, entonces, era para Somellera más que nunca ciencia, y ciencia capaz de regular sobre todos los casos con racionalidad, exactitud y, por tanto, sin arbitrariedad.

¿Qué significaba juzgar las leyes, las instituciones y las decisiones jurídicas sobre la base de un principio de utilidad? Implicaba que a la hora de dictar una ley se debía proceder a realizar un juicio sobre si ésta producía más bien que mal a los individuos en cuestión y a la sociedad en general. Partiendo de la idea de que la ley no podía ofrecer beneficios (derechos) sino a condición de imponer simultáneamente males (obligaciones), Somellera sostenía que “La ley no debe imponer una carga, sino para conferir un beneficio de mayor valor”.²⁹ Es decir, que las limitaciones que toda ley, necesariamente, imponía a la libertad individual debían estar compensadas y justificadas por los mayores bienes que generar. No sólo los legisladores debían proceder a realizar estos cálculos de costos y beneficios para garantizar el dictado de leyes justas, también los jueces “valiéndose de estos principios [de utilidad y necesidad] podrán expedirse bien en los casos que los prácticos llaman dudosos, o de difícil prueba”.³⁰

La nueva filosofía que inspiraba las enseñanzas de Somellera era el utilitarismo de inspiración inglesa. Según Osvaldo Cutolo fue impulsado por las sugerencias de Bernardino Rivadavia, que el catedrático se había acercado al estudio de la obra de Jeremy Bentham.³¹ Ricardo Piccirilli sostiene que Somellera no sólo se inspiró en el jurista inglés, sino que hizo transcripciones casi literales de su obra y, luego de cotejar los *Principios* con el *Tratado de legislación* del inglés, concluye que “el parecido y la concurrencia de los textos, indican que por labios de Somellera, Bentham sugería la cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires”.³² Incluso Rivadavia enfatizó el hecho. En carta a Bentham, firmada el 26 de agosto de 1822, ya siendo Ministro de Gobierno de Rodríguez, Rivadavia escribía desde Buenos Aires “... no he dejado de meditar sus principios sobre la legislación, y a mi regreso, he experimentado una satisfacción muy grande, viendo las profundas raíces que han echado el ardor de mis conciudadanos al adoptarlos (...) en la Cátedra de Derecho Civil que he hecho instituir, se profesan esos principios eternos demostrados tan sabiamente en su Curso de Legislación (Publicado por Mr. Dummont), obra llamada a hacer marchar a paso de gigante la civilización”.³³ Klaus Gallo señala que también John Dinwiddy, en su trabajo “Bentham and

²⁹ SOMELLERA, Pedro, *Principios de Derecho Civil* (Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en el año 1824), Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino II, 1939, p. 10.

³⁰ SOMELLERA, Pedro, *op. cit.*, p. 31.

³¹ CUTOLO, Vicente, “El primer profesor de derecho civil de las universidades de Buenos Aires y Montevideo”, Estudio Preliminar a SOMELLERA, Pedro, *Principios de Derecho Civil. Apéndice. De los delitos*, Buenos Aires, Editorial Elche, 1958, p. XII.

³² PICCIRILLI, Ricardo, *Rivadavia*, Buenos Aires, Ediciones Peuser, 1952, p. 211.

³³ Carta de Rivadavia a Bentham, 26 de agosto de 1822, citada por PICCIRILLI, Ricardo, *Rivadavia*, *op. cit.*, pp. 206-7.

the early nineteenth century”, sostiene que el curso de Somellera estaba totalmente basado en el *Traité de Législation* de Bentham.³⁴

En verdad creo que es necesario matizar este juicio contundente y generalizado sobre el carácter de mera traducción de la obra de Somellera o en todo caso, enfatizar el rol clave que jugaron las enseñanzas del jurista rioplatense en el contexto de la “feliz experiencia” e incluso a lo largo de toda la década del veinte.

Por un lado, entonces, si bien son innumerables las referencias que Somellera hace en sus cursos al “honorable”, al “ilustre”, al “incomparable Bentham”, también es necesario retener que existieron ciertas cuestiones en las que el jurista rioplatense se apartó de -e incluso corrigió a- su inspirador inglés. Por ejemplo criticó el proyecto benthamita de ley sobre sucesiones ad-intestato y, en general, varias opiniones de Bentham en cuestiones de herencia, que fue donde Somellera realizó sus aportes más originales.³⁵

Por otro lado, en un escenario donde se disputaban la hegemonía jurídica y se combinaban eclécticamente, la tradición del derecho romano y del iusnaturalismo, las impugnaciones abiertas de Somellera a ambos universos conceptuales presenta un gran interés y constituyó una apuesta al menos osada.

