

HOMENAJE A JUAN BAUTISTA ALBERDI

Sesquicentenario de las Bases
(1852-2002)

II

TOMO II

**- ALBERDI Y EL FEDERALISMO
EL PENSAMIENTO DE JUAN BAUTISTA ALBERDI Y EL
DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL**

POR RICARDO HARO .

**EL FEDERALISMO JURÍDICO. LOS RESTOS DEL
NAUFRAGIO**

POR AUGUSTO MORELLO.

ALBERDI Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

**LA FILOSOFÍA Y EL DERECHO EN EL FRAGMENTO
PRELIMINAR DE ALBERDI**

POR JULIO CÉSAR CASTIGLIONE.

**JUAN BAUTISTA ALBERDI Y EL RECONOCIMIENTO DEL
DERECHO UNIVERSAL**

POR MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI.

**LA PRESENCIA ROMANISTA EN EL FRAGMENTO
PRELIMINAR AL ESTUDIO DEL DERECHO
DE JUAN BAUTISTA ALBERDI**

POR JUAN CARLOS GHIRARDI

LA LÓGICA EN ALBERDI

POR OLSEN A. GHIRARDI.

**ALBERDI, PRECURSOR DE LA
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA**

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI.

TIEMPOS NUEVOS Y VIEJAS CUESTIONES: LA DEUDA EXTERNA

POR EFRAÍN HUGO RICHARD .

LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE ALBERDI Y EL TOMISMO

POR MANUEL RÍO .

JUAN BAUTISTA ALBERDI Y SU INFLUENCIA EN LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

POR MARIO MARTÍNEZ CRESPO

ALBERDI Y EL DERECHO INTERNACIONAL

EL JUS AL BELLUM EN «EL CRIMEN DE LA GUERRA» DE ALBERDI Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL

POR ZLATA DRNAS DE CLÉMENT.

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL PENSAMIENTO DE ALBERDI

POR ERNESTO J. REY CARO

JUAN BAUTISTA ALBERDI FRENTE AL PROTOCOLO DIPLOMÁTICO

POR MARÍA INÉS RODRÍGUEZ AGUILAR Y MIGUEL JOSÉ RUFFO .

– DERECHO COMPARADO

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA NUEVA LEY ESPAÑOLA DE EXTRANJERÍA

POR MANUEL ARAGÓN REYES.

**LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978:
ESPECIAL REFERENCIA A LA TRIBUTACIÓN DE LAS
RENTAS FAMILIARES**

POR EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA.

**LAS BASES Y EL ESTATUTO PRESIDENCIAL EN LA
CONSTITUCIÓN CHILENA**

POR MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

**JUAN BAUTISTA ALBERDI Y EL DERECHO
CONSTITUCIONAL URUGUAYO**

POR HÉCTOR GROS ESPIELL.

**EL DERECHO DE UN ESTADO A RETIRAR UNA
DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN
DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

POR FRANCISCO ORREGO VICUÑA

**JUAN BAUTISTA ALBERDI, SUS BASES Y LA
CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1833**

POR EDUARDO SOTO KLOSS

**LIBERTÉ, POUVOIR ET PUISSANCE DANS LE LANGAGE
DES SOURCES DU DROIT**

POR JEAN-MARC TRIGEAUD.

**SEGURIDAD ALIMENTARIA Y SOLIDARIDAD EN EL
DERECHO AGRARIO**

POR RICARDO ZELEDÓN ZELEDÓN.

Alberdi y el Federalismo

**El pensamiento de Juan Bautista Alberdi
y el derecho público provincial**

RICARDO HARO

**El federalismo jurídico.
Los restos del naufragio**

AUGUSTO M. MORELLO

EL PENSAMIENTO DE JUAN BAUTISTA ALBERDI Y EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

por RICARDO HARO *

SUMARIO: I. Breve aproximación al federalismo alberdiano. 1. Ideas filosóficas. 2. La federación mixta. 3. Diferencia con el federalismo norteamericano. 4. La federación como transición al unitarismo. II. Importancia del derecho público provincial. III. Las fuentes del derecho público provincial. 1. Nociones elementales del derecho constitucional de provincia. 2. Derecho público anterior. IV. Necesidades actuales que debe satisfacer el derecho público de provincia. V. Principios fundamentales de derecho provincial interno. 1. El origen y asiento de la soberanía. 2. De la división de los poderes, de sus limitaciones y facultades. 3. Elección y responsabilidad de los encargados del poder y publicidad de sus actos. VI. Examen crítico de las instituciones actuales de provincia. 1. Las instituciones locales hasta 1853. 2. Crítica a la Constitución de Buenos Aires de 1854. 3. Las instituciones en las otras provincias. 4. La incorporación de Buenos Aires en el pensamiento alberdiano. VII. Conclusiones a las que arriba Alberdi.

I. Breve aproximación al federalismo alberdiano

1. Ideas filosóficas

Siempre que analicemos un tópico vinculado con las ideas y las instituciones políticas, lógicamente debemos tener presente o, en su caso, desentrañar, cuál es el pensamiento y la vertebración filosóficos que las animan. No debe llamar la atención entonces, que al comenzar este estudio hayamos consultado numerosas fuentes que nos ilustrasen sobre el tema.

Es preciso recordar que existen ideas rectoras en el pensamiento de Alberdi expresadas fundamentalmente en sus *Bases*, tales como «*la ley de la expansión*», como el mejoramiento indefinido de la especie humana, por el cruzamiento de las razas, por la comunicación de las ideas y creencias, y por la nivelación de las poblaciones con las subsistencias; «*la ley del desarrollo de la civilización*» que reclama el suelo que mantenemos desierto para el atraso; «*la ley de dilatación del género humano*» por la civilización o por la conquista; «*la ley capital y sumaria del desarrollo de la civilización cristiana y moderna*» que completará el trabajo que dejó embrionario la Europa española; «*el progreso y bienestar material*», «*la ley de los antecedentes*», «*la riqueza*»; «*la educación de las cosas*» que es la que se opera por la acción espontánea de las cosas o el ejemplo de una vida más civilizada que la nuestra; etc. (*Bases*, Introducción y caps. X y XIII).

Nos parece oportuno entonces recurrir a Olsen A. Ghirardi, cuando en profundo análisis señala que: «*La razón no tiene razón de ser, sino en función de la praxis. Este es el lema de los ideólogos que se enraizarán en el Plata, y que los maestros de Alberdi profesaron. De ahí -lo repito- la relativa importancia del problema teórico. Lo fundamental es que somos susceptibles de progreso y éste, para ser tal, deberá darse según la realidad del lugar y del tiempo en que vivimos en el país. Ahora y aquí -lo concreto de la praxis- se conformará a la razón de la universalidad del género humano y, ésta a su vez, a la singularidad de cada país... Y eso que aparentemente era impensable, pudo darse porque sólo pensamos en función de los universales y sólo actuamos en virtud de lo singular y concreto. Razón y praxis tuvieron un punto de contacto: la realidad*»¹.

2. La federación mixta

En la cosmovisión alberdiana, uno de los temas que analiza con la notable solidez de su formación y la lucidez de su realismo y de su pragmatismo, es el referido a cuál debiera ser la «forma de gobierno» que debía regir en la República Argentina, si la unitaria o la federal, para lo cual analiza especialmente en los capítulos XVII, XIX, XXIII y XXIV de sus *Bases*, los antecedentes favorables a cada una de ellas desde la Colonia hasta el proceso de organización constitucional a mediados del siglo XIX y las conclusiones a que arriba.

Esos antecedentes, esos «modos de ser» que nos muestra la dinámica histórica, se manifiestan definitivamente en conflicto desde la Asamblea de 1813 con los proyectos porteños de tipo unitario, al modo de Rousseau y de Francia, que inspiran las constituciones sin vigencia de 1819 y 1826; y por otro lado con las instrucciones y proyectos federales artiguistas, al modo de Montesquieu y Norteamérica, que el litoral hará suyos en 1815 e impondrá luego en 1820 y 1852 ².

Sabido es la posición intermedia que siempre asumió Alberdi entre ambas posiciones que parecían inconciliables y precisamente por ello, busca la forma de asumir y conjugar los aspectos valiosos que la realidad demostraba en cada una de aquéllas. Reseñando brevemente su pensamiento, diremos que sostenía que *la simple federación, la federación pura*, no es menos irrealizable, no es menos imposible en la República Argentina, que *la unidad pura* ensayada en 1826. Sostenía que era preciso un término medio, un *gobierno mixto*, consolidable en la unidad de un régimen nacional, pero no indivisible como quería el Congreso de 1826, sino divisible y dividido en gobiernos provinciales limitados y en un gobierno central.

La República Argentina, decía, es tan incapaz de una *pura y simple federación* como de una *pura y simple unidad*. Necesita por circunstancias, de una *federación unitaria* o de una *unidad federativa*. De allí que Alberdi intente afanosamente la integración de ambos elementos, lo que manifiesta en su expresión de la necesidad de una *federación mixta* que concilie las *libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la Nación*, es decir, de los *dos grandes términos del problema argentino*, y que represente la paz entre *la provincia y la nación*, entre *la parte y el todo*, entre la *individualidad* y la *generalidad*, entre la *libertad* y la *asociación*, entre el *localismo* y la *República Argentina* ³.

«*Lo que el pueblo argentino quiere hoy -dice en la década del 40- es un cosa que no es federación ni es unidad, y que no obstante participa de una y de otra. Quiere la forma de asociación general concebida en Mayo de 1810, forma mixta, que participa a la vez de la unidad y de la confederación, que concilia la nacionalidad y el provincialismo... que hace al país a la vez una unidad y una federación, que a más de ser el producto normal de las exigencias materiales de la República Argentina, procura la inestimable ventaja de conciliar los hombres y las ideas encontrados en el seno de una vasta y poderosa fusión*» ⁴.

3. Diferencia con el federalismo norteamericano

A la vez, ante las opiniones vertidas por Sarmiento en sus *Comentarios*, Alberdi se pregunta: «*¿En qué se funda el señor Sarmiento para establecer que la Constitución argentina es repetición literal de la Constitución de Norte-América?*», respondiendo a su interrogante con una extensa, enjundiosa y fundada defensa de las diversas diferencias entre los federalismos de ambas naciones, en la que destaca la atenuación del federalismo adoptado por la Constitución Nacional de 1853 respecto del norteamericano, y de la que a título ejemplificativo, extraemos unos párrafos referidos especialmente en cuanto al ejercicio del poder constituyente provincial, regulados por los arts. 5º, 64 inc. 28 y 103 de aquel texto.

Al respecto afirma: «*... estos artículos dan al poder de **provincia**, en la República Argentina, un carácter muy distinto del que tiene el poder aislado de cada Estado en la federación de Norte-América. La Constitución argentina manda y ordena, que cada provincia se dé una constitución. La de Estados Unidos no se mezcla en eso. Por la Constitución argentina, las Provincias deben someter a la revisión previa del Congreso sus constituciones locales. Los Estados, en Norte-América, no están obligados a esa formalidad... Hay, pues, esenciales diferencias entre ambas constituciones respecto al uso de la soberanía local para la sanción de las constituciones parciales... Esto hace que nuestra Constitución sea más central que la de Estados Unidos, en cuanto al régimen constitucional de provincia*» ⁵.

4. La federación como transición al unitarismo

No obstante todo lo expresado, no debemos dejar de comprender que en el pensamiento de Alberdi, la propuesta de la federación mixta impuesta por la ley de los antecedentes y la fuerza de la realidad, no era algo definitivo, sino una transición hacia la *unidad pura*, «*un hermoso ideal de gobierno; pero, en la actualidad de nuestro país, imposible en la práctica... La unidad no es el punto de partida; es el punto final de los gobiernos*». Y citando a Pellegrino Rossi, nos dice: «*Por el contrario, toda confederación es un estado intermediario entre la independencia absoluta de muchas individualidades políticas, y su completa fusión en una sola y misma soberanía*». Los unitarios no han representado un mal principio, sino un principio, impracticable en el país, en el época y en la medida que ellos deseaban ⁶.

Este pensamiento también se pone de manifiesto en cartas dirigidas a Juan María Gutiérrez, pero de modo especial a Félix Frías. A este último, en carta desde Valparaíso del 30 de agosto de 1853 y se congratula por la jura de la Constitución por todas las provincias y «*porque permanecen fieles y tranquilas partidarias de ella... un cataclismo sólo es capaz de moverlas. La pretensión de los revolucionarios de Buenos Aires es pueril*». Y haciendo mención al envío de un libro que acababa de publicar sobre *Derecho público local*, Alberdi le dice: «*Para servir a la organización de provincias sobre las Bases que Usted conoce... Es una revista seria del sistema absurdo de nuestras instituciones de provincias, y el plan de las que deben prevalecer, para que haya un Estado común y general. Es centralista por la tendencia, bajo apariencias de localismo*» ⁷.

En carta del 23 de octubre de 1862, reseñadamente le comenta: «*Si hemos de ser fieles al centralismo de que tomó su nombre el partido opuesto a Rosas y que tuvo por representantes a Rivadavia, Lavalle, Varela, etc, debemos reconocer, que la causa unitaria tuvo derecho de creerse más íntima con la de la civilización que la causa rival, porque representó la mayor y más urgente necesidad de nuestra civilización argentina, como es la de restablecer la autoridad general y común que nuestro país necesita, porque la unidad de gobierno entre nosotros, es toda nuestra historia de tres siglos*» ⁸.

Al año siguiente, le vuelve a escribir a Frías el 7 de abril de 1863, criticando la reforma de 1860, le expresa: «*Por mi parte cada día detesto más a la dichosa federación, y con más gusto trabajaría para ver abolido del todo en nuestro país, ese infernal sistema, que tiene convertido en cementerios a Méjico, Centro América, a Venezuela y Nueva Granada, y por fin al bello país de su mismo origen los Estados Unidos... Vergüenza me da el pensar que el federalismo argentino que yo consideré como un régimen de transición hacia la consolidación, nos haya más bien llevado por la reforma hacia la disolución o desmembración, de que considero amenazado a nuestro país más inminentemente que nunca*» ⁹.

Estos y otros muchos antecedentes, inducen a Dardo Pérez Guillhou ¹⁰, a afirmar que a Alberdi «*le desespera recuperar aquella vieja unidad para lograr un orden nacional que lleve adelante a la Argentina, pero no puede ignorar el gran obstáculo que significan las provincias históricamente afianzadas... que aunque las razones históricas y políticas lo inclinan a buscar el equilibrio entre las dos fuerzas, él interiormente considera que la misma historia y la misma razón exigen que la forma unitaria predomine... Por eso su unidad federativa era más unitaria que federal*».

Y nosotros a su vez, deseamos recordar dos reflexiones de Alberdi: una, tajante que la deslizó en pág. 244 de sus *Escritos póstumos* que citamos en la siguiente nota ¹¹ «*Gobierno nacional significa gobierno único y solo para toda la nación*». Otra, expresada aproximadamente en 1866 cuando respondiendo a su inquietud de que por qué la revolución de América no alcanzará la centralización tan pronto como la Revolución Francesa?, se responde: «*La Revolución Francesa era esencialmente centralista y unitaria en el hecho de trabajar contra el feudalismo y el provincialismo. Era un paso hacia delante de un movimiento de centralización que contaba con ocho siglos de elaboración. La revolución en América, era un movimiento esencialmente descentralizador, desde que tenía por objeto desmembrar poderes que aunque situados en Europa se integraban por países americanos*»

¹¹.

Desde París, el 7 de noviembre de 1860, con motivo de las noticias que le habían llegado sobre las reformas propuestas por Buenos Aires tendientes a acentuar el federalismo, en un escrito preparando un nuevo libro, fustiga con toda dureza y severidad tanto el inveterado

comportamiento de Buenos Aires como las mencionadas reformas, descargando su indignación con quienes las indujeron.

Afirma que *«La integridad de la República Argentina ha sido hecha pedazos en nombre de la Unión y por las manos de los unitarios. En efecto, los unitarios Vélez, Alsina, Fraguero, Carril, Paunero, Solá, Sarmiento, han firmado ese destrozo de la unidad argentina! Singular unitarismo el de estos unitarios! Su jefe, Rivadavia, organizó y constituyó el provincialismo o federalismo de Buenos Aires en 1821, y sus discípulos y escuela han venido a organizar y constituir el feudalismo de cada provincia argentina a los 40 años! Unicidas más bien que unitarios. Ideáticos, y no ideologistas, es decir, maníacos, hombres de ideas fijas, especie de locos... Buenos Aires es el fundador del provincialismo argentino. No pudiendo imponer su despotismo a toda la nación y no queriendo admitir la autoridad de la nación, ha formulado y fundado el provincialismo nacional, como medio de quedar en la nación sin sujeción a la autoridad de la nación»*.

No obstante ello y convencido de la tendencia unitaria que debería predominar en la organización definitiva del país, sostiene la existencia de una fuerza que *«es la ley orgánica que desde tres siglos hace de la República Argentina una sola nación, un solo Estado, aunque esté sin gobierno común desde que destruyó al de España, que allí había. Esa fuerza de cohesión y de centralismo es cada día más poderosa. Ella acabará por triunfar. La incorporación de Buenos Aires a la unión es un triunfo de ella...«Que ha sido la reforma actual (1860)? Una revolución contra el orden nacional. Una victoria del provincialismo contra la integridad nacional»*¹².

*«La constitución general es hoy, en consecuencia, la constitución del localismo general, o bien del provincialismo de cada provincia... Así, el provincialismo es, ahora como antes, el principio motor de su política local (de Buenos Aires) respecto de la nación. Para legitimar y ennoblecer ese provincialismo, lo ha llamado federalismo, operando una reforma en la ley fundamental por lo cual ha legalizado su separación, en nombre de la federación, es decir de la unión, con solo tomar la palabra federación al revés de lo que justamente significa... Y sus hombres se dicen unitarios! Unitarios para cuando ellos tengan el poder central; y federales otra vez cuando el poder central salga de sus manos. Quién no es unitario a esa condición? (Farsantes hoy y farsantes todos los días). Si se trata de gobernar a las provincias, son unitarios; si de obedecerlas, federales. De modo que son políticos de dos sistemas: unitarios para gobernar; federales para obedecer»*¹³.

Señalando por otra parte la necesidad de la «unión argentina» desde una perspectiva histórica y como base de nuestra existencia venidera, pues de otra forma *«habrá provincias argentinas, no República Argentina ni pueblo argentino»*, deslizó algunas reflexiones que nos parecen al menos, desmesuradas, cuando dijo: *«Una provincia en sí es la impotencia misma, y nada hará jamás que no sea provincial, es decir, pequeño, oscuro, miserable, provincial, en fin, aunque la provincia se llame Estado. Sólo es grande lo que es nacional o federal. La gloria que no es nacional, es doméstica, no pertenece a la historia»*¹⁴.

Finalmente y para concluir este acápite, retomamos a Pérez Guilhou quien afirma que *«en donde mejor se percibe la preocupación de Alberdi para lograr la unidad federativa con predominio unitario es en sus proyectos de constitución para la Argentina y para Mendoza»*. Cita a título ejemplificativo en el proyecto nacional de Alberdi, los arts. 15, 45, 67 inc. 5, 68 incs. 1, 2, 3, 4, y 7; 70 inc. 2, 104 y 107.

En cuanto al proyecto de constitución para la provincia de Mendoza¹⁵, que es lo que más nos interesa en cuanto al derecho público provincial, el citado autor destaca cómo *«los artículos 3, 4 y 5 ponen a la provincia en situación de adoptar los principios de derecho público aprobados por la Constitución nacional; impone a sus autoridades las limitaciones destinadas en los artículos 105 y 106 de la Constitución nacional; y todos los funcionarios de la provincia, prestan juramento de respetar la constitución y las autoridades nacionales. La cláusula más notable de carácter unitario es el inciso 10 del art. 35 que trata de las atribuciones del gobernador. Dice así: «Envía al Congreso nacional y al presidente de la República, copias auténticas de todos los actos que sanciona la sala provincial, para examinar si son conformes o contrarios a la constitución común, a los impuestos nacionales, a los tratados internacionales, o a los derechos de otras provincias»*, con lo cual, como muy bien lo destaca Pérez Guilhou, se establecía un control político formidable a los poderes legislativo y ejecutivo nacionales, mucho

mayor y más expeditivo que el de la Corte Suprema de Justicia. El gobierno provincial -concluye- quedaba así totalmente supeditado al nacional ¹⁶.

Concluyendo este acápite, nosotros por nuestra parte, ante el pensamiento alberdiano brevemente reseñado, deseamos manifestar que si bien no compartimos en plenitud sus expresiones, ellas deben ser meritadas a la luz de las siguientes circunstancias: a) El federalismo y el unitarismo, si bien son formas de Estado, en nuestra historia institucional y de las ideas políticas, aparecen como trascendiendo su auténtico sentido, para exhibir una cierta ligazón con modos de pensar y de actuar que se originaban en la antigua controversia entre los intereses portuarios y los del interior; b) Toda su forma de pensar y de sentir constitucional, siguiendo las leyes que permanentemente invoca como la «*ley del desarrollo de la civilización*», «*el progreso y bienestar material*», «*la ley de los antecedentes*», etc., tiene en Alberdi muy claro el objetivo de toda organización política que se concreta en el progreso y bienestar de los pueblos; c) Desde otra perspectiva, su fuerte su temor a la «desunión» argentina, que le lleva a hacer pensar que un mal entendido *federalismo* nos pudiese frustrar en una *disolución* o *desmembración* irremediable; d) De allí que, ante los procesos de anarquía y guerras civiles que habían empañado y marcado a fuego durante tantos años los pueblos de las provincias, Alberdi se muestra decididamente inclinado a un *fortalecimiento del poder* ya sea en la «ejecutivización» de los poderes del gobierno en desmedro del legislativo y del judicial, como en la «centralización» de las atribuciones del gobierno general en desmedro de los provinciales; e) Estas circunstancias, entre muchas otras, llevan a Alberdi a concebir en su realismo pragmático, que el *federalismo* no es el único y definitivo camino, sino como una transición hacia un régimen de fuerte tono *centralista*, que en última instancia era la forma instrumental que él concebía como eficaz para asegurar los fines preambulares de unión nacional, de paz interior, de justicia y de bienestar general.

Creemos y nos animamos a pensar que lamentablemente su agudo sentido realista de la sociedad, no caló hondo esta cuestión, como para advertir que todos esos fines se podían conseguir con un adecuado federalismo como propuso en sus *Bases*, pues el federalismo no era una cuestión meramente de organización del poder, sino que se asentaba en una vivencia histórica, sociológica e institucional de las provincias que no se podía desconocer.

II. Importancia del derecho público provincial

A partir de estas ideas, Alberdi avanza con su pensamiento con respecto a la organización y atribuciones del gobierno que las provincias debían plasmar en sus respectivas constituciones, pensamiento que se manifiesta de modo muy especial en su obra *Elementos del derecho público provincial argentino* en la cual, y con motivo del proyecto de Constitución que elabora para la provincia de Mendoza, realiza un amplio estudio de lo que llama «*la bases o principios en vista a las cuales ha sido concebido*».

Le envió al Gral. Urquiza un ejemplar, «comentario indirecto de esta hermosa y grande ley que hará la gloria de la América del Sud y será un nuevo laurel de V.E.». El Gral. Urquiza se lo agradeció «*con el aprecio con que se recibe un auxilio poderoso en los grandes empeños... No le negará a Ud. nadie la parte de gloria que me complazco en reconocerle gustoso por los trabajos esenciales, que ha consagrado tan hábilmente a la obra de la organización de la Confederación argentina*» ¹⁷.

En su obra, nos presenta toda una cosmovisión del tema que nosotros denominaremos «axio-ideológica», pues en ella nos muestra los valores e ideas que deben primar en toda Constitución provincial con las lógicas diferencias que surgen de la particular historia e idiosincrasia de cada provincia, confirmando de este modo la conjunción entre lo universal y lo singular.

Cuánta será la importancia que otorga al derecho público provincial, que como lo manifiesta en la Introducción de la citada obra, para él, «*forma la porción más interesante del sistema constitucional de toda la República y completa, por así decirlo, mi libro sobre las Bases de organización general.... Conocer y fijar de un modo práctico lo que es del dominio del derecho provincial, y lo que corresponde al derecho de la Confederación toda, establecer con claridad material la línea de división que separa lo provincial de lo nacional, es dar el paso más grande hacia la organización del gobierno común y del gobierno de cada provincia*» ¹⁸.

El comprende lógicamente que en el contenido y con el sentido de sus ideas federalistas, el constitucionalismo nacional debe ser consecuentemente acompañado por un constitucionalismo provincial que en el marco que la supremacía de aquél le prescribe, ejerza un poder constituyente que venga a integrarse en el ordenamiento jurídico total de la Nación y en la arquitectura constitucional de la República.

El derecho público provincial tiene la trascendental importancia de ser aquél que va a instrumentar para sus propias realidades locales, tanto los derechos y las garantías de sus habitantes como la organización y funcionamiento de sus órganos gubernamentales. No en vano, Arturo M. Bas,¹⁹ eminente jurista y creador en 1907 de la cátedra de Derecho Público Provincial en nuestra Universidad Nacional de Córdoba, lo define como «*la rama de las ciencias jurídicas, que trata de la organización del gobierno autonómico de las provincias, dentro del Estado federal, determinando a la vez, los objetos, forma y condiciones en el ejercicio de la autoridad local*».

Alberdi entiende que su emprendimiento de sus *Elementos del derecho público provincial argentino*, abarcará tres partes: «*La 1ª contendrá la exposición de los principios o fuentes elementales del derecho público de provincia; la 2ª se compondrá del examen crítico de las instituciones existentes, hecho a la luz de aquellos principios, y en la 3ª me tomaré la libertad de ofrecer como fruto embrionario de esos estudios un proyecto de Constitución provincial para Mendoza, adaptable a las otras provincias con las alteraciones exigidas por la especialidad de cada una. De aquí la división de este libro en la forma que sigue: PRIMERA PARTE: Fuentes del derecho público provincial. SEGUNDA PARTE: Vicios del sistema provincial existente. TERCERA PARTE: Ensayo de un proyecto de Constitución para Mendoza*»²⁰.

III. Las fuentes del derecho público provincial

1. Nociones elementales del derecho constitucional de provincia

1. Introducción

Los elementos del derecho provincial en un Estado federativo- dice Alberdi- constan de todo el derecho no delegado expresamente por la Constitución al gobierno general del Estado. De allí que «*importa conocer cuáles son las reglas que determinan la naturaleza, facultad, objetos y extensión de ese poder delegado necesariamente*»²¹.

Evidentemente que en ello Alberdi ha podido sintetizar el meollo del tema, pues ha encontrado la fuente primigenia y fundacional del reparto de competencias entre los gobiernos locales y el gobierno central.

Ello tan es así, en tanto el Estado federal configura, como ya lo definió de antaño la Corte Suprema de los EE.UU., *una unión indestructible compuesta de estados indestructibles* («*Texas v. White*», 7 Wallace 700, 1869), de modo tal que la distribución y coordinación de las competencias debe ser realizada en el texto de la Constitución Federal con la claridad necesaria que posibilite mantener esa «unión» que hace a la esencia del Estado Federal y sin la cual dejaría de existir en la anarquía de las funciones gubernamentales y en una especie de «ley de la selva institucional».

Partiendo del principio federal en el que se asienta el reparto de las competencias del gobierno central y de los provinciales, principio que ya figuraba aunque parcialmente en el proyecto de Alberdi y que prescribe el anterior art. 104 C.N. (hoy 121) al disponer que «*las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*», es indudable que para el conocimiento de las fuentes del derecho público provincial, es decir de los poderes conservados, residuales e ilimitados de los gobiernos locales, bastará saber cuáles son los delegados, ya explícita como implícitamente, y limitados que le pertenecen constitucionalmente al gobierno federal.

Con claridad meridiana Alberdi comienza a analizar las *competencias delegadas* por las provincias al gobierno federal, distribuyéndolas en siete párrafos en los que, por la finalidad de este trabajo, solamente mencionaremos las atribuciones que comprende y examina en cada uno de ellos:

2. Materias de la administración pública

a) *Gobierno interior*: Lo referente a la legislación civil y comercial; a la naturalización y ciudadanía; a las postas interiores; a los privilegios y primas; al comercio interior y exterior; a las pesas y medidas y al orden interior.

b) *Gobierno exterior*: Todo lo relativo a los tratados; a las declaraciones de guerra y de paz; a la diplomacia y a la defensa exterior.

c) *Guerra y Marina*: Analiza la declaración de guerra y el estado de sitio; el poder de levantar fuerzas militares, de reglamentar el ejército y las milicias; de hacer la paz, de conferir grados y de permitir la entrada y salida de tropas.

c) *Administración de hacienda*: Se concentra en el poder de imposición; de establecer aduanas exteriores; en la inexistencia de aduanas interiores; y en la extensión del poder nacional en el ramo de las contribuciones.

d) *Justicia*: Aborda los motivos que hacen necesaria una justicia nacional o federal; los objetos y leyes cuyo conocimiento y aplicación corresponden por su naturaleza a la justicia suprema o federal; los peligros generales de entregar a las justicias de provincia el conocimiento de las causas de derecho internacional privado y de almirantazgo ²².

3. *Deslinde de competencias entre el gobierno federal y los provinciales*

a) *Regla general de deslinde entre lo nacional y lo provincial*: Considerando la claridad y medulosidad de las ideas expuestas en este párrafo, nos detendremos con mayor detenimiento en su examen, dado que el propio Alberdi señala que si bien precedentemente no ha analizado todas las atribuciones del gobierno supremo y nacional, las expuestas le bastan a su propósito de diseñar los rasgos esenciales del derecho provincial.

Este fue el objetivo cardinal de su obra que ahora examinamos. Hace a la esencia del derecho público provincial, la circunstancia de que las provincias sepan con la precisión de los textos constitucionales, cuáles son los poderes que necesariamente deben delegar en manos del gobierno federal, para de allí deducir cuáles continúan en su patrimonio competencial.

Reiterando la regla del deslinde de facultades entre los gobiernos de provincia y el federal de la que se habían hecho cargo, respectivamente, los arts. 101 y 104 en los pertinentes textos de 1853 y 1860, Alberdi se esmera en poner de resalto las amplias e ilimitadas atribuciones que les quedan al poder provincial, cuya esfera es tan rica y dilatada, como así también las importantes facultades que asume el poder federal, para que de esta forma se logren los beneficios del sistema de gobierno consolidado y múltiple a la vez ²³.

Es un convencido y un apasionado de la *federación mixta, de la unidad federativa o de la federación unitaria*, que los tiempos y las circunstancias históricas exigían. Por ello trata de manifestar vigorosamente, abundando lo expresado en las *Bases*, las grandes ventajas que conllevaba esa distribución de competencias, pues mediante su ejercicio, en nuestro entender, la Nación se conformaría más plenamente a través de la progreso de las provincias en el ejercicio de sus atribuciones conservadas, y éstas, a su vez, se realizarían más completamente en el marco de las posibilidades que le brinde la Nación por el ejercicio de los poderes que le delegaron.

En resumen, podríamos afirmar que en el juego dialéctico de ambos órdenes de gobierno, en la medida que busquen afanosamente la propia plenitud de sus existencias y objetivos, se producirá necesariamente, en un juego de «flujos» y «reflujos» y de recíprocas complementaciones entre el «todo» y las «partes» que forman ese «todo», el crecimiento de las provincias y de la Nación.

Con expresiones que compartimos con reservas por considerarlas a algunas acertadas, y a otras más obra de su fervor que de la realidad histórica y jurídica, Alberdi destaca textualmente: «Sería incurrir en un grande y capital error, el creer que las provincias se desprenden o enajenan el poder que delegan en el Gobierno nacional. No abandonan un ápice de su poder en esa delegación. En una parte de él abandonan una **manera local de ejercerlo**, en cambio de otra manera nacional de ejercer ese mismo poder, que parecen abandonar y en realidad toman. El Gobierno Nacional no es un gobierno independiente de las Provincias: es elegido, creado y costado por las Provincias mismas. Les pertenece del mismo modo que sus gobiernos locales; con la sola diferencia que, en vez de pertenecer a cada una aisladamente, pertenece a todas ellas reunidas en cuerpo de nación. En vez de tener representantes sólo en la legislatura de su

provincia, los tienen también en el Congreso nacional; en vez de elegir gobernador, eligen gobernador para la Provincia y Presidente para la República. Uno y otro gobierno son hechuras del pueblo de cada provincia; en ambos delegan su soberanía; por conducto del uno gobiernan en su suelo, y por conducto del otro en toda la República. El Gobierno Nacional es un mecanismo por el cual los riojanos, v.g., gobiernan en Buenos Aires, y viceversa. Delegando poderes, las Provincias no hacen más que aumentar su poder»²⁴.

b) *Las provincias no pueden ejercer poderes nacionales sin desmembrar la soberanía:* Como una lógica consecuencia de las normas constitucionales que deslindan las competencias de ambos órdenes de gobierno, bien sabemos que todo poder o facultad que las provincias han conservado exclusivamente, le está prohibido su ejercicio al gobierno federal, así como todo poder o facultad que las provincias han delegado exclusivamente al gobierno federal, les está prohibido su ejercicio a aquéllas.

Congruente con la regla madre del derecho federal que deslinda las competencias, Alberdi sostiene que si las provincias ejercen los poderes delegados, retienen lo que se ha dado. «*Se ha dado a la nación lo que es de la nación; y toda provincia que ejerce alguno de los poderes delegados ya, se arroga facultades de nación, introduce la sedición en el sistema fundamental, mina por la base el edificio de la República, y anarquiza y despedaza la integridad del país... lo que no admite división es la soberanía nacional; y entretanto es un hecho que la quebranta y desmembra profundamente toda provincia o porción de la nación que se atribuye poderes esencialmente soberanos o pertenecientes por su naturaleza a la nación entera*»²⁵.

2. Derecho público anterior

Fiel a su posición de contemplar adecuadamente en la «realidad», la dialéctica entre lo «universal» y lo «singular», una de las primeras premisas que en este capítulo afirma Alberdi, es que las provincias no deben tomar todos los elementos de su derecho público local, de las reglas generales que suministra la ciencia ni del ejemplo doctrinario que ofrece el sistema federal de otros países. Ellas tienen antecedentes propios, que bien o mal han gobernado su vida independiente por espacio de cuarenta años. En la organización del Gobierno debe aprovecharse de lo bueno que exista de antemano, y construir el edificio constitucional con lo que ya existía y con lo que falta²⁶.

Esta tesis, de gran importancia, se funda en el profundo sentido realista y pragmático del derecho que siempre le caracterizó, a partir lógicamente, de presupuestos ideológicos que sustentaba. Alberdi no se queda en los meros precedentes formalistas del normativismo y la doctrina, sino que busca apasionadamente los auténticos antecedentes jurídicos que la realidad social y política manifiesta, para a partir de ella y teniendo a la vista los altos fines que persigue, elaborar un sistema de derecho que se les adecue en la mayor medida posible, para que de esta forma, se evite la irrealidad de un ordenamiento jurídico que no rige efectivamente y de una sociedad que vive de contramano o marginando su sistema jurídico.

Según nuestro entender, es preciso que en la dialéctica entre el *ser social y político* y el *deber ser jurídico*, las incongruencias o desacomodamientos, sean de la menor entidad y amplitud posible. Entre estos antecedentes a tener en cuenta por el derecho público provincial, se destacan los que Alberdi señala y que reseñamos en los párrafos siguientes.

1. Constituciones y leyes generales sancionadas durante la Revolución

Las constituciones y leyes fundamentales de provincia deben acomodar sus disposiciones a los antecedentes que sobre eso presenta el derecho positivo anterior, consignados en textos como los siguientes:

1) El Reglamento de Administración de Justicia dado por la Asamblea General Constituyente de 1814. 2) El Reglamento Provisorio de 1817. 3) La Constitución de las Provincias Unidas de 1819. 4) La Ley Fundamental dada por el Congreso Constituyente el 23

de enero de 1825. 5) La Constitución unitaria del 24 de diciembre de 1826. 6) La Constitución mixta, sancionada en 1853 por el Congreso reunido en Santa Fe ²⁷.

2. Tratados celebrados con las naciones extranjeras

Como en todos los Estados constituidos bajo el régimen federal, las provincias al ejercer su poder constituyente local y dictarse sus constituciones como así también las normas infraconstitucionales, no pueden bajo pena de caer en el estigma jurídico de la inconstitucionalidad, marginar o contrariar los contenidos normativos de los tratados celebrados por la Nación con naciones extranjeras, en ejercicio de las competencias delegadas por las provincias al gobierno federal.

En tal sentido, Alberdi destaca los siguientes:

1) Con Inglaterra, los tratados de comercio y amistad de 1825 y el de libre navegación fluvial de 1853.

2) Con Francia, los tratados de paz y amistad de 1840 y el de libre navegación fluvial de 1853.

3) Los tratados de comercio y de navegación celebrados por el nuevo gobierno federal a partir de 1853, con los Estados Unidos de Norte América, con Chile, con Portugal, con Cerdeña, con Brasil ²⁸.

Estos tratados tienen trascendencia de manera especial en cuanto a la prohibición que implica al derecho público provincial reglamentar todo ese cúmulo de atribuciones que han delegado en el Gobierno Federal y que tienen atinencia con todo lo que hace al comercio terrestre, fluvial o marítimo; a la navegación fluvial; y a los derechos y garantías individuales reconocidos a los extranjeros tanto en materia civil, de culto, comercial, tránsito y circulación y de exención al servicio militar.

3. Tratados y ligas parciales de las provincias entre sí

Sustentando los arts. 104 y 105 de su Proyecto, Alberdi afirma que los tratados de este género son otra fuente del derecho público local en todos los estados federales, siempre que se refieran a asuntos no políticos y estén dirigidos a fines judiciales, económicos o de empresas de utilidad material e inteligente, materias en que las provincias son competentes.

Entre estos tratados, merece especial mención el Pacto Federal del 4 de enero de 1831 que originariamente celebrado por las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes y Entre Ríos, recibió con posterioridad la adhesión de las restantes razón por la cual se lo declaró Ley Fundamental de la República y fue ratificado como tal por el Acuerdo de San Nicolás de 1852 ²⁹.

4. Constitución y leyes fundamentales de carácter local

Es indudable que, siguiendo una lógica de los antecedentes, las leyes constitucionales de provincia expedidas anteriormente, y en la medida que ellas sean plenamente válidas en el marco del nuevo esquema institucional del Estado federal, son tal vez la fuente más legítima y natural de su nuevo derecho público; pero indudablemente, dice Alberdi, son la fuente más peligrosa por ser la más alterada en cuanto en la época de la disolución nacional, concedieron a las provincias, facultades que pertenecían al gobierno nacional. Vayan como ejemplos destacables de estas anomalías las Constituciones de Entre Ríos de 1822, la de Corrientes de 1824 y la proyectada para Buenos Aires en 1833.

En cambio deben mantenerse las prescripciones de las leyes constitucionales anteriores, en todas sus disposiciones que hacían al número y naturaleza de los poderes de la provincia; su organización y composición; la extensión y límites de sus facultades; el sistema de su elección; y asimismo, las que hacen a la declaración de garantías individuales y públicas ³⁰.

5. Usos, prácticas y costumbres del derecho público introducidos desde la revolución

Esta fuente del derecho público local, se refiere más bien a las costumbres de las ideas y máximas del derecho constitucional que a las costumbres de los usos y prácticas. A pesar de las simulaciones hipócritas de los gobernantes de hecho, dice Alberdi, sin embargo, escritos o no, hollados o respetados, se pueden reputar principios conquistados por la revolución republicana y esculpidos en la conciencia de las poblaciones, como los siguientes:

1) La soberanía reside en el pueblo y el gobierno es su delegado; 2) El pueblo argentino es independiente de todo poder extranjero; 3) Es dueño de elegir el sistema de su gobierno y la división en poderes independientes; 4) Los jueces no pueden legislar. El legislador no puede juzgar. El gobierno no puede legislar ni juzgar. 5) Su voluntad, reglada por la razón, es la ley; 6) La República debe tener un gobierno nacional y las provincias el suyo; 7) Todo gobernante es responsable y no vitalicio; 8) Son derechos naturales del hombre: pensar y publicar sus ideas, tener y disponer de propiedad, la libertad de su persona, la inviolabilidad de la vida, de la casa, de la dignidad, etc.³¹.

6. *Leyes y tradiciones políticas anteriores a la Revolución de 1810*

En la organización de la provincia, señala Alberdi³², como en la organización general de la República, *el antiguo régimen español americano*, debe ser una de las fuentes del nuevo derecho público. Hay mucho que tomar de esta fuente, y no establecería una paradoja si dijese que en ella está la raíz principal de la organización democrática argentina.

Es notable la defensa y el auspicio que hace Alberdi en este párrafo, respecto de la importancia institucional del sistema municipal que nos había dado España. Afirma que la *política* pertenecía al gobierno y la *administración* al pueblo inmediatamente, poniendo de relieve la gran intervención que le cupo en la administración pública de los asuntos civiles y económicos, en la elección de los jueces de primera instancia como de los responsables de la policía de seguridad, en la instrucción primaria, en el fomento de la industria y el comercio, etc..