La nueva base en la cual el derecho encontraba justificación, exigía para Somellera proceder a una refundación *ex nihilo* de todo un viejo edificio jurídico que no sólo no se había creado a partir del consentimiento de los gobernados sino que tampoco se fundaba en principios racionales. No existían *a priori*, para Somellera, figuras jurídicas o leyes del pasado a recuperar. El pasado debía ser olvidado para poder construir, exclusivamente sobre la sólida base de la razón, un orden legal donde poder ser realmente felices. En el discurso preliminar de sus *Principios de Derecho Civil* lo expresaba claramente: “Los que empiezan el estudio del derecho tienen andado más camino hacia su logro, que yo, necesitado de olvidar mucho de lo que los juristas han honrado con el nombre de jurisprudencia”.³⁶ Hacer una especie de *tabula rasa* sobre la larga tradición del derecho civil romano, el derecho castellano y colonial, era la condición de posibilidad para construir nuevas leyes y aplicarlas, a partir del juicio sobre la conveniencia o no de cada disposición para regular las relaciones humanas. Esta misma aspiración a deshacerse de leyes obsoletas para crear un nuevo orden jurídico republicano, era compartida por el lejano inspirador del nuevo credo, Jeremy Bentham.³⁷

El fuerte rechazo de la jurisprudencia heredada recorre entonces las páginas de todo el tratado de Somellera. Recurrentemente se refiere a “La barbarie de las leyes que nos han regido”, a que “no necesitamos los modos indirectos, que enseñan los que han jurado sostener las palabras de Justiniano”, a que “digan lo que quieren las leyes y los autores; la razón, la justicia, la sana filosofía enseñan, que debemos separarnos de sus disposiciones y doctrinas”, “no temamos hacer frente a la autoridad de los siglos”.³⁸

³⁴ DINWIDDY, John, “Bentham and the early nineteenth century”, en *Radicalism and reform in Britain 1780-1850*, London, 1992, pp. 302-3. Citado por GALLO, Klaus, *The struggle for an enlightened republic: Buenos Aires and Rivadavia*, London, Institute for de Study of the Americas, 2006, p. 41.

³⁵ Por ejemplo, sobre la idea de Bentham de que a falta de parientes hasta el décimo grado, herede el fisco dice Somellera: “Es a la verdad raro que este grande hombre, olvidase lo filósofo en este punto, y dejando a un lado el gran principio de utilidad, se le vea convertido en un alagante del fisco”, SOMELLERA, Pedro, *op. cit.*, p. 155.

³⁶ SOMELLERA, Pedro, *op. cit.*, p. v.

³⁷ Sobre esta postura de Bentham ver, GALLO, Klaus, *The struggle ...*, *op. cit.*, p. 38 y HARRIS, Jonathan, “Bernardino Rivadavia and benthamite “discipleship””, *Latin American Research Review*, vol 33, n° 1, 1998, p. 139.

³⁸ SOMELLERA, Pedro, *op. cit.*, pp. 33, 54, 87, 106.

Semejante distanciamiento del derecho romano y castellano no partía precisamente de su desconocimiento; bien por el contrario, todo el curso dialogaba con esa tradición y buscaba corregirla. Repasaba las regulaciones de la república romana así como las hispanas sobre la tutela, la curatela, el matrimonio, la patria potestad, los contratos y las obligaciones pero planteaba expresamente: “Yo no me creo en la obligación de seguir esas huellas. La razón, y no la autoridad de los hombres debe regirnos”.³⁹

La refundación jurídica propuesta, operada en forma de un diálogo con la legislación heredada, no implicó finalmente un rechazo absoluto todas sus instituciones. Más que un cambio de todas y cada una de las regulaciones legales mismas (sobre adopciones, transacciones, etc.), Somellera procedió a analizarlas, criticarlas, algunas veces a recuperarlas, y en todos los casos, a reemplazar su fundamento: de la autoridad heredada, de las supuestas leyes divina y natural, a la razón y el cálculo utilitario.