Sostiene que en nombre de la soberanía del pueblo, se le quitaron al pueblo estas atribuciones en un proceso posterior a 1810 y entonces la República Argentina, inundada de gobernadores omnipotentes, presentó el cuadro de los pueblos europeos del siglo XI, en que los grandes señores feudales eran los árbitros pesados de las ciudades.

Por ello insiste con plena convicción y asimismo, apoyándose en el pensamiento de Esteban Echeverría, que la organización municipal debe ser la base de la de la provincia y alma del nuevo orden de cosas. La historia nos enseña que ella ha sido el principio de la emancipación de todos los pueblos y el remedio de los males de un estado de cosas como el que aflige a los pueblos argentinos. Recuerda la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica y expresa que la raíz principal de su progreso y bienestar, la base más profunda y fuerte de sus libertades, reside en sus instituciones y libertades municipales o comunales. Y citando a Alexis de Tocqueville, recuerda que el error de los gobiernos, es desconocer que el poder municipal es un gran medio de orden y de pacificación, a la vez que es un medio de progreso y de libertad.

Felizmente estas ideas han calado profundamente en la organización política de nuestro país, ya desde la obligación que el art. 5º C.N. impuso desde 1853 a las constituciones provinciales para estar cubiertas con la garantía federal, la de «asegurar el régimen municipal» en cada provincia. Los tiempos pasaron muchas veces sin pena ni gloria para un pleno desarrollo del municipio, pero desde décadas pasadas fue tomando cuerpo en una concepción política, la idea de «autonomía» municipal, superando la vieja concepción administrativista de la «autarquía» municipal. Y así hemos llegado a la Reforma Constitucional de 1994, en cuyo texto se plasmó esta realidad en el art. 123 cuando dispone que «Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5, *asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero*» (el texto en bastardilla se agregó en 1994).

La patria local, insiste Alberdi, la patria del municipio, del departamento, del partido, será el punto de arranque y de apoyo de la gran patria argentina. Este sistema en vez de debilitar el patriotismo político, lo fecunda y lo nutre, como sucede en Norteamérica, donde la vida municipal es más activa que la vida política.

7. *Algunas reflexiones personales sobre este acápite*

Es de fundamental importancia poner de resalto cómo en este capítulo dedicado a las fuentes del derecho público provincial, Alberdi mantiene plena congruencia con su permanente actitud ante la sanción de las leyes constitucionales tanto para el estado federal como para las provincias, actitud que se basa cardinalmente en un análisis racional de la realidad tanto presente como pasada, es decir, del «modo de ser» que la sociedad ha manifestado a través de su existencia, y que constituye el punto de partida indispensable e insoslayable para la elaboración y sanción del orden jurídico institucional, que conformará la organización política de las provincias, en el marco del Estado federal.

Porque como bien señala en su *Bases* (Cap. XVII), «Dios, en efecto da a cada pueblo su constitución o manera de ser normal, como la da a cada hombre. El hombre no elige discrecionalmente su constitución gruesa o delgada, nerviosa o sanguínea; así tampoco el pueblo se da por su voluntad una constitución monárquica o republicana, federal o unitaria. Él recibe esas disposiciones al nacer: las recibe del suelo que le toca por morada, del número y de la condición de los pobladores con que empieza, de las instituciones anteriores y de los hechos que constituyen su historia: en todo lo cual no tiene más acción su voluntad que la dirección dada al desarrollo de esas cosas en el sentido más ventajoso a su destino providencial».

No en vano y para todo legislador, Alberdi propugna lo que él llama el método de «la observación y la experimentación» por el cual aquél comenzará «por darse cuenta de los hechos y clasificarlos convenientemente, para deducir de ellos el conocimiento de su poder respectivo» (*Bases*, cap. cit.).

Consecuentemente con «la observación y la experimentación», con «la razón y la praxis» (Ghirardi), Alberdi analiza desde esas perspectivas las fuentes del derecho público provincial, tanto las producidas durante la época de la colonia como las sancionadas a partir de la emancipación de 1810, ya sea en los ordenamientos jurídicos nacional y de las provincias.

Así hemos visto más arriba, cómo Alberdi otorga especial significación a las leyes y tradiciones políticas anteriores a la Revolución de 1810; a los usos, prácticas y costumbres del derecho público introducidos desde la Revolución; a las constituciones y leyes generales sancionadas durante la Revolución; y a los tratados celebrados con las naciones extranjeras. Asimismo y con el mismo énfasis, profundiza en el derecho público provincial, analizando las constituciones y leyes fundamentales de carácter local, y los tratados y ligas parciales que las provincias concertaron entre sí.

Y es entonces cuando luego de haber realizado este amplio examen del paisaje jurídico institucional, afronta una evaluación y meritación realista del funcionamiento de las instituciones de las provincias hasta 1853, manifestando una indisimulable animosidad en la crítica que formula tanto a las leyes fundamentales y a la Constitución de 1854 de la provincia de Buenos Aires, como a los comportamientos personales e institucionales de sus clases dirigentes, con una marcada vocación centralista y hegemónica, a la vez que poco favorable a la adecuada constitución de la federación mixta que él propugnaba.

Por lo tanto, Alberdi en este tema de las *fuentes* del derecho público provincial, examina y evalúa lo positivo y lo negativo, lo valioso y lo desvalioso, de todos los antecedentes que nos muestran tanto el pasado como el presente, es decir, el proceso histórico como la realidad institucional nacional y provincial.

IV. Necesidades actuales que debe satisfacer el derecho público de provincia

Remitiéndose a lo expresado en las *Bases* reitera aquí que el derecho constitucional en la segunda mitad del siglo XIX tenía fines diferentes de los que debía satisfacer en el derecho colonial o el derecho patrio al tiempo de la guerra de la independencia, pues el último cuidaba de la libertad, la igualdad, la independencia, mientras que el primero se dirigió a la población, la riqueza, el comercio, el bienestar y el progreso material; es decir que los nuevos fines están dirigidos a la necesidad de *satisfacer las necesidades económicas*, que son la gran base del

derecho presente, tanto del derecho general de la República como del derecho de las provincias, y que finalmente son los medios indispensables para alcanzar la libertad, la igualdad y la independencia.

Con convicción sostiene que empezar por los intereses materiales, no es echar en olvido los de la inteligencia y de la moral. Tan es así que todas las estadísticas muestran que la causa de la degradación moral del hombre, es la miseria, que degrada el cuerpo y el alma y es el origen más frecuente del pecado³³.

Nosotros por nuestra parte pensamos, sin ser «monistas» ni «deterministas», y a la luz de las circunstancias que vivimos en nuestro país, que la profundización y extensión de la miseria, por la desocupación y marginación, no es «la causa», pero sí es una de las causas no despreciable que tiene decisiva influencia en la criminalidad.

Si bien nosotros compartimos la cultura del *ser* más que la que decididamente se inclina hacia el *tener*, no se nos escapa que para *ser* se torna indispensable un mínimo de *tener*, de bienestar. Nadie puede lograr su realización personal y familiar, viviendo en la miseria y en la exclusión de la vida social. El desarrollo de los pueblos y de los hombres, de «*todo el hombre y de todos los hombres*» (Pablo VI), necesariamente debe ser integral y armónico, respondiendo al desarrollo digno de las dimensiones materiales, espirituales, culturales y sociales.

Por ello pensamos que si bien es cierto que a veces el fervor que pone Alberdi por el progreso y la producción de riqueza, con todos los medios necesarios a tales efectos, puede hacerlo aparecer al lector desprevenido, como partidario de una mera concepción «economicista» de la sociedad, también lo es que conociendo la plenitud de su pensamiento y observando la pobreza y el subdesarrollo que existía en el país a mediados del siglo XIX, creemos que sus ideas que aparecían como distintas y parcialmente erróneas para cierta mentalidad de la época, eran las más adecuadas para sacudir necesariamente esa mentalidad que trababa las nuevas dimensiones de la independencia nacional.

Tan es así, que temiendo que se lo pueda tomar como un mero materialista o un «desarrollista» parcializado en lo económico, categóricamente sostiene que «no es el *materialismo*, es el *espiritualismo* ilustrado» lo que nos induce a colocar los intereses económicos como fines del primer rango en el derecho constitucional argentino.

Para el logro de la satisfacción de ese desarrollo económico, Alberdi insiste con los argumentos conocidos y que escapan a este análisis, que tanto para las provincias como lo hizo para la Nación, uno de los fines constitucionales es *la población*, pues es el medio adecuado para el mejoramiento moral y educativo, a la vez que de progreso industrial y material. En esto juega un papel decisivo una inmigración europea culta e inteligente, por lo que las constituciones locales deberán desenvolver con especial interés las disposiciones pertinentes de la Constitución general, ya sea en cuanto a los derechos civiles, las garantías y la participación de los extranjeros en todos los ámbitos de la administración municipal. De esta forma, las constituciones provinciales no se erigirán en *constituciones de territorios deshabitados*³⁴.

V. Principios fundamentales de derecho provincial interno

1. El origen y asiento de la soberanía

Para Alberdi la «soberanía» pertenece originariamente al pueblo, quien la delega en autoridades lo que da origen al gobierno representativo. Pero en esta delegación *en un sistema mixto de central y provincial*, el pueblo divide en dos partes el ejercicio de su soberanía: uno solidariamente con las demás provincias por medio de autoridades comunes que gobiernan en los objetos esencialmente nacionales; otro aisladamente y separadamente por medio de autoridades locales que gobiernan en los objetos peculiares de la provincia³⁵.

Nosotros por nuestra parte podemos compartir la tesis de Alberdi, pero sin llegar a dejar de sostener que la soberanía del pueblo se manifiesta fundamentalmente en la supremacía de un orden jurídico federal con la Constitución Nacional y ahora, los tratados de derechos humanos (arts. 31 y 75 inc. 22 C.N.) y en la soberanía del Estado federal, mientras que las provincias no son soberanas sino que son autónomas, es decir, tienen capacidad de gobierno y orden

constitucional propios, pero dentro del marco que le fija la C.N., es decir, de un orden jurídico supremo al cual deben respetar y conformarse a él, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales (arts. 5º, 31, 122, 123 y concs. C.N.).

2. De la división de los poderes, de sus limitaciones y facultades

En este acápite, Alberdi nos plantea la necesidad de la delegación de la «soberanía» del pueblo, en los clásicos poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo que deben ejercer las funciones del gobierno local, a lo que agrega, siguiendo su convicción *municipalista*, la delegación de soberanía en el poder municipal. Señala que no son poderes diferentes, sino modos diferentes de poner en ejercicio la soberanía del pueblo, que es una misma.

Ningún poder, dice Alberdi, debe ser ilimitado; ninguno debe tener facultades extraordinarias. La omnipotencia de cualquiera de los poderes, hace desaparecer su división en independencia recíproca, y con ella la esencia del gobierno representativo. Por nuestra parte, nosotros diríamos más bien, del «gobierno republicano», pues no todo sistema representativo, es necesariamente republicano.

Con este indiscutido enfoque, señala seguidamente cuales son a su criterio, las funciones tanto del Poder Legislativo, como del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo, sin dejar de señalar como en las *Bases*, la necesidad de que este último sea lo suficientemente vigoroso. En cuanto al Poder Municipal, reitera sus afirmaciones, que señalamos en el parágrafo II.6 ³⁶.

3. Elección y responsabilidad de los encargados del poder y publicidad de sus actos

Con afirmaciones que admiten razonables discrepancias, Alberdi expresa que la calidad de los elegidos tiene estrecha dependencia de la calidad de los electores, siendo el sistema electoral la llave del gobierno representativo. Elegir es discernir y deliberar. La ignorancia no discierne, busca un tribuno y toma un tirano. La miseria no delibera, se vende ³⁷.

Indudablemente que al momento de escribir estas reflexiones, Alberdi tenía suficientes motivos para hacerlo, pero entendemos que los tiempos históricos han manifestado crecientes desarrollos en la información y en la participación popular en los procesos políticos. Se advierte un sentido común de los electores, cualquiera sea su grado de instrucción o situación económica, que difícilmente se equivoque al momento de elegir, más allá que los elegidos a menudo defrauden a todos los electores, a los cultos y a los incultos, a los adinerados como a los pobres.

La experiencia demuestra que existe un grado de madurez humana y de discernimiento, dados por la alta politización del pueblo argentino que al momento de elegir se manifiesta en un cierto «olfato político» cada vez más lúcido en el tema.

Por otra parte, hemos reiteradamente sostenido que el pueblo argentino va adquiriendo lenta pero progresivamente, una básica cultura política que le permite «ubicarse» en el marco de la crisis de representación y representatividad de gran parte de la clase política.

En cuanto a la responsabilidad de los mandatarios, Alberdi exige precisión legal en la configuración de las conductas abusivas y en las penas pertinentes, jueces que las apliquen y, finalmente, la efectivización del juicio político. Sin estos requisitos, dice, la responsabilidad es ineficaz; y el abuso, alentado por la impunidad, viene muy tarde a encontrar su castigo en la insurrección.

Al referirse a la necesidad de la más amplia publicidad de los actos del Poder Ejecutivo, (nosotros señalaríamos de los poderes y órganos del Estado), se refiere a lo que él llama la

Prensa, a la cual le atribuye con todo acierto, dos necesidades contradictorias: por un lado, requiere libertades, y por otro garantías para que no degeneren en tiranía. Hecha para defender las leyes, también es capaz de conculcarlas, y la libertad puede ser atacada con la pluma con más barbarie que por la lanza ³⁸. Cuánta actualidad contienen estas proféticas palabras.

VI. Examen crítico de las instituciones actuales de provincia

1. Las instituciones locales hasta 1853

A la altura de nuestro estudio, cabe señalar que este examen crítico fue escrito y publicado en 1853, pero con anterioridad a que las constituciones provinciales adaptasen sus disposiciones a la Constitución sancionada ese año, pero Alberdi brindó especial dedicación a las leyes y constitución de Buenos Aires, por considerarla la que originó el constitucionalismo de las demás provincias con pretensión de ejercer las atribuciones propias de un gobierno nacional.

Afirmando el principio básico que tanto le preocupaba y fustigaba con ardor, en el sentido de que la «soberanía local» que el sistema federativo reconoce a la Provincia, no puede arrogarse atribuciones que corresponden esencialmente a la Confederación, pues es indispensable precisar lo que pertenece y no pertenece al gobierno de provincia, analiza las instituciones existentes en la República Argentina.

Teniendo presente la época en que realiza ese examen, lógico es el estado confederativo en que se encontraban las provincias a partir de la crisis de 1820 hasta la sanción de la Constitución Nacional de 1853; Alberdi destaca que las actuales instituciones provinciales del derecho público argentino, son la infracción y el desconocimiento completo de los principios señalados y que por resultado de ese error, son las instituciones nacidas de él, el mayor y más poderoso obstáculo que presenta la organización general del país ³⁹.

Comenzando el examen en concreto y que lógicamente reseñaremos en sus partes principales, expone cómo se fue gestando el principio de la división de los poderes en las leyes constitucionales dadas en la provincia de Buenos Aires por la Junta de Representantes a partir de 1820, órgano que ejerció el Poder Legislativo ordinario y el extraordinario y constituyente, reglamentando el régimen de elección del gobernador que ejercería el Poder Ejecutivo y estableciendo los tribunales que asumirían las funciones del Poder Judicial.

Lamentablemente sucedió lo que era de esperar como expresa Alberdi: que todas las provincias crearon su gobierno local a ejemplo de Buenos Aires, no sólo en su existencia sino también en la extensión de sus facultades o atribuciones, compuesto de los tres poderes, con una Sala de Representantes con soberanía ordinaria y extraordinaria. Entonces tuvimos catorce gobiernos constituidos separadamente con extensas facultades nacionales, en lugar del gobierno nacional que quedó vacante y acéfalo, conforme al plan de Buenos Aires, *creando un obstáculo a la organización nacional* pues en 1853 les resultará muy difícil desprenderse de esas atribuciones nacionales que ejercieron por treinta años ⁴⁰.

De este modo, dice Alberdi, Buenos Aires siguió obrando como capital de todo el país, asignándose facultades nacionales y en vez de organizarse en *provincia*, se organizó en *nación*, y entonces, con el seguimiento de las demás provincias, se dio a luz a catorce gobiernos argentinos, todos de carácter nacional por el rango, la calidad y extensión de sus poderes, los que analiza pormenorizadamente en las atribuciones nacionales que se otorgaron a los cuatro ministerios o departamentos de Estado, a saber: Interior, Guerra y Marina, Relaciones Exteriores, Hacienda y Finanzas, como asimismo en cuanto a la asunción por parte del Poder Judicial provincial de la competencia propia de tribunales nacionales.

Esta es la principal razón por la que fustiga categóricamente a Buenos Aires por ser la iniciadora de este proceso de subversión institucional que tanto dificultó la definitiva organización nacional, más allá de las circunstancias emergenciales que el país vivía, llegando a creer como propios, los poderes que recibió de instituciones transitorias, instituciones queridas porque fueron hijas del patriotismo y creadas por el noble y equivocado Rivadavia. Finalmente,

destaca para esta apropiación, la natural resistencia de la vanidad humana a toda devolución de poderes.

Resalta asimismo que fuera de la buena intención, las instituciones locales que Rivadavia dio a Buenos Aires tienen dos defectos capitales: 1º) En vez de provinciales, son instituciones de la Nación; 2º) Son incompletas para cimentar la libertad interior y local y muy aptas para fomentar la arbitrariedad y el despotismo. Las instituciones creadas por Rivadavia, el poder que él acumuló para obrar el bien, pasó muy pronto a manos de Rosas, que lo usó para obrar el mal, para despotizar o tiranizar el país durante veinte años ya sea por el carácter permanente de extraordinaria y constituyente de la Legislatura de Buenos Aires, lo cual es monstruosidad sin ejemplo en política, como por el sufragio universal que le permitió a Rosas conservar el poder apoyado en el voto electoral de la chusma, que pertenece por afinidad a todo despotismo ⁴¹.

2. Crítica a la Constitución de Buenos Aires de 1854

Expresa Alberdi señalando que *«toda la diferencia de la Constitución actual de Buenos Aires y las leyes sueltas de carácter constitucional que la precedieron en esa provincia, consiste en dos cosas principales: Las disposiciones que antes existían sueltas y aisladas, hoy están reunidas en un cuerpo; y los poderes que antes existían inciertos e ilimitados, han recibido en la Constitución atribuciones determinadas y precisas»*.

Si se hubiesen rectificado los errores fundamentales que contenía el derecho anterior y que dañaban su propia tranquilidad y el bienestar y progreso de toda la Nación, la utilidad de la reforma era manifiesta. Mas valiera que hubiese quedado la indefinición antigua, y no la actual extensión exorbitante dada a los poderes provinciales de Buenos Aires, que avanzaron desmedidamente en la asunción de atribuciones propiamente nacionales en el ámbito de las competencias de los tres poderes, como es el caso del gobernador que *«tiene las mismas atribuciones del jefe supremo de toda la República Argentina dentro del territorio de Buenos Aires»*.

Asimismo, antes estaba indeciso el poder de la Legislatura, *«pero hoy nos dice el art. 61 de su Constitución local que su Legislatura de provincia tendrá todos los poderes, que debería tener en su territorio el Congreso de toda la Nación», asumiendo el antiguo aislamiento, abierta y decididamente, pero que ya «no podrá darle las ventajas que le daba en otra época ni podrá perjudicar a las provincias del modo que lo hacía cuando les daba el ejemplo de su gobierno anárquico y despótico y les arrebató al mismo tiempo el monopolio del comercio y de sus rentas. En efecto, anarquía y despotismo dentro de cada provincia fue la consecuencia del sistema que Buenos Aires les ofreció como modelo de imitación y que adoptó cada una dentro de su territorio»* ⁴².

Para Alberdi, el pensamiento de restablecer el triste pasado de cuarenta años de aislamiento y del desorden que produjo en las relaciones interprovinciales, está representado cabalmente por la Constitución de Buenos Aires del 11 de abril de 1854, que estatuye en materias supremas, como si no existiera un gobierno nacional constituido regularmente, reconocido por todas las provincias del país y por todos los grandes poderes de América y Europa.

Y en unas reflexiones agudas y encendidas de fervor llamando a la cordura y a la unidad a Buenos Aires, destaca críticamente que para servir a la unidad de la República, Buenos Aires inventó los gobiernos soberanos de provincia; para fundar el orden, convirtió en sistema el aislamiento, y estorbó la creación de todo gobierno nacional; para servir la libertad de comercio, mantuvo la clausura de los ríos establecida por las leyes coloniales; para servir la libertad fluvial, protestó contra los tratados que la garantizaban; y para probar su amor a la Nación, no quiere unirse a ella. Y exhorta que el porteño que quiera ver los intereses de Buenos Aires identificados con el interés de la República Argentina, pase el Arroyo del Medio y encontrará en la margen derecha un millón de argentinos que son sus compatriotas... Aprecie desde allí los intereses de su provincia, y los verá sin duda por el buen lado, pues los verá por el lado nacional, en que está su grandeza y su lustre ⁴³.

3. Las instituciones en las otras provincias

De igual modo que con Buenos Aires, en su obra el autor analiza las disposiciones de varias constituciones provinciales sancionadas durante el proceso de desintegración que se produce con motivo de la crisis de 1820, demostrando nuevamente cómo a similitud de Buenos Aires, dichas constituciones otorgaban a los gobiernos de provincia, numerosas facultades que pertenecen de por sí a un gobierno nacional, circunstancia que una vez más es duramente criticada.

En este punto deseo personalmente realizar alguna reflexión. Creo que Alberdi no asume la realidad de la disolución nacional que se produce con la renuncia del último director supremo, el general Rondeau, y el vacío de poder nacional que se origina y que lleva a las provincias a reconstituirse en el aislamiento como estados «soberanos», y a ejercer la plenitud del poder político tanto en sus atribuciones provinciales como en las nacionales, pues ese poder nacional se desintegra en tantos centros de poder como provincias lo asumen.

Por lo tanto, no aparece como arbitrario ni irrazonable este proceso de «autodeterminación constitucional», sino una desgraciada consecuencia de una política errática de desencuentros, la cual se irá progresivamente superando hasta lograr encauce jurídico la organización nacional, fundamentalmente con el Acuerdo de San Nicolás en 1852.

De allí que el originario art. 5° de la Constitución de 1853, debió prescribir que «Cada provincia confederada dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria gratuita. *Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación.* Bajo estas condiciones el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones».

El poder de revisión que se le concedió al Congreso, fue ejercido plenamente respecto de todas las constituciones, con notables observaciones y devoluciones para su modificación en muchos casos, frente a los excesos en que incurrían los textos precisamente en las atribuciones del gobierno provincial, al invadir los ámbitos de las facultades de los poderes del Gobierno Federal.

Por eso vale la pena aclarar que después que Alberdi escribió en 1853 la obra que examinamos, las provincias dieron cumplimiento a la sanción de sus constituciones, con los límites y por el procedimiento que acabamos de recordar.

Como excede el marco de este trabajo, solamente reseñaremos que Alberdi analiza el Estatuto Provisorio Constitucional de Entre Ríos de 1822, que a su juicio, tuvo como modelo casi textual a la Constitución Nacional de 1819. Luego lo hace con la Constitución de Corrientes de 1824 y diversas leyes constitucionales de la época sancionadas en la provincia de Mendoza.

Con un comportamiento que se nutría en el aislamiento, casi todas tomaron una actitud constituyente similar en diversos aspectos institucionales, v.g. al otorgar a los poderes locales las atribuciones legislativas, ejecutivas y judiciales que perteneciendo a los poderes nacionales, ya la Constitución de 1819 se los había otorgado; y en las primeras, fundamentalmente las atribuciones relacionadas con la regulación del comercio interior y exterior de la provincia; las pesas y medidas; la imposición de contribuciones y el levantamiento de empréstitos; las condiciones y bases de la ciudadanía; hacer la paz y la guerra; habilitar puertos; etcétera.

Alberdi expresa que es notorio y fuera de toda duda que no hay una sola provincia argentina que no haya legislado por su respectiva cámara investida de poderes ordinarios y extraordinarios, sobre todos los asuntos que son del dominio del Gobierno nacional, *razón por la cual son aplicables a las instituciones locales hasta 1853, los dos grandes defectos que ofrecen la de Buenos Aires, a saber: 1°. De ser nacionales más bien que de provincia. 2°. De ser incompletas para fundar la libertad interior, y más bien adecuadas para fundar la arbitrariedad. He aquí*

los dos puntos que deben ser bases de su revisión y reforma inevitable, si aspiramos a organizar y tener un estado argentino nacional ⁴⁴.

Pero todos estos fundados temores de Alberdi sobre la desmembración del país, con base en la historia institucional argentina de casi tres décadas, felizmente fueron disipándose a partir de la Organización Nacional, encauzada primeramente en la sanción de la Constitución de 1853 y posteriormente, por la de las constituciones provinciales que en poco tiempo adecuaron el orden institucional local a las disposiciones de la primera, y en cumplimiento del fin preambular de «constituir la unión nacional», fin que se juridizó en el principio de la supremacía constitucional, por una parte, de la Constitución Nacional sobre todo el ordenamiento infraconstitucional tanto jurídico nacional como local, y por otra, del orden jurídico federal sobre el local prescripta en el art. 31 C.N..

No obstante ello, debemos aceptar como fundados y confirmados los temores por el comportamiento institucional de Buenos Aires que constituyó un obstáculo superior al de las provincias.

4. La incorporación de Buenos Aires en el pensamiento alberdiano

Ante la automarginación de Buenos Aires en el proceso constituyente de 1853, se plantea Alberdi básicamente los siguientes interrogantes: ¿Qué hacer con Buenos Aires? ¿Qué rol le corresponderá en la organización argentina? ¿Tendrá los mismos derechos, deberes e instituciones que las demás provincias? La respuesta debe venir por leyes que se apoyen en el poder de los hechos. ¿Y que nos dicen los hechos acerca del pasado de Buenos Aires? ⁴⁵.

Para una correcta respuesta, el autor realiza un extenso y pormenorizado análisis sobre estos aspectos fundamentales en las diversas realidades que se dieron en el devenir histórico y sobre el cual deseamos dejar expresa constancia que, por su extensión, nosotros nos hemos visto obligados a reseñarlo en sus conceptos e ideas fundamentales en los párrafos siguientes ⁴⁶.

Alberdi enfoca el mencionado análisis hacia las realidades tanto durante el período de la Colonia y después de 1810, en el aislamiento que comienza en 1820, como asimismo frente al Congreso de 1826 y, posteriormente, hasta la sanción de la Constitución de 1853, llegando a las siguientes conclusiones en virtud de dicho análisis:

a) Durante la colonización, Buenos Aires nunca fue institucionalmente una provincia igual a las demás, siendo cabeza y asiento de las autoridades que lo eran de todo el país. Esta situación continúa a partir de 1810;

b) A partir de 1820, con el aislamiento de todas las provincias, Buenos Aires fue no sólo la capital, sino también la República Argentina en política exterior, en aduanas y en muchos ramos del orden interior, estatus que continuó en virtud de la ley fundamental del 23 de enero de 1825, en la que las provincias encomendaban la conducción integral de las relaciones exteriores y lo necesario para la integridad, seguridad y prosperidad nacional. El gobernador de Buenos Aires, era un verdadero presidente de la República, y Buenos Aires gobernó la República en la mitad de los ramos del gobierno, a la vez que la legislatura hacía las veces de Congreso de la Nación. Esta trascendencia institucional estaba motivada por la necesidad de las provincias de un gobierno exterior que le fue otorgado a quien estaba en la única puerta exterior del país, es decir, al gobierno de la provincia de Buenos Aires, que se erigió en el gobernante de todas las provincias en el ramo de las relaciones exteriores: paz, guerra, tratados de todo tipo y recepción de diplomáticos. El gobernador debía ser natural de la provincia, lo que descartaba de ese cargo al nacido en otra.

De allí el harto difícil dilema al momento definitivo de la organización nacional, entre la necesidad de constituir un *gobierno nacional* con todas las atribuciones que le competen y la de quitarle tamañas atribuciones al jefe de Buenos Aires que por doscientos años ha gobernado a los otros jefes de provincias, y a la Asamblea de representantes de dicha provincia. *Las leyes deben apoyarse en los hechos; pero esta verdad tiene sus límites, pues cuando los hechos son el*

desorden, el abuso, la arbitrariedad, apoyarse en los hechos es prostituir la ley y depravar su noble ministerio.

Alberdi piensa para resolver dicho dilema, que Buenos Aires no haría violencia a los hechos de su vida moderna, ni mucho menos al principio de unidad en que descansa la vida política de la Nación Argentina, aceptando como condiciones de su honrosa reincorporación a ese estado, la sumisión del gobernador al jefe supremo, que reconocen y respetan trece gobernadores, y la devolución de las rentas y poderes que como provincia integrante de la nación, no puede ejercer por sí sola sin atacar de frente la integridad de su propia familia, con más crueldad que lo haría el corazón más enemigo del pueblo argentino.

Y por su parte, la República Argentina no haría mucha violencia al principio en que descansa su vida colectiva y nacional aceptando, como condiciones de la reincorporación de Buenos Aires, la retención por parte de esa provincia de algunas ventajas excepcionales, que debe a su condición de capital secular, y que compensarían el abandono definitivo que hace de ese rango, abolidos por las conveniencias del nuevo régimen. Buenos Aires es una excepción en la realidad y tendría que serlo en la Constitución, no por su riqueza ni población, sino por el mecanismo originario de sus instituciones de capital antigua del país que hoy es la Confederación Argentina.

Conociendo eso, el Congreso Constituyente asignó a Buenos Aires el rol excepcional de Capital de todo el país y previa aceptación por aquella de la Constitución Federal, para que sus diputados y senadores fuesen admitidos y legisasen participando del gobierno común del mismo modo que las demás provincias.

VII. Conclusiones a las que arriba Alberdi

Tanto en *leyes sueltas* como en *constituciones* completas, es preciso establecer en forma precisa y completa lo que las *provincias* aisladamente pueden hacer, y lo que sólo puede hacer la *Nación*. Toda constitución de un país, reside en la organización regular de los poderes que forman su gobierno y en la demarcación precisa y completa de sus atribuciones y facultades, es decir de sus *poderes*, como asimismo de la responsabilidad y limitaciones de los funcionarios y de su autoridad.

Los principios y doctrina de este libro, no están destinados para que las provincias los usen en la redacción de sus constituciones, sino para que sirvan de puntos de partida y reglas de conducta en el ejercicio venidero de su soberanía local en el dictado de leyes o constituciones, con la expresa salvedad de que no podrán dar a la provincia más poder que el que tiene en virtud de los principios fundamentales del sistema federal o central y de los poderes del gobierno nacional, de modo que las leyes locales no den a los poderes de provincia atribuciones que corresponden a toda la Nación, pues en caso contrario, se acostumbra a ejercerlos, se persuaden de que les pertenecen, por esencia, y resisten más tarde a devolverlos para componer las facultades del gobierno general. Estos principios son para *federales* y *unitarios*, pues en el primer caso no se podrá pretender que las provincias ejerzan atribuciones del Gobierno federal, y en el segundo con menos razón por las facultades inherentes a la soberanía nacional ⁴⁷.

Alberdi afirma que su doctrina, parece servir únicamente a la causa nacional y al interés de las provincias, *«porque la unión de todas es el negocio grande de cada una, mientras que aisladas, cada una puede como una; reunidas cada una puede como catorce»*. Con ello tendemos a evitar la desmembración y descomposición gradual a que camina la República, por cada ley local en que se da a la provincia lo que es de la Nación, y que luego seguirá con una desmembración territorial que imposibilitará la creación de un gobierno que represente la soberanía común y nacional, despedazada por las instituciones de provincia ⁴⁸.

Las provincias no enajenan el poder que dan a la Confederación. Lo ejercen del mismo modo que su poder local. Son dos procuraciones, dos representaciones de diversos rangos,

constituidas separadamente para manejar dos clases de facultades pertenecientes a la misma soberanía popular.

«El poder reservado al gobierno local es más extenso porque es indefinido y comprende todo lo que abraza la soberanía del pueblo. El poder general es limitado y excepcional. Sólo es de su incumbencia lo que está escrito en la Constitución; todo lo demás es de las provincias»⁴⁹. Como bien sabemos, este es el principio rector de nuestra organización federal plasmado en el anterior art. 104 C.N. (hoy 121).

Con una perspectiva muy promisorio pero que la evolución histórica de nuestro federalismo desvirtuó en gran medida por un creciente centralismo en el gobierno federal, estima Alberdi congruentemente con el aislamiento y las distancias de las provincias de mitad del siglo XIX, que el poder reservado a sus gobiernos, es el llamado a transformar su ser y a salvar la República.

Se pregunta ¿Qué rol ejerce el poder central en el progreso del país?, contestándose sobre la importancia de la acción en las relaciones exteriores con los pueblos ricos de población, de luces y de caudales, a fin de lograr los medios que verterá en el interior y al alcance de los pueblos para sus necesidades, su progreso y su prosperidad recíproca. El gobierno general no es el bien de una provincia; es el negocio de todas juntas y de cada una. Entre los dos se complementan y los dos forman el poder íntegro y total del pueblo de las provincias argentinas.

Asimismo se interroga: ¿Cuál será el deber de ese gobierno común respecto a las provincias unidas en los primeros tiempos de su creación, contrariada o permitida, pero inevitable? La creación y el establecimiento del poder central, de un gobierno nacional común para todas las provincias, es un hecho que constituye la mitad de su civilización y que vendrá poco a poco, por el aumento de la población, la eliminación gradual del desierto, por el establecimiento de muchos y grandes medios de comunicación. No es un hecho que ha de tener origen y perfección en un solo día. Pretender tal cosa, sería el medio más eficaz para impedir que empiece a existir

⁵⁰.

Por otra parte, y como lo hemos desarrollado más arriba, Alberdi insiste en la necesidad imprescindible del *municipio* en la organización política argentina. Por ello insiste con plena convicción, apoyándose en el pensamiento de Esteban Echeverría, que la organización municipal debe ser la base de la organización de la provincia y alma del nuevo orden de cosas. El municipio es la patria local, insiste Alberdi, la patria del municipio, del departamento, del partido, será el punto de arranque y de apoyo de la gran patria argentina. Este sistema en vez de debilitar el patriotismo político, lo fecunda y lo nutre, como sucede en Norteamérica, donde la vida municipal es más activa que la vida política.

Con palabras que cobran relieve en los días que vivimos, ante la gravísima crisis del país y el desánimo y descreimiento de la sociedad argentina en sus clases dirigentes, Alberdi estimula exigentemente a no desmayar por el hecho inevitable del tiempo que exigirá el proceso por las leyes físicas y naturales del poder. Se le debe aceptar con resignación y *dar principio a su ejecución y organización graduales con la paciencia robusta y vigorosa de los hombres de libertad; con esa paciencia que divisa la extensión incommensurable que tiene que recorrer; y lejos de amedrentarse por la dificultad, encuentra en ella un estímulo que provoca su corazón varonil, que no se echa a llorar como el niño; con esa paciencia ilustrada y cuerda que sabe que las grandes construcciones en política, son obras que se llevan a cabo por el trabajo de dos, tres y cuatro generaciones. Las constituciones son decretos de los congresos, y los congresos de hombres no tienen la facultad de Aquel que dijo: Hágase la luz, y la luz fue, a la vez que no pueden esperar resultados de decretos que dijeren: «Desde la sanción de esta ley quedan abolidos el desierto, el atraso del pueblo y la pobreza en el país»*⁵¹.

La prudencia de Alberdi y su visión de estadista, lo llevan a recomendar al gobierno central, ser parco y discreto en el uso de las facultades nacionales, paciente e indulgente, nada exigente en los primeros tiempos, pues las provincias, habituadas a la independencia, no entrarán sino por grados y lentísimamente en el camino de la subordinación al gobierno nacional.

Notas:

* Vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Olsen A. GHIRARDI, *La filosofía en Alberdi*, 2ª ed. aumentada, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 224/25.

² Ver en este sentido *Formación nacional argentina* de Alberto DEMICHELI, Buenos Aires, Depalma, 1971, págs. 298/301.

³ *Bases*, Caps. XVII y XXIV.

⁴ *Escritos póstumos de J. B. Alberdi - Miscelánea - Propaganda Revolucionaria*, Buenos Aires, Imp. Juan Bautista Alberdi, 1900, t. XIII, pág. 80.

⁵ Juan Bautista ALBERDI, *Obras escogidas- Estudios constitucionales*, Buenos Aires, Editorial Luz del Día, 1953, t. III, págs. 41 y 70/71.

⁶ *Bases*, Caps. XIX y XXI.

⁷ Juan Bautista ALBERDI, *Cartas Inéditas a Juan María Gutiérrez y a Félix Frías*, Buenos Aires, Editorial Luz del Día, 1953, pág. 272.

⁸ Ob. cit., págs. 282/83.

⁹ Ob. cit., pág. 281.

¹⁰ Dardo PÉREZ GHILLOU, *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*, Buenos Aires, Depalma, 1984, págs. 116 y 117.

¹¹ *Escritos póstumos de J. B. Alberdi - América*, Buenos Aires, Imp. Alberto Monkes, 1899, t. VII, pág. 81.

¹² *Escritos póstumos de J. B. Alberdi - Ensayos sobre la sociedad, los hombres y las cosas de Sudamérica*, Buenos Aires, Imp. Cruz Hermanos, 1899, t. IX, págs. 34/38.

¹³ Ob. cit. págs. 57 y 76. Asimismo existe una crítica aguda y notablemente fundada sobre la actuación de la provincia de Buenos Aires en el proceso institucional argentino, en *Obras completas de J. B. Alberdi*, Buenos Aires, Imp. y Enc. de La Tribuna Nacional, 1880, t. VI, pág. 151 y ss.. Al tratar el tema De la Anarquía y sus dos causas principales, del Gobierno y sus dos elementos necesarios en la República Argentina, con motivo de su reorganización por Buenos Aires, 1862.

¹⁴ Cap. XXIII, *Bases*.

¹⁵ El texto del proyecto de Constitución para Mendoza, puede ser consultado en las *Obras completas de J. B. Alberdi*, Buenos Aires, Imp. y Enc. de La Tribuna Nacional, 1886, t. V, págs. 127 a 147.

¹⁶ Ob. cit., págs. 119/20.

¹⁷ Jorge M. MAYER, en *Alberdi y su tiempo*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1973, t. I, pág. 591.

¹⁸ Ver en *Obras completas de Juan Bautista Alberdi*, Buenos Aires, Imprenta, Litografía y Encuadernación de La Tribuna Nacional, Bolívar 38, 1886, t. V, págs. 6/7. A su vez, si bien en forma parcial, pues comprende solamente las dos primeras partes, existe una edición del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, intitulada *Derecho público provincial*, Buenos Aires, 1956.

¹⁹ *Derecho público provincial*, Imp. de F. Domenici y Cía., Córdoba, 1909, pág. 43

²⁰ *Obras*, pág. 8. Para evitar repeticiones, cuando nos refiramos al t. V de las *Obras completas*, en las notas consignaremos la cita como en la presente.

²¹ *Obras*, págs. 9/10

²² *Obras*, págs. 11/23.

²³ *Obras*, págs. 24/25.

²⁴ *Obras*, pág. 26.

²⁵ *Obras*, págs. 26/27.

²⁶ *Obras*, págs. 30/31.

²⁷ *Obras*, pág. 32.

²⁸ *Obras*, págs. 34/35.

²⁹ *Obras*, págs. 38/39.

³⁰ *Obras*, pág. 41.

³¹ *Obras*, págs. 44/45.

³² *Obras*, págs. 46/52.

³³ *Obras*, págs. 55/6/7.

³⁴ *Obras*, págs. 55/6/7.

³⁵ *Obras*, pág. 60.

³⁶ *Obras*, pág. 61.

³⁷ *Obras*, pág. 66.

³⁸ *Obras*, págs. 67/68.

³⁹ *Obras*, págs. 72/73.

⁴⁰ *Obras*, págs. 77/78.

⁴¹ *Obras*, págs. 89 y 92/93.

⁴² *Obras*, págs. 94/96.

⁴³ *Obras*, págs. 101/103.

⁴⁴*Obras*, pág. 109.

⁴⁵*Obras*, págs. 112/113.

⁴⁶*Obras*, págs. 113/121.

⁴⁷*Obras*, págs. 122/123.

⁴⁸*Obras*, pág. 123.

⁴⁹*Obras*, pág. 124.

⁵⁰*Obras*, págs. 124/25.

⁵¹*Obras*, págs. 125/2.

EL FEDERALISMO JURÍDICO. LOS RESTOS DEL NAUFRAGIO

por AUGUSTO M. MORELLO *

Desprendido de federales y unitarios, ajenos a las dos facciones, vi la solución del problema constitucional argentino en la fusión de los principios rivales en la adopción de un sistema mixto de uno y otro. Tallé una solución, no en la inspiración de una política ambigua, sino en el sentimiento de la historia y de los hechos. El sistema mixto que he propuesto en las «Bases», es la repetición literal de un capítulo de mi pluma, inserto en el «Credo», que adoptó una reunión de jóvenes de Buenos Aires, en 1838 ¹.

SUMARIO: I. La nostalgia; entre lo esperado y lo sucedido. II. Federalismo de bases reales. III. Lo que queda del federalismo: el control de constitucionalidad y las casaciones provinciales. IV. Zonas quebradizas. V. La importancia equilibradora de las provincias al retener y ejercer de modo activo y especializado la interpretación del derecho común y procesal, y el adecuado y moderador control de constitucionalidad. VI. Conclusiones.

I. La nostalgia; entre lo esperado y lo sucedido

1. El juego de las autonomías -de las provincias, de las universidades, de los municipios- es de difícil acotamiento y suscita, entre luces y sombras, posiciones extremas que impiden arribar a un deseado punto de equilibrio, razonable y dinámico. El todo o la nada, el brinco a las «regiones», la reformulación de nuevas divisiones geográficas y políticas (provincia de Buenos Aires), el agrupamiento de partidos (municipios) para la prestación más funcional de servicios de educación, seguridad, jurídicos, polos de crecimientos económicos, etcétera, a veces inclinan la balanza, peligrosamente, hacia un lado y frustran la elección de una respuesta más moderada pero factible: la cultura de nuestro tiempo, sin demoras, insta a reacomodar nuestro paisaje institucional.

El pulso vital del anterior -desequilibrado-, no ha dejado de latir desacompañadamente y sin energía suficiente. A más proclamación de la histórica retórica en el vigor de sus raíces el mensaje, en los resultados concretos resaltaban carencias, fugas hacia delante y frustraciones. La realidad socioeconómica, el juego efectivo del sistema institucional y aun el diseño y tendencia cultural mostraban, sin solución de continuidad, una distorsionada realidad que desmentía el enunciado art. 1º de la Constitución Nacional. El tenue aleteo de redefinir esa geografía en *regiones*, conformándolas con arreglo a pautas, criterios, programas que, *desde el interior*, reponteciaran sus expectativas y dibujaran un futuro más prometedor se hizo cada vez más difícil y complicado. Ideas erráticas y ausencia de una *voluntad política consensuada* en el eje de una cooperación verdadera continúa en la búsqueda de timonel y puerto y el mandato constitucional de 1994 en lo que respecta a organizar un justo y sugerente régimen de coparticipación fiscal a tenor de lo dispuesto en el inc. 2 del art. 75 de la Constitución que de acuerdo con lo prescripto en la cláusula sexta de las Disposiciones transitorias, debía establecerse *antes* de la finalización de 1996, es otra de las trascendentes promesas y exigencias normativas *incumplidas*.

2. Lo cierto es que el desfalleciente pulso de las provincias producen el éxodo y las migraciones y desplazamientos interiores. El acoso urbano deriva en las deformaciones que matizan los grandes conurbanos (Rosario, Córdoba, La Plata, Mar del Plata, y cambian la fisonomía de la cabeza de Goliat).

El tema, por cierto, es uno de los de mayor calado y, de continuo demanda volver a pensarlo ².

Sin asentarse en sus geografías y en el mercado rural, con empresas con valor agregado, medianas o artesanales, las villas de emergencia se reproducen y el raquitismo del proclamado federalismo queda al desnudo. Estado *federal, sin vigencia real del federalismo* ³.

Recuerdo que uno de los últimos aleteos de la posición (jurídica) federalista se vivió en el Congreso de Derecho Procesal de Salta (1968), cuando contándose con un trabajado despacho de comisión en favor de volver a replantear la casación *nacional* que había plasmado el art. 95 de la Constitución de 1949, el plenario lo desactualizó y un enérgico discurso del Dr. Fernando de la Rúa, enfatizó sobre la necesidad de preservar las casaciones provinciales, cuyo regular y beneficioso funcionamiento no comprometían los principios de uniformidad y seguridad jurídicas, al no mediar graves discordancias en la hermenéutica de las normas y principios de derecho común. Y, en última alternativa el recurso extraordinario hacia las veces de casación de casaciones por el carril de la doctrina de arbitrariedad de sentencia, criterio que al cabo privó, sin que se innovaran los ordenamientos vigentes.

3. Quizás sea útil mostrar un pequeño relato en donde, desde el plano jurídico, como una de las últimas trincheras que resisten a que la afirmación autonómica queda definitivamente apagada, luzcan las notas aludidas de la posición federalista, *efectiva*. Que obran como testimonio de que al final de una época y cuando se dibuja el rostro de una nueva cultura jurídica ⁴ el destino federalista aguarda una comprensión más inteligente y factible, que está en el mañana, sin resignarse a ser «el pasado de una ilusión» ⁵.

II. Federalismo de bases reales

De allí estas observaciones:

1º) Reviste significación institucional el régimen *desmesuradamente* centralizado de los sistemas políticos federalistas de base (así, en la práctica de las relaciones, en la Argentina, entre la Nación y las provincias), que podría acentuarse peligrosamente si las políticas económicas y de desarrollo se delegaran en la integración a organismos (Parlamento, Comisión, Consejo o Tribunal de Justicia *supranacional*, que actuarían en el marco de una soberanía compartida).

2º) Es fundamental, asimismo, reducir los desniveles -las asimetrías- en las políticas macroeconómicas, buscar la más rápida aproximación en los similares registros. Ello así en costo de mano de obra, energía, relaciones cambiarias, políticas de exportaciones y promoción de inversiones, *diferencias arancelarias*, aunadas a la homogeneidad en los sistemas tributarios, etcétera. También diligencias que operen en niveles de capacitación uniforme, sin que ningún perfil exportador individual quebrante hegemonícamente el ritmo de los demás países integrados. Tampoco sin provocar fisuras en la arquitectura jurídica común, que debe cobijar a todos los países partes con reglas uniformes y homogéneas tareas de interpretación

Desde otro ángulo, evaluar la evolución del Mercado del Sur en la confrontación con el NAFTA y la Comunidad Económica Europea; sin omitir la presión de las multinacionales que *dividen el mundo* en compartimientos e imponen -dentro del mercado- el denominado «comercio administrado» (el comercio entre sí, con libertad *vigilada*, Lester Thurow).

Este economista, decano de la Escuela de Administración del Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT) puntualiza, sin embargo, que lo anterior será válido (y acaso presupuesto) sólo si se asume una estrategia para el *crecimiento* que es la clave ya que debería pasar por la negociación bilateral porque la idea del *mercado abierto y de acceso para todos, es cada vez menos verdadera*.

La Argentina debe competir y establecer industrias sin centrarse únicamente en la agricultura. Habrá que elegir ⁶.

3º) Finalmente, si hasta el presente el horizonte imaginado es exclusivamente *gubernamental*, no se debe confundir la línea de sentido: el mercado descansa en el protagónico rol dinámico de los *agentes* productivos y comerciales que son las *empresas* [individuales y

agrupadas]. Una *inteligente* armonización de los modelos procesales mucho puede ayudar a esos propósitos ⁷. Y de esa armonización *interior* (en nuestro mapa federalista) es de la que nos ocuparemos.

III. Lo que queda del federalismo: el control de constitucionalidad y las casaciones provinciales

A. Comencemos por puntualizar que según la distribución de competencia determinada por la Ley Fundamental los poderes de las provincias (y de ese encaje no están ausentes, obviamente, las que tienen asignadas los jueces del Poder Judicial) son *originarios e indefinidos*, mientras que los delegados de la Nación son definidos y expresos (art. 75). Similar parámetro es el que rige el binomio de la justicia provincial (la regla) y la federal (excepción).

Es más -y lo vislumbró Alberdi en el lucido armado de la arquitectura constitucional- el modelo argentino reposa sobre la forma *federal* de gobierno, según el art. 1º C.N. y las normas correlativas, que procuran *reservar a las Provincias el goce de sus respectivas autonomías*, sin que quepa legitimar interferencias o alteraciones en perjuicio de éstas ⁸.

Corresponde, por consiguiente, despojados de cargas ideológicas que deforman la silueta no sólo de los fenómenos jurídicos, procurar de modo compendiado, acceder a esa grave y permanente *cuestión mayor* del panorama institucional argentino.

El más y el menos, en el *derecho vivido* de los corrimientos de los criterios y estándares orientadores que conjugan en el horizonte jurídico y, dentro de él a través de una lectura *parcial*, la oscilante marcha de dos esferas que cabalgan en la bisagra de las competencias jurisdiccionales federal y provincial, respectivamente, cuáles son los matices de ese paisaje.

B. *A favor de las potestades que reafirman como propias e indelegables de las Provincias* (arts. 31, 75, inc. 12, C.N. texto según reforma de 1994).

1. Actuación de la doctrina «Strada»- «Di Mascio»

Ese refuerzo es fuerte, categórico y continuado: *Todo pleito, radicado ante la justicia provincial, debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación después de fenecer ante el órgano máximo de la judicatura local, pues los tribunales de provincia se encuentran habilitados en causas que comprenden puntos regidos por la Constitución nacional, las leyes federales y tratados internacionales, por lo que cabe concluir que las decisiones que son idóneas para ser resueltas por la Corte Nacional no pueden ser excluidas del previo juzgamiento por el órgano judicial superior de la provincia* ⁹.

2. Exclusión del control de constitucionalidad de los fallos, de las cuestiones de derecho común, procesal y local [como regla].

a) Sin perjuicio de la hipótesis de excepción, es ininterrumpida la seguidilla de fallos que, en cada día de acuerdo, reafirma que la mayoría de los temas que porfian por ingresar a la instancia extraordinaria en razón de que sus objetos y contenidos remiten a temas de *derecho común, procesal o circunstanciales*, por su naturaleza, son ajenos al recurso federal, y quedan a la vera de la vía del art. 14 ley 48; o lo que es igual, que no constituyen una cuestión federal susceptible de habilitar esa instancia «excepcional» (C.S., Fallos, 270:388; 278:365; 277:248; entre infinidad de otros).

Insistimos: tratándose de cuestiones de *derecho público local* (por ejemplo aspectos personales concernientes a las candidatos nominados por un partido político) no son susceptibles de ser decididos por el alto Tribunal de la Nación, en una instancia cautelar, sin perjuicio -si correspondiese- de que en su momento pueda conocer de ese objeto controvertido por la vía del *recurso* federal ¹⁰.

b) Cabe destacar, igualmente, que no pocas cuestiones se someten por los letrados al conocimiento de la Corte Suprema en la creencia de que ellas son pertinentes, suscitarán su atención y «serán pescadas» para definir las. Sin embargo, las cosas no son así. El órgano cimero es avaro en abrirse para el examen de temas circunstanciales,

opinables, de valor académico y determinación de conceptos o de fijar el límite de las instituciones. Así, determinar el contenido y extensión de la acción declarativa establecida por el art. 322 C.P.N. (o similares de los regímenes provinciales) *no constituye, como regla, una cuestión federal* ¹¹.

Y ello lleva, como contrapartida, un poderoso argumento en favor del federalismo jurídico, en cuanto esa contención importa reconocer que *son los tribunales provinciales (y sus jerarquizadas casaciones)* los que han de construir y fijar las líneas de interpretación en lo más frecuentado y tupido del follaje de la litigación al establecer, en cada caso, el sentido y proyección del marco jurídico en las materias más usuales y convocantes: las de derecho común, procesales, locales, circunstanciales y afines.

3. Las zonas fronterizas o grises -móviles y corribles- no son pocas y originan arduos problemas de interpretación que la Corte Federal va adecuando en el vuelo de hermenéuticas flexibles. Así, no cesará de afirmar que, por caso, en materia de poder de policía de seguridad (incluyendo la de los espectáculos públicos deportivos) que tiene un carácter institucional específico, es de potestad provincial y no comunal y difiere de la que es propia de la órbita municipal (C.S., «Zacarías, Claudio c/ Provincia de Córdoba y otros», 28/4/98, consid. 4º, D.J., 1998-2-1097).

IV. Zonas quebradizas

1) *Proscripción del «per saltum» en ausencia de un caso federal y cuando se trata de aspectos subjetivos, circunstanciales, personales o de incumbencia institucional local (por caso idoneidad de un postulante en un concurso del Consejo de la Magistratura)* [arts. 116 y 117C.N.].

La presentación *directa* ante la Corte Suprema en las variaciones o matices del *per saltum* en miras de prescindir de la interposición del recurso extraordinario ante el tribunal provincial y obviar, también, la necesidad de que aquél se pronuncie por la concesión o denegación del remedio, no tendrá viabilidad si la causa no es de la competencia *federal* (Fallos, 313:863, consid. 10; 313:1242, consid. 4º; voto del Dr. Petracchi, *in re* «Partido Nuevo (Distrito Corrientes), 21/10/99, D.J., 2000-2-110)¹².

2) Competencia originaria y gravedad institucional

Con el mismo cartabón han de ponderarse -desde el plano de los arts. 116 y 117 de la Ley Fundamental- dos aspectos de singulares perfiles.

a) El principio, en el marco de la competencia originaria destaca que el Tribunal cimero sostiene, invariablemente, que no es dado a *persona* o *poder alguno* ampliar o extender los casos en que la Corte Suprema ejerce jurisdicción exclusiva y originaria por mandato *imperativo* de la Constitución Nacional (caso «Sojo», Fallos, 313:936 de 1990, entre muchos otros).

b) El segundo se desplaza al horizonte de la gravedad institucional, que no basta su mención para considerarla existente, acuñando una regla de hermenéutica rigurosa y de apertura sólo residual, al reputarla admisible cuando están en juego instituciones básicas de la Nación (Fallos, 300:417; 303:1034), o cuando la cuestión incide en la prestación de un servicio público (Fallos, 308:1230) o bien si lo decidido revela, *prima facie*, que es un factor de retardo o perturbación en la percepción de la renta, o en los desarrollos de las políticas económicas del Estado, menoscabando gravemente los intereses de la comunidad (Fallos, 313:1420; 314:258; 316:2922; sentencia del 23 de noviembre de 1995, *in re* G. 397, «Grinbank, Daniel Ernesto», entre otros).

V. La importancia equilibradora de las provincias al retener y ejercer, de modo activo y especializado, la interpretación del

derecho común y procesal, y el adecuado y moderador control de constitucionalidad

Con lo que el avance y criteriosa evaluación, en la práctica, de ese encofrado sustancial-procesal *normal* (de derecho común) continua su despliegue en el *ámbito de las provincias* y sólo en supuestos que no alteran la pauta general, son objeto de revisión por conducto de la apelación federal y en el sendero de la *arbitrariedad de sentencia, exceso ritual manifiesto, o privación de justicia*.

En orden a lo puntualizado depende de los propios reflejos y óptima capacitación y profesionalidad de los jueces locales y, singularmente, *de sus respectivas casaciones*, dar cuenta de ellos. O lo que es igual, satisfacer en plenitud la misión del intérprete indagando al verdadero sentido y alcances de ese vastísimo entramado de disposiciones materiales e instrumentales, mediante un examen atento y profundo de sus términos. Análisis mutativo y progresista, es decir, *finalista y teleológico*. Que consulte la realidad del precepto, la voluntad del legislador y la dinámica social en la mudanza de sus exigencias y el orden de los valores que va profesando, pues fuere cual fuere su naturaleza no hay método de interpretación que no tenga en cuenta la finalidad de esos preceptos ¹³, guiándose por la más segura de las pautas que es la que se atiende a las *consecuencias* (económicas, sociales, éticas, culturales) que de ella habrán de seguirse ¹⁴.

Lo cual cobra mayor relieve ante la aceleración de todas las cosas y el incesante movimiento de piezas y movidas en ambas laderas, *de fondo y de forma*, que obligan a una inteligente labor hermenéutica en los temas de gran calado (bioéticos, intereses difusos, etcétera). Las contribuciones judiciales de las provincias, como ocurre en los EE.UU. de A, deben esforzarse, por consiguiente, para acompañar, lúcidamente, *ese arrollador proceso de adaptaciones* ¹⁵.

El telón de fondo para arribar con éxito a tal cometido es muy diáfano e invita a corresponder a ese desafío: la misión judicial -a cargo protagónico y activista de los *jueces*- no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que son ellos (los jueces provinciales), en cuanto servidores del derecho y *para la realización de la justicia*, los que no pueden prescindir de asumir gozosos tan esencial y delicado cometido, buscando la síntesis eficaz para privilegiar la justicia de las normas, es decir su fin y espíritu, a las peculiaridades de cada controversia ¹⁶.

Derrotero que conlleva, asimismo, a efectuar un razonable y exhaustivo juicio de admisibilidad del recurso federal en mira de decidir el primer control del acceso (arts. 258 y 280 C.P.N.), porque esto, *que es igualmente decisivo*, también es frecuentemente olvidado ya que con el campanazo de «Strada» - «Di Mascio», los jueces provinciales *son operadores del recurso extraordinario y del control [difuso] de constitucionalidad federal*.

Lo hacen *en el mismo registro y suficiencia que los jueces federales*. Y si bien tal control se circunscribe a los aspectos técnicos de su procedibilidad formal y al examen de razonabilidad de las leyes que condicionan la admisión, sin llegar a la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones tal menester es de suyo trascendente ¹⁷.

VI. Conclusiones

1. El federalismo en la idea nutrie de la *cooperación* entre Nación y las provincias, empresa por la que tanto brega el maestro Pedro J. Frías, se hace fuerte en el bastión del derecho y de un inteligente y armonioso ensamble que, cada cual en lo suyo -sin apelar a intervenciones federales ni estados de sitio que ahoguen cabales competencias autonómicas- permita un crecimiento ordenado y un inteligente tránsito jurídico *interior* del Estado de derecho al Estado de justicia.

2. La pieza clave para la salud del federalismo no es otra que el accionar prudente y progresivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Comportándose como la potente turbina que sostiene el equilibrio global sin recortar las alas de las fuentes de alimentación *propia* de cada jurisdicción local, y sin ahogar tampoco sus

posibilidades *reales* de operar desde cada una de sus geografías, en el marco de genuinas atribuciones constitucionales.

En general, las líneas que históricamente fue construyendo la Corte Suprema procuran mantener firme y equidistante la arquitectura, que identifica y acuerda el perfil acabado a nuestro modelo institucional.

Empero, si bien ello es destacable no es, sin embargo, suficiente porque como para España lo vaticinara en su tiempo Ortega y Gasset, sólo *la redención de las provincias* es lo que facilitará el relanzamiento de la esperanza del ser argentino y la conquista del futuro.

Asunto de tan alto porte ¿no desafía a nuestra imaginación y entusiasmo colectivo?

El mensaje y la lección de Alberdi, siempre serán seguras referencias para acertar en las respuestas.

Notas:

* Académico de número. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

¹ Juan Bautista ALBERDI, *Obras completas*, Buenos Aires, ed. de la Tribuna Nacional, 1886-1887, t. 4, pág. 82.

² Claude IMBERT, *Si le gran ne meurt...*, «Le Point», París, N° 1478, de 12/1/2001, pág. 3, con relación a la justa dimensión en esta hora del cristianismo en Francia, pero adaptable a la meditación federalista.

³ Juan José GONZÁLEZ ENCIMAR, *Federalismo y Estado federal*, El País, Madrid, 3/7/2001, pág. 9. El catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá de Henares destaca y reclama un enorme esfuerzo de imaginación con relación a la construcción del futuro federalismo de la Unión Europea para dar respuesta, inexcusable, a una cuestión clave: una forma de división del poder político que sirva de garantía y, al mismo tiempo, de *cauce de integración al pluralismo* de quienes defienden su propia identidad pero viven políticamente juntos. Y, agregamos, que juntos quieren *crecer* sin desequilibrios o postergaciones estructurales que discriminan en el nivel de organización, por participación y resultados; los desniveles marcados producen la pérdida de fe en la idea del federalismo, que se asienta en una *cooperación equitativa y verdadera* entre todas sus partes.

⁴ El Derecho, 30/3/2001.

⁵ Para usar el título del hermoso libro de François FURET.

⁶ Ver La Nación, 19/8/92, Sec. 2ª, Economía, pág. 1.

⁷ Federico CARPI, *Harmonization and approximation in civil procedure*, extracto del volumen «Developments in European, italian and israeli law», Guiffre, 2001, pág. 293, desde la perspectiva transnacional o (regional) de 'las reglas procesales', Cap. 3.

⁸ Fallos 304:1186, entre muchos otros (L.L., 1982-D-506).

⁹ C.C., «Compañía General de Electricidad de Córdoba vs. Provincia de Córdoba», 4/8/65, consid. 20; Fallos 204:23; 242:496; 250:269, y otros.

Es por eso que la determinación de la competencia y de los procedimientos de los tribunales de justicia locales, ya sean ordinarios o de jurados, es de incumbencia de las provincias (S.T. Río Negro, «Polinelle, Zulema I. y otra vs. El Valle S.A. y otros», 10/6/98, D.J., 1999-3-1007).

¹⁰ C.S., «Figuroa, Miguel A. vs. Empresa Social de Energía de la Provincia de Buenos Aires», 2/12/97 y precedentes allí referenciados, D.J., 1998-2-405.

Desde «Di Mascio», Fallos 311:2478 (L.L., 1989-B-417; D.J., 1989-1-451), la Corte Federal ha mantenido esa doctrina con abundantísimos precedentes. Nos hemos ocupado *in extenso* en diversas oportunidades; ver *El recurso extraordinario*, 2ª ed., Platense, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 267 y ss.. Voto del Dr. Boggiano en la causa individualizada al comienzo de esta nota.

¹¹ Ver dictamen del procurador general de la Nación en «Craviotto, Gerardo A. y otros vs. Estado nacional», 3/8/98, D.J., 2002-2-232/238 (que el Tribunal hizo suyo, el 19/5/99).

¹² Es sabido que, conforme el art. 257 C.P.N., el recurso extraordinario debe interponerse ante el tribunal [Superior Tribunal de la causa, art. 14, ley 48] que dictó la resolución que lo motiva, por lo que su deducción (que sería como directo) en los estrados de la Corte, es, como regla, «notoriamente improcedente», Fallos 288:87; 301:803, entre otros).

¹³ C.S., Fallos 308:1861, entre muchísimos otros.

¹⁴ C.S., Fallos, 307:1018; causa «Sigrá S.R.L.», 19/9/97, D.J., 1998-2-812, entre otras.

¹⁵ Desde la ladera procesal es de interés apuntar que en el Coloquio Internacional [intermedio] de Derecho Procesal, en Bruselas 26 y 27 de octubre de 2001, convocado bajo el acápite «El reencuentro de los derechos judiciales (procesales) en Europa» [‘La reconte

des droits judiciaires en Europe'] los temas de punta (calientes) que desde los últimos años también a nosotros nos preocupan de manera preferente, son: 1) *Un título ejecutivo europeo*, 2) *procedimientos sumarios y provisionales; las medidas urgentes de protección*, 3) las *astreintes*; 4) *procedimientos para las pequeñas causas*; 5) *los litigios complejos*.

¹⁶ C.S., Fallos 308:54; 312:1614; 313:1293, su doctrina entre otros.

¹⁷ Remitimos a «El proceso justo y la interpretación de las cargas técnicas y económicas en la casación bonaerense», D.J., 2000-2-1223.

Alberdi Y La Filosofía del Derecho

**La filosofía y el derecho en el
Fragmento preliminar de Alberdi**

JULIO CÉSAR CASTIGLIONE

**Juan Bautista Alberdi y el reconocimiento
del derecho universal**

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

**La presencia romanista en el *Fragmento preliminar*
al estudio del derecho de Juan Bautista Alberdi**

JUAN CARLOS GHIRARDI

La lógica en Alberdi

OLSEN A. GHIRARDI

Alberdi, precursor de la constitucionalización del derecho de familia

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

**Tiempos nuevos y viejas cuestiones:
la deuda externa**

EFRAÍN HUGO RICHARD

La filosofía jurídica de Alberdi y el tomismo

MANUEL RÍO

**Juan Bautista Alberdi y su influencia en los métodos interpretativos de la
Constitución Nacional**

MARIO MARTÍNEZ CRESPO

LA FILOSOFÍA Y EL DERECHO EN EL *FRAGMENTO PRELIMINAR DE ALBERDI*

por JULIO CÉSAR CASTIGLIONE *

SUMARIO: Introducción. Primera Parte. La época. a. El mundo a principios del siglo XIX. b. América del Norte. c. América hispana. d. La Argentina de Alberdi. Ambiente intelectual. Etapas del pensamiento filosófico en la Argentina hasta Alberdi. La filosofía sensualista. Primeros catedráticos de filosofía en la Universidad. El romanticismo historicista. El hombre. 1. Su vida hasta que escribe el Fragmento. 2. Formación intelectual. 3. Influencias. Autores. Segunda Parte. Análisis del Fragmento. Introducción. 1. La filosofía. 2. El derecho. 3. La filosofía del derecho. 4. Derecho natural. 5. Derecho positivo. 6. Las leyes. 7. Ley natural. 8. Filosofía de la historia. 9. Jurisprudencia. Conclusiones. Sintetizando. a. Alberdi filósofo. b. Las contribuciones del Fragmento.

Introducción

Este trabajo se propone analizar las ideas filosóficas y jurídicas de Alberdi expuestas en su obra *Fragmento preliminar al estudio del derecho*.

Aunque la labor intelectual y filosófica del ilustre tucumano ha sido objeto de investigaciones profundas por conocidos tratadistas que casi han agotado el tema, en particular el Dr. Olsen Ghirardi, la profesora Lucía Piossek Prebisch de Zucchi y el Dr. Bernardo Canal Feijóo, estimo que siempre es posible agregar algunas consideraciones que puedan contribuir a un mejor conocimiento y apreciación de su obra.

Cuando se estudia la participación que alguien ha realizado a la cultura, sobre todo en una época diferente de la que se escribe, es muy conveniente enfocar previamente la situación social y las ideas imperantes en la época del protagonista. Esto contribuye a facilitar la comprensión de sus realizaciones a los lectores. De otro modo, los juicios pueden pecar de parcialidad ya que todos los humanos somos deudores de nuestra época. Es obvio que si Aristóteles hubiera vivido en el siglo XIX y Marx cuatro siglos A.C., sus producciones hubieran sido muy diferente de lo que fueron. Si se tiene presente que la sociedad griega era altamente estática y la europea del siglo XIX intensamente mutable, se comprende todo lo que el esencialismo aristotélico (filosofía de la permanencia y de la identidad) y el dinamismo marxista (filosofía del cambio y de la diversidad) le deben a su respectivo mundo. Esto no significa negar la originalidad de cada autor y la posibilidad de llegar a la verdad, sino la de admitir que las investigaciones están en cierta medida condicionadas por los problemas, esperanzas, deseos y conocimientos de la época en la que viven y trabajan.

PRIMERA PARTE

La época

Es importante hacer un doble análisis: a) el de la situación social -política, económica, demográfica, etcétera- y b) el de las ideas o cosmovisiones imperantes. Es evidente que ambos elementos influyen en gran medida sobre las concepciones que se forjan los hombres en las distintas épocas.

a. *El mundo a principios del siglo XIX*

Con Galileo y Newton nace la ciencia en el siglo XVII, aproximadamente. Gracias al método experimental o la mensuración de los fenómenos y al unir la inducción con la deducción nace una nueva forma de conocer más segura que la filosofía por ser verificable ¹. Se une con la técnica y comienza una acelerada transformación del mundo cuya importancia difícilmente puede ser medida. Se produce en Inglaterra la revolución industrial en el siglo XVIII, y la autocracia y el sistema de estratificación social tambalean, de modo que se producirá la caída de la monarquía en Francia. Se declaran los derechos del hombre y del ciudadano, ya reconocidos en los EE.UU. en 1787, la división de los poderes, la abolición de los privilegios y más tarde el llamado Estado de derecho (Von Mohl en 1832) que significa la plena democratización del gobierno.

Por otra parte, como sostiene Del Percio ², el siglo XVIII es el siglo de la Ilustración, de la modernidad en su apogeo. Nada hay que no pueda ser conocido por la razón; y paralelamente, no hay conocimiento que no deba ser comunicado a toda la humanidad. Llevar a todas partes las luces de la razón adquiere dimensiones de imperativo religioso, como una suerte de evangelización laica de todo el planeta. Se supone que el aumento y la difusión del conocimiento traerán por sí mismos un mejoramiento moral de los hombres.

El mundo es «desmagizado», librado de misterios y encantamientos por obra de la razón. Por lo tanto, nada ha de aceptarse porque sí; todo ha de ser sometido al proceso de crítica racional, concepto clave para comprender la época. Esta actividad habrá de horadar los cimientos del orden social europeo y fundar una nueva legitimidad.

Junto al endiosamiento de la razón, se pone al sentimiento en un lugar preeminente gracias a la obra de Hume y de Rousseau. Éste habrá de sostener que la civilización degrada moralmente al hombre. Surge así el mito del buen salvaje de tanta influencia en el romanticismo.

Aparece la *Enciclopedia* como un gran esfuerzo de sistematización del conocimiento y se desarrolla con fuerza en Francia la idea de progreso con Turgot, Comte y especialmente Condorcet, para quien el progreso es una ley necesaria e ineluctable, producida por el desarrollo de los conocimientos y que habrá de producir una mayor igualdad entre los hombres.

Tres cosas, por lo menos, se deben registrar:

- 1) El endiosamiento de la razón. El hombre moderno no acepta dogmas o creencias no justificadas por la razón. Todo debe pasar por su tamiz.
- 2) La convicción de una ley necesaria y universal de progreso en todos los órdenes.
- 3) Idea de igualdad y democracia, como ideal político que campea en la Europa occidental y que ya tiene un comienzo de realización.

Las principales corrientes filosóficas de la época: Tres son las principales líneas de la filosofía europea que van a repercutir en la Argentina de ese tiempo. Una, antigua, la escolástica y dos nuevas, el romanticismo y el historicismo. Por cierto que el espíritu secularista y racionalista se dan por descontados.

1. El romanticismo

El romanticismo es un movimiento que dominó todas las áreas del pensamiento y la creación artística, principalmente europeas, durante la primera mitad del siglo XIX, y que, opuesto al racionalismo ilustrado y positivista y a los modelos del arte clásico que habían imperado en las primeras décadas del siglo XVIII, surgió como una exaltación del individuo, la naturaleza y la belleza, y como expresión del espíritu de rebeldía, libertad e independencia.

Las composiciones románticas mostraban un carácter fantástico y novelesco que rompía con los cánones clásicos. En sentido negativo, producto de la reacción ilustrada, significaba «quimérico, «absurdo» «irrealizable». Pero adquiere también -como resulta de la preeminencia de la imaginación- un significado de lo que despierta el ensueño y las emociones profundas. Desaparece su conexión con la novela -romance- para vincularse con lo melancólico y agreste de la naturaleza.

Significó el triunfo del sentimiento y de la pasión sobre la razón. Contra la sistemática ordenación de la vida impuesta por el racionalismo, se dirigió a lo espontáneo, a las fuerzas vitales del hombre y a sus facultades místicas e intuitivas. Supone una expresión del espíritu de rebeldía, libertad e independencia que dominó todas las áreas del pensamiento y la creación artística.

Se trata de un movimiento ecléctico constituido por actitudes, creencias, ideologías y sistemas filosóficos antitéticos, su carácter será intrínsecamente contradictorio y ambivalente y no se materializará en un principio único e incontrovertible. Propugna la emancipación del individuo ante el peligro de una creciente colectivización. Lo subjetivo, irracional e imaginativo es destacado. El concepto romántico de la verdad se presenta como una categoría dialéctica, y el de la belleza, como la síntesis de elementos heterogéneos y antinómicos, producto de polaridades y tensiones continuas.

Supone una reacción frente a la tradición en distintos ámbitos -políticos, filosóficos, artísticos, etc.- y propugna la emancipación del individuo en todas sus dimensiones. En política surgen los nacionalismos por rechazo a la uniformidad imperial impuesta por Napoleón. Significó el triunfo de la libertad, el predominio de la burguesía y la quiebra de la aristocracia. Produce un exagerado individualismo y exaltación de lo singular. En filosofía se produce una ruptura con el equilibrio objetivo y racional que había impuesto el pensamiento ilustrado y la preceptiva clásica del siglo anterior

2. *El historicismo*

Se desarrolla en Alemania a principios del siglo XIX. Tiene como precursor a Gustavo Hugo (1764-1844) y como máximo exponente a Federico Carlos de Savigny (1779-1861).

Mientras en Francia apareció en el dominio jurídico la Escuela de la Exégesis, al amparo del reciente Código Civil, que dominó la ciencia del derecho civil y se impuso en todas las ramas del derecho codificado, en la vecina Alemania la Escuela Histórica se impuso y se expandió por gran parte de Occidente.

Hernández Gil ³ sostiene que en materia jurídica se ha querido ver una cierta afinidad entre la exégesis y el clasicismo literario. Postulado capital: la obediencia a la regla. Igualmente habría afinidad entre el romanticismo literario y un romanticismo jurídico. En oposición al sometimiento a la regla, el culto a la razón y el respeto a los antiguos, se cree en el carácter interno de la regla, predominio del sentimiento sobre la razón, animadversión hacia los conceptos y rebeldía contra la autoridad de lo tradicional. Se da un cierto irracionalismo y una hegemonía de lo personal y arbitrario.

Dice este autor: *«Así como el racionalismo es el fondo sobre el cual se recorta la figura de la escuela francesa de la exégesis, su antítesis, el romanticismo irracionalista, es la concepción filosófica que da impulso a la escuela histórica alemana. Ésta supone que el derecho fluye de la fuente inagotable que es la vida misma»* (pág. 51).

A su vez, Vigo ⁴ sostiene que el romanticismo es el clima cultural en el que nace el historicismo. Este movimiento enfrenta al iluminismo y por oposición a éste, destacará el valor de la historia, de los sentimientos, de los grupos orgánicos configurados en naciones, y además, implicó una afirmación del pueblo alemán frente al expansionismo francés. En esa época, también se consolidará en Alemania el Idealismo que llegó a ser la expresión filosófica del romanticismo.

Postulados:

- 1) *Empirismo*. El derecho sólo puede ser conocido por la observación.
- 2) *Causalidad y determinismo*. El derecho es producto de la historia, que es quien la determina. No puede escapar de esta influencia.
- 3) *Irracionalismo y relativismo*. El derecho no es producto intencional de la razón, sino necesariamente del devenir histórico. Por lo tanto no hay principios innatos o dados. Todo cambia con el flujo histórico. No hay nada inmutable.
- 4) Repulsa hacia la codificación y enfatización del valor de la costumbre.

5) Rechazo obvio del derecho natural, dado que todo cambia con el flujo histórico.

3. La escolástica

Esta corriente filosófica está en esa época en decadencia, pero en los países católicos conserva todavía una gran importancia.

Etimológicamente deriva de *schola*, escuela, y significa ciencia de la escuela. Con este término se designa el saber teológico-filosófico cultivado en las escuelas medievales. La escolástica tiene por función servir a la teología implicando una lucha en torno a las grandes cuestiones humanas. Un saber independiente con métodos y problemas propios. Además, es predominantemente tarea de escuela, lo que significa una actitud de reserva ante las innovaciones precipitadas y supone un crecimiento orgánico y conservación de un patrimonio común en método y contenido.

De su peculiaridad nace el método escolástico para la enseñanza y la producción escrita. La *lectio* (conferencia) dilucidaba los textos tradicionales con explicaciones que se consignaban en comentarios. La profundización completa de una cuestión se llevaba a cabo en diálogos cuyo desarrollo estaba sometido a reglas: las disputas; de ellas salían las colecciones de *quaestiones*. La estructura de la *quaestio* escolástica comprende, primero las razones en pro y en contra, que plantean problemáticamente la cuestión y se apoyan de ordinario en la autoridad (no se olvide que sus temas son filosóficos); luego el desarrollo y demostración de la solución positiva y, por último, la respuesta a las objeciones que se oponen. Muchas veces utilizan también este esquema los comentarios, con el fin de unir a los textos, pensamientos propios después de un planteamiento independiente de las cuestiones, y sobre todo echan mano de él las grandes sumas teológicas. Caracterizan al método escolástico el planteamiento nítido de la cuestión, los conceptos claros, la argumentación lógica y la terminología sin ambigüedades.

El problema fundamental de la escolástica es el de llevar al hombre hacia la comprensión de la verdad revelada. Pretende ejercitar la actividad racional con la finalidad de llegar a la verdad religiosa, demostrarla o aclararla en los límites de lo posible y dotarla de un arsenal defensivo contra la incredulidad y las herejías. En su tarea no se confía sólo a las fuerzas de la razón, sino que llama en su ayuda a la propia tradición religiosa o filosófica mediante el uso de las denominadas *autoritates* que es la decisión de un concilio, una sentencia bíblica de un padre de la Iglesia o también la de un gran filósofo pagano árabe o judío. El recurso a la autoridad es la manifestación típica del carácter común y superindividual de la investigación escolástica en que el hombre en particular quiere sentirse apoyado de continuo por la responsabilidad colectiva de la tradición eclesiástica ⁵.

Se considera padre de la escolástica a San Anselmo de Canterbury. Se ocupa del problema de los universales. Le comunica gran desarrollo Pedro Abelardo, que busca una línea media entre el nominalismo y el ultrarealismo. El apogeo de la escolástica se produce con la fundación de las universidades y la actividad intelectual de los órdenes mendicantes. Alberto Magno realiza la hazaña de unir a Aristóteles con la herencia agustiniana; empresa que termina con Tomás de Aquino el más grande y sistemático de la gran escolástica. La escolástica tardía de los siglos XIV y XV está constituida por escuelas vinculadas a diversas órdenes, y produce importantes trabajos. En general, falta ya el ímpetu creador; el pensamiento se pierde en sutilezas formalistas. La escolástica así degenerada se encuentra con el humanismo y sufre fuerte crítica.

La importancia de la escolástica resalta porque elabora sistemáticamente por primera vez la filosofía cristiana, poniendo sus fundamentos ⁶.

b. América del Norte

Los Estados Unidos declaran su independencia de Inglaterra en 1776, se organizan jurídicamente de un modo original y recibe importantes contingentes de inmigrantes europeos que le permiten lograr un rápido y profundo desarrollo. Estudiada por Tocqueville ejercerá una

profunda influencia en la mentalidad política de los dirigentes de varias de las jóvenes repúblicas sudamericanas que acaban de lograr también su independencia. En general, quedan deslumbrados y lo tienen como uno de los modelos por seguir. Algunos de nuestros próceres visitan ese país -Sarmiento, Alberdi, etc.- y otros lo conocen por lectura de libros y relatos de viajeros.

Hay dos hechos que llaman la atención a todos los que conocen y visitan EE.UU.:

1) El rápido y potente desarrollo económico;

2) El orden y la paz reinante bajo un régimen democrático y la libertad y respeto de que gozan sus ciudadanos, a pesar de la existencia de la esclavitud, sobre todo en el sur.

En lo que respecta a sus ideales filosóficos, hay por lo menos algo que es indudable: el espíritu práctico y utilitario de los norteamericanos, cuyo ideal fundamental parece ser enriquecerse.

El derecho, a su vez, semejante al inglés es poco propenso a las leyes, dominado por la jurisprudencia, y la existencia de jurados en los casos criminales.

Alberdi menciona este relegar filosófico de los norteamericanos en alguno de sus escritos, cuando afirma: «*No hay pueblo en el mundo menos metafísico que los Estados Unidos y que más materiales de especulación sugiera a los pueblos filosóficos con sus admirables adelantos prácticos*» y agrega: «*Han hecho ver que no es verdad que sea indispensable la anterioridad de un desenvolvimiento filosófico para conseguir un desenvolvimiento político y social*».

Cabe consignar que Piossek Prebisch sugiere como explicación, no una de las «*frecuentes y básicas contradicciones*» de Alberdi, dado que antes había afirmado que como «*la filosofía es lo que gobierna y vertebrada los actos de la vida y la conducta de un pueblo*», sino que plantea una excepción. Si bien la filosofía de cada época y de cada país emana de las necesidades más imperiosas de cada época y pueblo, el desarrollo «normal» exige un largo proceso que puede reducirse, eligiéndose entre las soluciones existentes las que más se adapten a las necesidades de la época. Y esto es lo que habría pasado en los EE.UU.. Se habría dado, pues, una excepción urgido este país por las necesidades sociales ⁷.

c. América hispana

Ha roto sus vínculos políticos con España, pero conserva fuertes relaciones sociales con la ex metrópoli. No consigue una estabilización política ni el desarrollo económico. Reina, en general, la anarquía, el despotismo, la miseria de las masas que coexiste con una minoría rica, culta y privilegiada. Quizá su problema más grave es el político social. Dividida en dos clases muy diferenciadas, una minoría culta y rica, descendiente de los conquistadores, y una gran mayoría, pobre y analfabeta, producto de descendientes de los indígenas que poblaban los países hasta la llegada de los europeos. Esta dicotomía tan nítida resulta una enorme dificultad para el gobierno democrático que las ex colonias hispanas pretenden imponer como sistema político.

La influencia ideológica de Hispanoamérica en la época de Alberdi es reducida y poco apreciable.

d. La Argentina de Alberdi

Cuando nace Alberdi, hacía 21 años que en Francia se había producido una revolución que cambiaría de un modo profundo la vida social, política, jurídica y económica de Occidente y cuya influencia se extendería a nuestro país. Aunque las comunicaciones son absolutamente incomparables con las actuales, se puede afirmar que la Argentina recibe una influencia francesa relativamente grande. Llegan al país muchos libros franceses y la elite intelectual argentina conoce esa lengua, por lo que se nutre con su producción. Francia está a la cabeza del desarrollo intelectual, junto con Alemania e Inglaterra, pero su influencia se siente aquí mucho más. Los enciclopedistas y filósofos son leídos y comentados. En Alemania está en plena evolución el movimiento romántico y en el aspecto jurídico, Hugo y Savigny han dado lugar a la Escuela Histórica.