Donde la recuperación de las figuras legales del derecho común se hizo sí más explícita fue en relación a las cuestiones sobre el matrimonio. ¿Qué lo impulsaba a ello? Probablemente el hecho de que en torno a esta institución, era el derecho canónico más que el romano el que estaba en juego y al que eventualmente se debía impugnar. El religioso, era un terreno extremadamente sensible en el que Somellera prefirió no incursionar. Por ello propuso “Explicar(emos) en cuanto nos sea posible, qué es matrimonio, considerándolo un contrato civil, sin contrariar lo que a su respecto dice el derecho canónico”.⁴⁰

Pero como señalamos no sólo el viejo derecho común estuvo en el blanco de las críticas del jurista porteño. También la más novedosa y racionalista doctrina de los derechos naturales fue, aunque con menor insistencia, impugnada en sus lecciones. En este sentido, postulaba Somellera al final del primer tomo de su curso: “Hasta los últimos años se había creído necesario para descubrir el origen de las obligaciones echarse a nadar en el *inmenso piélago de derecho natural, de ley preexistente al hombre, de conciencia íntima, de tácitos contratos, de pactos sociales*, etc. Consúltese a los maestros Puffendorf, Boullamaque, Watel, Locke, Rousseau, y se encontrará que ellos no han hecho otra cosa”.⁴¹

El iusnaturalismo profesado por Sáenz desde su cátedra, invocado en la prensa del período, en asambleas constituyentes y juntas de representantes⁴² era, en éste y otros pasajes, impugnado por el civilista porteño.

Somellera, sin embargo y a diferencia de Bentham, no hizo explícitas en su tratado las razones puntuales por las que objetaba las ideas del derecho natural -más allá del hecho general de que aquella doctrina no fundaba sus proposiciones en el cálculo racional de la “mayor felicidad para el mayor número”.

Bentham, en cambio, no había temido explayarse en las causas de su rechazo a la idea de la existencia de un derecho natural y de supuestos derechos naturales de los hombres. En 1795 escribió un polémico texto, “Nonsense upon stilts” (algo así como “Sinsentidos más que fundamentos”), en el que -comentando punto por punto la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano proclamada por la Asamblea Nacional francesa en 1789- puntualizaba su oposición a la idea de la existencia de derechos anteriores a la creación misma de los estados, al supuesto de que los gobiernos nacían del consenso y al potencial revolucionario,

³⁹ Idem, p. 101.

⁴⁰ Ibidem, pp. 63 y 64.

⁴¹ SOMELLERA, Pedro, *op. cit.*, p. 186.

⁴² Ver al respecto, CHIARAMONTE, José Carlos, “Fundamentos iusnaturalistas de los movimientos de independencia”, *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”*, 3º serie, nº 22, 2000, pp. 56-64; *Nación y estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Buenos Aires, Sudamericana Pensamiento, 2004.

incluso anárquico, que tales ideas suponían, en tanto legitimación de la desobediencia de las leyes positivas en nombre de las naturales.⁴³ Al referirse a los derechos naturales como “falacias”⁴⁴, como “ficciones imaginarias”, como “sinsentidos” que obtenían su popularidad sobre la base de apelaciones a las pasiones de las personas más que a su razón, Bentham apuntalaba un profundo positivismo jurídico. Positivismo que se puede resumir en dos frases: “sin gobierno y sin ley no hay derechos” y por lo tanto, no existen “derechos del hombre ante-legales y anti-legales”.⁴⁵

El iusnaturalismo era condenable entonces tanto por sus supuestos erróneos como por sus posibles usos: la hipótesis de un estado de naturaleza igualitario era históricamente falsa y la idea de un contrato social también, dado que los gobiernos nacían por la fuerza o el hábito; sólo podían ser derecho las disposiciones establecidas por el legislador, y tales derechos sólo podían crearse sobre la base de restricciones a la libertad, esto, imponiendo obligaciones.

Algunos de estos elementos, como se ha mostrado, estuvieron presentes en las páginas de los *Principios de Derecho Civil* enseñados en la universidad rioplatense. Sin embargo, difícilmente Somellera pudo escapar a ese contexto político e intelectual dominado por la retórica del derecho natural -retórica en la cual, como ya mencionamos, se fundaban textos fundadores del orden posrevolucionario. Quizás por ello, y a pesar de las críticas nominales explícitas, en ciertas ocasiones Somellera se codeó con el lenguaje de los derechos naturales y del contrato social. En particular en el primer capítulo cuando trata precisamente “De los derechos de las personas” sostiene: “Este derecho [a la igualdad] lo mismo que los anteriores, *se funda en la naturaleza del hombre*”.⁴⁶ “Este derecho [a la seguridad] se funda en aquel principio o axioma general: no hagas a otro lo que no quieras que otro te haga. Está a más fundado en la necesidad de la existencia, y conservación tranquila del hombre, *que entró en la sociedad para verse libre de toda inquietud, e injusta opresión*”.⁴⁷