Por otra parte, en América del Norte los EE.UU. se desarrollan rápida y grandemente, con orden, libertad y democracia.

Según opiniones autorizadas, en 1810 la Argentina contaba con 405.000 habitantes. La provincia de Buenos Aires tenía 92.000, Córdoba 60.000 y Santiago del Estero, 40.000 ⁸. Los habitantes del país habrían aumentado, en la época en que escribe Alberdi, a unos 500 mil habitantes y la ciudad de Buenos Aires contaría con unos 60.000 aproximadamente. Nuestro territorio era casi un gran desierto incomunicado. No había ferrocarriles ni caminos buenos. La diligencia era el medio de transporte más rápido hacia el interior y difícilmente podría lograr un recorrido de más de 150 kilómetros por día. Si se considera que de Buenos Aires a Jujuy hay aproximadamente 1.800 kilómetros y otros tantos hacia los pueblos más alejados hacia el sur y el oeste, las noticias debían llegar a los puntos más alejados, con una demora de unos 10 días como mínimo.

No se han conquistado los dos desiertos -desde la parte meridional de la provincia de Buenos Aires hacia el sur y Chaco, Formosa y parte de Salta y Noreste de Santiago del Estero en el Norte. No ha llegado la ola inmigratoria, ya que según el primer Censo Nacional de 1869 sólo teníamos en cifras redondas 1.600.000 habitantes. Santiago es después de Buenos Aires, Córdoba y Entre Ríos, la más poblada con 132.000. La producción era fundamentalmente agrícola y sólo contábamos con dos universidades: la de Córdoba -colonial-, fundada inicialmente en Santiago del Estero en 1614 y la de Buenos Aires en 1821.

Para tener una idea de cómo fue nuestro país en la época colonial y en los primeros tiempos de independencia, es interesante conocer lo que sostiene Sergio Bagú ⁹. España y Portugal no llegaron a enraizar una economía moderna de bases capitalistas. La persecución política y religiosa extrema hirió las fuentes productivas de tal modo que jamás ambas metrópolis lograron superar sus deletéreos efectos.

El enquistamiento de las economías metropolitanas impidió obtener de sus colonias mejores frutos y las colocó en situaciones de inferioridad para competir en lo económico con otras potencias europeas.

Enquistado el mecanismo de la producción en un molde anacrónico las enormes riquezas coloniales no pudieron ser asimiladas por aquéllas y se filtraron a través de la península para ir a desembocar, en los países cuyas estructuras económicas nacionales más modernas -no su genio innato, ni su raza- las absorbieron con avidez y provecho.

Robustecido el enemigo europeo, ganó la batalla imperial, porque usó en ella armas económicas más eficaces y modernas.

Malas fueron las condiciones de labor y de vida del trabajador colonial. Bajos, el índice de productividad y la calidad de la mano de obra. Injusta, la organización social. Ausente de sentido ético, el régimen de trabajo y de distribución de los bienes.

Si, pues, en lo económico la situación era mala, no era mejor en lo político. En nuestra patria, la situación es muy parecida a la explicada *ut supra* sobre la América hispana. Rosas gobierna con mano férrea en Buenos Aires y el resto del país está en manos de los caudillos locales, lo que produce una situación de anarquía que habrá de proseguir hasta la organización nacional luego de Caseros, la Constitución del 53 y la unión con Buenos Aires.

Es esta realidad, con la cual se encuentra Alberdi y su generación, lo que explica su juicio negativo sobre España a la que acusa en la nota 9 del Fragmento (pág. 330) de haber pasado en un apoltronamiento vergonzoso mientras Europa se desarrollaba filosóficamente. También por carecer de un gobierno representativo como se está dando en el resto de Europa y cuyos mejores hombres fundaron los Estados Unidos. Y, sin duda, esto explica también su deseo de un proyecto nacional que contribuya a la solución de los problemas nacionales. El secularismo que surge con la Revolución Francesa, el naciente prestigio de la ciencia y sus descubrimientos, como sus aplicaciones técnicas y el descrédito en que cae la escolástica tardía que es incapaz de enfrentar las nuevas ideas filosóficas y humanísticas, producto del intenso y creciente movimiento científico, explican también sus ácidas críticas a esta filosofía y su rechazo, pese a ser un respetuoso creyente. Por eso, sostiene, por ejemplo que suprimir la religión es mutilar al hombre y volver a la barbarie (pág. 332) Y en otra parte, (pág. 340). «*Si queremos, pues, ser de nuestro siglo, si realmente aspiramos a ser progresivos, principiemos por abdicar las preocupaciones antirreligiosas de Voltaire...*». No se debe olvidar, como enseguida veremos, que esta

filosofía era la imperante en la Argentina en la época en que Alberdi escribe el Fragmento, dado la religiosidad del pueblo español que la traspasó a sus colonias.

Ambiente intelectual

Según Cosmelli Ibáñez ¹⁰, en materia filosófica y a semejanza de lo acontecido en diversos aspectos de la cultura, nuestro país recibió, con el transcurso de los años, distintas influencias del pensamiento europeo. La escolástica o filosofía de la Iglesia Católica, predominó casi exclusivamente durante la dominación española, aunque a comienzos del siglo XVIII penetraron doctrinas cartesianas, y en las postrimerías del régimen virreinal lo hicieron las nuevas ideas de los pensadores franceses, conocidas con el nombre de ilustración o iluminismo. Estas corrientes no ejercieron influjo decisivo y las manifestaciones culturales del período colonial se mantuvieron dentro de un trasplante escolástico, cuyos principales representantes fueron religiosos españoles.

En plena época de Rosas, Esteban Echeverría introdujo el romanticismo historicista. De principios liberales, se opuso a la tradición escolástica y a la cultura hispanocolonial y reconoce como fundador a Víctor Cousin, un pensador poco original, que pretendió armonizar distintos sistemas.

El trasplante ideológico de la revolución francesa de 1830 llegó a nuestro país por medio de gran cantidad de libros y dio origen a un proceso de agitación intelectual que tuvo su centro en Buenos Aires. Entre los que se adhirieron a esta corriente francesa de carácter romántico, ecléctico y sansimoniano, deben recordarse al ya citado Echeverría, Alberdi, Juan María Gutiérrez, Sarmiento, Mitre, etcétera. El aporte europeo produjo importantes consecuencias de orden político, sociológico, literario e historiográfico, aunque no alcanzó igual importancia en el aspecto filosófico.

En el romanticismo historicista que fue la filosofía de la organización nacional existió una particular inclinación al conocimiento del pasado. Su mejor representante dentro de una concepción filosófica fue Juan Bautista Alberdi, que se inspiró en esta corriente del pensamiento para sus estudios sobre la realidad argentina.

Etapas del pensamiento filosófico en la Argentina hasta Alberdi

Con las dificultades que siempre ofrece estudiar la evolución del pensamiento filosófico, que constituye en sí -por las incógnitas que plantea- algo problemático, se pueden considerar en nuestro país, según Cosmelli Ibáñez, los siguientes períodos: a) la escolástica colonial que -con ciertos planteos modernos- continúa hasta el presente; b) el iluminismo y la ideología sensualista, delimitados entre los años 1800 y 1830; c) el romanticismo historicista o filosofía de la organización nacional; d) el positivismo, que fue trasplantado en las últimas décadas del siglo anterior.

La filosofía sensualista

A comienzos del siglo XIX se inició en nuestro país un movimiento de renovación en la enseñanza de la filosofía, debido a los pensadores materialistas franceses, particularmente de Esteban de Condillac (1715-1780), que en su libro *Tratado de las sensaciones* expone una teoría sensualista pura.

Condillac afirma que el conocimiento se va dando sucesivamente, como si el ser humano fuera una estatua, a la cual se le aplican los sentidos, desde el olfato hasta el tacto. Al término de este proceso se logra la conciencia completa, es decir, el conocimiento.

Condillac era creyente -fue un sacerdote católico- y sostiene que Dios y el alma son una simple unidad de la conciencia.

Las ideas de Condillac, seguidas luego por el conde Destutt de Tracy (1754-1836) y otros filósofos llamados ideólogos, evolucionaron más tarde a un materialismo ateo.

La Mettrie, autor del libro *El hombre máquina*; Helvétius (1715-1771) y en especial el alemán que vivió en París, el barón de Holbach -en sus obras *Sistema de la naturaleza* y *La moral universal*- afirman que las sensaciones constituyen el único medio para obtener el conocimiento.

Esta doctrina se insinuó en algunos centros culturales porteños al término del período hispánico; sin embargo, recién en 1819 se inicia esta reacción contra el pensamiento escolástico tradicional, con la prédica de Juan Crisóstomo Lafinur. Luego le siguieron dos hombres de mayor cultura filosófica: Juan Manuel Fernández de Agüero y Diego Alcorta.

Desde 1809 a 1813, el sensualismo figuró en las explicaciones que el jurisconsulto Francisco José Planes dictaba en los cursos de filosofía del Colegio de San Carlos. Hombre culto, integró el grupo morenista y fue miembro de la Sociedad Patriótica. En su pensamiento se adhirió a las doctrinas del enciclopedismo.

Primeros catedráticos de filosofía en la Universidad

Creada la Universidad de Buenos Aires, inició los cursos de filosofía en 1822, el doctor Manuel Fernández de Agüero, que fue separado de la cátedra en mayo de 1826 y debió renunciar al año siguiente. Este sacerdote de origen español se apartó del escolasticismo tradicional para enseñar según la corriente de los ideólogos franceses del siglo XIX. Lo reemplazó el doctor Luis José de la Peña y, aunque al cabo de un tiempo Agüero volvió a la cátedra, finalmente presentó su renuncia en 1827.

Luego dictó filosofía en las aulas universitarias el doctor Diego Alcorta hasta el año 1841, en que fue reemplazado por el doctor José León Banegas, que prolongó su labor docente hasta 1852.

El romanticismo historicista

Echeverría y Alberdi

A fines del siglo XVIII y comienzos de la centuria siguiente surgió en Europa el romanticismo, doctrina preferentemente literaria, que significó una estética del sentimiento basada en la ruptura con los moldes clásicos.

Lo introduce en nuestro país Esteban Echeverría

En su pensamiento se aprecia la influencia de las ideas sociales de Saint Simon y de Pedro Leroux, aunque también sostuvo principios cristianos liberales del teólogo Lamennais.

Continuador de Echeverría fue el tucumano Juan Bautista Alberdi a quien Coriolano Alberini calificó como «*el más eminente pensador entre los próceres*». Sociólogo militante, a través de sus obras trazó un panorama exacto sobre los orígenes de nuestra nacionalidad y sus cimientos económicos. Merece destacarse su *Fragmento preliminar al estudio del derecho* (1837), -inspirado según Cosmelli Ibáñez en el que aplica las doctrinas románticas al estudio histórico y sostiene que el derecho es un producto social, relacionado con la forma de ser de un pueblo y ambiente de la época.

Según la opinión de Alberdi, la ideología de la Ilustración había declinado en importancia y era forzoso su reemplazo por otra que atendiera a lo más positivo y real, de acuerdo con las obligaciones creadas por una nueva situación histórica.

El hombre

1. Su vida hasta que escribe el Fragmento

Alberdi nace en Tucumán 1810 y muere en París en 1884. Termina de escribir el *Fragmento* en 1837, es decir que viene al mundo junto con la libertad de su patria y vive el proceso de su independencia y afianzamiento como país libre y soberano. Su juventud la pasa en la metrópolis -Buenos Aires- y conoce las dificultades que tiene el país para encontrar un derrotero que marque su destino y las convulsiones internas que sufre la Argentina como resultado de las luchas entre los caudillos. Al mismo tiempo tiene el modelo de la gran democracia del Norte que se desarrolla pujante y de, algún modo se busca imitar. Es una persona inquieta, con vivos deseos de saber, espíritu inquisitivo que lee con avidez y juzga con cierta prontitud. Se junta con un grupo de jóvenes animados de un espíritu progresista, buenos conocimientos intelectuales y una ansia de contribuir para orientar el camino que lleve a la patria a su grandeza y desarrollo.

Era hijo de un español, Salvador Alberdi, y de Josefa Aráoz, tucumana. Su padre, de carácter liberal, fue un fervoroso admirador de Rousseau. Por su decisión a favor de la causa revolucionaria mereció que el Congreso de 1816 le acordase la ciudadanía argentina, y fue miembro de la legislatura tucumana. Aún no había cumplido 12 años cuando falleció su padre, dueño de una modesta tienda y botica, dejándolo huérfano con cuatro hermanos que fueron los que recogieron la herencia.

Cursó sus estudios primarios, y en 1824 fue becado por el gobierno de Tucumán para continuarlos en el Colegio de Ciencias Morales en la época de Rivadavia. En agosto fue admitido al Colegio, pero acostumbrado a la vida provinciana no soportó el régimen del internado y lo abandonó antes de concluir el año, no sin acreditar durante ese breve intervalo, una fuerte inclinación por la música. Comenzó entonces su aprendizaje comercial, como simple dependiente en la céntrica tienda de Maldes, en la que estuvo desde 1824 hasta 1827. Perdida la beca se le despertó la afición por la lectura y conoció *Las ruinas de Palmira*, de Volney, mientras su tío Alejandro Heredia le daba lecciones de latín. Impulsado a reanudar los estudios en el citado colegio, cobró amistad con Miguel Cané, quien viéndolo solo y lejos de su familia le ofreció su casa en 1827.

Concluidos sus estudios en 1830, Alberdi pasó con sus compañeros a la Universidad de Buenos Aires, donde participó del movimiento cultural de ese tiempo. Se inició escribiendo sobre música, arte que no dejó de practicar jamás a pesar de sus pasiones por la política. En 1832, publicó *Ensayo sobre un método nuevo para tocar el piano con la mayor facilidad*, que le abrió las puertas de los salones, y se lo dedicó al Dr. Diego Alcorta. Se concretó su prosa cuando escribió la *Memoria descriptiva sobre Tucumán*, en 1834, y su Contestación al voto de América, en 1835, de Rivera Indarte, en la que puso de manifiesto su talento jurídico.

En realidad, para nuestro análisis ya no nos interesa conocer el resto de la vida de Alberdi, dado que el *Fragmento* está ya escrito y la evolución que sufrirá su pensamiento no puede alterar sus juicios emitidos en esta obra. A lo sumo pueden contribuir a mostrar cómo ciertas ideas en embrión o poco afianzadas se van consolidando con su madurez.

2. Formación intelectual

En el momento que termina el *Fragmento*, Alberdi tiene apenas 26 años y aún no se ha recibido de abogado. Lee francés y por las citas que hace, conoce bastante latín. Todo esto no deja de ser extraordinario si se piensa que ocurrió hace casi 180 años y en Buenos Aires no debía haber grandes bibliotecas disponibles, núcleos intelectuales que estimulen la adquisición del saber y el diálogo necesario para consolidarlo y expandirlo. Tampoco instituciones culturales -la Universidad de Buenos Aires cuenta menos de veinte años de existencia- aptas para contribuir al desarrollo de su formación intelectual.

3. Influencias. Autores

Es evidente que como casi toda la intelectualidad argentina de la época, Alberdi recibe una gran influencia francesa, luego del historicismo alemán. Resulta explicable dado que Francia, en ese tiempo era una de las principales difusoras del saber, especialmente en lo filosófico y político, que eran los temas que más apasionaban al joven Alberdi.

En lo que respecta a la filosofía, se conocía en el Río de la Plata a los enciclopedistas -Rousseau, Montesquieu y Voltaire- Además, a Cousin, Jouffray, Lermínier.

Según Ghirardi ¹¹ el tucumano manifiesta manejar en el Fragmento no menos de ciento cuarenta autores (pág. 46) lo que muestra su amplitud de pensamiento, pero en muchas ocasiones ellas no significan su total dominio, pues resulta evidente que no los leyó y sólo los conoce por las citas de otros autores.

De todos modos, los filósofos que más influyeron sobre él fueron, para Ghirardi, como veremos enseguida, Volney y Leroux.

SEGUNDA PARTE

Análisis del Fragmento ¹²

Introducción

Alberdi, al escribir sobre la teoría del derecho natural, explica lo que se propone tratar en el *Fragmento*, como preliminar indispensable para el estudio de toda legislación, de todo código: ¿qué orden, qué reglamento es el derecho? ¿Cómo lo conocemos, en qué consiste, sobre qué versa, cómo y por qué lo observamos, a qué conduce, de dónde procede? (pág. 359). Se puede apreciar, pues, la amplitud de las ambiciones del gran tucumano.

1. La filosofía

Noción: Para Alberdi la filosofía es «*la ciencia de la vida, del ser de todas las cosas. Explicar o dar razón de las cosas es filosofar. La filosofía, es, pues, lo que todo el mundo entiende por tal desde que Virgilio la definió rerum cognoscere causas*» (pág. 444).

Agrega que «*es la primera necesidad científica de una cabeza racional: es decir, la de razonar, filosofar. Así lo vemos -sostiene- en Cicerón, Leibniz, Grocio, Montesquieu, Vico. Por eso ha dicho Dupin: 'Es necesario estudiar el derecho natural y estudiarlo antes de todo'*» (pág. 322).

Importancia: ... es la ciencia de las ciencias (pág. 446) porque estudia «*junto con la religión los grandes problemas humanos*» (pág. 476) y su «*destino guarda un eterno paralelismo con los de las otras ciencias, y muy especialmente con la ciencia social y jurídica*» (pág. 446).

... ella (la filosofía) da la «*explicación del vigor gigantesco del poder actual: la hemos podido encontrar en su carácter altamente representativo*» (pág. 334).

Lo que no es: «*... la ideología de Condillac ni la psicología experimental de Reid o Stewart*» (pág. 475).

Fallas en el filósofo: «*... la doble falta del racionalismo y del experimentalismo de Descartes y de Bacon*», ha consistido en «*... elevar la filosofía sobre el testimonio de la razón individual...*». De ese modo la han mutilado y han cortado el hilo tradicional de la vida de la filosofía, al organizarla independientemente del desarrollo continuo del mundo y de la humanidad (pág. 444).

Carácter de la filosofía: «... la filosofía es inextinguible, como la vida, de la cual no es más que un modo...» (pág. 475).

Lo que estudia la filosofía: Son «altas y nobles cuestiones: ¿qué es el hombre? ¿de dónde viene? ¿A dónde va? ¿Qué hace en la tierra? ¿Qué se debe a sí mismo, a los otros, al universo, a Dios? Luego, junto con la religión, pero desde puntos de vista diferentes -una por la razón, la otra por la revelación divina- resuelven grandes problemas». «Tienen grandes destinos solidarios y paralelos» (págs. 475-6).

Confusiones que hay que evitar: «... es menester no confundirla, como hasta hoy, con sus medios de proceder, las fuentes del conocimiento, la observación y la razón» (pág. 443).

Lo más antifilosófico: Barbadiño sensato portugués, «ha condenado filosóficamente la filosofía escolástica y en esto se ha mostrado discípulo de Ramus, de Bacon, de Descartes, porque en efecto, nada hay de más antifilosófico que la filosofía escolástica» (pág. 321).

El gran problema resuelto por la filosofía. Su misión: «Constituir y organizar la razón colectiva de la humanidad viva es el problema que ha resuelto con la doctrina de la perfectibilidad indefinida. Constituir y organizar la razón colectiva de la humanidad. Progreso continuo es la divisa. La persecución infatigable del desarrollo indefinido del género humano es la misión de la filosofía» (pág. 445).

La ley de la vida del universo: «... es el progreso continuo. Luego, explicar una cosa es dar la ley de su desarrollo. Y conocer esta ley, es conocer su vida» (pág. 445).

La misión y dogma de la filosofía y el problema que la filosofía acaba de resolver: «Constituir y organizar la razón colectiva de la humanidad viva es el problema resuelto con la doctrina de la perfectibilidad indefinida. La divisa de la filosofía moderna es el progreso continuo» (pág. 445).

Misiones de la filosofía: «... tuvo en Francia (hasta 1789) una misión crítica, analítica, revolucionaria...» (pág. 475).

«Luego de 1789 no debía ya presentarse en el campo de la sociabilidad y la política, mientras un siglo nuevo y de un carácter diferente no se inaugurase en 1830, en que se ha dejado ver otra vez sobre su arena favorita, no ya con el antiguo carácter de revolucionaria, sino bajo la bandera benéfica de progreso pacífico, de asociación, de igualdad, de libertad constitucional» (pág. 475).

«...su objeto preferido... el estudio sintético del hombre, del pueblo, de la humanidad, del mundo, de Dios; pero no bajo éste o aquél aspecto exclusivo, del hombre psicológico, del hombre espiritualista, manía que en la restauración (de la monarquía en Francia) había sucedido a la otra manía del hombre materialista del último siglo; sino del hombre unitario, no obstante la trinidad de sus fases, del hombre en su unidad espíritu-cuerpo: ministerio racional ante el cual la filosofía por un exceso de filosofía, ha debido inclinarse y crear sobre él una fe para apoyarse en ella, en tanto que nuevos progresos del espíritu humano no presenten los medios de una transgresión legítima y fecunda, con el fin de continuar el estudio del hombre en sus relaciones con la humanidad, del hombre colectivo, del hombre social, del hombre como órgano, del hombre como miembro de este gran cuerpo que se llama la humanidad, de la cual no es más que un miembro pensante, fuera de la cual no es más que un fragmento sin vida, un átomo despreciable, y por cuya vida vive él y a cuyo sostén está destinado» (pág. 475 y ss.).

La filosofía en Francia: «La filosofía en Francia no existió propiamente desde 1789 hasta 1830, porque descendió desde las alturas del pensamiento a la esfera de los hechos. La filosofía del siglo XVIII puesta en acción. Napoleón despojó a la filosofía del gobierno de la sociedad y lo tomó el mismo. Porque la filosofía terminó en 1789 su misión crítica, analítica

revolucionaria y recién vuelve en 1830 con la bandera benéfica del progreso pacífico de asociación, de igualdad, de libertad constitucional. Ha vuelto al estudio sintético del hombre, del pueblo, de la humanidad, del mundo de Dios. Pero, del hombre unitario no obstante la trinidad de sus fases, del hombre colectivo, del hombre social como miembro de la humanidad...» (pág. 475).

Napoleón y la filosofía: «Napoleón no amaba la filosofía. Su antipatía era filosófica. No la amaba porque la temía, ella había derrocado la vieja monarquía y podía hacer con él otro tanto. Napoleón se hizo enemigo de la filosofía cuando se hizo antirrevolucionario, cuando intentó detener el progreso. Su odio a la filosofía prueba la sagacidad de Napoleón porque él comprendió el poder de las ideas» (pág. 446).

Fuente de nuestro conocimiento: «Ellas son dos: la observación o experiencia y la razón o análisis. Bacon, organizó el ejercicio de la observación y originó el método experimental. Descartes, enseñó el ejercicio de la razón y creó el método racional o analítico» (pág. 443).

El creador de la filosofía moderna: «Pero ni Descartes ni Bacon crearon la filosofía moderna, que no es tampoco la ideología de Condillac, ni la psicología experimental de Reid o Stewart» (pág. 444).

El creador de la filosofía moderna para Alberdi es Galileo, porque «enunció la idea del movimiento que encierra toda la filosofía». Con esto quiso decir que la humanidad se puso en marcha y, en efecto, desde entonces el género humano recomienza una era progresiva en la cual no retrocederá jamás ¡así lo quiera Dios! (pág. 445).

La filosofía escolástica: «Descartes batió y pulverizó la filosofía escolástica y peripatética, y aquí está su inmensa gloria: porque en efecto este triunfo es el del espíritu nuevo sobre el espíritu viejo; de la modernidad sobre la antigüedad, de la razón sobre la tradición».

«Descartes y Bacon son los ojos de la filosofía moderna. La doctrina de la perfectibilidad es la conciencia de la filosofía» (pág. 445).

Comentarios

Noción de la filosofía: Su noción de la filosofía no está descaminada con relación a la que hoy y siempre se ha admitido. Ciertamente es el saber que se ocupa de los grandes problemas humanos, (pág. 476) del destino del hombre.

Considera Alberdi que ella analiza las causas de los seres, como ya sostenía Aristóteles, y por cierto, tiene razón. Aunque claro, se trata de las causas lejanas o supraempíricas y no de la causa eficiente próxima, de la que se ocupa la ciencia. Por otra parte, y también como ya lo reflexionaba el Estagirita, todos los hombres de un modo u otro hacen filosofía cuando razonan, sólo que algunos la hacen de un modo consciente e intencional y muchos sin quererlo ni advertirlo. Alberdi, se me ocurre, lo insinúa, pero quizá con menor precisión al explicar: «es la primera necesidad científica de una cabeza racional: es decir, razonar, filosofar». Ergo, todo hombre que piensa filosofa.

Importancia de la filosofía: Le atribuye una gran importancia, lo que contrasta con la concepción actual que generalmente la relega a un lugar secundario como un saber meramente conjetural (Popper) y subordinado al saber científico que tiene primacía. Para el tucumano, se trata de un saber inextinguible, como la vida, de la cual no es más que un modo (pág. 475).

Esta importancia resulta también, por implicar un saber paralelo y solidario a la religión. Ambas estudian lo mismo aunque desde puntos de vista diferentes -razón y revelación- (pág. 475).

Misiones de la filosofía: Ghirardi manifiesta que Alberdi insiste firmemente en que la filosofía tiene una misión que cumplir, basada en las doctrinas del pasado y penetrada de las necesidades sociales, morales e inteligentes de nuestro país...como la perfectibilidad indefinida, el progreso continuo del género humano... (pág. 161).

Esta convicción se basa en el carácter de saber dirigido a la acción que el tucumano la atribuye a la filosofía.

Según Canal Feijóo ¹³ para Alberdi la verdadera constitución de un país es «*el orden orgánico de los distintos elementos de un pueblo, en virtud del cual todos estos elementos parten de un fin y van a un mismo fin...*».

De aquí infiere que Alberdi percibe... que ya es tiempo de estudiar en el estado actual de la sociedad argentina..., su naturaleza filosófica y vestir sus elementos mal conocidos de formas originales y americanas. Agrega luego, es necesario «*la conquista de una conciencia nacional, por la aplicación de nuestra razón naciente a todas las fases de nuestra vida nacional*», que cese el plagio...

Más adelante, señala Canal Feijóo (pág. 146): «*Por primera vez, en los años que lleva de existencia independiente el país, alguien usa la filosofía con designios metódicos para pedir su cifra sustancial al presente fenomenal y confuso, y granjear una norma para la dirección histórica de la vida nacional; la filosofía como diagnóstico de su tiempo y como «programa de trabajos futuros»... «Por primera vez, en la historia de la cultura americana, se intenta afirmar una filosofía desde fuera de la cátedra, sustituir a las filosofías del claustro, una filosofía de la palestra; a la filosofía «pura» una filosofía «para»; a la filosofía -metafísica, una filosofía social...*».

Filosofía y ciencia: Pareciera nuestro autor correr el riesgo de confundir filosofía con ciencia ya que afirma «*es la ciencia de las ciencias*», «*es la primera necesidad científica de una cabeza racional*» (págs. 322 y 446) y afirma que «*explicar o dar razón de las cosas es filosofar*». sin aclarar y distinguir que también la ciencia se ocupa de esta tarea aunque desde otras perspectivas..

Seguramente hubiera sido mejor que Alberdi distinguiera clara y expresamente entre ciencia y filosofía, pero en su época y con los conocimientos disponibles, eso quizá habría sido pretender demasiado.

Parece también exagerar la importancia de la filosofía al expresar que «*ella da la explicación del vigor gigantesco del poder actual: la hemos podido encontrar en su carácter altamente representativo*» (pág. 334). «*Y, en efecto, todo poder que no es la expresión de un pueblo, cae: el pueblo es siempre más fuerte que todos los poderes y cuando sostiene uno es porque lo aprueba*».

Teoría y práctica en Alberdi: Uno de los temas más apasionantes de la filosofía, es la relación existente entre la teoría y la práctica, el ser y el deber ser. Tradicionalmente, o sea para Aristóteles y Tomás de Aquino, se ha considerado a la filosofía como un saber fundamentalmente teórico -la metafísica- y que el deber ser -la ética- dependía del ser. Modernamente se descrea de la metafísica y se ha roto el vínculo entre los dos saberes. Sea como fuere, lo cierto es que se sigue considerando a la filosofía como un saber básicamente teórico o desinteresado. En Alberdi, la filosofía no se agota en la pura contemplación, a él le interesa como medio de transformar el país, como mero prolegómeno para la praxis ¹⁴.

Y es su inclinación por una filosofía de la acción, quizá lo que mejor explica, en mi parecer, su incisiva y cáustica crítica a la escolástica y al aristotelismo a quienes debe considerar como estériles, dado que no son útiles, que no llevan a la acción.

Esta orientación hacia la acción se pone de resalto cuando se leen sus manifestaciones sobre la misión crítica de la filosofía en Francia (pág. 475 y ss.).

Ghirardi sostiene que Alberdi cree que la filosofía debe adecuarse a la América del Sur, de ahí la necesidad de conocer nuestra realidad. Y si se debe estudiar la filosofía teórica, dada su necesidad, no es para quedar ahí, sino que es necesaria aplicarla a los intereses de los países sudamericanos. Agrega Ghirardi otro pensamiento alberdiano: «*La abstracción pura, la metafísica en sí, no echará raíces en América*» (pág. 170-172). Como se advierte, el tucumano no es afecto al puro saber especulativo. Lo reitera Ghirardi: para Alberdi no existe sino el saber práctico... todo es en función de una praxis (págs. 164-165).

Filosofía escolástica: De conformidad con el espíritu de su época, pese a ser creyente y apreciar la religión católica, critica con dureza a la escolástica a la que considera el saber más antifilosófico que pueda existir. (pág. 321). Sostiene que Descartes batió y pulverizó la filosofía escolástica y peripatética. Esa es su inmensa gloria porque es el triunfo del espíritu nuevo, de la modernidad, de la razón (pág. 445). No obstante llama la atención que Alberdi se refiera a la naturaleza humana (pág. 384) como algo inmutable y a la existencia de leyes y principios invariables, ideas propias del aristotelismo (ej. la ley del progreso indefinido). Esto parecería no conciliarse con la idea del movimiento descubierta por Galileo que encerraría toda la filosofía (pág. 445).

El progreso indefinido: Y también, envuelto por la confianza ingenua en el progreso indefinido que embargó a los hombres del siglo XIX, se declara un defensor ciego de «la doctrina de la perfectibilidad indefinida. A ella la califica nada menos que: «*el gran problema resuelto ahora por la filosofía*» (pág. 445). Progreso continuo es la divisa. La persecución infatigable del desarrollo indefinido del género humano es la misión de la filosofía (pág. 445). De forma candorosa estima que la filosofía por fin ha resuelto el gran problema humano, su destino, por medio de la ley de la perfectibilidad sin fin. «*Conocer esta ley es conocer su vida*» (pág. 445).

La razón colectiva de la humanidad: Otra cosa que llama la atención es que el filósofo norteño ponga el acento en la organización de la razón colectiva de la humanidad y rechace aparentemente el análisis y consideración de lo individual. Por eso critica a Descartes y a Bacon que han elevado la filosofía sobre el testimonio de la razón individual. Así -sostiene- la han mutilado al organizarla independientemente del desarrollo continuo del mundo y de la humanidad (pág. 444).

El origen de la filosofía moderna: Es curiosa también su afirmación sobre el origen de la filosofía moderna que atribuye a Galileo. Es sabido que este gran sabio es considerado como el fundador de la ciencia, especialmente por estimárselo inventor del método científico¹⁵. Dice Papp que mientras Descartes y Bacon escribieron tratados sobre el método científico que no fueron aplicados por nadie, Galileo dio en su *Dicorsi* imperecederos ejemplos prácticos del proceso intelectual que se convirtió en el indispensable instrumento de exploración científica del mundo físico. Para Ferrater Mora, en su *Diccionario* (pág. 387), Galileo es propiamente el fundador de la ciencia moderna de la naturaleza en su estado de madurez. Agrega, que la importancia de Galileo para el pensamiento filosófico, consiste en que su nueva idea de la física hizo posible a la vez una nueva idea de la filosofía. Sin la imagen física de Galileo no es comprensible la imagen filosófica de Descartes y, en general, el idealismo moderno. Al reducir los fenómenos a lo cuantitativo, y poner como base de ellos a lo mensurable y matemático, Galileo inicia una nueva temática que todavía alienta en la filosofía kantiana. Ciertamente es que las teorías físicas de Galileo suponen una filosofía, pero es muy difícil encontrar en una historia de la filosofía a Galileo como un integrante de este mundo.

Y es curioso que el tucumano dé como razón por la cual le atribuye este título, el hecho de haber enunciado «*la idea del movimiento que encierra toda la filosofía*» (pág. 445). Como es sabido, entre los grandes paradigmas filosóficos, el marxismo se caracteriza por ser una filosofía de la acción. Niega el principio de identidad y la esencia de los seres, basado en la premisa de que «todo está en cambio o movimiento». ¿Habría imaginado Alberdi que sus ideas llegarían a tener este parentesco con las de Marx, tan alejado de él en otros aspectos?

Napoleón y la filosofía: Advierte que Napoleón no amaba la filosofía, la temía. ¿Cuál es la explicación? Sucedió, afirma, que ella había derrocado la vieja monarquía y éste quiso detener el progreso, dado que se hizo antirrevolucionario. Su odio a la filosofía -agrega- prueba su sagacidad, porque comprendió el poder de las ideas (pág. 446).

Como se ve, Alberdi está en las antípodas de Marx, las ideas son más poderosas que las fuerzas económicas.

2. El derecho

Etimología de la palabra derecho: Sostiene Alberdi que la palabra derecho etimológicamente viene de *jubere* y *dirigere*, palabra latina que tienen un mismo significado, mandar, ordenar, dirigir. De ahí la sinonimidad de la palabra *jus*, que deriva de la primera con la palabra *directum*, que deriva de la segunda. Una y otra se resumen en la palabra española «derecho», que significa consecuentemente, mandado, ordenado, reglado (pág. 359).

Cuestiones que se propone tratar: Alberdi se plantea ¿qué orden, qué reglamento es este que llamamos derecho? ¿Cómo lo conocemos, en qué consiste, sobre qué versa y por qué le observamos, a qué conduce, de dónde procede? Tal es la serie de cuestiones que se plantea en el *Fragmento* como un preliminar indispensable para el estudio de todo código (pág. 389).

Noción del derecho: Para Alberdi el derecho no es una colección de leyes escritas. Hace este hallazgo cuando lo conoce a Savigny. Sostiene que entonces descubre que «*era nada menos que la ley moral del desarrollo armónico de los seres sociales. La constitución misma de la sociedad, el orden obligatoria en que se desenvuelven las individualidades que la constituyen*». Lo concibe entonces como «un fenómeno vivo» que se debe estudiar en la vida del Estado (pág. 319).

Los que ven en el derecho «*una colección de leyes escritas no hacen caso de la filosofía. Para ellos hasta es extranjera a la jurisprudencia. Lo ha dicho así terminantemente el editor español de la Instituta de Alvarez*» (pág. 321).

Sostiene Alberdi que se debe considerar al derecho de una manera nueva y fecunda como un elemento vivo y continuamente progresivo de la vida social (pág. 320).

El derecho no es más que «la regla moral de la conducta humana». Por lo tanto el conocimiento del derecho debe ser precedido por el conocimiento del fin de la conducta humana (pág. 371).

El futuro del derecho: Según Alberdi (en nota pág. 120), el derecho llegará a ser un día una ciencia tan cierta como las naturales, dado que sus hechos fundamentales aunque ajenos al dominio de la observación sensible pero reales y fundamentales como los sensibles, podrán «*ser sometidos a rigor de una observación experimental, de una inducción severa y a una exposición científica y sistemática*» pág. (458).

Cómo debe estudiarse el derecho: Por esta razón la ciencia del derecho debe «*volverse experimental como la física*». Declara Alberdi que el derecho tomó entonces para él «*un atractivo igual al de los fenómenos más picantes de la naturaleza*» (pág. 319).

Apariencia multifacética: Las manifestaciones del derecho, sus formas, su modo de desarrollo no son idénticos: ello como el hombre y el hombre como la naturaleza, son fecundos al infinito. «*La naturaleza no se plagia jamás y no hay dos cosas idénticas bajo el sol*» (pág. 326).

Necesidad de un derecho para la Argentina: Explica Alberdi que nuestra misión presente es el estudio y el desarrollo pacífico del espíritu americano, que no debíamos importar derecho extran-jeros sino propio. Sostiene que «*un sistema propio nos era indis-pensable...*». «*Entretanto podemos decir que esta concepción no es otra cosa que el sentimiento de la verdad profundamente histórica y filosófica que el derecho se desarrolla bajo el influjo del tiempo y del espacio*» (pág. 333).

Derecho y leyes: Alberdi distingue claramente el derecho de las leyes y sostiene: «*Saber leyes no es saber derecho, porque las leyes no son más que la imagen imperfecta y frecuentemente desleal del derecho que vive en la armonía viva del organismo social*». Pero este estudio constituye la filosofía del derecho (pág. 321).

Considera que se debe «*concebir al derecho como un elemento constitutivo de la vida social que se desarrolla con ésta de una manera individual y propia...*», «*el arte, la filosofía, la industria son como el derecho, fases vivas de la sociedad cuyo desarrollo se opera en una íntima subordinación a las condiciones del tiempo y del espacio...*» «*no se importan jamás; por todas partes son indígenas como el hombre; tienen su germen en la naturaleza de éste, o más bien ellos la forman*» (pág. 326).

Caracteres del derecho: El derecho es una cosa viva, positiva, no una abstracción, un pensamiento, una escritura. El derecho pues, como todas las fases de la vida nacional se desenvuelve progresivamente y de una manera propia (pág. 341).

Importancia del derecho: «*Si el derecho es la regla fundamental de la sociedad humana y el guardián de la libertad individual; si su fin es que el hombre persevere inviolable en el ejercicio del pleno y nativo señorío de sí mismo, en el desempeño inalterable de su misión terrestre, el derecho es una necesidad fundamental de la naturaleza humana y no una invención caprichosa del hombre*». Viene de Dios... «*por lo tanto es también absoluto, eterno y santo por sí mismo como la libertad que custodia*» (pág. 384).

El derecho positivo: Al hablar del derecho positivo, Alberdi advierte que el derecho es una necesidad fundamental de la constitución humana por lo que ha debido y debe tener realidad, pues que «*la humanidad es sustancialmente idéntica por todas partes y tiempos*» (pág. 402).

Propiedades del derecho positivo: Según Alberdi, tres son las propiedades que ha tomado la realización positiva del derecho natural en el tiempo y el espacio:

- 1) Temporalidad por estar circunscripto a una época
- 2) Imperfección por no ser del todo verdadero y legítimo
- 3) Mutabilidad porque tiende continuamente a aproximarse más y más el derecho real al racional, lo que es el termómetro del progreso legal de un pueblo.

En resumen, para Alberdi puede usarse un solo calificativo: la «relatividad» (págs. 403-4).

Concluye: por lo tanto el derecho positivo es «*una amalgama más o menos proporcionada de real y verdadero, de parcial y universal, de temporal y perpetuo*» (pág. 404).

El error de la Escuela Histórica: «*Despreciar lo racional, lo filosófico, lo universal es el error de la Escuela Histórica*» (pág. 405).

La ciencia del derecho: Al analizar el rango de la ciencia del derecho, Alberdi explica que el derecho es una necesidad fundamental de la naturaleza humana, enumera una serie de relaciones de las que depende el orden social y señala que ellas son los elementos que formaron sobre un hecho fundamental -el derecho- un cuerpo de ciencia que tomó ese nombre. La ciencia reposa, pues, sobre el derecho y no busca más que el derecho. Sabe que existe una regla racional que gobierna la sociedad humana y no hace otra cosa que buscarla en las relaciones acaecidas o por acaecer.

Por lo demás, «*la ciencia del derecho es tan vasta como la ciencia del hombre y de la naturaleza*» (pág. 441).

Progreso del derecho: El derecho se transforma, el hombre lo puede modificar, pero «*modificar no es invertir. Y como no hay arte para aumentar o disminuir el número de los elementos de la constitución humana, para hacer nacer el hombre con más o menos sentidos y facultades, tampoco lo hay para alterar la sustancia, el fondo del derecho. El derecho como el hombre es perfectible indefinidamente pero no indefiniblemente; la base humana está dada, su altura es infinita. Su perfección no tiene fin, pero tiene programa. No sabemos hasta dónde llegará el hombre, pero sabemos hacia dónde va; será mejor el hombre venidero que el actual, pero siempre será hombre. Así, el derecho es móvil al infinito, pero jamás un hombre será legítimamente dueño de otro*». Podrá haber retrocesos efímeros pero a la larga el derecho siempre progresará. Vemos a cada paso injusticias, pero jamás una injusticia grande y constante. De otro modo, sería correcto decir que no hay armonía en el mundo sino caos y que Dios no es «*sabio sino estúpido y voluble*», por lo tanto «*negar la inmutabilidad del derecho, es una horrible blasfemia*» (pág. 385).

Finalidad del derecho: Según Alberdi el fin del derecho es la utilidad general. Por lo tanto, el sacrificio de la razón individual sería una justa injusticia (pág. 416).

Misión del derecho: Como lo habremos de ver enseguida, al analizar la relación entre el derecho y costumbre, la misión del derecho es garantizar la libertad del hombre en toda su integridad. (pág. 434).

De este modo, «*el efecto del derecho vuelto positivo por la ley social, es la libertad humana garantizada de una manera enérgica y permanente*» (pág. 438).

Funciones del derecho: Las funciones del derecho positivo, según Alberdi, son dos: 1) señalar y prescribir el derecho natural de cada relación social; impedir su infracción; por lo tanto las leyes que constituyen el derecho contienen dos términos: el precepto y la pena (pág. 438). El precepto ordena un comportamiento y la pena castiga la infracción (pág. 438).

Derecho, moral, economía y política: Según Alberdi el hombre mantiene cuatro grandes relaciones: con Dios, consigo mismo, con las cosas y con el hombre. De ellas, las dos últimas son del dominio del derecho por su naturaleza visible y externa (pág. 391).

Alberdi se pregunta si verdaderamente existe un orden social y sostiene que es necesario averiguar si hay efectivamente un derecho en el mundo (359). Se contesta: si es indudable como va a verse que el derecho no es más que la regla moral de la conducta humana, el conocimiento del derecho quiere ser precedido del conocimiento del fin de la conducta humana (pág. 371).

Explica después, que el principio y el fin del derecho es el bien en sí, la realización del orden absoluto; y el motivo que nos hace seguir el derecho es la obligación que nuestra razón concibe inmediatamente de proceder conforme al bien absoluto, en el instante en que este bien absoluto se hace conocer de ella (pág. 372).

Y la justicia «*compendio de toda la moral y de todo el derecho*»- está en conformar nuestra conducta íntima y externa a este orden absoluto (pág. 373).

De modo que el derecho es «*aquella parte de la moral que ha recibido y es capaz de recibir la sanción de los hombres*» (pág. 389)

En rigor, «*la economía y la moral no son dos ciencias, sino dos aspectos de una misma ciencia, la ciencia social*» (pág. 398).

Diferencias entre derecho y moral: La primera estriba en que el Estado no puede sancionar sino la justicia externa, es decir, la conformidad de nuestras acciones externas al bien objetivo, al bien absoluto. Toda conducta humana íntima y visible es del dominio de la moral; únicamente la conducta externa es del dominio del derecho.

La moral prescribe el bien, y este precepto implica la prohibición del mal: sólo esta última parte respeta al derecho: el derecho es, pues, una aplicación de la moral negativa, de la moral que veda el daño, y no de la moral que prescribe el bien, ¿por qué? Porque no dañar al otro es apenas darle lo que es suyo y darle lo que es suyo no es hacerle un bien positivo: hacerle un bien positivo es darle lo que no es suyo (pág. 389).

El derecho mínimo: «No hacer daño a otro es todo el derecho» (pág. 390). Resulta de todo lo que precede, que «el derecho no es más que un fragmento de la moral, lo moral externa y negativa. Pero es al fin un fragmento de la moral», «de ahí su carácter obligatorio» (pág. 391).

Derecho y religión: «Faltar a Dios, a las cosas, a sí mismo, no es faltar a sus semejantes. Así yo no puedo ser obligado penalmente por mi semejante, sino a no faltar a mi semejante en su propia persona o en las cosas que en él se han personalizado».

«Así religión, derecho, moral: tal es la jerarquía del deber humano. Los tres artículos, más bien de una sola ley: la virtud, que en su menor esfera constituye la religión natural», «más adelante la moral personal, después el derecho, por último la moral universal que abraza el círculo del deber» (pág. 393).

Debilidad originaria común: «En su común debilidad originaria, el derecho y la religión se debían una mano protectora, una recíproca garantía, pero el tiempo ha roto esta solidaridad, y el derecho y la religión pisan sobre base propia. El cristianismo ha cimentado la religión, y la filosofía el derecho: el uno por la sanción celeste; la otra por la razón humana». Luego explica: la necesaria unión -simpática armonía- entre la religión y la filosofía, ha sido alterada por comunes extravíos en un materialismo degradado. Pero hoy, -continúa-, nada tiene que temer la religión de la filosofía de este siglo...». *El hombre es tan creyente como racional, todo por naturaleza»* (pág. 395).

Luego concluye: «El cristianismo es la democracia y su influencia política es el bálsamo que alimenta el desarrollo de la libertad humana. El cristianismo es la libertad» (pág. 396).

Economía: La ciencia que busca la ley general del desarrollo armónico de los seres humanos es la ciencia social. El derecho estudia la ley social del desarrollo moral de los seres. La economía la ley social del desarrollo material (pág. 397).

Política: Es la ciencia que busca la más adecuada forma de organización social sobre un pie perfecto de derecho. Es, pues, el arte de realizar el derecho (pág. 398).

Sobre el hecho moral, es decir, sobre la faz moral del hecho humano -un fragmento de la cual es el hecho jurídico- deberá elevarse el derecho (pág. 398)

«En rigor, pues, la economía y la moral no son dos ciencias, sino dos aspectos de una misma ciencia, la ciencia social» (pág. 398).

Las leyes. Su importancia: Legislar «es poner en sus acciones la doctrina que encierra los preceptos». Como dice Séneca, «ars est bonum fieri. Legislar un pueblo es hacer un pueblo». Agrega: «Sería deseable que se detuvieran en estas consideraciones los que piensan que la obra de nuestra codificación nacional depende toda de la colaboración de un folleto de pocas páginas por un congreso general» (pág. 421).

Sanciones: Según Alberdi hay tres sistemas sancionadores: penal penitenciario y represivo. Luego, pone de manifiesto que la pena es injusta e ineficaz, dado que no puede reparar el daño ni prevenir su repetición (pág. 423) lo que no impedirá que continúe vigente.

Cómo deben ser las penas: «Para que sean eficaces deben ser inmediatas y ciertas» (pág. 424).

Condiciones esenciales de la leyes -o del derecho-: Debe ser racional, porque una regla que no es racional no merece el nombre de ley (pág. 430).

Como el «*derecho es la faz negativa de la moral y la ley es la expresión del derecho, no debe prescribir el bien positivo, sino el bien negativo, es decir, sólo debe prohibir el daño*» (pág. 431).

Consecuencia de la vigencia del derecho positivo: Dado que «*el derecho garantiza la libertad en toda su integridad*» (pág. 434), resulta que «*la vigencia permanente y enérgica de la libertad humana es la consecuencia del derecho vuelto positivo por la ley social*» (pág. 435).

Método para buscar el derecho: Es doble dado que es atestiguado por la conciencia y la historia: la observación y el análisis psicológico para lo primero, y para lo segundo, la observación y el análisis histórico (pág. 443).

Las verdades jurídicas encontradas deben ser expuestas metódicamente por la filosofía y la historia del derecho, la dogmática y la interpretación o jurisprudencia.

Comentarios

Alberdi, la Escuela Histórica y la noción del derecho: Es muy perceptible la influencia de la Escuela Histórica y de Savigny en sus reflexiones sobre el derecho. Por una parte comienza explicando la etimología del término derecho -muy similar a *jus*-, que significa mandato, ordenado, reglado (pág. 359). Se espera, entonces, que el derecho sea un mandato, un imperativo de los gobernantes, pero no. afirma rotundamente que es un producto social, (apartándose así de una corriente actual que ve a este saber como el estudio del conjunto de leyes impuestas por las autoridades). Sostiene que quienes eso consideran no hacen caso de la filosofía. (pág. 321). El derecho sostiene, con indudable acierto para su época y juventud, no es una colección de leyes escritas, y manifiesta que debe este descubrimiento a Savigny a través de Lerminier: «*Sus ardientes páginas hicieron en mis ideas el mismo cambio que en las suyas había operado el libro de Savigny*» (pág. 319). Comprende, entonces, que es nada menos que «*la ley moral del desarrollo armónico de los seres sociales. La constitución misma de la sociedad, el orden obligatorio en que se desenvuelven las individualidades que la constituyen*». Se trata de un fenómeno vivo que se debe estudiar en la vida del Estado (pág. 319).

Lo ve ahora de una manera nueva y fecunda, como un sistema vivo y continuamente progresivo de la vida social (pág. 320). El derecho no es más que la regla moral de la conducta humana.

De modo que el derecho es un mandato sí, pero no de los hombres, de las autoridades, sino de la naturaleza. Es un fenómeno vivo producto del desenvolvimiento social. Además, es una parte de la moral: «*es la regla moral de la conducta humana, por lo que su conocimiento debe ser precedido por el conocimiento del fin de la conducta humana*» (pág. 371). Guarda en este último aspecto, una similitud con la concepción que más tarde tendría el jurisconsulto alemán Jorge Jellinek cuando afirmó que el derecho era un *minimum* ético, posición que hoy es combatida por una parte importante de la doctrina jurídica.

Apariencia del derecho: De conformidad con esta noción -dependencia social del derecho- el derecho guarda una apariencia multifacética porque sus manifestaciones, formas y modo de desarrollo no son idénticos. Dado que los pueblos son diferentes, el hombre al igual que la naturaleza, es fecundo al infinito. La naturaleza no se plagia jamás (pág. 326).

La Argentina y el derecho: Si así es el derecho, si se desarrolla bajo el influjo del tiempo y del espacio, se comprende que nuestra patria no debe importar un derecho extranjero, sino extraer el propio que se va formando. Por eso la misión presente de los argentinos, que hemos

obtenido la liberación de España, es «*el estudio y el desarrollo pacífico del espíritu americano*». Un sistema propio nos era indispensable (pág. 333).

He aquí otro indudable acierto de Alberdi. Se podrá decir que se trata de algo elemental, pero eso es fácil sostener ahora. Piénsese con mentalidad de hace dos siglos y expuesto por un joven que ni siquiera es abogado y se podrá merituar su valor.

En otra parte, de conformidad con la Escuela Histórica, reitera: «*Se debe concebir al derecho como un elemento constitutivo de la vida social que se desarrolla con ésta de una manera individual y propia (...) el arte, la filosofía, la industria son como el derecho, fases vivas de la sociedad cuyo desarrollo se opera en una íntima subordinación a las condiciones del tiempo y del espacio (...) no se importan jamás; por todas partes son indígenas como el hombre; tienen su germen en la naturaleza de éste, o mas bien ellos la forman*» (pág. 326).

Más adelante agrega: «*El derecho es una cosa viva, positiva, no una abstracción, un pensamiento, una escritura. El derecho, pues, como todas las fases de la vida nacional se desenvuelve progresivamente y de una manera propia*» (pág. 341).

El derecho y las leyes: Alberdi insiste en distinguir claramente al derecho de las leyes y sostiene: saber leyes no es saber derecho. Porque las leyes no son más que la imagen imperfecta y frecuentemente desleal del derecho que vive en la armonía viva del organismo social (pág. 321).

Importancia del derecho: El filósofo norteamericano, de conformidad con lo que venimos diciendo, tiene un alto aprecio por el derecho dado que lo considera la regla fundamental de la sociedad humana y el guardián de la libertad individual, por lo que es una necesidad fundamental de la naturaleza humana y no una invención caprichosa del hombre. Viene de Dios... por lo tanto es absoluto, eterno y santo por sí mismo, como la libertad que custodia (pág. 384).

El futuro del derecho. Naturaleza de su ciencia: Al referirse al futuro del derecho, expresa una afirmación que parece poco conciliable con el estudio y con una concepción filosófica del derecho, si consideramos que este saber es suprasensible y no empírico como la ciencia. En efecto, sostiene (en nota en pág. 120), que el derecho llegará a ser un día una ciencia tan cierta como las naturales, pese a que sus datos fundamentales ajenos a la observación -pero reales como los sensibles- podrán ser sometidos al rigor de una observación experimental y de una inducción severa (pág. 458).

Con el entusiasmo producido por el descubrimiento que hace de la Escuela Histórica, «*que le produjo un atractivo hacia el derecho semejante al de los fenómenos más picantes de la naturaleza*» (pág. 319), Alberdi considera que la ciencia del derecho debe volverse experimental. Esto no parece conciliarse con otras de sus afirmaciones: «*La ciencia general del derecho -jurisprudencia- investiga la justicia o injusticia de las acciones comparada con el derecho prescrito por las leyes*» (pág. 440). «*El derecho positivo es el derecho natural hecho efectivo*» (pág. 433), «*La filosofía del derecho... de su constitución esencial deduce los preceptos...*» (pág. 443) etc.. Como es sabido, lo justo está más allá de la experiencia sensible. Nunca un saber experimental podrá ocuparse de lo justo en sí ni deducir preceptos de la constitución esencial del hombre.

Con relación a la ciencia del derecho, considera que se parte de la existencia de una regla racional que gobierna a la sociedad humana y se la debe buscar en las relaciones acaecidas o por acaecer. Ella es tan vasta como la ciencia del hombre y de la naturaleza. Llama aquí la atención que la regla que gobierna a la sociedad sea al mismo tiempo racional y, por otra, resulte (espontáneamente) de la vida social (págs. 333, 341, 326, etc.).

Alberdi y los derechos humanos: Si el derecho es un producto social, resulta obvio que ha de cambiar con la sociedad. Y así lo cree el gran tucumano. De paso, siguiendo a los franceses y norteamericanos y adelantándose a las Naciones Unidas, expresa en forma contundente aunque

algo velada, la noción de los derechos humanos. Así, al explicar que el hombre lo puede modificar, señala que eso tiene sus límites. Advierte que modificar no es invertir y así como no se puede cambiar la constitución humana y aumentar o disminuir el número de los sentidos y facultades, tampoco se puede alterar el fondo del derecho. Éste es perfectible indefinidamente pero no indefiniblemente, es decir, tiene fronteras. Por eso jamás un hombre será legítimamente dueño de otro. De este modo rechaza categóricamente que alguna vez podrá ser lícita la esclavitud. Parece claro que, para el pensador tucumano, existen derechos inextinguibles, esto es lo que hoy denominamos derechos humanos. Podrá haber retrocesos, agrega, pero sólo serán efímeros, jamás habrá tampoco una injusticia grande y constante. (pág. 385). Esto se relaciona con la misión del derecho, que para Alberdi es «*garantizar la libertad del hombre en toda su integridad*», de una «*manera enérgica y permanente*» (págs. 434 y 438) éste sería, pues, el principal derecho humano.

Primacía del bien común o utilidad general: De algún modo señala también el principio de primacía del bien común, que hoy el magisterio social de la Iglesia apunta como uno de sus principios señeros. Lo expresa indicando que la finalidad del derecho es la utilidad general. Por lo tanto el sacrificio de la razón individual -prevalencia del bien común sobre el individual- sería, lo dice de un modo elegante, una justa injusticia (pág. 416).

El derecho y la moral: Nuestro filósofo se encarga en forma más bien prolija de deslindar el derecho de otros saberes. Es interesante conocer cómo lo hace.

Lo más importante y delicado es explicar su relación con la moral dado que para él, el derecho es aquella parte de la moral que ha recibido y es capaz de recibir la sanción de los hombres (pág. 389). Señala entre ambas dos diferencias:

1) Toda conducta humana íntima es del dominio de la moral, sólo la conducta externa corresponde al derecho

2) La moral prescribe el bien -por lo tanto prohíbe el mal- el derecho sólo ordena no dañar, es una moral negativa porque esto es darle lo que es suyo. Hacerle un bien positivo es darle lo que no es suyo (pág. 389). Luego, concluye: el derecho es un fragmento de la moral, la moral externa y negativa. Por eso es obligatorio (pág. 391). «*No hacer daño es todo el derecho*» (pág. 390). Esto nos permite advertir que el filósofo norteno, parecería reducir el campo del derecho, dado que no tendría por función la paz social, solucionar los conflictos mediante un reparto, un campo más amplio, sino sólo una misión imperativa y fiscalizadora: prohibir e impedir el daño a los otros.

Derecho y religión: Para Alberdi, el derecho guarda una gran relación con la religión. Las tres -con la moral- se ocupan del deber humano. Su jerarquía es la siguiente: religión, derecho y moral, parten de una sola ley: la virtud. Observa que derecho y religión tienen una debilidad originaria. Aunque no lo explica de un modo expreso, parece referirse a que ambas se fundan en la conciencia humana que es libre y vulnerable. Por eso razona que se debían una mano protectora, pero el tiempo ha roto esta solidaridad. Se refiere, sin duda al secularismo, producto de la Revolución Francesa y al «materialismo degradado» que le ha sucedido. Pero, continúa, nada tiene que temer la religión de la filosofía dado que «*el hombre es tan creyente como racional*» (págs. 393-5). Reitera indirectamente su fe católica: «*el cristianismo es la democracia y su influencia política es el bálsamo que alimenta el desarrollo de la libertad humana*». Concluye: «*El cristianismo es la libertad*» (pág. 396).

Derecho y política: Para nuestro filósofo, la política es la ciencia que busca la más adecuada forma de organización social sobre un pie perfecto de derecho. Es, pues, el arte de realizar el derecho (págs. 397-8).

3. La filosofía del derecho

Noción: Es el saber que *«busca la misión del hombre en las leyes de su constitución esencial, y de la idea que de esta misión se forma, deduce los preceptos que deben reglar su conducta obligatoria»* (pág. 443).

La filosofía en sí misma: En cuanto a la filosofía en sí misma *«es la ciencia de la vida, del ser de todas las cosas. Explicar o dar razón de las cosas es filosofar»* (pág. 444).

El espíritu de las leyes: La filosofía *«es el primer elemento de la jurisprudencia, la más interesante mitad de la legislación: el espíritu de las leyes»*.

*«Lo conoció Cicerón, cuando escribió estas palabras bellas y profundas: **non e praetoris Edicto, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam**»* (pág. 321).

Leyes y filosofía del derecho: *«Y el estudio de este espíritu de las leyes no es distinto de la filosofía de las leyes. Porque saber el espíritu de las leyes es saber lo que quieren las leyes: y para esto es menester saber de dónde salieron, qué misión tienen, a qué conducen: cuestiones todas que constituyen la filosofía de las leyes. De suerte que filosofar en materia de leyes es buscar el origen de las leyes, su razón, su misión, su constitución, todo esto para conocer el espíritu de las leyes. Y como indagar el espíritu de las leyes es estudiar y entender las leyes como quieren las leyes, se sigue que la filosofía del derecho es una exigencia fundamental impuesta por nuestras leyes mismas»* (págs. 321 y 322).

Fundamento de la filosofía: *«... Como la vida, el desarrollo tiene tres términos, el principio, la ley, el fin o bien, un pasado, un presente, un porvenir, también la filosofía quiere una periodicidad análoga de existencia: quiere un pasado, un presente, un porvenir. Luego exige una tradición como condición de una vida completa. Luego quiere organizarse sobre un fundamento humano y constante y no sobre la base aislada y efímera de la razón individual»* (pág. 444).

El testimonio de la razón individual mutila la filosofía: *«Pero la organización de la razón colectiva de la humanidad impone una doble ley de relación y sucesión, sobre la cual descansa; relación que no se puede cortar para elevar la filosofía sobre el testimonio de la razón individual, sin mutilar la filosofía...»* (pág. 444).

La filosofía y el desarrollo continuo del mundo y la humanidad: No se puede cortar la doble ley de relación y sucesión sobre la que descansa la organización de la razón colectiva *«para elevar la filosofía sobre el testimonio de la razón individual sin mutilar la filosofía: sucesión que no es posible interrumpir para organizar la filosofía independiente del desarrollo continuo del mundo y la humanidad, sin cortar el hilo tradicional de la vida de la filosofía»* (pág. 444).

Su naturaleza deductiva: *«La filosofía del derecho busca la misión del hombre en las leyes de su constitución esencial y de la idea que de esta misión se forma deduce los preceptos que deban reglar su conducta obligatoria»* (pág. 443).

Forma equivocada de estudiar la ley: *«... La primera avidéz de una cabeza estrecha es conocer la letra, el cuerpo, la materia de la ley. ¿Qué resultado tiene esta manera de estudiarla? La habitud estúpida de acudir, para la defensa de las cosas más obvias, más claras de sí mismas, a la eterna y estéril invocación servil de un texto chocho, reflejo infiel y pálido de una luz efímera de la razón: la propiedad de abdicar sistemáticamente el sentido común, la razón ordinaria, el criterio general, para someterse a la autoridad antojadiza y decrepita de una palabra desvirtuada. Los discípulos de esta escuela consiguen razonar peor que todo el mundo: mejor que ellos*

discierne cualquiera lo justo de lo injusto. Para ellos la humanidad no tiene otros derechos legítimos que los que ha recibido de los reyes. En cuanto a nosotros Don Alonso ha creado lo justo y lo injusto. Mis bienes son míos, por Don Alonso; yo soy libre por don Alonso; mi razón, mi voluntad, mis facultades todas las debo a Don Alonso. De modo que si Don Alonso hubiese querido habría podido legítimamente privarme de mi propiedad, de mi libertad, de mis facultades y hasta de mi vida;! y yo y toda mi raza estaríamos hoy privados de la luz de sol!» (pág. 323).

Fin del hombre: Como el derecho «es la regla moral de la conducta humana», es necesario conocer el fin de la conducta humana y por lo tanto del hombre. «... este fin, este destino del hombre como, de todo ser creado es el bien: el bien y el fin de un ser, son, pues, idéntica cosa» (pág. 361).

Naturaleza del derecho: regla de obligación: «¿Pero el bien es obligatorio o discrecional, debemos buscarle o podemos renunciarle? Y, por tanto, ¿el derecho es una regla de conveniencia, de cálculo, de prudencia o es una regla de obligación, de ley, de moralidad? O bien, ¿el derecho es un derecho o es un fantasma? ¿Hay un derecho en fin? Aquí se siente la necesidad de analizar el bien, cuya noción filosófica es cuestión de vida o muerte para el derecho natural» (pág. 361).

Naturaleza del bien: «... el bien es un elemento complejo que quiere ser analizado, con tanta mayor necesidad, cuanto que la misión de este análisis ha sido y es la más abundante fuente de errores en materias morales».

«Para conocer el bien de un ser, es menester conocer la naturaleza de este ser, pues que su bien depende de su naturaleza especial, pues que no es otra cosa su bien que la satisfacción de su naturaleza. Para saber lo que satisface nuestra naturaleza es necesario saber antes lo que pide nuestra naturaleza, y para saber lo que pide, debemos saber antes lo que la mueve, lo que la gobierna, lo que la determina» (pág. 361).

Comentarios

Alberdi define la filosofía del derecho como el saber que busca la misión del hombre en las leyes de su constitución esencial, y de la idea que de esa misión se deduce los preceptos que deben reglar su conducta obligatoria (pág. 443). De modo que para nuestro autor, la filosofía jurídica no es un saber teórico, que indaga sobre la noción esencial del derecho en sus diversas causas, sino un saber práctico cuyo fin es deducir los preceptos que deben regir la vida social. Guarda de este modo coherencia su pensamiento con el fin práctico que él considera que tiene la filosofía. Y se aparta de la misión que normalmente se atribuye a la filosofía del derecho.

También guarda coherencia el método que propone: el deductivo. Conocida la misión del hombre, de estos principios se deducen los preceptos jurídicos. Vale la pena acotar que los romanos, inventores del derecho, siguieron un método distinto si le hemos de creer a Villey y a otros distinguidos juristas. La observación de las cosas -la práctica social, las relaciones de la vida social- Luego, enfocar con esta orientación el sentido común y el diálogo que se produce en el proceso el estudio de los casos concretos. Conocido lo justo concreto, se busca generalizar la solución. De esta forma obtenían los romanos las reglas jurídicas ¹⁶.

El método que sugiere Alberdi es propio de una ciencia totalmente formal que prescinde del conocimiento de la realidad y muy semejante al derecho natural racionalista de Grocio, Wolff y Pufendorf. A su vez entra en contradicción con su anhelo de convertir el estudio del derecho en una ciencia tan cierta como las naturales (pág. 458) que debe volverse experimental (pág. 319).

A su vez, para conocer al hombre es necesario conocer su fin, el fin de la conducta humana que es el bien (pág. 361). Queda claro también, que Alberdi se adscribe a la posición subjetivista del derecho, que entiende este saber como dirigido más a regir conductas humanas que a repartir bienes litigiosos, cosa

comprensible en su época ¹⁷ . De otro modo, lo importante habría sido conocer la naturaleza de las cosas y no el fin de la conducta humana, como sugiere Villey que hacían los romanos.

Las leyes: Sobre la forma equivocada de estudiar el derecho conociendo la letra de las leyes, son tan claras y obvias sus consideraciones, que no vale la pena agregar más, máxime que ya ha sido tratado el tema.

4. Derecho natural

Necesidad de analizar el bien: Para saber si hay un derecho es «*necesario analizar el bien, cuya noción filosófica es cuestión de vida o muerte para el derecho natural*» (pág. 361).

La base del derecho natural: «*Por fortuna hemos llegado a una materia de hecho, de observación y nos bastará una cuenta íntima de la razón de nuestras determinaciones morales, y por lo tanto, de nuestras acciones, que no son más que la realización de nuestras determinaciones íntimas, para saber lo que quiere, lo que satisface, lo que dirige nuestra naturaleza: es decir nuestros móviles, nuestros fines, nuestra ley. Resolver este triple problema es elevar desde la base todo el derecho natural*» (pág. 362).

Eficacia del derecho natural: «*Desde que el derecho natural necesita para surtir obligación legal ser prescrito por la sociedad, este requisito es esencial para su eficacia legal. De modo que data desde su promulgación de la ley su virtud obligatoria, la cual no puede retraerse a aquella época sin culpar la inocencia legal. Es inútil añadir que la promulgación debe ser pública, clara, neta, porque si todos deben conocer las leyes también las leyes deben dejarse conocer de todos*» (pág. 431).

«*Una regla racional prescrita por un moralista, no es ley por más racional que sea...*» (pág. 431).

Derecho natural realizado: «*... si la ley o el derecho positivo se supone que es el mismo derecho natural realizado; si el derecho natural es el límite de nuestra individualidad; si nuestra individualidad es la regla de nuestra libertad o derecho, vienen a ser equivalentes todas estas definiciones de la libertad: la potestad de obrar según la justicia, o según la razón, o según la ley o sobre lo nuestro o sin tocar lo ajeno; aquí hay diversidad de expresiones, ecuación de conceptos*» (págs. 435/436).

Caracteres del derecho natural: El derecho natural es «*eterno y universal*» (pág. 471).

Necesidad de estudiar el derecho natural: Dado que la «*incesante indagación de los principios racionales del derecho y el ejercicio constante de su aplicación práctica (...) es una necesidad científica de una cabeza racional*», su estudio es necesario. En la nota Alberdi sostiene que algunas personas creen que el estudio del derecho natural no es para la juventud, que es menester conocer primero y comprender después. Pero rechaza el argumento, afirmando que es necesario desarrollar el hábito de reflexionar (pág. 322).

Regla obligatoria del derecho natural o de la ley moral: «*... era indispensable para conocer la regla moral de la conducta humana, el conocimiento del fin de esta conducta...*».

«*Pero el fin es doble: es el bien personal y el bien impersonal (...) uno libre otro obligatorio*».

El principio y el fin, pues, del derecho es el bien en sí, la realización del orden absoluto; y el motivo que nos hace seguir el derecho, es la obligación que nuestra razón concibe «*... cuando lo conocemos*».

Comentarios

Alberdi no da una noción expresa de lo que entiende por derecho natural. Sólo dice que cuando se realiza por (la ley social de) cada pueblo se convierte en el derecho positivo (págs. 402, 435 y 438). Por lo tanto, parece que el derecho no vigente, pero conforme con la naturaleza de cada sociedad, sería el derecho natural.

Si, por otra parte, el derecho es una parte de la moral, la regla obligatoria que manda no dañar a otro (págs. 371, 390, 391) se puede concluir que la regla obligatoria que ordena no dañar, que es conforme con la naturaleza de cada sociedad y no se ha convertido aún en derecho positivo es el derecho natural.

El derecho natural sería, pues, el orden absoluto que es la justicia (pág. 373) y que se presenta a nuestra inteligencia.

¿Cómo se lo conoce? Por un análisis de nuestras acciones que nos señalan el triple móvil de la conducta humana: la pasión, el interés y la obligación (pág. 362). «*Resolver este triple problema, es elevar desde la base todo el derecho natural*» (pág. 362). Luego, explica «*Es incontestable la existencia del doble hecho de un motivo impersonal y de su carácter peculiarmente obligatorio*» (pág. 364). De modo que aquello que nos mueve nos hace conocer lo que es natural, nuestros fines, nuestra ley. (págs. 362 y ss.)

El derecho natural en sí no es obligatorio, por lo que se desprende que sólo es una guía para el legislador. Por eso una regla racional prescrita por un moralista, no es ley por más racional que sea... (pág. 431)

Por la misma razón -ser conforme con nuestra naturaleza inmutable- el derecho natural es eterno y universal (pág. 471).

Además (por lo ya explicado), el estudio de los principios racionales (derecho natural) y el ejercicio constante de su aplicación práctica, es una necesidad de una cabeza racional. (pág. 322).

Concluye el pensador tucumano afirmando que los análisis hechos conducen a «... *la concepción distinta y clara del verdadero bien obligatorio, para pasar a la concepción limpia y neta del verdadero camino que él deba conducirnos, de la verdadera regla obligatoria del derecho natural*». (pág. 371).

De modo que, al parecer, Alberdi ve al derecho no como el conjunto de principios y reglas que permiten solucionar conflictos, dando a cada uno lo suyo, sino como un saber moral que señala a cada hombre sus obligaciones para con los otros. Si esta afirmación es correcta, queda claro que el pensador tucumano está enrolado en la citada concepción subjetivista del derecho.

5. Derecho positivo

Efecto del derecho positivo: «*Una vez el derecho natural hecho efectivo por medio de una semejante ley, el primer efecto de este cambio es la realidad de la individualidad del hombre bajo la garantía de la sanción pública. En el instante, pues, en que este derecho positivo existe, dos cosas acaban de formarse con él y por él: la una es la potestad plena de cada hombre sobre sí mismo; la otra, y como consecuencia de la primera, es la necesidad de cada hombre de no mandar sino sobre sí propio; porque, en efecto, desde que cada uno es dueño de sí, nadie es dueño de otro. Por una metonimia se llama, y nosotros mismos llamaremos, derecho aquella potestad; por una metáfora se llama obligación esta necesidad. Vese que el derecho y la obligación son correlativas, se suponen mutuamente y tienen común origen*» (pág. 433).

Por lo que «*la realidad permanente y enérgica de la libertad humana es el resultado del derecho vuelto positivo por la ley social*» (pág. 435).

Funciones del derecho positivo: Según Alberdi, las grandes funciones del derecho positivo son dos: 1) señalar y prescribir el derecho natural de cada relación social; 2) impedir su infracción (pág. 438).

«Estas cosas, decimos, acaban y no principian a formarse con el derecho positivo, porque, en efecto, tienen su principio más allá del derecho positivo. No las crea éste, como dice Bentham, sino que las da una completa realidad de que carecían en su anterior existencia. El Estado es incapaz de crear derechos, si por derechos se entiende no una potestad arbitraria, hija de la fuerza, porque, sin duda, el Estado puede crear derechos de esta clase, sino una potestad legítima, racional, moral, inherente al hombre en virtud de las leyes de su constitución natural. En este sentido, decir que el Estado puede crear derechos, es decir que el Estado puede invertir la humana constitución. El Estado no hace, ni puede hacer otra cosa que dar una realidad estable y permanente a los derechos y obligaciones que antes de la sociedad sólo tenían una realidad imperfecta y precaria. Lo único que puede dar es penas y recompensas, y al favor de ellas, realidad completa a los derechos y obligaciones que no él sino Dios puede crear» (pág. 433).

Comentarios

Para Alberdi el derecho positivo es, como hoy comúnmente se lo entiende, el derecho vigente. Por eso dice que es el derecho natural llevado a la realidad (pág. 402).

Luego explica sus propiedades: es temporal, imperfecto y mu-table, resumiéndolo todo en un rasgo: la relatividad (págs. 403-4).

Es interesante destacar el sentido profundamente humanista del ilustre tucumano quien destaca que el Estado lo único que puede hacer es dar una realidad estable y permanente a los derechos y obligaciones que sólo tienen una realidad imperfecta y precaria en la mente de los juristas o moralistas. Porque sólo Dios puede crear derechos y obligaciones y el Estado no puede hacerlo si por ello se entiende una potestad arbitraria hija de la fuerza y no de la razón. Como ya lo expresé, parece de este modo anticiparse a la concepción moderna de los llamados derechos humanos, lo que significa un mérito indudable e inmenso.

6. Las leyes

Partes o elementos: «... cada ley contiene dos términos: el precepto y la pena» (pág. 438).

Fundamento de las leyes: Toda legislación «descansa sobre una base moral y utilitaria: declara el derecho su principio nativo y necesario del cual se confianza distinta» (pág. 352).

Error de Bentham: Bentham y sus discípulos han cometido el error de remplazar «el principio mismo del derecho por la utilidad, lo que sin duda era absurdo» (pág. 353).

Noción de ley: «La ley es una abstracción, una idea general, compleja (viene de escoger, recoger, según Cicerón y Vico). Será tanto mejor cuanto más general, más abstracta, más compuesta sea. Por eso la necesidad de una movilidad indefinida en la legislación» (pág. 354).

(En la nota 22 Alberdi afirma que el carácter de la ley es la generalidad y en la nota 24 sostiene que la propiedad esencial de la ley debía ser la universalidad y se estableció esta máxima de jurisprudencia: *legibus. non exemplis est iudicatum* (Vico) (pág. 354).

Error de algunos: Algunos parecen no haber comprendido al intentar «someter nuestra Constitución Nacional a una forma unitaria» (pág. 355).

Carácter de la ley: «Una regla que no es racional no merece el nombre de ley» (pág. 429).

«No porque la ley deba ser racional, de toda razón se ha de hacer ley; sólo la razón de pública necesidad, la razón de utilidad social, merece convertirse en ley» (pág. 431).

«... la ley, para producir el efecto que se propone, debe reunir en el mayor grado posible, generalidad, constancia, racionalidad, posibilidad, necesidad, utilidad, publicidad, penalidad,

exterioridad y legitimidad original, ¡qué de cosas en una sola ley, podríamos exclamar con Bentham!» (pág. 432).

Legislar: «... Legislar un pueblo es poner en sus acciones la doctrina que encierra los preceptos. Como dice Séneca, «ars est bonum fieri. Legislar un pueblo es hacer un pueblo». Agrega Alberdi: «Sería deseable que se detuviesen en estas consideraciones los que piensan que la obra de nuestra codificación nacional depende toda de la colaboración de un folleto de pocas páginas por un congreso general» (pág. 421).

Interpretación de la ley: La interpretación de la ley «es doble: filológica y filosófica» (pág. 438). No es suficiente conocer el significado de las palabras, es indispensable el conocimiento de la doble razón filosófica e histórica que produjo su sanción: comparar la época de su origen con la de su aplicación y ver si esta aplicación es esencialmente posible y oportuna (pág. 439).

Es necesario... *un gran conocimiento del corazón humano en general...* y «... un juicio despejado y recto,...» «... un ojo penetrante y fijo, para percibir las relaciones delicadas en que a menudo se oculta la justicia o injusticia, bajo la complicación inmensa de los principios, de los hechos, de las razones y de los intereses contrarios» (pág. 439).

Comentarios

Alberdi afirma que el término ley deriva de escoger, recoger y que es mejor cuando es más general, lo que, evidentemente, es correcto

Como lo advertimos antes, el tucumano rechaza la mera utilidad como fundamento del derecho o la ley, el error de Bentham y lo reemplaza por la utilidad general (pág. 416).

Y si bien la ley debe ser racional, eso no es suficiente, debe ser de pública necesidad o de utilidad social. (pág. 431).

Con profunda visión para sus juveniles años, señala que legislar es hacer un pueblo (pág. 421). De ahí que se debe conocer el pueblo para quien se legisla y no basta un folleto de pocas páginas aprobado por un congreso general.

Igualmente observa que hay dos tipos de interpretación: la interpretación filológica y filosófica. Ésta supone un conocimiento histórico para establecer su posibilidad y oportunidad (pág. 438). Señala otras condiciones como juicio recto y ojo penetrante.

Con sagacidad destaca que las penas suelen ser injustas e ineficaces (pág. 423) y para lograr su eficacia deben ser ciertas e inmediatas (pág. 424).

7. Ley natural

Problema argentino: «Cuando la voluntad de un pueblo rompe las cadenas que la aprisionan, no es libre todavía. No es bastante tener brazos y pies para conducirse; se necesitan ojos. La libertad no reside en la sola voluntad, sino también en la inteligencia, en la moralidad, en la religiosidad y en la materialidad. Tenemos ya una voluntad propia; nos falta una inteligencia propia. Un pueblo ignorante no es libre porque no puede; un pueblo ilustrado no es libre porque no quiere. La inteligencia es la fuente de la libertad; la inteligencia emancipa los pueblos y los hombres. Inteligencia y libertad son cosas correlativas; o más bien, la libertad es la inteligencia misma. Los pueblos ciegos no son pueblos, porque no es pueblo todo montón de hombres, como no es ciudadano de una nación todo individuo de su seno. La ley civil que emancipa la mayoría, no es arbitraria; es una ley natural sancionada por la sociedad. Es la naturaleza, no la sociedad, quien la emancipa proveyéndola de toda la fuerza de voluntad, de actividad y de inteligencia para ser libre» (pág. 330).

Legislación y filosofía: «La filosofía debe absolver esta teoría practicada instintivamente por el buen sentido legislativo de todos los pueblos. En todas las edades la humanidad no ha visto culpabilidad donde faltaba la razón» (pág. 330).

Comentarios

Son tan claras las afirmaciones alberdianas y ya prácticamente abordadas, que no merecen otras consideraciones.

8. Filosofía de la historia

Otra ciencia nueva: «Una vez concebida de este modo, queda todavía que estudiar la ley que sigue en su desarrollo, es decir, la teoría de la vida de un pueblo -lo que constituye la filosofía de la historia-. Otra ciencia nueva que nos es desconocida, y cuya inteligencia nos es tanto más precisa, cuanto que su falta ha sido y es la fuente de los infinitos obstáculos que ha encontrado nuestro desarrollo político desde la caída del antiguo régimen» (pág. 320).

«Es así como las leyes mismas nos mandan comprenderle, porque es el alma, la vida, el espíritu de las leyes» (pág. 320).

«Saber, pues, leyes, no es saber derecho, porque las leyes no son más que la imagen imperfecta y frecuentemente desleal del derecho que vive en la armonía viva del organismo social. Pero este estudio constituye la filosofía del derecho. La filosofía, pues, es el primer elemento de la jurisprudencia, la más interesante mitad de la legislación; ella constituye el espíritu de las leyes» (pág. 321).

Comentario

El ilustre tucumano, empeñado en desentrañar la quintaesencia del derecho y persuadido por Savigny de que éste está íntimamente unido al pueblo de donde surge, concluye en la necesidad de conocer la filosofía de la historia, un saber nuevo para la época. A su ignorancia le atribuye los obstáculos políticos que ha sufrido nuestro país desde la caída del antiguo régimen. Usa una metáfora: el espíritu de las leyes se encuentra en el análisis de su historia (pág. 320).

9. Jurisprudencia

Noción: La jurisprudencia es el saber que se ocupa de determinar lo justo o como lo dice Alberdì, «la ciencia que investiga la justicia e injusticia de las acciones sociales comparadas por el derecho prescrito por las leyes» (pág. 440).

«... es el primer grado de la ciencia general del derecho» (pág. 437).

«Así pues, la justicia e injusticia de nuestras acciones con los preceptos de las leyes, son el término de la jurisprudencia».

« Se ve pues, que la jurisprudencia no es simple, que depende de otros muchos conocimientos, que exigen su auxilio la formación de una ciencia completa del derecho, que ha debido desenvolverse...» a medida que se dictan las leyes (pág. 440).

Diferencia con la filosofía: La jurisprudencia y la filosofía difieren en que «*la filosofía es la ciencia de la razón en general, mientras que la jurisprudencia es solamente la ciencia de la razón jurídica. El jurisconsulto será aquel sujeto hábil y diestro en el conocimiento especulativo y la aplicación práctica de la razón jurídica. De modo que el primer estudio del jurisconsulto será siempre la incesante indagación de los principios racionales del derecho y el ejercicio constante de su aplicación práctica.*». «*Es esa, razonar, filosofar la primera necesidad científica de una cabeza racional*» (pág. 322).

Consecuencias de la separación de la filosofía y la jurisprudencia: «*Una de las consecuencias de la separación de la filosofía y la jurisprudencia, ha sido el error de considerar esta última rama como una pura ciencia práctica. A nuestro ver es el mayor absurdo que pueda cometerse. Jamás se nos llegará a persuadir de que la jurisprudencia no sea otra cosa que un arte mecánico. Esto es contrario a las intenciones mismas de nuestras leyes, que quieren ser atendidas en su espíritu más que en sus palabras*» (pág. 321).