No se trata aquí de “medir” el grado de coherencia de las proposiciones de Somellera en relación a su maestro inglés, ni conjeturar el desconocimiento por el primero de ciertos escritos del último donde estos principios estaban establecidos con mayor claridad. Y de hecho, no todos los pensadores utilitaristas compartieron el fervor benthamita contra el iusnaturalismo (como el caso de los ingleses Priestsley y Paley, y a su manera también el de Beccaria). Al decir de Amanda Alexander, el utilitarismo podía “convivir felizmente junto a la creencia en la Naturaleza o Dios”, y es precisamente el proyecto de Bentham de construir una teoría de los derechos/un sistema jurídico, prescindiendo de fundamentos naturales y divinos, lo que constituyó una de sus mayores contribuciones.

De hecho, ambos universos conceptuales –iusnaturalismo y utilitarismo- podían confluir en una mirada del derecho positivo como producto de la voluntad general, elaborado por los legítimos representantes del pueblo. No era otra la definición de la ley civil (no por oposición a la penal sino a la natural) que ofrecía este catedrático: “entiendo por ley civil: *el resultado de la expresión de la voluntad general de los coasociados, conforme a los*

⁴³ Ver al respecto, SCHOFIELD, Philip, “Jeremy Bentham’s ‘Nonsense upon stilts’”, *Utilitas*, vol 15, nº 1, 2003; y ALEXANDER, Amanda, “Bentham, right and humanity: a fight in three rounds”, *Journal of Bentham Studies*, nº 6, 2003.

⁴⁴ En particular, un tipo especial de falacia que Bentham denomina “begging the question”, esto es, que plantea una proposición abstracta (la existencia de determinados derechos) como prueba de un argumento (la necesidad de rebelarse), cuando lo que debe ser probado es esa proposición primera misma. Ver, ALEXANDER, Amanda, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁵ BENTHAM, Jeremy, *Rights, representations and reform. Collected Works*, p. 186, citado por SCHOFIELD, Philip, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶ SOMELLERA, Pedro, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁷ *Idem*, p. 41.

sentimientos, y propensiones de la naturaleza, hecha por los mismos coasociados, o sus representantes legítimamente congregados, que para que obligue a todos deberá publicarse en la forma convenida, de manera que pueda llegar a su noticia".⁴⁸

En todo caso, la casi inexistencia de las referencias de Somellera al utillaje del iusnaturalismo y su impugnación abierta del mismo fueron la nota y lo radicalmente novedoso de sus enseñanzas.

Los alumnos de la universidad supieron valorarlo, así como percibir las contradicciones que el curso guardaba en relación a la otra asignatura obligatoria, la de derecho natural. Las tesis de esos años –entre ellas, la que más a trascendido, la de Florencio Varela- son un testimonio importante del fuerte predicamento de las doctrinas utilitaristas entre los estudiantes de derecho, mientras que la contemporánea traducción y edición de obras y artículos de Bentham y otros autores utilitaristas en la prensa periódica, dan cuenta de un contexto cultural más amplio en el que estas doctrinas resonaban.⁴⁹ Uno de los primeros egresados de la universidad porteña, en su tesis de jurisprudencia presentada en 1827, contestaba detalladamente la pertinencia de la idea del derecho natural sostenía que "... la utilidad general es el principio de todo buen reglamento en legislación, y la base del sistema social, es el alma de los gobiernos regulares y el arte más seguro en la difícil mezcla del juicio entre los intereses de los pueblos". Como en mucho otros estudiantes de derecho el utilitarismo era abrazado por Pablo Font como una nueva doctrina capaz de garantizar la cientificidad del derecho y, con ella, la de la regulación de la sociedad.