Comentarios

Considera Alberdi que la jurisprudencia es el primer grado de la ciencia general del derecho (pág. 437) y que se ocupa de establecer lo justo en un caso concreto. Para ello compara los comportamientos con lo prescrito por las leyes (pág. 440).

Sostiene que la filosofía es el primer elemento de la jurisprudencia y por ello, quizá, la más interesante mitad de la legislación: el espíritu de las leyes. Y señala la consecuencia de esta separación: considerarla como una pura ciencia práctica, un mero arte mecánico. Es el mayor absurdo, sostiene, no atender en las leyes a su espíritu, que no es otra cosa que la filosofía de las leyes. Esto es, saber lo que quieren, su origen, su misión (págs. 321 y 322).

Por eso considera con razón, y critica con duros términos a los que a ella se aferran. Sostiene que sólo una cabeza estrecha se limita al estudio de la letra de la ley, a la invocación servil de un texto chocho, lo que supone abdicar del sentido común (pág. 322).

Conclusiones

Quienes han estudiado a Alberdi lo consideran el más filósofo de los hombres de la generación del '37, aunque no ven en él a un auténtico filósofo. Y seguramente tienen razón, a veces parece no tener ideas muy claras de la filosofía, sus temas y problemas, pese algunas agudas observaciones. Sin embargo, quien examina con algún detenimiento solamente el *Fragmento*, puede percibir por lo menos dos cosas: 1) su gran interés por los temas filosóficos, por la pasión que pone en ellos y la importancia que le atribuye a la filosofía, y 2) una preparación metafísica significativa teniendo en cuenta la época, la bibliografía, los maestros de que pudo disponer y el ambiente intelectual en que se movió.

Según Carreras¹⁸, Canal Feijóo, que fue un estudioso casi obsesivo de Alberdi, señala que desde temprana edad el tucumano, aun no siendo un alumno modelo, prueba ser un joven talentoso. Alberdi fue para Canal Feijóo, el pensador argentino por excelencia, el creador de los dogmas más arraigados de la pasión argentina: ineptitud de raza y de suelo (pág. 148).

El *Fragmento* es una obra densa, que da la impresión de haber sido pensada con cierto detenimiento, pero escrita casi a las apuradas. Pese a que se esfuerza por seguir un orden, los temas se encuentran frecuentemente mezclados y vuelve con alguna recurrencia a cuestiones ya tratadas. Esa amalgama de cuestiones, hace pensar que Alberdi no tuvo suficiente tiempo para ordenar y corregir sus originales. También adolece su redacción de algunas oscuridades y construcciones inadecuadas.

La cantidad de citas, la multiplicidad de autores y la variedad y profundidad de las materias que aborda, muestran a una persona intensamente reflexiva y preocupada por las cuestiones

filosóficas. Esto resulta llamativo en un joven de apenas veinticinco o veintiséis años, que no ha terminado aún sus estudios jurídicos y que ha escrito ya dos obras. Evidencia, sin duda a un intelectual que ama la meditación y devora con pasión los libros que tiene la suerte de conseguir.

Para Canal Feijóo ¹⁹, «*La obra es farragosa y no pocas las contradicciones que se advierten sin dificultad en su caudaloso contenido. Lo que en ella fundamentalmente importa es la proyección general hacia una -cierta- filosofía de la creación constitucional (o «filosofía para una nacionalidad»), a que se alista unitariamente la múltiple materia convocada en sus páginas. Bajo este aspecto central, la obra pide, ante todo, una ordenación sistemática de su contenido...».*

Añade (pág. 153): «*Las notas agregadas por Alberdi al final de la obra prueban, en su desorden, hasta qué punto sus conocimientos de la doctrina filosófica general en su momento, estaban por encima del que demostraron sus contemporáneos, y vuelven deleznable los enfoques críticos que se le proyectaron entonces».*

Canal Feijóo intenta una síntesis del esquema especulativo del *Fragmento*, en cuanto a su vocación «constitucional» postularía lo siguiente (pág. 138 y ss.):

- 1) El universo configura un orden absoluto que cifra en sí y por sí mismo el bien.
- 2) Dos leyes esenciales rigen el destino humano: la ley de la razón universal que exige a la razón humana la conformidad con el orden absoluto; y la ley del progreso que le impulsa a perseguir esa conformidad, esto es la perfección.
- 3) El espacio y tiempo relativos que conforman las realidades particulares, conllevan el imperativo de constituir una forma de existencia que posibilite o favorezca el desarrollo de ese orden absoluto.
- 4) En el plano positivo la forma de existencia que facilite ese fin supremo es el que asegura la libertad y la igualdad, es decir la democracia.
- 5) Luego que las ideas existen, quieren ser realizadas para lo cual existen y sin lo cual nada valdrían.

6) No hay verdadero progreso sino en el tiempo. Es necesario una larga paciencia.

Por último, indica que en la obra pueden distinguirse:

- 1) Una metafísica del orden absoluto.
- 2) Una filosofía de la historia.
- 3) Una filosofía del derecho.
- 4) Una filosofía política *stricto sensu* o filosofía de la acción.

Según el conocido filósofo cordobés Olsen Ghirardi, «*En el trasfondo hay un pensamiento filosófico muy rico y una apetencia incommensurable de saber nuevo. El edificio que levantará Alberdi no tiene parangón en América»* ²⁰.

Para este autor, que ha estudiado a fondo sus obras, Alberdi conoce y adopta fundamentalmente a Pierre Leroux, quien -sostiene- influye en él de manera incuestionable (pág. 48). Éste traslada muchas veces, sin citarlo de manera expresa, sus ideas del francés al español, casi al pie de la letra. (pág. 48). Dice Ghirardi, que este filósofo «... *es un pensador católico, crítico acerbo de los escépticos, fue el mentor principalísimo de sus ideas filosóficas, en las cuales apoyará después todo su pensamiento político»* (pág. 51)

Según Lucía Piossek Prebisch ²¹, sólo Alberdi puede ingresar en una historia ortodoxa de la filosofía entre los miembros de la generación del '37. Alberdi era el de cabeza más filosófica del grupo, el más claro vocero de esta filosofía de la historia por todos compartida (pág. 26). Se lo ha considerado por muchos autores como «*la cabeza metafísica del grupo»* (pág. 28). Y para Alejandro Korn, Alberdi produjo una filosofía propia.

Por su parte, Ghirardi juzga que Alberdi no ha sido filósofo en la medida justa del vocablo, aunque supo adoptar ideas filosóficas fundamentales de pensadores europeos... Fue el máximo receptor del pensamiento europeo de su época (pág. 9). Considera que el tucumano no tuvo una idea muy filosófica acerca de la noción de filosofía y cuál es su aspecto (pág. 44). Y que Alberdi no crea un sistema filosófico, ni es un metafísico, ni tan siquiera un filósofo a secas

aunque puede aceptárselo como un filósofo del derecho (pág. 61). «... Alberdi adoptó una concepción de la filosofía en general y se hizo eco, después, de una filosofía de la historia, como paso previo al estudio de una filosofía del derecho, cuyo fin es el de la elaboración de los principios fundamentales sobre los cuales debe basarse la legislación positiva de una nación» (pág. 9). Para García Merou, citado por Ghirardi (pág. 79), Alberdi «era más bien un expositor de doctrinas nuevas y no creador de ideas filosóficas».

Si tenemos presente la edad que tenía cuando lo escribió y la época y con la bibliografía disponible, es de suponer que no pudo conocer a fondo a muchos autores sobre los temas que trataba. Dice Ghirardi que la primera lectura filosófica de Alberdi que seguramente influyó en su pensar, fue Volney (pág. 15). Agrega que éste era un seudónimo de Constantin-Francois Chasseboef. Perteneció al círculo del Barón de Holbach y luego de un viaje a Egipto y Siria escribió un libro cuyo título abreviado es *Les Ruines* en el que sostiene que tanto «el hombre como el universo están regidos por leyes naturales, regulares en su curso, consecuentes en sus efectos, inmutables en su esencia» (pág. 17).

A Alberdi le interesa la filosofía como medio de orientar el desarrollo y progreso de la patria, de modo que, como dice Piossek Prebisch, «nunca se ha atribuido a la filosofía en la sociedad el papel orientador, vertebrador y constituyente. Ella enseña al hombre la marcha que debe seguir» (pág. 49).

La filosofía se toma un pensamiento interesado profundamente en las necesidades del país, concibe la filosofía en relación con las necesidades y soluciones de la patria. De modo que parece considerarla una mediación entre las necesidades y la solución.

Según Auat ²², dentro de la Generación del '37, que quiso «completar» la Revolución de 1810 mediante una «emancipación mental», Alberdi se reservó esa misión en el campo de la filosofía. «Pasó el reinado de la acción -escribió en el *Fragmento Preliminar* -, entramos en el del pensamiento. Tendremos héroes, pero saldrán del seno de la filosofía». Acaso aspirando a ser uno de esos «héroes», Alberdi contribuyó a constituir la Nación, efectivamente, desde el pensamiento filosófico. No desde una cátedra universitaria, por cierto, sino desde la trinchera viva de la política, el ensayo, la polémica y la acción.

Este autor sostiene que en el *Fragmento* se da una cosmovisión liberal en la estructuración axiológica del proyecto nacional: libertad es la divisa de las preocupaciones alberdianas, pero supuso dos modelos de realización, Francia en primer lugar; luego opta por América del Norte, de raíz anglosajona (pág. 53).

Según Ghirardi, Alberdi había leído a Volney y le seguía con bastante fidelidad y para este autor «El hombre como el universo del que forma parte, se halla regido por leyes naturales, regulares en su curso, consecuentes en sus efectos e inmutables en su esencia» (pág. 17). Alberdi parece convencerse de este principio y por eso estima que el hombre debe conocer esas leyes, Esto explicaría ese entusiasmo alberdiano por el progreso sin fin.

Para este distinguido filósofo cordobés, la filosofía de Alberdi está a medio camino entre una filosofía de la historia y una filosofía política (pág. 43) dado que en definitiva la preocupación política explicaría su interés por la historia.

Es esa preocupación por la historia la que le hace decir más adelante a Ghirardi, que Alberdi reduce la filosofía a una filosofía de la historia (pág. 60).

Y, en mi parecer, es su inclinación por una filosofía de la acción quizá lo que mejor explica su crítica a la escolástica y al aristotelismo a quienes debe considerar como estériles, dado que no son útiles por no llevar a la acción.

Ghirardi sostiene que en Alberdi la filosofía, la historia y la literatura son disciplinas para... (algo ulterior). Son medios instrumentales, están al servicio de la sociedad, de la humanidad. De un trazo, Alberdi borra la división epistemológica entre ciencias especulativas y ciencias prácticas. Todo es para la praxis. De otra manera, volvemos siempre al mismo principio: «Pensar para la acción» (pág. 41).

Más adelante dice: «... no creemos que Alberdi haya tenido una idea muy filosófica acerca de qué es la filosofía y cuál es su objeto. Le asigna, eso sí, una misión más bien instrumental. El «Pensar para la acción» es el

postulado que le guía en este punto también. La filosofía estaba más cerca de un saber práctico que de un saber especulativo» (pág. 44).

Esta concepción lo habrá de seguir toda su vida. Eso explica que en Montevideo escribiera: «... se debe estudiar la filosofía especulativa en la medida de lo necesario, pero es preciso aplicarla a los intereses sociales, políticos, religiosos y morales de los países sudamericanos» (pág. 171).

Como hace notar Piossek Prebisch, Alberdi está convencido de la importancia de la teoría en la necesidad de reflexionar los grandes problemas de la Argentina, pero con la intención de vincularla a la acción.

Esta autora considera a la filosofía de Alberdi, iniciada en la generación del '37, como no ortodoxa y la caracteriza, entre otros rasgos por:

1) Optimismo teórico, en lo referente a la relación de fundamentación entre teoría y práctica, pensamiento y acción (págs. 22 y 34).

2) Saber interesado. Ven la filosofía como un saber que se ocupa por el inquirir el porqué y el para qué esenciales en el proceso de la vida de un pueblo. Alberdi, como sus conmlitonos del '37, entienden la filosofía como una filosofía de la historia para develar el sentido de la evolución americana, la que cumpliría un plan y apuntaría hacia un fin (pág. 26).

3) Optimismo histórico. Como confianza en el cumplimiento de una ley universal, según un plan racional y ordenado de la providencia y en el progreso indefinido como objetivo de la historia.

4) Orientada hacia la peculiaridad de cada pueblo, que tiene una individualidad que debe ser respetada, que resulta de la combinación entre las peculiaridades de su realidad y una ley universal establecida por Dios.

5) Por último, una idea central, la realidad nacional es un enigma y es una misión patriótica imperiosa descifrarlo.

La misma autora señala que para Alberdi y los románticos del '37, razón, historia y progreso no pueden dissociarse; la historia en sí misma es racional, cumple un plan bajo la conducción inteligente de la providencia, por sí misma se encamina hacia la civilización y el progreso indefinido (pág. 30).

También en el mismo sentido agrega, que sus ideales eran: 1) el progreso, 2) el imperio de la legalidad y 3) la felicidad del pueblo.

Ghirardi, en busca de los principios inspiradores de Alberdi, considera que la idea de progreso es común a los pensadores de la Ilustración y a los ideólogos. Todos ellos la comparten y algunos la fundamentan (pág. 221). Sin embargo, Ghirardi cree en relación con Alberdi que el progreso en cuanto doctrina no le quitó el sueño. A su vez, siguiéndolo a Alberini, se pueden resumir a dos las líneas que influyeron en Alberdi: a) por un lado la teoría condorcetiana y racionalista del progreso indefinido; b) por el otro, el irracionalismo proveniente de la escuela histórica impulsada por Savigny y Lerminier (pág. 225).

Subraya Piossek Prebisch, que un valor sagrado para el romántico era la individualidad única irreplicable de cada pueblo, de ahí que, de una manera enfática en el prefacio al *Fragmento*, se incita a respetar la misteriosa individualidad de cada pueblo y acomodar la legislación a las condiciones individualizadoras del suelo y la edad de la comunidad a la que habrán de aplicarse (pág. 31).

Alberdi, dice esta autora, entiende que la filosofía es necesaria en la Argentina en el momento en que vive, por dos razones:

1) Como un poder emancipador en cuanto la filosofía supone una capacidad de examinar de un modo «libre y neutral» la realidad, es el arma que falta a los pueblos sudamericanos para lograr una emancipación total y ella nos es dificultosa por ser hijos de España y porque entre el pensamiento español y la filosofía ha existido siempre un divorcio. Para Alberdi, España se olvidó del ser o sea que Alberdi establece una relación íntima entre filosofía y libertad (pág. 38).

2) La filosofía como principio de nacionalidad. Al ser la filosofía además de un análisis racional, una reflexión sobre la historia, consideración de cuño romántico tomada de Herder, Vico y la escuela histórica del derecho, nos revela el sentido de la historia, el orden racional que cumple un plan dirigido hacia un fin. Conociendo este fin se puede completar la obra

emancipadora de Mayo y proporcionar al país, de este modo, un principio de nacionalidad. Es esto lo que constituye la importancia de la filosofía. «*Es preciso conquistar una filosofía para llegar a una nacionalidad*». (pág. 37 y ss.).

Sintetizando

a. Alberdi filósofo

Alberdi quizá no fue precisamente un filósofo en la plenitud y dimensión que implica este vocablo, pero merece denominárselo con ese título y fue, al menos, por lejos, el que poseía mayor vocación y capacidad filosófica de su generación. Fue un hombre reflexivo y estudioso, un gran devorador de textos que logró una aceptable formación filosófica en plena juventud, algo llamativo en un pueblo periférico y de cultura incipiente, como era la Argentina a comienzos del siglo XIX.

Le faltó sin duda originalidad e incurrió en algunas contradicciones. Eso no empaña el valor de su obra ni mengua el indudable aporte que significó en la orientación a sus conciudadanos en la marcha hacia un mejor futuro. Es incuestionable que fue uno de los que más contribuyeron a señalar los rumbos que debía seguir la joven república.

Si se piensa en su juventud, en el ambiente en que se movió, en los medios que tuvo a su disposición, y el relativamente reducido tiempo que le llevó su redacción, su obra resulta admirable, sus contradicciones, perdonables, y la carencia de capacidad creativa, secundaria.

b. Las contribuciones del Fragmento

En mi modesto modo de ver hay por lo menos tres cuestiones de indudable mérito en el análisis alberdiano del derecho:

- a. La necesidad de un derecho propio para el país. No se debe copiar modelos extraños;
- b. el reconocimiento implícito de los derechos humanos al sostener implícitamente que hay una naturaleza en el derecho que no se puede cambiar;
- c. la afirmación de la primacía de la utilidad general a la que se debe sacrificar la razón individual: una justa injusticia.

Por lo demás, podemos resumir sus principales tesis o contribuciones a la filosofía y al derecho del siguiente modo:

- 1) La filosofía es un saber que se ocupa de investigar el ser de todas las cosas, conocerlas por sus causas.
- 2) La gran conquista filosófica moderna ha sido enunciar la doctrina de la perfectibilidad indefinida o progreso continuo.
- 3) La filosofía tiene una eminente función práctica.
- 4) Se debe conocer la filosofía teórica para ponerla al servicio de la sociedad. En particular, nuestra patria la necesita para que nos oriente en la solución de nuestros graves problemas.
- 5) El derecho es un fragmento de la moral externa y negativa que ha recibido o es capaz de recibir sanción por parte de los hombres.
- 6) No es un conjunto de leyes, sino un elemento vivo y continuamente progresivo de la vida social.
- 7) La ciencia del derecho debe volverse experimental.
- 8) Es necesario un derecho para la Argentina: un sistema propio nos es indispensable. No se debe imitar lo extranjero.
- 9) El derecho positivo es temporal, imperfecto y mutable, en una palabra es relativo.
- 10) El error de la Escuela Histórica es despreciar lo racional, lo filosófico, lo universal.
- 11) La misión del derecho es garantizar la libertad del hombre en toda su integridad.
- 12) La filosofía del derecho busca la misión del hombre en las leyes de su constitución esencial y de ahí deduce los preceptos que deben reglar su conducta.

- 13) El derecho natural sería el no vigente pero cuyas normas son conformes con la naturaleza de la respectiva sociedad.
- 14) El derecho natural es eterno y universal. Es el orden social absoluto.
- 15) El derecho natural hecho efectivo por las leyes es el derecho positivo.
- 16) Son funciones del derecho positivo prescribir el derecho natural e impedir su infracción.
- 17) El contenido de las leyes es doble: el precepto y la pena.
- 18) Legislar es hacer un pueblo.
- 19) Para interpretar la ley no hay que ir a su letra sino a su espíritu, a la historia de su sanción.
- 20) Saber leyes no es saber el derecho, debe conocerse el espíritu de las leyes.
- 21) Para que las penas sean eficaces deben ser inmediatas y ciertas.
- 22) Para conocer el espíritu de las leyes hay que conocer la filosofía de la historia.
- 23) La jurisprudencia se ocupa de determinar lo justo, en relación con el derecho prescrito por las leyes.

Notas:

*Académico correspondiente en Santiago del Estero

¹ Desiderio PAPP, *Breve historia de la ciencia*, Buenos Aires, Emecé, 1988, pág. 108.

² Enrique M. DEL PERCIO, *Tiempos modernos*, Santiago del Estero, GEA, 2000, pág. 41.

³ Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, España, Espasa Calpe, 1988, pág. 174.

⁴ Rodolfo VIGO, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1984, pág. 145.

⁵ Nicola ABBAGNANO, *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

⁶ Walter BRUGGER, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Herder, 1983, pág. 199.

⁷ Lucía PIOSSEK PREBISCH, *Pensamiento argentino*, Tucumán, UNT, pág. 64 y ss..

⁸ Julio César CASTIGLIONE, *La revolución contemporánea del derecho*, Santiago del Estero, El Ateneo, UCSE, 1992, pág. 10.

⁹ Sergio BAGÚ, pág. 259 y ss..

¹⁰ José Luis COSMELLI IBÁÑEZ, *Historia de la cultura argentina*, Santiago del Estero, El Ateneo, 1992.

¹¹ Olsen A. GHIRARDI, *La filosofía en Alberdi*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cba., 2000, pág. 46.

¹² Se ha tomado para el análisis, la edición de Editorial Luz del Día. Buenos Aires, 1957. *Obras Escogidas*, tomo XI. Está incluido juntamente y en segundo lugar con *El crimen de la guerra*. Las páginas del *Fragmento* van desde la 319 hasta la 476.

Advertencia: Se han escogido para el análisis, sólo los textos de Alberdi que han parecido más llamativos y significativos, sobre los tópicos bajo estudio. Se indica el número correspondiente de la página de la cual han sido tomados, para que puedan ser fácilmente ubicados. Se les ha colocado un título para facilitar su comprensión. Luego, se han hecho los comentarios.

¹³ Bernardo CANAL FEIJÓO, *Constitución y revolución*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986, pág. 133.

¹⁴ L. PIOSSEK PREBISCH, ob. cit., pág. 44.

¹⁵ PAPP, ob. cit., pág. 107 y ss..

¹⁶ Michel Villey, *Compendio*, II, pág. 161. Sobre la dialéctica, ver el mismo autor y libro, pág. 66 y ss. Sobre la inducción de reglas extraídas de casos concretos, ver SCHULZ, *Principios...*, pág. 55. También sobre el mismo tema ver, CUETO RUA, *Fuentes...* pág. 183 y Juan Carlos GHIRARDI, *Derecho Romano*, pág. 145.

¹⁷ VILLEY, *Estudios en torno...*, pág. 16.

¹⁸ Fernán G. CARRERAS, *La filosofía del joven Alberdi (en la obra de Bernardo Canal Feijóo)*, Santiago del Estero, Nuevas Propuestas, 2001, pág. 130.

¹⁹ CANAL FEIJÓO, ob. cit., pág. 138.

²⁰ Olsen A. GHIRARDI, pág. 204.

²¹ Lucía Piossek Prebisch, ob. cit., pág. 19.

²² Luis A. Auat, *Filosofía y nación en el pensamiento de Alberdi*, Santiago del Estero, Nuevas Propuestas, N° 10, 1991, pág. 4.

JUAN BAUTISTA ALBERDI Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO UNIVERSAL

por MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI *

SUMARIO: I. Las ideas de Alberdi. II. El derecho universal. a. Las características generales del derecho universal, como rama jurídica y como disciplina. b. Algunas perspectivas trialistas del derecho universal actual. I. Parte General. II. Parte Especial. III. Conclusión.

I. Las ideas de Alberdi

1. Múltiples consideraciones evidencian que el derecho universal es un *despliegue permanente* de la vida jurídica ¹. La referencia a ese despliegue planetario, que resulta imprescindible para la comprensión de todo fenómeno de derecho, fue claramente comprendida y defendida por Juan Bautista Alberdi ².

Decía Alberdi que *«Todo se aclara y simplifica ante la idea de un derecho único y universal»* ³. No es fácil predecir si, como lo señalaba en ciertos casos el genial tucumano, *«lejos de ser el gobierno interior el polo de imitación a que marcha la sociedad de las naciones, es esa sociedad el modelo de imitación a que marcha el interno»* ⁴. Hasta el momento, la intuición de Alberdi de que se formarían grandes unidades continentales, que serían «como las secciones del poder central del mundo», y que esas grandes uniones precederían en su formación a la constitución de un poder humano central como había precedido la unidad de cada nación a la del todo universal no parece ser descartable ⁵. La idea de los «Estados Unidos de Europa» está ya en nítidas vías de concreción ⁶.

Con clara comprensión del común *curso vital «planetario»*, Alberdi puntualizaba que *«el mar que representa los dos tercios de nuestro planeta, es el terreno común del género humano»* ⁷. Hoy podría agregarse que en sentido análogo interviene el espacio aéreo.

Señalaba el gran tucumano: *«El vapor no sólo ha suprimido la tierra como espacio, sino el mar. Como el pájaro, el hombre se ha emancipado de la tierra y del agua, para cruzar el espacio casi en alas del aire»* ⁸. Es más, atendiendo a la diversidad de perspectivas del complejo cultural, indicaba: *«El vapor es el brazo del cristianismo. El uno hace de la tierra una sola y común mansión del género humano; el otro proclama una sola familia de hermanos todo lo que el vapor amontona»* ⁹.

La línea del reconocimiento de la universalidad contaba ya, por ejemplo, con la penetrante captación de Marx y Engels ¹⁰. A través de la creciente «universalidad» de las fuerzas y las relaciones de producción, se advierte, al menos con una comprensión occidental de alta valoración de la economía, la pujanza del proceso de «globalización/marginación» ¹¹. Antes de Marx y Engels, Hegel había señalado que el espíritu del pueblo es un espíritu particular, pero a la vez también es el espíritu universal absoluto, pues éste es uno solo; había dicho que el espíritu universal es el espíritu del mundo, tal como se despliega en la conciencia humana ¹². Es claro que a partir del 11 de septiembre de 2001 el derecho universal parece estar viviendo una al menos relativa crisis, pero también ésta es mundial.

La comprensión de la universalidad del fenómeno jurídico dista mucho de la suposición alberdiana de un mundo de paz. Al panorama de globalización/marginación anterior al 11 de septiembre se agregan hoy las perspectivas del terrorismo, la represión y la amenaza a la libertad con alcances planetarios, prescindiendo de muchos de los moldes de los Estados modernos-nacionales tradicionales. La realidad de nuestros días exhibe que, en lo local y lo universal, el derecho tiene vinculaciones profundas no sólo con la cooperación sino con el empleo real o posible del poder. La paz y la guerra son realidades permanentes.

2. Es posible que el estadio general del pensamiento jurídico en el momento en que Alberdi desarrolló sus ideas fuera una de las causas de la dificultad que encontró para evitar algunos

desvíos hacia la utopía. Con la clara comprensión de la realidad que tuvo desde su juventud, el gran tucumano decía que los hechos engendran el derecho ¹³, pero su esperanza asociacionista parece apartada del proceso real de formación de la «estatalidad mundial» en sentido hobbesiano que se está produciendo hoy, con el protagonismo de los Estados Unidos de América y sus aliados de la Organización del Tratado del Atlántico Norte. Sin desconocer aspectos positivos del liderazgo mundial estadounidense, el actual desarrollo de la posible estatalidad mundial está muy lejos de la de cierto modo idílica representación alberdiana en el polémico libro *El crimen de la guerra*. Es más, pese a sus grandes méritos, quizás por alejarse del curso de la realidad, el desarrollo alberdiano resulta a nuestro parecer a veces injusto ¹⁴.

La permanente búsqueda de la *integración regional* y en especial los logros al menos espirituales del Mercosur, muestran que el horror que Alberdi sintió ante la Guerra de la Triple Alianza, uno de los motivos que lo impulsaron a escribir *El crimen de la guerra*, era en gran medida legítimo ¹⁵. Es más: a la luz de la Unión Europea, las propias guerras entre Alemania y Francia que, en uno de sus momentos motivaron el premio de la Liga Internacional y Permanente de la Paz, con relación al cual se escribió la obra, hoy evidencian su horror y la legitimidad de la tarea exitosa de su superación ¹⁶.

La valoración de la comprensión universalista de Alberdi no debe llevar, sin embargo, a dejar de lado que, según la actual conciencia de la legitimidad de la *multiculturalidad*, no nos resulta admisible la referencia de la planetarización a las naciones civilizadas ¹⁷. La mayoría de los sistemas culturales se consideran a sí mismos «civilizados» y asignan el carácter de «bárbaros» a los restantes, pero la diferenciación según esas pautas es incluso una negación de los ideales de igualdad de la llamada «civilización».

Dada la *sistematicidad histórica* del pensamiento alberdiano, hoy se advierte con creciente nitidez que la realización de gran parte de su ideario total está vinculada a la solución de la proyección jurídica universal, aunque él optara por vías que contienen riesgos importantes de globalización ¹⁸. Tal vez el gran tucumano no apreció de modo suficiente los riesgos de los injertos que, más que a la universalización, tienden a la globalización. Más que la semilla, que ayuda a la plena universalidad, él prefería el «gajo» ¹⁹.

II. El derecho universal

a. Las características generales del derecho universal, como rama jurídica y como disciplina

3. Entre los múltiples campos temáticos que la ciencia jurídica relegó a la marginalidad, en gran medida como resultado de la caracterización coactivista, de la codificación y su defensa exegética, y de la «purificación» normológica, se encuentra la referencia a la *plenitud material, temporal y espacial* del ámbito que interesa considerar jurídico. Esas referencias limitativas obstaculizaron las sendas para el desarrollo de la *teoría general del derecho* como visión comprensiva de la totalidad de las ramas jurídicas, la *historia del derecho* que vincula el pasado con el presente e incluso con el porvenir de lo jurídico, y el *derecho universal*, perspectiva dirigida a los alcances espaciales del derecho en su totalidad mundial que nos ocupa de manera especial en este estudio ²⁰.

El derecho universal es una muestra de la *complejidad* que tanto interesa considerar en nuestros días ²¹. Con palabras de Edgar Morin, puede decirse que «*Existe una falta de adecuación cada vez más amplia, profunda y grave entre nuestros saberes disociados, parcelados, compartimentados entre disciplinas y, por otra parte, realidades o problemas cada vez más pluridisciplinarios, transversales, multidimensionales, transnacionales, globales, planetarios*» ²². La parcelación hace imposible aprehender «lo que está tejido junto», es decir, según el sentido original del término, lo complejo ²³.

4. La consideración de la universalidad de lo jurídico se enriquece de manera especial cuando, además de los enfoques de filosofía jurídica e histórica de alcances «mayores», dirigidos al derecho y la historia en el conjunto de la «realidad», se desenvuelven las perspectivas de *filosofía jurídica «menor»* que -dentro de la concepción tridimensional del

derecho- presenta la *teoría trialista del mundo jurídico* ²⁴. Asimismo, cuando se atiende a las *vías concretas* de afirmación de la universalidad.

4.1. Según la *teoría trialista*, el mundo jurídico debe ser comprendido como un conjunto de repartos de «potencia» e «impotencia» (lo que favorece o perjudica al ser y a la vida), captados por normas que los describen e integran y valorados, los repartos y las normas, por la justicia. Aunque no compartimos las posiciones «ontologizantes» que afirman saber lo que el derecho «es», ni la objetividad de la justicia, puntos de vista que sostuvo el fundador del trialismo, creemos que, sobre hipótesis de consensos «construidos» al respecto, es posible desenvolver, aprovechando los cauces trialistas, perspectivas de profundo y generalizado interés.

Las tres dimensiones resultan sendas para enriquecer la percepción de la universalidad jurídica. El trialismo se vale de diversas categorías que normalmente son pensadas con alcances «*panótomos*», referidos a la totalidad de sus ámbitos (pan=todo; nomos=ley que gobierna), entre las que se encuentran la posibilidad, la causalidad, la finalidad que encontramos en los acontecimientos, la verdad, la justicia, etc., de modo que a través de la consistencia de tales despliegues se advierte la necesidad del planteo cabal no sólo en lo material y temporal, sino asimismo en lo espacial.

La referencia trialista permite comprender que tratamos de un derecho Universal de *bases positivas*. No hablamos del derecho universal y eterno en que cree a menudo el jusnaturalismo, sea de manera expresa, como lo hace la vertiente estoica y del racionalismo alemán, o de manera oculta, según subyace en los universalismos marxistas, nacionalsocialistas, etcétera. Tampoco se trata de una universalización por generalización de las bases empíricas. Aunque le asignamos contenidos no sólo fácticos y normativos sino también valorativos, el derecho universal es plenamente *positivo* e *individual* (concreto). Se trata de la positividad y la individualidad de lo planetario, es decir que, en cierto sentido, estamos más cerca de Savigny que de Leibniz, Thibaut o Feuerbach ²⁵. No compartimos el «particularismo» savigniano, pero no sostenemos la globalización: reconocemos la mundialidad concreta, histórica y plenamente vital, que queremos sea «uni-versalidad» ²⁶.

Urge no confundir, tampoco, el relacionamiento particularmente intenso de la actualidad, en gran medida producto de las posibilidades de la tecnología occidental, con el derecho universal, que existe en cierta medida, aunque sea por las posibilidades de relacionamiento, en cualquier circunstancia.

4.2.1. Las *vías concretas* de realización del derecho universal incluyen diversas cuestiones que en ciertos casos no han venido recibiendo la atención que les corresponde, como el *derecho de extranjería*, el *derecho internacional público*, el *derecho internacional privado*, el *derecho de la integración* y el *derecho mundial* (a menudo, de la globalización).

La «uni-versalidad» se construye según tendencias de unidad y de diversidad. La *unidad* se desenvuelve, por ejemplo, en despliegues de *recepción*, *armonización*, *derecho uniforme* y *derecho unificado* ²⁷.

La *diversidad* se muestra, por ejemplo, en el *derecho de extranjería* y, sobre todo, en el *derecho internacional público* y el *derecho internacional privado* clásicos ²⁸.

La propuesta alberdiana de país se apoyó en gran medida en la recepción de los modelos de la cultura euro-norteamericana.

4.2.2. La unidad y la diversidad son distintas según los puntos de vista que se tomen como *denominadores particulares* y *comunes*. Sin embargo, desde un enfoque de sentido histórico, es posible reconocer en cada época estilos de unidad o diversidad diferentes.

En la antigüedad la *unidad* se manifestó por ejemplo en el Imperio Romano y de modo destacado en el *jus gentium*. En el presente la unidad encuentra cauces notorios en el *derecho de la integración*, sobre todo cuando va haciéndose comunitario, y en el *derecho mundial* que suelen constituir las convenciones de las Naciones Unidas, los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, etcétera ²⁹. En el caso del *jus gentium*, la Antigüedad partió de la unidad

gubernamental imperial para llegar a la relativa unidad material; la posmodernidad parte más de la búsqueda de la unidad material y al servicio de ella ha venido tendiendo, en diferentes grados, a la unidad gubernamental ³⁰.

La *diversidad* se viene mostrando en concreto, por ejemplo, en la Guerra del Peloponeso; en la división del Occidente romano-germánico y el del *common law*; en las guerras de religión; en la independencia norteamericana y la Revolución Francesa que la diferenció del resto de Europa; en los distintos caminos de codificación del derecho privado continental según los modelos de Prusia, Francia, Austria y Alemania; en la Revolución Rusa, que acabó instalando un sistema soviético y, de modo hoy muy impactante, en el actual conflicto entre el poder mundializado y el Islam, etcétera.

El conflicto de culturas se ha expresado en fenómenos bélicos que en ciertos casos han tenido proyecciones intercontinentales, como las Guerras Médicas, o incluso alcances planetarios, como las guerras mundiales que vienen manifestándose en tres y quizás ya en cuatro oportunidades ³¹. Para encauzar las diversidades en Occidente nacieron las ramas del derecho internacional que luego se extendieron al ámbito mundial, pero la guerra y la paz son mucho más «mundiales» que lo que muestra el derecho internacional.

4.3. Durante largo tiempo, el pensamiento acerca del derecho ha desconocido que lo «micro» y lo «macrojurídico», lo particular y lo general y, en nuestro caso, lo local y lo planetario, se aclaran recíprocamente ³². Más allá de la larga discusión sobre los significados preeminentes de las partes y el todo, creemos que «la verdad» que nos interesa está en las *partes* y en el *todo* ³³.

El derecho universal debe ser comprendido en cierta relación «dialéctica» con el «derecho particular» de la posición de cada *individuo* ante el derecho todo, de modo análogo a cómo la historia del derecho ha de ser entendida en vinculación con la «*biografía jurídica*» de cada ser humano. Tanto en el espacio como en el tiempo, el *todo* y sus *partes* (individuales o grupales) se requieren de manera recíproca, aunque tal vez, con una perspectiva humanista que considere a cada individuo como un fin y no como un medio, sea especialmente significativo atender al espacio y al tiempo de cada individuo.

La teoría general del derecho, la historia del derecho y el derecho universal se invocan y se nutren entre sí, permitiendo la apreciación *dinámica* de lo jurídico. El derecho no puede estar integrado en la vida de los individuos y tener para ellos sentido «*biográfico*» si no se cuenta con la conciencia de sus significados de conjunto materiales, temporales y espaciales ³⁴.

La falta de conciencia del derecho universal produce al fin individuos sin referencia espacial, recortados en sus perspectivas temporales y materiales y desarticulados del sentido de plenitud vital. Sin la referencia espacial plena, se mutila la individualidad.

5. Aunque no ignoramos la gran discusión que puede y suele desarrollarse acerca de la justicia, estimamos que la razón de ser última de la construcción del objeto jurídico ha de ser la búsqueda de la realización de ese valor. Las ramas jurídicas se diferencian entre sí por características sociológicas y normológicas, pero sobre todo por *especiales exigencias* de justicia ³⁵. El derecho universal abarca *todos los fenómenos jurídicos en la específica referencia* a su *proyección mundial*, en el sentido de totalidad espacial que diversifica sus significados. Se caracteriza (pese a las realidades fácticas, normativas y axiológicas a menudo muy diversas según los lugares) por la justicia debida al ser humano como *integrante de la humanidad* que vive en el *espacio total*.

Las diversidades y semejanzas del derecho en el espacio han sido estudiadas sobre todo por del *derecho comparado*, pero esta disciplina, en sí de gran valor esclarecedor, se satisface a menudo con un planteo estático y el relacionamiento de la diversidad y no suele atender a las *interacciones* entre los distintos sistemas jurídicos ³⁶. De modo más profundo que la «comparación», se trata de comprender la *totalidad*.

El estudio del derecho universal debe dar una visión de conjunto de las *afinidades* y las *diferencias*, de las *composiciones* y *descomposiciones* y de las *compensaciones* y *descompensaciones* que, en su estática y en su dinámica, abarca la visión planetaria del derecho.

6. Las referencias amplias en lo material, temporal y espacial son en particular imprescindibles en *nuestros días* de cambio de *era de la historia* ³⁷. Hasta no hace mucho se apreciaba que la nueva era surgía sobre todo desde el predominio occidental, y en especial anglosajón, oculto a veces bajo el discurso de la «decadencia» de lo occidental, pero hoy se advierten también posibilidades de conflictos capaces de signar el nuevo tiempo ³⁸. La «*aceleración*» temporal que tiende a imponer la cultura occidental tiene un correlato de «*expansión*» en el espacio. La nueva era planetaria es tan indefinida que -con una caracterización «occidental»- se la denomina simplemente como una «posterioridad», la «posmodernidad».

La época que nos toca vivir está signada por la conmoción, hasta podría decirse la ruptura de las *barreras* de la materia, el tiempo y el espacio. Diversos sucesos ocurridos en las últimas décadas afirman un nuevo ámbito cultural y la presencia y la necesidad de un derecho nuevo. Entre esas realidades nuevas cabe destacar la posibilidad de *extinción de la vida humana* por el poderío atómico, evidenciada dramáticamente en Hiroshima; la conciencia de los ataques a los derechos humanos y las *declaraciones universales* respectivas; los avances en la conquista del espacio «*exterior*»; la agudización de la *problemática ecológica*; la *globalización/marginación* surgida del gran despliegue capitalista; la decadencia del protagonismo de los *Estados nacionales* por la fractura o el desborde de sus ámbitos de acción; el desarrollo de la *inmaterialidad* en la propiedad y las finanzas; la multiplicación de las *comunicaciones*; la constitución de *Internet*; la *delincuencia común*, el *tráfico de drogas y de armas*, el *terrorismo* y quizás la *represión* sin fronteras y, en lugar destacadísimo, los adelantos en la *biotecnología* ³⁹.

El derecho nuevo ha de superar la planetarización abstracta y la disolución fáctica. Hay que trascender la idea estoica de la ciudadanía del mundo y la referencia epicúrea a la extranjería en todas partes, que tanto sirvieron en la antigüedad. La universalidad exige que los hombres nos sintamos y seamos, en diferentes grados, *ciudadanos en todas partes*.

7. En los últimos siglos el derecho ha sido pensado con gran referencia a los Estados nacionales, pero hoy se está produciendo la *transferencia* de muchas de sus funciones: hacia «arriba», en poderes que superan sus límites, a veces supranacionales; hacia «abajo», en beneficio de las regiones interiores y, sobre todo, hacia el desarrollo «paralelo» de la *vida privada*. Es más: en la organización estatal tradicional hay una importante transferencia de funciones desde los poderes legislativos a los *ejecutivos y judiciales*, que tienen a menudo vínculos externos más intensos.

El derecho internacional público y el derecho internacional privado clásicos, desarrollados en las vinculaciones entre una diversidad de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás, están en crisis por despliegues de integración, de regionalismos internos de los Estados y de planetarización ⁴⁰.

No es posible comprender el mundo actual sin atender, por ejemplo, a los procesos de *integración*, ejemplarizados por el de la Unión Europea, y a la *planetarización* buscada, v.gr., en la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización Internacional de Normalización (ISO), etcétera ⁴¹.

8. Sucesos como los de las guerras de Malvinas, del Golfo y de la ex Yugoslavia e incluso la represión en Afganistán hacen cada día más evidente la formación de una «*pre-estatalidad*» de alcance mundial encabezada por los Estados Unidos de América y la Organización del Tratado del Atlántico Norte y orientada según su cultura, cuyo desenvolvimiento exhibe, ahora más que nunca, la existencia del derecho universal ⁴². Muchos de los interrogantes importantes de nuestros días se refieren al significado de la intervención norteamericana en el país afgano:

vale preguntarse, por ejemplo, ¿es un episodio de «policía planetaria» o una expresión de cierta «guerra mundial»?

Sólo a través del derecho universal es posible reconocer y resolver con más conciencia los fenómenos de *dependencia* y *conflicto* que se hacen especialmente evidentes en el planeta todo. La dominación que se produce en el derecho universal de nuestros días se manifiesta en la «re-calificación», las posibilidades de fraude y el debilitamiento del rechazo a favor de la cultura «occidental», en detrimento de otras culturas, entre las que se encuentran la del Islam y la tan desestabilizada del Africa Negra, aunque la reacción musulmana asume rasgos que para muchos son sorprendentes ⁴³.

9. Hoy el proceso de *producción, distribución y consumo* abarca, con diferentes grados de intensidad, al planeta todo ⁴⁴. Si se aprecia que donde hay economía hay derecho, cabe reconocer que existe también un derecho planetario de correspondiente consistencia.

Los Estados modernos nacionales, cuya existencia está históricamente vinculada a la energía muscular y del carbón, pudieron generar la ilusión de abarcar casi todo el derecho dentro de sus hoy limitados alcances, pero entraron en crisis con el dominio del «móvil» petróleo y de la «inmaterial» *electricidad* e incluso por el aprovechamiento del *átomo* y la *energía solar*. Con estas nuevas fuerzas, la referencia a los moldes estatales se ha derrumbado, evidenciándose la globalización.

Hay áreas, al menos líneas de intereses, que pueden considerarse «desarrolladas», donde las tres etapas del proceso económico están en cierto grado equilibradas; en cambio en otros ámbitos, en situación de dependencia, existe una marcada incapacidad relativa de producción, o una fuerte disminución de esa aptitud, pero a veces una constantemente promovida vocación de consumo.

La *concentración de la riqueza* en ciertos sectores, difundidos en todo el globo pero instalados preferentemente en algunas áreas del planeta, es notoria ⁴⁵. La relación «Norte-Sur» produce diversidades en las posibilidades vitales que resultan conmovedoras. Los desequilibrios económicos se expresan en una enorme «*deuda externa*», cuyo régimen jurídico es uno de los instrumentos más importantes del sistema de dominación del derecho universal actual ⁴⁶.

10. Una *moneda* y un *idioma*, de «la» superpotencia, en gran medida enraizados en la economía y en la técnica, tienen circulación planetaria y en profundidad expresan que hay un único sistema de valores y una misma concepción del mundo dominantes.

Hay ya en muchos ámbitos una sólida *conciencia planetaria*, de modo que si no hay conciencia del derecho universal es particularmente grave la falta de conciencia jurídica.

11. Desde las perspectivas occidentales quizás triunfantes, la era iniciada con fuerte referencia a la familia «natural» sexual se va cerrando con enormes cambios por la *reproducción asistida*, la legalización de las *uniones homosexuales*, la *clonación* y la posibilidad de *cambiar el patrimonio genético* ⁴⁷. El tiempo que se apoyó en el trabajo humano y progresó inicialmente hacia la esclavitud, parece cerrarse con la *robotización*, la *desocupación* y la posibilidad de la *dominación genética*. Como ya señalamos, los días que comenzaron con el empleo de la energía muscular, culminan con las inmensas oportunidades de la utilización avanzada de la *energía eléctrica, atómica y solar*.

El período que tuvo en sus albores la invención de la rueda termina con el empleo de *cohetes*. El ciclo que conoció las temerosas caravanas arriba a la confianza en la *aviación*. Los milenios que se abrieron con la apropiación de la realidad material concluyen con un mundo dominado por la *propiedad inmaterial*. La jornada que se inició con la recolección, termina con la *globalización financiera e informática*.

Una era en que reinó el «con-tacto» humano se modifica por la *comunicación electrónica*. El tiempo que progresó en los sentidos de la reflexión y la abstracción se cierra con abstracciones sorprendentes y el avance masivo de la *cultura de la imagen* y la *distracción*. El

período que llegó a desplegar fuertes referencias formales al «con-trato» ve su relativa disolución en los casi automatizados *juegos de intereses*.

Las referencias a la *ubicación*, finalizan con importantes expresiones de *ubicuidad*. Una nueva época con esas características requiere, con especial intensidad, el desenvolvimiento del derecho universal.

12. Sólo atendiendo a la complejidad material, temporal y espacial del derecho es posible elaborar con la debida conciencia las *estrategias* que tanto se necesitan en la vida jurídica ⁴⁸. Un derecho sin capacidad estratégica es impotente y resulta, por ejemplo, fácil instrumento del economicismo.

Nos parece evidente que una nueva era requiere una *nueva ciencia jurídica*. El coactivismo, la exégesis y la «purificación» normológica, con sus aportes y sus limitaciones, son criterios de construcción del objeto jurídico insuficientes para quienes deseamos que el saber acerca del derecho pueda decir cosas interesantes al nuevo tiempo, por ejemplo, para dialogar con la economía y ayudar a encauzar los excesos del economicismo.

Cuando el saber económico tiene tantas referencias macroscópicas resulta sorprendente que la ciencia jurídica pretenda ceñirse a las exclusivas remisiones microscópicas materiales, temporales y espaciales que tanto empobrecen su capacidad de comprensión. La materia, el tiempo y el espacio se «*rehacen*» a cada instante y el saber jurídico debe estar en condiciones de dar cuenta de ello.

La teoría general del derecho como estudio de lo común y lo abarcativo de las ramas jurídicas está en condiciones de reconocer *nuevas ramas* llamadas a nutrir, no a ignorar, las tradicionales (v.gr. el derecho de la salud, el derecho de la ciencia y la tecnología, el bioderecho, el derecho de la educación, el derecho de la ancianidad, el derecho de la cultura en general, etcétera) y en ese despliegue novedoso y enriquecedor cabe ubicar al *derecho universal*.

13.1. En general, el enfoque dinámico del relacionamiento entre materias, tiempos y en nuestro caso espacios jurídicos, lleva a la consideración de la *originalidad* y la «*trans-posición*»

⁴⁹.

La transposición en sentido más específico es la que sucede en la *recepción*. Combinaciones de originalidad y transposición son las que se producen en la «*composición*» que sucede en la armonización e incluso en el derecho uniforme y en la «*super-posición*» que acontece en la unificación, aunque a menudo se trata de fenómenos más aparentes que reales y poseen muchos rasgos efectivos especialmente afines a la transposición.

La transposición abarca despliegues de *expansión* y de *retracción* en los respectivos espacios de referencia y de *permeabilidad* en el ámbito de ingreso ⁵⁰. En este marco se genera una «*recepción*» en sentido genérico, diversa de la recepción en sentido específico, en la cual hay un campo «activo» que exporta y otro «pasivo» que importa la solución. La recepción puede ser «*monorrecepción*» o «*polirrecepción*» y tener resultados de *asimilación* o *rechazo* ⁵¹. La polirrecepción necesita el *ajuste* entre los diversos elementos recibidos ⁵².

Cuando la recepción no penetra directamente por el área jurídica, sino por otros ámbitos de la cultura (por ejemplo los ideales políticos, religiosos, etcétera) se produce una «*pararrecepción*» ⁵³. Si la recepción se desenvuelve en sentidos legítimos expresa relaciones de coexistencia de unidades independientes o de integración; si es bloqueada de modo indebido se produce el aislamiento y cuando tiene mayores alcances que los legítimos hay dominación y desintegración del ámbito receptor ⁵⁴. La superposición realmente tal aporta integración.

El excesivo apego a la originalidad conlleva «*incesto*» cultural (se habla algunas veces de «*chauvinismo*») y la recepción desbordada trae *disolución* de la cultura ⁵⁵.

13.2. La recepción de la juridicidad euro-norteamericana defendida por Alberdi, que en el proceso organizador se fue constituyendo como una polirrecepción de modelos diversos de los Estados Unidos de América, Francia, etcétera, ha generado una compleja relación de asimilación y rechazo, que es relevante estudiar. Como lo muestra la experiencia argentina, la recepción y la pararrecepción van muchas veces acompañadas.

No es posible comprender el tiempo actual sin tener en cuenta la gigantesca expansión y recepción del modelo capitalista anglosajón que se impone en el espacio del planeta todo. A veces la recepción se produce a través del ingreso de normas jurídicas, en otros muchos casos por la pararecepción por incorporación de los modelos vitales del capitalismo. A menudo, por ejemplo, en el área de la compraventa de mercaderías, la recepción asume rasgos de unificación (por ej. en la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena de 1980).

La recepción del modelo capitalista liberal configura en muchos ámbitos fenómenos de dominación y desintegración. No se puede alcanzar la comprensión plena de este proceso de recepción sin advertir el rechazo del modelo capitalista que se produce, no sabemos al fin con qué éxito, en diversos sectores que resultan relativamente impermeables o marginales ⁵⁶.

b. Algunas perspectivas trialistas del derecho universal actual

I. Parte General

a. Dimensión sociológica

14. El orden tal vez «pre-estatal» en «estadio hobbesiano» que se desenvuelve en el derecho universal de nuestros días se produce en un marco mundial de distribuciones de la *naturaleza*, las *influencias humanas difusas* e incluso el azar y se apoya en una *planificación* planetaria. El alcance mundial de la vida jurídica se nutre de los despliegues planetarios de la naturaleza, las influencias derivadas de nuestro obrar y el azar. La planificación mundial tiene a los dirigentes gubernamentales y económicos de los Estados Unidos de América y sus aliados de la Organización del Tratado del Atlántico Norte y de los organismos que ellos controlan como supremos repartidores y a sus criterios supremos de reparto como criterios supremos de reparto mundiales.

Alberdi pensó en una planificación mundial relativamente semejante a la actual, aunque nutrida de esperanzas de *desarrollo más generalizado* que el de la globalización/marginación. El régimen presente posee una razonabilidad social ceñida a ciertos sectores de la humanidad, con las consiguientes limitaciones de la ordenación por *ejemplaridad*. Las limitaciones se evidencian sobre todo en la conflictividad expresada en los sucesos del 11 de septiembre y en la represión en Afganistán, que tal vez podrían ser el preludio de una «guerra mundial».

Podría decirse que la Guerra de Malvinas fue una «revolución» relativa en el orden jurídico universal de entonces, con ciertos rasgos de mero cambio local de los supremos repartidores, es decir, de mero «golpe de Estado», que fue reprimida con la clara lógica del poder planetario, en tanto el conflicto evidenciado por el terrorismo y la represión indiscriminadas de hoy expresa con más nitidez una *revolución* quizás, de modo más preciso, una «macrorrevolución».

Pese a que al menos hasta hace poco tiempo el orden estatal mundial parecía gozar de relativa «buena salud» y si bien el sistema capitalista no genera las contradicciones entre proletarios y burgueses en cuya fuerza transformadora tanto esperó el socialismo, no hay que olvidar que origina otras conflictividades muy significativas. Por un lado, están las contradicciones entre *mercado*, *democracia* y «*naturaleza*», en razón de la desocupación y en general la marginalidad económica de muchos ciudadanos y, en última instancia, de muchos seres humanos; por otro, el hecho conflictivo de que el propio capitalismo produce y difunde los recursos técnicos con los que se lo ataca.

En nuestros días se está produciendo en general la más grande revolución de la historia, constitutiva de la nueva era que hemos referido, pero los recortes no sólo materiales y temporales sino también espaciales no permiten apreciar sus alcances de modo debido. El poder y la planificación, *ocultos* más allá de las fronteras del saber jurídico por el no tratamiento del derecho universal, encuentran de esa manera más posibilidades de realización y de irresponsabilidad.

Entre las causas por las que es muy grave desconocer la existencia del derecho universal figura la evidencia del juego de *factores de poder planetario* que influye en las posibilidades de toda realización jurídica ⁵⁷.

15. Una expresión del crecimiento del régimen mundial es la formación, al menos por pretendida ejemplaridad, de la llamada *lex mercatoria*, para la que incluso se puede sostener una vigencia independiente de su consagración estatal o contractual ⁵⁸.

Otro modo de buscar la ordenación por ejemplaridad son las «*leyes modelo*» que los órganos estatales pueden ir adoptando según lo consideren razonable (v.gr. la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- sobre Arbitraje Comercial Internacional ⁵⁹).

El sentido de la repetición exigido a la noción de costumbre no se adecua a las nuevas necesidades del derecho mundial, y en lugar de ella ganan espacio los usos y la doctrina. Es posible que en el derecho universal actual el sentido de un mundo nuevo haga que la tradición y la autoridad tengan menos papel que cumplir.

También es importante el reflejo de la ejemplaridad planetaria que se manifiesta muchas veces en las «*organizaciones no gubernamentales*» ⁶⁰.

16. La magnitud de los regímenes es siempre *relativa*, y el cerramiento permite la infundada creencia de algunos juristas que piensan que sus países, a veces muy débiles, son el «*centro del mundo*». La ilusión de grandeza no suele generar más que pequeñeces reales mayores.

Los *límites necesarios* que la «naturaleza de las cosas» enfrenta a los repartos están muchas veces más allá de los espacios a los que se ciñe la ciencia jurídica actual, de modo que nada menos que la factibilidad de las adjudicaciones queda fuera del planteo pretendidamente científico. Quien no sabe qué es factible, no puede conducir.

b. Dimensión normológica

17. La falta de consideración normativa de la universalidad conduce a que las normas «estatales» vayan con frecuencia *a la zaga de los hechos*, de modo que hay una renuncia a la «generalidad» de la referencia a los casos futuros que tanto importa, por ejemplo, para el desenvolvimiento del *derecho penal liberal*. El enorme incremento de las relaciones delictivas mundiales termina impulsando a que el sistema de los Estados concluya abandonando el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, aunque sea, por ejemplo, exagerando el principio de defensa.

18. El desarrollo actual del derecho universal necesita un nuevo complejo de *fuentes* del derecho: la disminución del papel de las leyes de los estados modernos nacionales es acompañada del incremento diversificado de los roles de los *contratos*, los *tratados internacionales*, los *laudos arbitrales* e incluso los *decretos* y las *sentencias* y la *doctrina* ⁶¹.

En las actuales condiciones importa de manera especial desarrollar un cuerpo de *doctrina* de derecho universal. Creemos relevante que, por ejemplo, se organicen más reuniones científicas para tratar -sin caer en meras declamaciones o generalizaciones- esta rama jurídica de creciente significación ⁶².

Pese a las dificultades antes expuestas, un lugar destacado en la Constitución no sólo positiva sino doctrinaria del derecho universal corresponde a la obra que viene cumpliendo la *Organización de las Naciones Unidas* ⁶³. Sin ignorar los tropiezos, cabe decir que se va cumpliendo, al menos en parte, el mensaje contenido en su nombre de «unidad», diverso del de sociedad o liga ⁶⁴.

19. Si se atiende a la afinidad entre derecho y lengua, en la que tanto se insiste desde el siglo XIX, es fácil comprender que el derecho universal práctico y teórico, en mucho hoy dirigido a la unidad, se expresa cada vez más en la *lengua mundial*, el inglés ⁶⁵. La propia

formación y expresión del inglés es idónea para los fines prácticos de la mundialización. El inglés es una de las lenguas más habladas y la de uso más global, pero vale preguntarse sobre las condiciones en que se encuentran los miles de millones de personas que no lo conocen o no lo tienen como su «lengua profunda».

20. La voluntad de respetar la mundialización en la *interpretación* de las fuentes de relacionamiento externo de los Estados, y principalmente de los tratados, es manifestada ahora con frecuencia. Los textos internacionales actuales suelen reclamar que al interpretarlos se atienda a ese «carácter internacional». Así, por ejemplo, la Convención sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena de 1980 dice que en su interpretación se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional (art. 7.1). Es más: los tratados tienen muchas veces definiciones de los términos empleados y se producen entendimientos relativos a su interpretación (pueden c., v.gr., los Acuerdos de Marrakech).

Los métodos de interpretación de la postmodernidad son fácticamente condicionados por el proceso de «deconstrucción» de todos los textos que, por una parte, favorece el ocultamiento de los conductores y el despliegue de las influencias humanas difusas y, por otra, se hace incompatible con la solidez normativa estatal pretendida tradicionalmente.

El derecho universal de nuestros días es marco de profundas transformaciones problemáticas que plantean grandes *carencias históricas* de normas, en parte porque esta perspectiva jurídica no ha recibido la atención que merece, en mucho por la novedad científico-técnica e incluso jurídica de las cuestiones a resolver. Además, a nuestro parecer hay numerosas *carencias dikelógicas* por la injusticia de las soluciones planetarias tradicionales, que incluyen enormes fenómenos de dominación.

La elaboración de las nuevas normas debe tener en cuenta las posibilidades de autointegración por la analogía y los principios generales actuales, con bases nacionales e internacionales, pero además ha de recurrir, cuando sea valioso, a otras referencias nuevas, a la *heterointegración*, con miras a la debida solución para una nueva realidad más sólidamente planetaria.

21.1. El desarrollo del derecho universal actual pone en crisis diversos conceptos del mundo tradicional, entre los que se encuentran el tan relevante concepto de *Estado* y el concepto de soberanía. Sin embargo, para que el derecho universal no recorra los caminos de mera globalización/marginación que hoy se van imponiendo, importa que se preserven ciertos cauces conceptuales y fácticos de *estatalidad* liberal, democrática y nacional. Es relevante que, con las adecuaciones necesarias, los conceptos de Estado y soberanía conserven los significados diferenciadores que los vienen caracterizando. Además, la organización universal tendrá que valerse de nociones relativamente análogas.

21.2. El desenvolvimiento del derecho universal requiere nuevos perfiles en el despliegue de la tarea del *jurista* en los diversos papeles de su desempeño, sea por la modificación de los roles *tradicionales* o por la asunción de otros *nuevos*. Sobre todo en nuestro tiempo, los hombres de derecho deben cambiar las perspectivas materiales, reconociendo tareas distintas del apego radical al Estado tradicional que los han venido caracterizando, por ejemplo, con la asunción de actividades de mediación y cooperación internacional, y han de modificar la referencia predominante al pasado, asumiendo, como en otras profesiones también volcadas a la corrección de situaciones indeseables (v.gr. la medicina), actitudes de mayor «construcción» del *porvenir*.

Sin desconocer ni la relevancia del pasado ni la historicidad de lo jurídico, el perfil del jurista (a semejanza del médico, cada vez más inserto en un clima de construcción biológica) ha de asemejarse a la referencia y la construcción del *futuro* que caracteriza al ingeniero ⁶⁶. No parece admisible que el porvenir de las ciencias sociales sea casi monopolizado por la economía, como parece suceder en nuestros días.

El jurista actual debe desarrollar en mayor medida la doctrina y desenvolver más la *investigación* que, a su vez, han de responder a la nueva situación. El campo de las actividades jurídicas debe superar la dependencia del

legislador que se viene imponiendo desde posiciones racionalistas y positivistas normológicas ⁶⁷. La modificación de la perspectiva espacial influye así en los puntos de vista materiales y temporales. El nuevo escenario reclama una adecuación significativa de todos los despliegues de la «abogacía».

Creemos que la estatalidad tradicional es todavía imprescindible, pero limitarse a ella significa, por contraste, hacer que la pobreza del conocimiento sea sendero de la dominación hobbesiana de la superpotencia.

22. Es necesario construir una lógica de la juridicidad universal. La referencia de la *norma hipotética fundamental* a los ordenamientos de los Estados nacionales se hace cada día menos sostenible, resultando en cambio que la verdadera norma hipotética, que da un ordenamiento que se cumple es, de modo creciente, una de alcance mundial, todavía no muy definida, pero que mandaría obedecer a las grandes fuerzas del poder económico global ⁶⁸. Según hemos señalado, la noción tradicional de *soberanía* está en crisis, en mucho porque su soporte sociológico, la «independencia», se va haciendo inviable.

Si se acepta la referencia trialista a una norma hipotética fundamental disyuntiva, de cumplimiento de los pactos o de obediencia al constituyente histórico, se nota que la universalización da también amplio despliegue a la primera vertiente, fuera de lo que dispongan los cauces gubernamentales, tradicionales o en formación.

La lógica normativa pensada por Alberdi ubicaba al fin a la norma hipotética fundamental en el marco universal.

c. Dimensión axiológica

23. Según la construcción que empleamos como base de la dimensión axiológica (que Werner Goldschmidt prefería llamar *dikelógica*), el derecho universal actual abarca una muy fuerte tensión entre la *justicia*, valor que a nuestro parecer es el más específico y elevado del mundo jurídico, y la *utilidad* ⁶⁹. Sin embargo, la idoneidad de los cauces históricos (a veces llamados «astucia de la historia») se vale hoy de la pretensión universalizadora de la utilidad.

La mundialización ha tenido diversas manifestaciones apoyadas en distintos valores, como lo muestran las referencias a la santidad que surgen de las religiones universales. Quizás podría decirse que la planetarización «natural» tuvo su primer correlato cultural en esas religiones. No obstante, estimamos que la mundialización económica es más idónea para abarcar todo el planeta ⁷⁰. Un gran sentido de la utilidad y del papel de la economía impulsaba a la universalidad alberdiana.

24. En relación con los diversos caminos para el pensamiento de la justicia, denominados «clases de justicia», cabe apreciar, por ejemplo, que en el derecho universal la referencia a la justicia general, que se remite al bien común y con sus exigencias caracteriza al derecho público, suele quedar oculta, de modo que impera la justicia *particular*, cuyos requerimientos individualizan al derecho privado. El imperio de la «privatización» es una manifestación de esa tendencia en un mundo cuyo tejido jurídico se incrementa de modo notable ⁷¹. Si bien es posible sostener que se está formando una estatalidad planetaria, ella está muy lejos de tener la dimensión pública axiológica que suele exigirse al Estado.

25. Como ya señalamos, a nuestro entender las referencias a la justicia la muestran con sentido pantónimo. Para adecuar tal pantonomía debemos fraccionarla cuando no es posible conocer o hacer más, logrando así seguridad.

Estimamos que la prescindencia de la proyección universal implica un *fraccionamiento ilegítimo*, con el que se origina una al fin insuficiente e infundada seguridad. La evidencia cada vez mayor de un porvenir planetario común reclama su protección. Encerrarse en enfoques locales ni siquiera hace que dichos ámbitos estén libres de las proyecciones mundiales.

El derecho universal requiere el *desfraccionamiento* de la consideración de la justicia. Es más, en mucho lo que se ha de perseguir, y los recursos técnicos actuales viabilizan, es una *nueva seguridad*. A fin de lograrla a menudo se *fraccionan*, a veces en demasía, diversos despliegues de la pantonomía que resultan «particularizantes», por ejemplo: se recortan las referencias al pasado e incluso al porvenir particular, asumiendo un permanente presente; se limita el complejo personal que liga a los individuos entre sí, v.gr. en la desintegración de la familia tradicional; se fracciona el complejo real, por ejemplo -como dijimos- reduciendo la realidad a lo representable a través de la moneda, y se corta la consideración de las consecuencias, haciendo que a menudo resulten beneficiados o perjudicados quienes no deberían serlo. Aunque urge abrir las perspectivas, es mucho lo que se recorta en la globalización y diversas particularidades marginadas deberían ser consideradas para lograr la legítima universalidad.

26. Si con miras a tratar científicamente temas de común interés se consiente en *construir* un *principio supremo* que exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en *persona*, o sea para desarrollarse plenamente, es posible valorar una importante variedad de perspectivas acerca de los repartos aislados y el régimen, cuya consideración creemos de notoria importancia para el derecho universal ⁷².

27. En el derecho universal actual, la inexistencia de un aparato gubernamental explícito para el planeta lleva a que los repartidores, a menudo *democráticos*, de las grandes potencias dominantes, basados en mayorías locales, actúen con caracteres pretendidamente *aristocráticos* (por superioridad moral, científica o técnica) y con frecuencia sean en realidad *antiautónomos* respecto de los otros países. Las más importantes decisiones acerca del uso de la fuerza se adoptan sin tomar en cuenta el parecer de la mayoría de la humanidad involucrada.

Las propias autoridades de muchos Estados nacionales tradicionales carecen de la legitimidad democrática que invocan, porque las poblaciones se ven obligadas a aceptarlas e incluso votarlas por imposiciones de los poderes económicos mundiales.

La crisis de la legitimación gubernamental acentúa cierta búsqueda de la legitimación por la *autonomía* de los propios interesados, por la «paraautonomía» de las soluciones arbitrales e incluso por la búsqueda de algunos senderos aristocráticos (v.gr. del saber económico). El derecho universal evidencia en qué grados el dominio del mundo está en manos de la *tecnocracia* y la *plutocracia*.

Uno de los problemas importantes de legitimación del derecho universal es la diferencia entre los espacios de *origen* de las potencias y los lugares donde éstas son *repartidas* o *benefician*, acentuándose con esta perspectiva los rasgos frecuentes de antiautonomía de los repartidores. Creemos que hay relaciones de explotación recíproca «Norte-Sur», con nítido predominio, sin embargo, del hemisferio boreal.

La consideración del derecho universal lleva al tratamiento de muchos objetos *repartideros* que las perspectivas tradicionales no permiten reconocer de modo pleno. Así ocurre con problemas que desbordan ampliamente los alcances de los Estados nacionales, como son los de la *salud*, la riqueza de los *mares*, los *recursos fluviales*, la *contaminación* de la tierra, del aire y del agua, el *desarrollo sustentable*, la *cultura* y en especial las oportunidades de *educación*, el *espacio «exterior»*, etc.. Por la senda de la biotecnología el marco de los objetos repartideros que se proyectan sobre el planeta todo alcanza al mismo *porvenir de nuestra especie*.

Es posible que, en el ámbito globalizado, nuestras generaciones sean denominadas en el futuro las últimas «de vida corta». Es conjeturable que diversas características de las generaciones venideras sean diferentes de las actuales. Mucho es lo valioso que puede hacerse aprovechando las nuevas condiciones de vida. También es mucho lo que se pone en riesgo, incluso en el acervo cultural y biológico de la humanidad.

Entre los objetos *no repartideros* del derecho universal de nuestros días se encuentran las posibilidades de la «*delincuencia planetaria*» (tráfico de drogas, terrorismo, etcétera), el sometimiento que suele traer aparejada la «*deuda externa*», la *represión indiscriminada* y el *genocidio velado* que ataca la vida y la creatividad de los países marginales. De manera

cotidiana se destruyen construcciones teóricas, tecnologías, empresas y principalmente aptitudes personales que no interesan a los grandes centros del poder.

Otro de los aspectos importantes de la tensión axiológica del derecho universal actual se desenvuelve entre los beneficios de *mejor comunicación* que brinda el uso difundido del inglés, en las relaciones en general e incluso en la redacción de normas, y la *dominación* y el *empobrecimiento cultural* que ese empleo trae consigo. La obligación de expresarse en una lengua que no es la propia significa en diversas perspectivas la limitación de la expresión. Muchos millones de seres humanos no pueden darse a entender en inglés de ninguna manera. Es cierto que fenómenos relativamente análogos fueron el uso del latín, del español, del portugués, etcétera, pero la magnitud del fenómeno y la conciencia de la dignidad humana eran entonces muy diferentes.

28. Conforme al principio supremo de justicia antes referido, el régimen debe ser *humanista*, tomando a cada hombre como un fin y no como un medio ⁷³. El humanismo puede ser *abstencionista* o *intervencionista* («paternalista»), dejando a cada individuo elegir y realizar la fórmula de su personalización o definiendo y actuando desde el propio régimen la personalización del individuo. Para designar al humanismo en lo universal puede utilizarse la expresión «*cosmo-politismo*» ⁷⁴.

El marcado predominio de la concepción capitalista liberal de origen anglosajón hace hoy que, ocultos a veces por un abstencionismo proclamado, se produzcan a menudo fenómenos de intervencionismo e incluso de totalitarismo. Muchos hombres y muchas culturas son privados, por vías económicas o no, del derecho a su propia personalización. El reconocimiento del derecho universal incrementa las posibilidades de apreciarlo y quizás remediarlo.

Nuestra posición axiológica nos lleva a sostener el requerimiento de justicia de que el juego mundial de factores de poder sea controlado para el desarrollo de espacios de libertad que, en la realidad vigente hasta nuestros días, depende en mucho de la existencia de Estados auténticamente liberales y democráticos «res-publicanos» donde se dé satisfacción a la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres.

Al menos desde nuestra perspectiva «occidental», la estatalidad hobbesiana debería evolucionar hacia cauces también «lockeanos», «rousseauianos» e incluso de cierto modo «fichteanos». Aunque no cabe ignorar que es posible que la planetarización deba recorrer el camino de la «dictadura» de alguna cultura, quizás de la cultura «occidental», tal vez el logro de la verdadera «uni-versalidad» por cauces liberales, democráticos y «res-publicanos», respetuosos de las diversidades y la unidad, sea el mejor camino de evitar una conflagración que puede tener incluso resultados catastróficos. El rechazo de Alberdi a la guerra muestra que rechazaba el autoritarismo también a nivel planetario.

El régimen de la globalización/marginación presenta una gran línea de conflicto entre el desborde de la unicidad en el privilegio de la *concentración de la riqueza*, promovido por el desenvolvimiento del mercado, y el *ideario de igualdad* afianzado en la vertiente democrática y de derechos humanos. Creemos que de cierto modo el mundo actual no es más injusto que el de otras épocas, sino más contradictorio, porque por un lado destruye los criterios tradicionales de diferenciación y por otro presenta desigualdades económicas impactantes ⁷⁵. Consideramos que la unicidad, la igualdad y la comunidad son siempre necesarias y conflictivas entre sí, pero el presente da, a nuestro parecer, una composición insatisfactoria.

La realización valiosa del derecho universal de nuestros días exige superar (no abandonar) los moldes de los Estados nacionales complementando su desempeño con procesos de *regionalización* e *integración*. El federalismo y la integración, por los que tanto bregó Alberdi, adquieren nuevas perspectivas valiosas ⁷⁶.

Uno de los desafíos relevantes del derecho universal actual es cómo asegurar la comunicación y el entendimiento entre las culturas, pero a menudo el camino recorrido es la marginación y la destrucción de lo «inútil», atacando la diversidad cultural e incluso la «biodiversidad» humana ⁷⁷.

II. Parte Especial

29. Todas las otras ramas jurídicas y todos los otros temas jurídicos son mejor comprendidos cuando se considera el derecho universal.

En cuanto a las perspectivas más específicamente vinculadas a la universalidad, cabe señalar, por ejemplo, los avances que pueden obtenerse en el *derecho internacional público*, el *derecho internacional privado* y el *derecho de la integración*.

Entre las ramas del derecho nacional, no es imprescindible recurrir al derecho comercial, globalizado con especial intensidad, para reconocer la importancia del planteo universal. Por ejemplo: el *derecho civil argentino* es mejor captado atendiendo al *contacto* entre culturas jurídicas que reflejó el derecho hispánico, en especial al complementar la legislación castellana con las Leyes de Indias; a la *vocación universalista* y las garantías de extranjería y de derechos humanos de la Constitución de 1853-60 con la relevante reforma de 1994; a la *recepción* de la obra de Freitas y del modelo del Código Napoleón; a la inserción en los marcos mundiales que brinda el *derecho internacional privado* convencional y no convencional, con el particular relieve de referencias externas de los tratados de Montevideo, las convenciones de las CIDIP, de La Haya y de Naciones Unidas y la obra mercosureña, etcétera. Es más: ¿podrían ser bien entendidos el derecho civil del Código de Vélez Sársfield y el Proyecto de Código actual sin considerar el paradigma jurídico y económico capitalista de proyecciones mundiales?

También las instituciones, desde los contratos a la familia, son mejor comprendidas si se considera su ubicación universal, v.gr., refiriéndose a su posición en las distintas vías de unidad y diversidad. Por ejemplo: ¿puede comprenderse la ley argentina 23.515 de *nuevo régimen de matrimonio civil* y de *divorcio vincular* sin considerar el panorama del derecho universal con sus nuevos paradigmas de base, familiares, económicos y culturales en general, que allí se recibieron?

30. El enfoque del derecho universal nutre, además, la consideración del conjunto de las ramas jurídicas que se hace en la *teoría general del derecho*⁷⁸.

Como la conexión última entre las ramas se produce en el marco planetario, la atención al ámbito espacial mundial enriquece las posibilidades de comprensión del *plexo de las ramas del derecho*.

III. Conclusión

31. Creemos que el enfoque del derecho universal, muy presente en el pensamiento alberdiano, se refiere a una *rama jurídica* especial, dirigida a los alcances propios del derecho en su totalidad mundial e identificable por la justicia debida al ser humano como *integrante de la humanidad* que vive en el *espacio total*. La universalidad satisfactoria no es la mera mundialización, sino la realización de la *plenitud espacial* integradora de los «lugares» de todos los seres humanos.

Consideramos que el estudio del derecho universal en una disciplina propia, destinada a enriquecer los planteos tradicionales, y en cátedras especiales, es una necesidad de particular intensidad en la nueva era que vivimos, cuando la globalización/marginación es tan destacadamente intensa y hay que desarrollar la «uni-versalidad».

Prescindir de la conciencia del derecho universal es favorecer que éste se desenvuelva de modo principal mediante las influencias humanas difusas y la planificación, que favorecen lisa y llanamente a la Superpotencia. Para «exorcizar» el poder mundial y aprovechar sus grandes posibilidades beneficiosas es conveniente tematizarlo científicamente⁷⁹.

Hay que librar la batalla por la vida valiosa en todos los escenarios, desde todas las perspectivas, también, de modo imprescindible, en los del derecho universal. La atención al derecho universal es una manera de cumplir el ideario alberdiano.

Notas:

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET. Académico correspondiente en Rosario.

¹ Puede v. nuestro estudio *El derecho universal*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, en el que se apoyan muchas de las consideraciones de este artículo.

Los sitios de Internet citados respecto de los cuales no se indica fecha de consulta corresponden a la investigación de *El derecho universal* (ed. febrero de 2001) y no pudieron ser ubicados en la confrontación para el presente estudio.

² Es posible, por ej. Juan B. ALBERDI, *El crimen de la guerra*, Buenos Aires, Orientación Cultural Editores, 1961, v.gr., pág. 97 y ss. (Cap. X, Pueblo-Mundo). Puede v. Proyecto Biblioteca Digital Argentina, El crimen de la guerra / 1870, Juan Bautista Alberdi (1810-1884), http://www.clarin.com.ar/pbda/ensayo/crimen_guerra/crimen_00indice.htm (18-11-2001). Cabe c. además por ej. María del Carmen YERGA DE YSAGUIRRE, *Los fundamentos filosóficos del pensamiento económico de J. B. Alberdi: la guerra*, <http://fce.uncu.edu.ar/investigacion/Jornadas2000/Humanisticas/YergaM/La%20guerra%20en%20ALBERDI.pdf> (11-11-2001); también *El crimen de la guerra* por Juan B. ALBERDI, (1810-1884) <http://www.nuncamas.org/investig/articulo/alberdi.htm> (11-11-2001). Asimismo pueden c., en relación con el pensamiento alberdiano, la recopilación de *Obras escogidas*, Buenos Aires, Luz del Día, 1952; Olsen GHIRARDI, *La filosofía en Alberdi*, 2ª ed., Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000; *El derecho natural en Alberdi*, Córdoba, E. del Copista, 1997; César DÍAZ CISNEROS, *Alberdi y el derecho internacional latinoamericano*, Buenos Aires, Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 1959. Sobre el origen del libro *El crimen de la guerra* v. por ej. el Prólogo de Alfredo L. Palacios a la edición de Luz del Día, Buenos Aires, 1957, esp. pág. 44 y ss.; respecto del autor: Martín GARCÍA MEROU, *Alberdi. Ensayo crítico*; Rosso; Pablo ROJAS PAZ, *Alberdi. El ciudadano de la soledad*, 3ª ed., Buenos Aires, Losada, 1952; Jorge M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, 2ª ed., Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1973; Alberto Octavio CÓRDOBA, *Bibliografía de Juan Bautista Alberdi*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1968.

³ ALBERDI, op. cit., pág. 98.

⁴ C. v.gr. íd., págs. 104, 121 y 123 (no obstante, también págs. 116 y 121).

⁵ Íd., pág. 113.

⁶ V. íd., esp. págs. 114 y 124.

⁷ Íd., pág. 115, también v.gr., pág. 116.

⁸ Íd., pág. 116 (lo destacado es nuestro, concord. v.gr. pág. 105).

⁹ Íd., pág. 116. Apreciando con gran lucidez circunstancias ya presentes en su tiempo, decía Alberdi que el comercio moderno, con las formas de su crédito, con su prodigiosa letra que cambia los capitales de nación a nación sin sacarlos de su plaza; con sus Bancos; sus empréstitos internacionales; sus monedas universales, como el oro y la plata; que con sus pesos y medidas tiende a la misma uniformidad que las cifras de la aritmética y del cálculo; con sus canales y ferrocarriles, sus telégrafos, sus postas, sus libertades nuevas, sus tratados, sus cónsules, es el auxiliar material más poderoso de que dispongan, en servicio de la unión y de la unidad del género humano, la religión y la ciencia, que hacen de todos los pueblos una misma familia de hermanos habitando un planeta que les sirve de morada común (ALBERDI, op. cit., pág. 116).

¹⁰ Si, como se ha señalado reiteradamente desde el siglo XIX, el mundo se convierte cada vez más en mercancía, urge tener en cuenta los alcances mundiales de dicha conversión (puede v. por ej. Karl MARX, *Miseria de la filosofía*, trad. Instituto Marx-Engels-Lenin, Buenos Aires, Signos, 1970, pág. 14).

¹¹ Respecto de la globalización/marginación pueden c. v.gr. nuestros estudios «Comprensión de la globalización desde la filosofía jurídica», en *Investigación y Docencia*, Nº 27, pág. 9 y ss.; «Una perspectiva bioética: vida y globalización», en *Bioética y Bioderecho*, Nº 1, pág. 43 y ss.; «Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en *Investigación... cit.*, Nº 25, pág. 25 y ss.; «Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración», en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº 24, págs. 41/56.

Un interrogante de gran interés se refiere al valor que puede tener la «interpretación económica de la historia» en culturas como la del Islam que a menudo, al menos, parecen desenvolverse con una racionalidad no económica sino religiosa.

¹² Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. José Gaos, 2ª ed. en Alianza Universidad, Madrid, Alianza, 1982, pág. 66.

¹³ ALBERDI, op. cit., págs. 120/1; *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998. Puede c. nuestro artículo «Fragmento...»).

¹⁴ Creemos que la historia ha evidenciado que la «Europa liberal» defendida por Alberdi ha brindado aportes que consideramos magníficos para la prolongación y la dignificación de la vida, pero también ha cometido crímenes contra la humanidad concreta. La exageración de la defensa alberdiana de la cultura europea se relaciona con las particularmente injustas apreciaciones que hace en *El crimen de la guerra* respecto del general José de San Martín (puede v. por ej. *El crimen...*, pág. 130 y ss.).

¹⁵ V. Juan B. ALBERDI (1810-1884), en *Diccionario soviético de filosofía*, Montevideo, Ediciones Pueblos Unidos, 1965, págs. 7-8, Proyecto filosofía en español., <http://www.filosofia.org/enc/ros/alberdi.htm> (18-11-2001).

¹⁶ V. YERGA DE YSAGURRE, op. cit.. Cabe recordar que, por ejemplo, en varias oportunidades Jorge Luis Borges adhirió a la posición de Alberdi en cuanto al «crimen de la guerra». En un reportaje que se le hizo se desarrolló el siguiente diálogo:

«- Nada más inhumano que la guerra de los conquistadores, ¿verdad?

- Así es. Alberdi dijo que *la guerra es un crimen*, y ahora creo que tenía razón: ¡Todas las guerras son un crimen! Pienso que si un gobierno decide una guerra, no le faltarán razones para justificarla; además, todos aquellos que se oponen son considerados traidores. Claro. Hay un supuesto axioma de derecho internacional que dice *my country right or wrong*, es decir, que tenga o no razón, es mi país. Pero, admitido esto, iambos bandos tendrían razón en cualquier guerra!» (Entrevistas: *Borges, el eterno*, por Julio César CALISTRO, Entrevista realizada en Buenos Aires, en 1983, <http://www.ucm.es/info/especulo/numero6/borges83.htm> - 18-11-2001; también puede v. Entrevista de Mariángeles Fernández a Jorge Luis Borges (9-10-1980), «Yo me he convencido de que cualquier paz es preferible a cualquier guerra. Es lo que decía (Juan Bautista) Alberdi: el crimen de la guerra. Porque si admitimos que hay guerra justa (yo celebré la Guerra de los Seis Días) bueno, ya se sabe que si un gobierno quiere una guerra, inventará o encontrará justificaciones para ella. Yo creo que habría que pensar que toda guerra es injusta, que toda guerra es un crimen, que es lo que creía Alberdi. En ese libro, *El crimen de la guerra*, no se refería a una guerra en particular, a la guerra del Paraguay, por ejemplo, no. Él decía que toda guerra es un crimen... una serie de homicidios organizados, es terrible. Creo que si uno se imagina un solo hombre herido, un solo hombre muerto, se da cuenta de que es espantosa la guerra. Y además Ghandi, Bertrand Russell, Romain Rolland, Henri Barbusse... también fueron pacifistas y yo creo que si yo tuviera que aclararlo públicamente, yo diría que ahora soy pacifista», <http://www.escrituracreativa.com/revista%20digital/n3/charlas.htm> -18-11-2001).