El libro de Somellera no sólo fue utilizado en la Universidad de Buenos Aires. La Universidad de La Paz y el Colegio del Cuzco lo tomaron por esos años como texto oficial para los cursos de derecho civil. A pedido de esta última institución, Somellera se decidió a completar lo que debía ser el tercer tomo de su obra que, según había anunciado, trataría sobre "acciones, delitos, modo de precaverlos, jueces y juicios". Lo que envió a Cuzco fue un manuscrito con siete extensos artículos, dedicado al análisis "De los delitos, de su clasificación y de los remedios contra el mal de los delitos". En dicho texto, reprodujo la definición benthamita de delito como "acto libre que produce más mal que bien" y las múltiples distinciones del filósofo inglés sobre delitos: públicos, semipúblicos y privados; simples y complejos; activos y pasivos; actuales y anteriores. Asimismo, clasificó las circunstancias en las que se producían las acciones que constituían delito y los diversos tipos de "remedios" (preventivos, supresivos, satisfactorios y penales) a tales males/delitos.

Creo que merece destacarse en este texto, una breve reflexión en el capítulo final sobre los "remedios penales", en relación al papel del juez, de los ejecutores de la pena y al problema de los márgenes de arbitrariedad posibles de unos y otros. Al analizar las penas aflictivas -aquellas que "causan un dolor directo en el cuerpo del delincuente que sólo produce un efecto temporal", como los azotes- Somellera resaltaba que "en la ejecución de esta pena habrá siempre arbitrariedad, arbitrariedad del verdugo, y esto bastaría para borrarla del catálogo de las penas comprendidas en un buen código".⁵⁰ Pero, al reseñar otras penas posibles, las llamadas "crónicas" -que si bien "aflictivas no causan dolor corporal, pues todo

⁴⁸ Ibidem, p. 7.

⁴⁹ Ver al respecto, DÁVILO, Beatriz, "La élite de Buenos Aires y los comerciantes ingleses: espacios de sociabilidad compartidos. 1810-1825. La transmisión de hábitos, valores y modelos", en BATTICUORE, Graciela, GALLO, Klaus y MYERS, Jorge, *Resonancias románticas. Ensayos sobre historia de la cultura argentina (1820-1890)*, Buenos Aires, Eudeba, 2005.

⁵⁰ SOMELLERA, Pedro, *Apéndice a los Principios de Derecho Civil. De los delitos*, Buenos Aires, Editorial Elche, 1958, p. 36.

su mal consiste en su duración”⁵¹ como el destierro, la cárcel, el presidio- sostenía que “La ley debe *fiarse* más en esta clase de penas que en otras *a la prudencia y rectitud de los Jueces*: ellas necesitan para ser bien aplicadas, particulares conocimientos de los individuos y un prolijo examen de sus circunstancias”. Y continuaba, “no hay que temer por ello los males de la arbitrariedad... porque mucho mayores son los males de la impunidad del delito o los de la desigualdad de la pena”⁵².

Mientras impugnaba toda arbitrariedad posible por parte del ejecutor material de las penas, Somellera admitía su necesidad en la regulación de los rasgos de la pena por parte del juez, sin que ello supusiera un regreso a la idea del arbitrio judicial que expresamente rechazaba. Sólo el funcionario judicial, atendiendo a las circunstancias del caso y el delincuente podía determinar el remedio penal más útil.

La cuestión del rol central del juez en la determinación de las penas -de la cantidad de mal imponible a un delincuente, en función del mal que produjo con su delito, y a los fines de producir un bien, esto es, evitar la impunidad y la repetición de tales delitos- también había sido un tema central en la obra de Bentham. Y como éste, Somellera encontró en la *publicidad* de las sentencias el medio ideal para asegurar el control, por parte de la sociedad, del accionar de los funcionarios judiciales.⁵³

Estos interticios por los que se colaba la cuestión de la arbitrariedad ante el carácter general de la leyes, creo que permiten descubrir en el seno del positivismo jurídico benthamita y somelleriano la misma tensión existente en el iusnaturalismo en torno a la primacía de un principio jurídico superior (el criterio de utilidad, en un caso, la ley natural, en el otro) a la ley positiva misma. Bentham y Somellera rechazaron expresamente esa posibilidad, sostuvieron la primacía de la ley escrita sobre cualquier otro criterio, pero las exigencias de su aplicación, difícilmente remitían a una tensión posible de conjurar.

En la naciente esfera pública porteña no sólo muchas sentencias judiciales fueron publicadas y sujetas a debate.⁵⁴ También las enseñanzas y los exámenes de la universidad fueron retomados por la prensa y sujetos al análisis de una opinión pública en construcción.

Las críticas realizadas a las enseñanzas de Somellera en el periódico *El Lucero*, en octubre de 1829, muestran que no todos compartieron el cariz que habían asumido sus lecciones de derecho civil. Pedro de Ángelis, sostenía: “Sin faltar el respeto debido al ilustrado profesor encargado de esta parte, no podemos menos que observar por ahora, que deberá sacarse mayor provecho de sus luces y de sus conocimientos. El derecho, según el método actual de enseñanza, *no es una explicación del jus romano, fuente de todas las jurisprudencias modernas; no es la exposición de ningún código conocido, extranjero o patrio, para familiarizar a los jóvenes en la práctica de la legislación*: es una excursión rápida sobre las opiniones de algunos escritores, que *podría cuando más formar la mente de un legislador, pero es insuficiente para guiar los pasos de un abogado*. ¿Qué caso puede hacerse del criterio legal de un joven, que sale de la Universidad, sin haber estudiado las leyes de ningún pueblo, ni aún las de su país, y que diserta sobre todas, por haber aprendido con Bentham a despreciar todo sistema de jurisprudencia?”⁵⁵.

⁵¹ SOMELLERA, Pedro, *Apéndice, op. cit.*, p. 39.

⁵² SOMELLERA, Pedro, *Apéndice, op. cit.*, p. 40. Énfasis agregado.

⁵³ Ver al respecto, DRAPER, Anthony, , “ ‘Corruptions in the administration of Justice’: Bentham’s critique of civil procedure, 1806-1811”, *Journal of Bentham Studies*, n° 7, 2004.

⁵⁴ El caso del debate público en torno al caso Rojas y la actuación de Valentín Alsina constituye un ejemplo paradigmático de esta práctica.

⁵⁵ *El Lucero*, n° 39, 22 de octubre de 1829. Citado por CUTOLO, Osvaldo, *op. cit.*, p. XVIII, nota al pie n° 18.

Las críticas podían tener un sentido político, pero también eran comprensibles desde el punto de vista jurídico y formativo.

Si se compara el *Prontuario de Práctica Forense* de Manuel Antonio de Castro (presidente de la Cámara de Apelaciones porteña y de la Academia de Jurisprudencia) con los *Principios* de Somellera es posible notar hasta qué punto, las reflexiones de éste último eran ante todo una propuesta radical de cambio jurídico mientras que las de aquel, si bien inéditas, una guía práctica para el abogado o el juez contemporáneo. Efectivamente, es ineludible la sensación de que el destinatario implícito de Somellera era, en primer lugar, el legislador -a quien cabía la responsabilidad de dar forma a nuevas leyes inspiradas en el principio de utilidad- y luego, en un segundo término, los abogados y jueces que habrían de administrar cotidianamente ese nuevo derecho. La obra del catedrático apostaba sin timidez al cambio, cuestionaba abiertamente el corazón de la jurisprudencia heredada y buscaba colaborar, desde lo jurídico, al proyecto rivadaviano de regeneración de la república sobre la base de la razón. La obra del camarista, por su parte, daba cuenta de cómo en los tribunales, jueces y abogados podían continuar aplicando el derecho en que se habían formado hasta entonces, con algunos remedos necesarios, no siempre coherentes o siquiera compartidos.

Pienso que De Ángelis puso el dedo en una cuestión crucial: ¿cuál era el derecho que debía enseñarse en la universidad? El positivo, el natural, el que se deseaba imponer? Y luego ¿Cuáles eran las herramientas jurídicas que estaban adquiriendo quienes debían desarrollarse como profesionales del derecho en el foro porteño, y por tanto hacer uso del derecho vigente - más allá de los juristas y legisladores que podían discurrir sobre el derecho deseado?

Los *Principios de Derecho Civil* muestran las tensiones de un jurista que al tiempo que apostaba al positivismo jurídico -a la inexistencia de otro derecho por fuera del establecido en la ley- creía fervientemente en la necesidad de rescribir el orden legal existente, de redefinir sus fundamentos. En este sentido, la formación impulsada por Somellera, más que apuntar a la enseñanza del derecho positivo, exhortaba a su reforma.

Bentham había distinguido con claridad, en sus críticas a William Blackstone -su profesor de derecho en Oxford- las funciones del “expositor” del derecho -como las propias de aquel encargado de explicar lo que las leyes son, lo que de hecho dicen- de las funciones del “censor” -de aquel dedicado a reflexionar sobre lo que debería ser el derecho, lo que las leyes deberían decir.⁵⁶

Creo que Bentham rubricaría la crítica de De Angelis si hubiera leído las lecciones de su lejano discípulo rioplatense. Los *Principios* y mucho más aún el *Apéndice* sobre los delitos, son escritos más propios de un censor que de un expositor, como decía el publicista italiano, más para el legislador que para el abogado. Sin embargo, en una Buenos Aires posrevolucionaria recién lanzada a la experiencia de dictarse sus propias leyes era más atractivo, y quizás necesario, el primero.

Las críticas de De Ángelis de hecho fueron contradichas un día después, en el mismo periódico, en un *Comunicado* dirigido al Sr. Editor por “Un suscriptor” que salía así en defensa del profesor: “esas lecciones son para saber el fundamento de todas las leyes... son una explicación del *jus* romano, del germánico, del gálico, del hispano, y de todos los códigos de todas las naciones, sin que dejen de ser tal, porque no se encuentren el método que siguieron Misinger, Vinnio, y otros”.⁵⁷ A su vez, el 12 y 13 de noviembre la *Gaceta Mercantil* publicaba otra defensa, firmaba como AGR, posiblemente Agustín Jerónimo Ruano, donde

⁵⁶ Ver al respecto, SCHOFIELD, Philip, op. cit., y ROSEN, F., “Introduction”, en An introduction to the Principles

⁵⁷ CUTOLO, Osvaldo, op. cit., p. XVIII.

éste sostenía precisamente que Somellera enseñaba los principios del derecho más que los de un sistema de legislación particular.⁵⁸

En 1828 Somellera debió pedir licencia debido a su mal estado de salud, y durante ese año y parte del siguiente fue reemplazado por su discípulo Florencio Varela. Luego, desde mediados de 1829, fue suplido por Celedonio Roig de la Torre hasta que, en 1830, y luego de regresar por unos meses a la cátedra, el primer profesor de derecho civil renunció definitivamente. Desde 1832, el jurista español, Rafael Casagemas, fue designado profesor de derecho civil, cargo que ocupó hasta 1857.⁵⁹

Sin embargo, no finalizó allí la trayectoria intelectual y docente de Pedro Somellera. Exiliado en Montevideo, se lo invitó a enseñar jurisprudencia en la recién creada Casa de Estudios Generales y a participar en la redacción de sus reglamentos. Desde 1836 y hasta 1842, dictó allí cursos de derecho civil, pero curiosamente no utilizando su libro sino las *Instituciones del derecho real de España y las Indias* del guatemalteco José María Álvarez.⁶⁰ Toda una ironía o un síntoma. Las *Instituciones* de Álvarez eran la quintaesencia del iusnaturalismo hispanoamericano. Nada más ajeno para alguien que compartiera el credo benthamita y para quien, como Somellera, escribiera tan repetidamente contra la autoridad de lo heredado y la futilidad de fundar el derecho sobre un principio que no fuera la utilidad y la felicidad del mayor número. Extraña vuelta de la vida.

Las luces del utilitarismo se fueron extinguendo en los treinta mientras que las visiones iusnaturalistas e incluso romanistas continuaron su ascenso. En 1834 Dalmacio Vélez Sarfield -entonces un jurista cordobés que prometía- reeditaba las *Instituciones* de Álvarez. Los *Principios* de Somellera nunca volvieron a editarse con fines pedagógicos y por esos años eran una pieza difícil de conseguir en las librerías porteñas.

Sáenz se vengaba tarde y a través del codificador argentino, del díscolo profesor de derecho civil que había sabido socavar elípticamente sus enseñanzas sosteniendo el “absurdo” de que era posible fundar un sistema jurídico sobre la conveniencia de los individuos. Pero también perecería que Somellera a la larga obtuvo su triunfo, el positivismo jurídico estaba destinado a calar hondo en la cultura jurídica rioplatense. Sin embargo, la inspiración de ese positivismo no se ligó necesariamente a la racionalidad utilitarista. Pero esto ya amerita otras indagaciones.

⁵⁸ LEVENE, Ricardo, “Los primeros codificadores argentinos: Manuel Antonio de Castro y Pedro A. Somellera”, *Revista de la Facultad de Derecho*, tomo II, año IV, 3º época, nº 17, 1949, p. 1651.

⁵⁹ CUTOLO, Osvaldo, *op. cit.*, p. XIX.

⁶⁰ CUTOLO, Osvaldo, *op. cit.*, p. XXIII.