¹⁷ V. por ej. ALBERDI, *El crimen...* cit., págs. 103 y ss., 108 y ss., 111 a 113, 118 y 124.

Alberdi esperaba que un proceso como el de planetarización actual desembocara en la existencia de una justicia internacional (puede c. v.gr. ALBERDI, *El crimen...* cit., págs. 100 y 113/115).

Cabe c. nuestro artículo «Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización... Investigación... cit., N° 32, págs. 9/14.

¹⁸ ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, en *Obras escogidas*, Buenos Aires, Luz del Día, 1952, esp. pág. 62 y ss.; también v.gr. pág. 1 y ss.. Decía Alberdi: «*La economía, como la legislación, es universal, cuando estudia los hechos económicos en su generalidad filosófica, y nacional o práctica, cuando se ocupa de las modificaciones que esos hechos reciben de la edad, suelo y condiciones especiales de un país determinado. Aquella es la **economía pura**: ésta es la **economía aplicada** o positiva. El presente escrito, ... pertenece a la economía aplicada, ...*» (*Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, en *Obras escogidas*, Buenos Aires, Luz del Día, t. IV, 1954, pág. 1).

¹⁹ ALBERDI, *Bases cits.*, pág. 63.

²⁰ En relación con esas referencias más plenas pueden v. nuestros trabajos «Lecciones de teoría general del derecho», en *Investigación... cit.*, N° 32, págs. 33/76; «El derecho, la temporalidad y la transtemporalidad», en *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario*, N° 3, pág. 33 y ss.; *Estudios de historia del derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000 y en especial *Lineamientos filosóficos del derecho universal*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979. Para nombrar a la «rama» jurídica que abarca el conjunto de las demás, correspondiendo a lo que en cuanto al saber trata la teoría general del derecho, empleamos la expresión *derecho de la cultura* (es posible v. nuestras *Bases jusfilosóficas del derecho de la cultura*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993). En cuanto al derecho universal también cabe v. por ej. nuestro artículo «Una parte altamente significativa del «derecho universal» de nuestro tiempo: el derecho de familia japonés», en *Investigación... cit.*, N° 20, pág. 99 y ss.; «La tensión entre integración y dominación en el derecho universal de nuestro tiempo», en

Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº 21, pág. 64 y ss..

²¹ Cabe c. además Gianluca BOCCHI - Mauro CERUTI (rec.), *La sfida della complessità*, 10ª ed., Milán, Feltrinelli, 1997.

²² Edgar MORIN, *La cabeza bien puesta*, trad. Paula Mahler, ed. Nº 2, Buenos Aires, Nueva Visión, 2001, pág. 13.

²³ MORIN, op. cit., pág. 14. Pascal llegó a decir: «Yo tengo por imposible conocer las partes sin conocer el todo, así como conocer el todo sin conocer particularmente las partes» (PASCAL, *Pensamientos. I. El hombre sin Dios*, 3ª ed., trad. Juan Domínguez Berrueta, en B.I.F., Buenos Aires, Aguilar, 1966, pág. 61)

²⁴ Es posible c. nuestro estudio *El derecho universal* cit.. En cuanto a la teoría trialista del mundo jurídico, pueden v. por ej. Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma 1987; Miguel Angel CIURO CALDANI, *Derecho y política*, Buenos Aires, Depalma, 1987; *Estudios de filosofía política y filosofía jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; *Estudios jusfilosóficos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; «El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura», *El Derecho*, t. 126, pág. 884 y ss.

²⁵ Puede v. Gioele SOLARI, *Filosofía del derecho privado*, trad. Oberdan Caletti, Buenos Aires, Depalma, t. II, 1950, por ej. pág. 304 y ss.; C. SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, trad. Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Atalaya, 1946; *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. Ch. Guenoux - Jacinto MESÍA - Manuel POLEY, Madrid, Góngora, t. I., 1878, esp. pág. 29 y ss. (VII y VIII).

²⁶ V. SOLARI, op. cit., pág. 307. En cuanto a la referencia del historicismo a lo universal y concreto que se forma continuamente, c. SOLARI, op. cit., pág. 333.

²⁷ Es posible v. nuestros trabajos «Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero», en *Revista de Direito Civil*, 8, págs. 73 y ss.; «Originalidad y recepción en el derecho», en *Boletín del Centro de Investigaciones... cit.*, Nº 9, pág. 33 y ss.. Acerca de la obra del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) v. por ej. <http://www.unidroit.org/>. También puede c. v.gr. Giuseppe GANDOLFI, «Per la redazione di un «Codice Europeo dei Contratti»», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XLIX, asc. 3, pág. 1073 y ss. Cabe v. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/cont_law_02_es.pdf (24-11-2001). del Derecho extranjero», en *Revista de Direito Civil*, 8, págs. 73 y ss.; «Originalidad y recepción en el derecho», en *Boletín del Centro de Investigaciones... cit.*, Nº 9, pág. 33 y ss.. Acerca de la obra del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) v. por ej. <http://www.unidroit.org/>. También puede c. v.gr. Giuseppe GANDOLFI, «Per la redazione di un «Codice Europeo dei Contratti»», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XLIX, asc. 3, pág. 1073 y ss. Cabe v. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/cont_law_02_es.pdf (24-11-2001).

²⁸ C. por ej. A. FRANCON, «Réciprocite» en Ph. FRANCESKAKIS (dir.), *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, t. II, 1969, pág. 714 y ss.; Alfred VERDROSS, *Derecho internacional público*, 4ª ed., en colaboración con Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyol y Serra, 4ª ed., Madrid, Aguilar, 1963, pág. 8 y ss.- También W. GOLDSCHMIDT, *Introducción... cit.*, págs. 505/6; además puede v. *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987. Es posible c. Miguel Angel CIURO CALDANI, *Aspectos axiológicos ... cits.*

²⁹ Para apreciar el grado de mundialización actual vale tener en cuenta que China, que fue considerada durante mucho tiempo como el Estado más impenetrable del mundo, se está incorporando a la Organización Mundial del Comercio (v. por ej. *Geografía Universal Marín*, Barcelona, vol. 5, 2ª ed., 1973, pág. 13).

³⁰ Pueden v. nuestros *Estudios de historia... cits.* Suele hablarse de la «miniaturización» y la «mundialización» de lo social (v. por ej. Martine ABDALLAH-PRETCELLE, «L' éducation interculturelle», París, Presses Universitaires de France, 1999, pág. 14). Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestros artículos «Iusphilosophical Understanding of Postmodernity (A Trialistic Perspective)», en *Rechtstheorie*, Nº 19, págs. 99/197; «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en *Boletín del Centro de Investigaciones... cit.*, Nº 19, pág. 9 y ss.; «Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la «crisis de la materia)», en *Investigación... cit.*, Nº 31 y ss., pág. 51 y ss.; «La postmodernidad, el derecho y las bases de la cultura occidental de nuestro tiempo», en *Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.R.*, Nº 13, págs. 79/90; «La evolución desde el libro y el diario a la televisión y la computación, la estructura internacional y las fuentes de las normas», en *Investigación... cit.*, Nº 31, pág. 39 y ss.; «Derecho y espectáculo en la postmodernidad», en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, agosto de 1999, págs. 22/25; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad», en *Investigación... cit.*, Nº 21, pág. 67 y ss.. Es posible c. v.gr. Jean-François LYOTARD, *La condición postmoderna*, trad.

Mariano Antolín Rato, 2ª ed., Buenos Aires, R.E.I., 1991; Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, *Postmodernidad y derecho*, Bogotá, Temis, 1993; Gianni VATTIMO, *El fin de la modernidad*, 3ª ed., trad. Alberto L. Bixio, Barcelona, Gedisa, 1990; Alain TOURAINE, *Critique de la modernité*, Fayard, 1992; Alex CALLINICOS, *Contra el postmodernismo*, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; Steven BEST - Douglas KELLNER, *Postmodern Theory - Critical Interrogations*, Nueva York, Guilford, 1991; Lorenzo C. SIMPSON, *Technology Time and the Conversations of Modernity*, Nueva York - Londres, Routledge, 1995; John DOCKER, *Postmodernism and popular culture - A cultural history*, Cambridge, University Press, 1994; Robert AUDI (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge, University Press, 2ª reimp., 1997, «Postmodern», págs. 634/5. Asimismo es posible c. v.gr., Marc HABEL, «Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 83, 2, pág. 217 y ss.. V. por ej. además Enrique ROJAS, *El hombre light*, 11ª reimp., Buenos Aires, Temas de Hoy, 1996. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. Theodor W. ADORNO, *Mínima moralía - Reflexiones desde la vida dañada*, trad. de Joaquín CHAMORRO MIELKE, Madrid, Altea - Taurus - Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v.gr., Herbert MARCUSE, *El hombre unidimensional*, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968. Además, en relación con una discutible interpretación de la historia actual, cabe v. por ej. Francis FUKUYAMA, *The end of history and the last man*, Nueva York, Avon Books, 1993.

³¹ 1914-18; 1939-40, «Guerra Fría» y tal vez una «innominada» guerra desatada a partir del 11 de septiembre de 2001.

³² En cuanto a la relación entre lo particular y lo general es posible v. por ej. Martine ABDALLAH-PRETCEILLE, *L'éducation interculturelle*, París, Presses Universitaires de France, 1999, pág. 23. Acerca del valor general de lo «macro» puede c. v.gr. la opinión de Illya Prigogine en Renée WEBER, *Diálogos científicos y sabios. La búsqueda de la unidad*, trad. Montserrat Castellá y Fernando Pardo, Barcelona, Los Libros de la Liebre de Marzo, 1990, pág. 223.

³³ V. PASCAL, op. cit.. Aunque lejos de lo que consideramos ciertos desvíos de sobrevaloración de la propia cultura contenidos en la genial construcción de Hegel, creemos que en afinidad con la posibilidad de reconocer una *historicidad universal* existe una *juridicidad universal* (cabe recordar Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, 2ª ed., trad. José Gaos, Madrid, Alianza Universidad, 1982; también c. *Filosofía del derecho*, trad. FRANCISCO MESSINEO - Angélica MENDOZA DE MONTERO, 3ª ed., Buenos Aires, Claridad, 1944, pág. 277 y ss.). Aprovechando lo que suele afirmarse de los términos de las lenguas puede decirse que no sólo el valor de una parte de un derecho sino el valor de un derecho en su conjunto pueden modificarse sin que ellos cambien para nada en sí, sino solamente por el hecho que han variado otra parte u otro derecho (v. por ej. Ferdinand DE SAUSSURE, *Curso de lingüística general*, trad. Mauro Armíño, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985, pág. 147)

³⁴ Puede v. nuestro artículo «Perspectivas históricas y biográficas en el mundo jurídico», en Boletín del Centro de Investigaciones... cit., Nº 10, pág. 27 y ss.; asimismo *Estudios de Historia...* cit..

³⁵ Es posible v. nuestro estudio *El derecho internacional privado, rama del mundo jurídico*, Rosario, 1965.

³⁶ Pueden c. nuestros artículos «Filosofía y método del derecho comparado», en La Ley, t. 1989-C, pág. 1080 y ss.; «Visión sintética del derecho comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al derecho de familia», en Investigación... cit., Nº 30, pág. 95 y ss.; «Derecho de familia comparado», en Investigación... cit., Nº 20, pág. 31 y ss.. V. Jean-Louis HALPÉRIN, «L'approche historique et la problématique du *jus commune*», en *Revue internationale de droit comparé*, año 54, Nº 4, págs. 707/731; Christophe JAMIN, «Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité», en *Revue internationale...* cit., año 54, Nº 4, págs. 733/751; Mireille DELMAS-MARTY - Marie-Laure IZORCHE, «Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit», en *Revue internationale...* cit., año 54, Nº 4, págs. 753/780; Daniel JUTRAS, «Énoncer l'indicible: le droit entre langues et traditions», en *Revue internationale...* cit., año 54, Nº 4, págs. 781/796; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, «Droit Comparé et Droit International Privé: la confrontation de deux logiques a travers l'exemple des droits fondamentaux», en *Revue internationale...*, año 54, Nº 4, págs. 797/818; Rainer FRANK, «Le centenaire du BGB: face aux exigences du raisonnement politique, de la constitution et de la cohérence du système juridique», en *Revue internationale...* cit., año 54, Nº 4, págs. 819/842.

Respecto al panorama general del derecho comparado, v. por ej. René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 6ª ed., París, Dalloz, 1974; Mario G. LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982; Konrad ZWEIGERT - Hein KÖTZ, *Introduction to comparative law*, trad. Tony Weir, 3ª ed., Oxford, Clarendon, 1998; José Humberto ZÁRATE y otros, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, McGraw-Hill, 1997. Asimismo c. por ej. M. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Droit comparé*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978; Werner GOLDSCHMIDT, «La Anomología (o ciencia del derecho comparado)», en *El S.O.S. del derecho internacional privado clásico y otros ensayos*, Buenos Aires, E. de Belgrano, 1979, págs. 123/160.

³⁷ Es posible c. nuestros *Estudios de historia...* cit.

³⁸ Pueden c. nuestros *Estudios de historia...* cit.. V. asimismo Luis Enrique OTERO CARVAJAL, «Hacia una nueva era. Crisis y cambios en la civilización occidental», en *Historia de las civilizaciones* Barcelona, Océano, 1998, <http://www.ucm.es/info/hcontemp/leoc/Hacia%20una%20nueva%20Era.%201968-2000.htm> (18-11-2001). Acerca de la mundialización c. v.gr. el Nº 61 de «La Revista» de la Comisión Internacional de Juristas, «Mundialización, derechos humanos e imperio del derecho».

³⁹ Acerca de la proyección mundial de los derechos humanos c. por ej. Janusz SYMONIDES - Vladimir VOLODIN (rec.), «Human Rights - Major International Instruments - Status as at 31 May 2000», Unesco.

En cuanto a la cuestión ecológica y a los esfuerzos que se desarrollaron, por ejemplo, en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro, puede c. v.gr. <http://www.idrc.ca/esummit/sunced.htm> (20-11-2001). En relación con el tema es factible v. por ej. <http://www.law.pace.edu/env/energy/globalwarming.html>.

Asimismo es posible c. por ej. Marshall McLUHAN (con la colaboración de Quentin FIORE y Jerome ANGEL), *Guerra y paz en la aldea global*, trad. José Méndez Herrera, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; Inge KAUL - Isabelle GRUNDBERG - Marc A. STERN (ed.), *Global Public Goods - International Cooperation in the 21st Century*, Nueva York, Oxford University Press, 1999; Vittorio ORSI, *Las Claves de Davos 97*, Buenos Aires, ABRA, 1997; Rafael URRIOA (coord.), *La globalización de los desajustes*, Venezuela, Nueva Sociedad, 1996, John TOMLINSON, *Globalization and culture*, The University of Chicago Press, 1999; Noam CHOMSKY - Heinz DIETERICH, *La aldea global*, Tlalaparta, Tafalla, 1997. También por ej. <http://www.rcci.net/globalizacion/>; <http://www.lanic.utexas.edu/project/sela/capitulos/rcap539.htm>; <http://www.ifg.org/>; <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/8473/global/global.html> (20-11-2001); <http://www.demoglobe.org/esdemo.htm>.

En cuanto a la pobreza en el mundo, el Informe sobre el Desarrollo Mundial 2000/2001 obrante en PovertyNet (Grupo del Banco Mundial) dice que los pobres no tienen acceso a libertades fundamentales de acción y decisión que los más acomodados dan por descontadas; con frecuencia carecen de viviendas y alimentos y de servicios de educación y salud adecuados, y estas privaciones les impiden adoptar el tipo de vida que deseamos para nosotros mismos. Agrega, por ejemplo, que también son sumamente vulnerables a las enfermedades, los reveses económicos y los desastres naturales y, por si todo eso fuera poco, son tratados en forma vejatoria por instituciones del Estado y la sociedad y carecen de poder para influir en las decisiones clave que les afectan. Se especifica que nuestro mundo se caracteriza por una gran pobreza en medio de la abundancia: de un total de 6.000 millones de habitantes, 2.800 millones viven con menos de US\$ diarios, y 1.200 millones con menos de US\$1 al día; el 44% de este grupo se encuentra en Asia meridional. En los países ricos, los niños que no llegan a cumplir cinco años son menos de uno de cada cien, en tanto que en los países más pobres una quinta parte de los niños no alcanza esa edad. En América Latina, Asia meridional y África al sur del Sahara el número de personas pobres no ha dejado de aumentar (v. por ej. <http://www.worldbank.org/poverty/spanish/wdrpoverty/index.htm> 20-11-2001); <http://www.worldbank.org/poverty/spanish/wdrpoverty/desigual.htm>; <http://www.worldbank.org/poverty/spanish/wdrpoverty/estrat.htm> -20-11-2001-).

Con referencia a la importancia descollante de Internet en la economía de los Estados Unidos de América, donde los valores generados por ese segmento sumaron el veinte por ciento de los ingresos globales registrados por el país durante el primer semestre del año 2000, v. por ej. <http://www.diarioti.com/noticias/2001/ene2001/15193867.htm> (20-11-2001).

Acerca de la relevancia específica de la tecnología respecto de la genética humana, cabe c. por ej. nuestros artículos «¿Ingeniería genética humana?», en Boletín del Centro de Investigaciones... cit., Nº 21, pág. 49 y ss.; «El Bioderecho ante las posibilidades en el campo de la genética humana», en Bioética... cit., Nº 2, pág. 65 y ss.; «La genética humana y los elementos dionisíacos y apolíneos de la cultura», en «Boletín del Centro de Investigaciones...» cit., Nº 11, pág. 17 y ss..

⁴⁰ Es posible c. nuestro artículo «Aspectos filosóficos del derecho internacional privado de nuestro tiempo», en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1994-I, pág. 878 y ss.

⁴¹ Acerca de la Unión Europea v. por ej. la página en Internet de la Comisión (http://www.europa.eu.int/comm/index_es.htm -20-11-2001-); Carlos Francisco MOLINA DEL POZO, *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, 3ª ed., Madrid, Trivium, 1997. Es posible c. nuestros estudios «La «reterritorialización» como posibilidad del desarrollo de la competencia en la integración», en *Revista del Centro...* cit., Nº 23, págs. 41/47 y «La Organización Mundial del Comercio y la norma hipotética fundamental en nuestro tiempo», en *Investigación...* cit., Nº 29, pág. 37 y ss.. Pueden c. v.gr. la página de la Organización en Internet (<http://www.wto.org/wto/indexsp.htm>); Juan de Dios GUTIÉRREZ BAYLON, «Cincuenta años de Liberalización Comercial Multilateral: GATT», en *Global*, año 4, Nº 3, pág. 39 y ss.. Respecto de las normas ISO: <http://www.aenor.es/>.

⁴² En cuanto a las relaciones de la ONU, los Estados Unidos de América y la OTAN puede c. p. ej. Juan José CARBAJALES, «La ONU y la OTAN después de Kosovo», ponencia para las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social.

⁴³ Las respuestas jurídicas pueden vincularse en fenómenos de *coexistencia de unidades independientes, dominación, integración, desintegración o aislamiento relativo*. Aunque no sería acertado desconocer despliegues de coexistencia y de integración, en líneas generales es posible afirmar que en la actualidad el sistema jurídico anglosajón domina en lo fundamental a los otros sistemas jurídicos. La dominación se produce en gran medida porque, con mayor o menor conciencia, se importa la comprensión de las ramas jurídicas y de la referencia temporal y espacial del área dominante. El gran impulso está en la recepción del paradigma económico capitalista anglosajón, que se impone en el planeta todo.

Entre las sendas de la unidad, la «pasividad» creativa de la recepción genera posibilidades de dominación. También el *jus gentium* posee afinidad con la dominación. La armonización es más claramente afín a la coexistencia de unidades independientes y a la integración. El derecho uniforme y el derecho unificado son muchas veces sendas de la integración. Entre los caminos de la diversidad, el derecho de extranjería origina especiales posibilidades de dominación -sea ésta interna o externa- y de desintegración. Cabe recordar, al respecto, el régimen de las «capitulaciones» utilizado para resolver la condición jurídica de los extranjeros en países como Turquía, Egipto y China. El derecho internacional, público y privado, corresponde a relaciones de coexistencia de respuestas independientes.

Puede v. Miguel Angel CIURO CALDANI, «Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas», Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976.

⁴⁴ Una predicción de exactitud maravillosa puede v. por ej. en Karl MARX, - Federico ENGELS, *El Manifiesto Comunista* en Karl MARX, *El Manifiesto Comunista y otros ensayos*, trad. Ediciones Progreso, Madrid, Sarpe, 1985, por ej. págs. 31/2. Respecto del comercio mundial es posible v. por ej. los datos del U.S. Census Bureau <http://www.wto.org/wto/indexsp.htm> (20-11-2001); también <http://www.ita.doc.gov/TSFrameset.html> (20-11-2001).

⁴⁵ MARX - ENGELS, op. cit., por ej. págs. 31/2.

⁴⁶ Acerca de la deuda externa, que tanto contribuye, a menudo con sentidos negativos, a la globalización/marginación, pueden c. v.gr. datos del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional en <http://www.worldbank.org/hipc/spanish/spanish.html> (20-11-2001); <http://www.oecd.org/dac/debt/> (20-11-2001); <http://www.imf.org/> (20-11-2001).

⁴⁷ El apartamiento de lo «natural» se muestra incluso en la oficialización de uniones homosexuales.

⁴⁸ Cabe c., v.gr., nuestros artículos «La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas», en *Investigación... cit.*, Nº 32, págs. 25/6; «Bases para la estrategia en el derecho, con especial referencia al derecho internacional privado», en *Revista del Centro... cit.*, Nº 23, págs. 17/29; «Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el derecho privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia», en *Investigación... cit.*, Nº 33, págs. 9/17.

⁴⁹ En relación con el tema de la transposición espacial pueden v. por ej. nuestros *Estudios de filosofía del derecho internacional privado*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, pág. 16; «Visión de la estructura de la cooperación penal internacional y de la realidad básica de la extradición a través de la ley 24.767», en *Investigación... cit.*, Nº 30, pág. 57 y ss.

⁵⁰ Es posible v. nuestro estudio «La noción de permeabilidad y su importancia en la teoría jurídica de nuestro tiempo», en *Investigación... cit.*, Nº 33. También *Lineamientos... cits.*, págs. 55/6.

⁵¹ Pueden c. nuestros artículos «Hacia una teoría general de la recepción...» y «Originalidad y recepción ...» cits.. También pueden c. v.gr. Andreas B. SCHWARZ, «La réception et l'assimilation des droits étrangers», en *Introduction a l'étude du droit comparé*, París, Sirey, t. II, 1938, pág. 581 y ss.; PAPACHRISTOS, op. cit.. Aunque a menudo se la vincula más con el espacio, la recepción puede producirse también entre materias y tiempos diversos. Los diferentes marcos de recepción están de cierto modo presentes en los distintos sentidos indicados por PAPACHRISTOS (op. cit., pág. 9 y ss.). En países como la Argentina se están produciendo fenómenos de rechazo del modelo liberal anglosajón cuya posibilidad venimos anunciando desde hace tiempo (pueden v. nuestras *Bases... cits.*).

⁵² Es posible v. nuestro estudio «Originalidad ...» cit., pág. 34.

⁵³ Íd., pág. 34. Cuando la pararecepción aparenta originalidad hay «criptorrecepción».

⁵⁴ Puede v. nuestro artículo «Originalidad ...» cit., pág. 33.

⁵⁵ Íd..

⁵⁶ En relación con el tema puede v. por ej. Sebastiano MAFFETTONE, «Il «movimento» è politica. Le proteste di Seattle e Davos fanno emergere il bisogno di nuova partecipazione», en *Dossier Europa*, septiembre 2000, Nº 26, págs. 62/3.

Para captar el resultado del pasaje de una respuesta de un espacio a otro, es útil contar con las nociones de «co-incidencia» y «des-vío» .

⁵⁷ Fernando LASSALLE, *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1957.

⁵⁸ Puede c. por ej. la página en Internet de Lex Mercatoria & Cameron May <http://lexmercatoria.net/>.

⁵⁹ Cabe c. v.gr. la página de la CNUDMI <http://www.uncitral.org/>.

⁶⁰ Es posible c. por ej. <http://www.unic-tunis.intl.tn/ong.htm> (20-11-2001); también v.gr. Juan Carlos M. BELTRAMINO, «Papel actual de actores no gubernamentales y Derecho Internacional», disertación en el Seminario sobre «El derecho internacional frente a desafíos de la realidad actual» organizado por el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales y la Asociación Argentina de Derecho Internacional (3 de noviembre de 2000).

⁶¹ Pueden c. por ej. nuestros estudios «Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)», en *Investigación... cit.*, N° 26, pág. 20 y ss.; «Las fuentes de las normas en el tiempo actual», en *Jurisprudencia Argentina (Conmemoración de su 80º aniversario) 1918-1998, 1999*, págs. 141/155.

Con una aspiración planetaria de más globalización que universalización escribía Alberdi: «*Esos tratados serán la más bella parte de la Constitución; la parte exterior, que es llave del progreso de estos países, llamados a recibir su acrecentamiento de fuera... No temáis enajenar el porvenir remoto de nuestra industria a la civilización, si hay riesgo de que la arrebatan la barbarie o la tiranía interiores. El temor a los tratados es resabio de la primera época guerrera de nuestra revolución: o es un principio viejo y pasado de tiempo una imitación indiscreta y mal traída de la política exterior que Washington aconsejaba a los Estados Unidos en circunstancias y por motivos del todo diferentes a los que nos cercan. Los tratados de amistad y comercio son el medio honorable de colocar la civilización sudamericana bajo el protectorado de la civilización del mundo*» (*Bases cits.*, págs. 64/5).

⁶² En una línea relativamente afín cabe mencionar el proyecto GEDIM (puede v. Boletín do GEDIM - Programa Interdisciplinar Globalizaçao Economica e Direitos no Mercosul, N° 1, octubre de 2000).

⁶³ Puede v. por ej. <http://www.un.org/spanish/>. En cuanto a bibliografía relacionada con la universalidad es posible c. v.gr. la información de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (<http://search.unesco.org/cgi-bin/htdig/htsearch?method=and&sort=score&words=Law&format=long&submit=Search&config=htdig> 20-11-2001).

⁶⁴ Hay importante facilidad en la información respecto de las fuentes a nivel mundial (c. v.gr. <http://www.derechoprocesal.net/derecho2.htm#Breve>).

⁶⁵ F. de SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo...* cit., pág. 43 y ss.. Acerca de la relación entre lenguaje y sociedad v. por ej. Claude HAGÈGE, 5ª ed., *La structure des langues*, París, Presses Universitaires de France, 1999, pág. 112 y ss..

⁶⁶ No acordamos, sin embargo, con las posiciones que consideran al jurista un «ingeniero social», en gran medida porque no compartimos el sentido meramente utilitario que suele imperar en la ingeniería y, si no lo consideramos apropiado en ese medio, menos lo estimamos valioso en el campo del derecho.

⁶⁷ V. SOLARI, op. cit., pág. 314 y ss..

⁶⁸ Puede v. nuestro artículo «La Organización Mundial...» cit.; «Las fuentes de las normas en el tiempo actual», en *Jurisprudencia Argentina (Conmemoración de su 80º aniversario) 1918-1998*, págs. 141/155.

⁶⁹ Valor que estimamos el más específico y elevado del *mundo económico*.

⁷⁰ Puede v. Franz Dr. KÖNIG (dir.), *Cristo y las religiones de la Tierra*, trad. Ramón Valdés del Toro, Madrid, La Editorial Católica, 1968/70.

⁷¹ Es posible c. nuestro artículo «Privatización y derecho privado», en *Boletín del Centro de Investigaciones... cit.*, N° 20, pág. 119 y ss.

⁷² Acerca de la justicia del derecho universal respecto de las perspectivas del reparto aislado, es posible v. *Lineamientos... cits.*, pág. 98 y ss.

⁷³ Respecto de la justicia del régimen del derecho universal cabe c. *Lineamientos... cits.*, pág. 111 y ss..

⁷⁴ Algunos países, como la Argentina, sobre todo desde su Constitución de 1853-1860, lo han consagrado desde sus comienzos.

⁷⁵ Una vía de alivio de la tensión, que por el momento parece lejana, casi de «ciencia ficción», sería que los privilegiados pudiesen diferenciarse a través de la modificación del patrimonio genético. Las sociedades de clases podrían devenir en sociedades de castas.

⁷⁶ V. por ej. *Bases y El crimen... cits.*; también *Elementos del derecho público provincial argentino*, en *Obras... cits.*, Buenos Aires., 1952, pág. 279 y ss..

⁷⁷ Es posible c. v.gr. Daniel J. ADAMS, «Hacia una comprensión teológica del postmodernismo», en *Empresa*, N° 134, pág. 19 (separata).

⁷⁸ Pueden v. nuestras «Lecciones de teoría general del derecho», en Investigación... cit., Nº 32, págs. 33/76.

⁷⁹ Acerca de las aspiraciones de muchos sectores en cuanto a la justicia del derecho universal, v. por ej. «Declaración y Programa de Acción de Copenhague...» cit..

LA PRESENCIA ROMANISTA EN EL FRAGMENTO PRELIMINAR AL ESTUDIO DEL DERECHO DE JUAN BAUTISTA ALBERDI

por JUAN CARLOS GHIRARDI *

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La teoría del derecho natural. 3. Teoría del derecho positivo. 4. Teoría de la jurisprudencia. 5. El derecho civil. 6. Las citas romanas. 7. Una reflexión final.

I. Introducción

Fecha el 5 de enero de 1837, ve la luz en Buenos Aires el prefacio del *Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho*, sólido y profundo ensayo de don Juan Bautista Alberdi, quizás uno de los juristas más esclarecidos que produjo nuestra Argentina en los albores de su vida independiente. El texto completo, comprende -amén de la aludida introducción- tres partes consagradas respectivamente a la teoría del derecho natural, a la teoría del derecho positivo, y a la teoría de la jurisprudencia. Se publicó íntegramente en el mismo año 1837.

Adelanto desde ya que el propósito del presente trabajo no es realizar un análisis exegético del *Fragmento*, cosa por otra parte imposible en tan reducido espacio dada la densidad del pensamiento que en él se plasma; la idea es otra, como se advertirá.

No oculta Alberdi su vocación como filósofo, al par que como jurista. Y demuestra acabadamente ambas calidades con la multitud de citas con que a cada párrafo del *Fragmento Preliminar* nos tropezamos. Los nombres de Savigny, Alvarez, Vico, Leibnitz, Puffendorf, Heinecio, Gibbon, Hugo, sin olvidar Paulo, Celso, Gayo y aun el *Digesto de Justiniano*, el *Código Teodosiano* y los *Fragmentos del Vaticano*, para no mencionar sino unos pocos ejemplos, son testimonio indeleble de lo que aquí se afirma.

En el más puro estilo de la escuela historicista alemana, el prefacio del *Fragmento* comienza y termina con una profesión de fe: *el derecho es vida. «Es un elemento vivo y continuamente progresivo de la vida social, y debe ser estudiado en el ejercicio mismo de esta vida social»*, nos enseña, siguiendo la doctrina de Savigny. La jurisprudencia no es una sola y simple ciencia práctica, sin mucho más que eso. Y para conocer una ley no basta con memorizar una serie de fórmulas escritas, sino que es preciso desentrañar su espíritu, cosa que sólo se logra con la razón. De allí la profunda ligazón que advierte entre derecho y filosofía.

Así, nos apunta, lo reconocía ya Cicerón cuando escribía: *«Non est praetoris Edicto, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam»*. Y en el mismo sentido cita textualmente a Celso (en D. 1. 3. 17, aunque Alberdi indica erróneamente: *«Lex XVII, lib. 26. Digestorum. Selso»*): *«Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem»* (Saber las leyes no es entender sus palabras, sino penetrar el sentido y el alcance de ellas).

De allí que para que la ciencia del derecho pueda llamarse tal, debe reunir -amén de conocimientos en número considerable- una nomenclatura técnica específica y un orden sistemático desarrollado con un método regular. Ello para proponer una teoría que sirva para explicarnos las causas, razones y efectos de todos los argumentos en que se fundamenta. Elementos éstos que, en especial lo que hace a la teoría, no son sino filosofía, motivo por el cual encuentra erróneo calificar al derecho como *«ciencia práctica»*, aludiendo meramente a su aplicación, que obviamente lo es. El meollo de la idea es que si despojamos a la jurisprudencia de su teoría y de lo que de filosofía tiene, si nos quedamos meramente con un conjunto de reglas a memorizar y aplicar, no estudiamos derecho ni formamos un abogado; simplemente *«practicamos el arte del enredo y la chicana»*.

Hemos, pues, de concebir al derecho como un elemento constitutivo de la vida de la sociedad. O mejor dicho, de la vida de cada sociedad, porque todas son distintas, la naturaleza

no se plagia jamás. He allí lo maravilloso de nuestros hermanos del Norte -afirma refiriéndose obviamente a los EE.UU.- el haber sabido entender que cada derecho es fruto de un pueblo, creado con la vida de ese pueblo y para ese pueblo. La idea, huelga es decirlo, pertenece a Savigny. Y la conclusión se impone: de Norteamérica no debemos entonces copiar las leyes, sino la mentalidad con que las hicieron los padres de esa nación.

Todo lo contrario de lo que se ha hecho en Bolivia, que cuenta -nos narra a continuación, como ejemplo de lo que no debe hacerse- con una legislación avanzada pero que no le es propia, está copiada de Francia, y por ello a la postre no le traerá al pueblo boliviano más que sinsabores. Porque, y dicho esto sin el menor ánimo de menoscabar, «*la Francia es la Francia, y Bolivia es Bolivia*».

Debemos destruir las cadenas que todavía nos atan a Europa, y nos impelen a plagiarla servilmente -proclama- y a continuación agrega: dos eran las que nos sujetaban a ella. La una, la de la dominación política, fue rota por nuestros padres con la espada. A nosotros nos toca quebrar la otra, la intelectual, con el pensamiento.

Por eso, y para eso, hay que instruir al pueblo. Inteligencia y libertad son correlativos o, más bien, la libertad es la inteligencia misma. Los pueblos no ilustrados no son pueblos, sino una suma de personas. Un pueblo ignorante no es ni será jamás libre, porque no puede. Un pueblo ilustrado solamente no será libre si no quiere.

Difundir la cultura, la civilización, es acelerar y afianzar la democracia. Democracia que Alberdi ve como el régimen político de la centuria venidera (para él, el siglo veinte). Pero ese modo de gobierno solamente es posible en una nación instruida.

Por tal motivo vano es, si un Estado padece una dictadura, el pretender derrocarla por la fuerza. Sería tanto como cortar un fruto malo esperando que el próximo sea bueno, cosa que no sucederá si se mantiene la misma savia. Será menester regar, labrar la tierra, educar en una palabra, para que la calidad del árbol (el pueblo) mejore y con él su fruto (el gobierno).

Porque todo gobierno no impuesto por el extranjero, aunque tiránico, es un gobierno nacional. Precisamente el tipo de conducción que cada nación se merece. Por ello, si formamos un Estado con ciudadanos cultos, instruidos, los buenos dirigentes se darán por añadidura.

Una nueva era se abre sobre Sudamérica, vislumbraba allá por el siglo XIX. Una era modelada sobre la base de la abdicación de lo exótico por lo nacional, del plagio por la espontaneidad, del entusiasmo por la reflexión y, finalmente, del triunfo de la mayoría del pueblo, sobre la minoría despótica.

Esa mayoría a que alude el párrafo anterior es, en el pensamiento de Alberdi, la plebe. La antigua plebe romana a la que le ha llegado la hora de gobernar, de ser protagonista de su propio destino. Lo que no lograron los Gracos, ni Catilina, está al alcance de la mano hoy.

Pero para ello hay que educar al pueblo, tarea imprescindible porque sobre ella descansan los destinos mismos del género humano, su futuro. Se han acabado los reyes y los césares; este siglo (el XIX) es el del pueblo, él tiene que gobernar. Como lo dice nuestro himno nacional: «*Al gran pueblo argentino, salud*».

Educar entonces, es la premisa. Ahora bien, ¿cuál es el panorama de ese momento? Jurídicamente, Argentina es hija de la legislación de España, la cual no es sino aplicación (como todos los sistemas jurídicos modernos) del derecho romano, pues el pueblo de Roma supo concebir y formular leyes, con inimitable habilidad, en las que se plasma la razón universal.

En el estudio del derecho, desde 1790 hasta hoy (recordemos que ese hoy es 1837), ha sido infatigable y meritoria la tarea de la escuela histórica, construida a partir de las enseñanzas de Gustavo Hugo quien, sobre las trazas de Vico y Montesquieu, emprendió la tarea de reformar el estudio de la jurisprudencia; labor a la que luego se asociaron Cramer, Haubold, Savigny y Niebuhr.

La ciencia se ha enriquecido con numerosos hallazgos: las *Institutas* de Gayo, el *Código Teodosiano*, los *Fragmentos del Vaticano*, la *República* de Cicerón, y otros discursos del mismo jurista, las cartas de Fronto y Marco Aurelio, la *Retórica* de Julio Victor, e innumerables fragmentos de Symmaco, Dionisio de Halicarnaso, Lido y sus obras sobre las magistraturas de la República Romana. Y en cuanto a lo moderno toca, no se pueden olvidar las enseñanzas de

Hegel en Alemania, al igual que Gans; las de Jouffroy y Lerminier en Francia; las de Bentham, en Inglaterra...

Los ingredientes necesarios para un desenvolvimiento científico del derecho están, y se encuentran en sazón. Pero este desenvolvimiento debe completarse y fructificar por sí mismo, no cabe apurarlo. Por ello sigue vigente, más aún para un pueblo joven como el nuestro, la enseñanza de Savigny cuando se oponía a Thibaut.

La codificación es todavía prematura, constituye una empresa para afrontar, la cual se debe esperar. El país debe vivir, debe madurar, antes que pueda pensar en un código propio que si hoy se hace (como se hizo) no será más que una copia de las legislaciones europeas. Lo que no tendrá otro resultado que perpetuar en el tiempo, con tal cristalización, la dependencia intelectual y retardar el encuentro de la propia identidad nacional.

Implicará la gloria cívica para el autor, ¡qué duda cabe! Pero también cadenas más sólidas para la Nación, que aquéllas que hasta entonces la mantuvieron sujeta.

Sin embargo, el Código Civil se llevó a cabo, nadie lo ignora. Dalmacio Vélez Sársfield realizó con él su obra cumbre. ¿Habría ésta oprimido entre sus tapas la libertad de nuestro pueblo? Alberdi no vive ya para darnos su opinión.

2. La teoría del derecho natural.

Luego del prefacio, el *Fragmento* se adentra en el primero de los tres libros en que se divide su parte sustancial: *La teoría del derecho natural*.

Dice Alberdi que *jubere* y *dirigere* son dos voces latinas con un mismo significado: mandar, ordenar, dirigir. De allí derivan *ius* y *directum* respectivamente, vocablos ambos que pueden resumirse en la palabra española *derecho* (o *diritto*, *droit*, *recht*, *right*, etc., si deseamos pasar revista a los sinónimos en otras lenguas modernas), que consecuentemente significa «*lo mandado, lo reglado*».

Ahora bien, si entendemos al derecho así caracterizado como la regla moral de la conducta humana, es menester previo a todo, dilucidar hacia dónde tiende el hombre. Cuál es el fin de su conducta, porque para alcanzar ese fin será menester seguir un camino, en cuyo curso habrá de cumplirse una determinada cantidad de reglas. Precisamente las normas jurídicas.

Resolvamos entonces un primer problema: ¿Qué móviles tiene el hombre, y hacia qué lugar tiende? El nexo de unión que conduzca de los unos al otro, será el derecho.

En el ser humano juegan cuatro principios, ínsitos a su naturaleza: los instintos, las pasiones y facultades naturales, la libertad y la razón. Los dos últimos son los que diferencian al hombre de las bestias: por la razón conoce, por la libertad realiza. Mediante la razón nos determinamos a conseguir el bien. Y ¿qué es la obligación, sino una moral necesidad de propender al bien en sí?

Además de los móviles apasionados y egoístas, que por otra parte nunca faltan, hay en cada ser humano un motivo completamente nuevo y distinto, obligatorio y moral. Una finalidad que persigue no en virtud de sus intereses personales, sino en función del bien absoluto, a cuya realización se reconoce ligado de modo natural y sin que nadie se lo enseñe. El interés social, al que se llega por la vía de la justicia y el orden.

Todo hombre, podríamos decirlo así, persigue en su vida dos fines: uno personal, egoísta, que responde a la realización de su satisfacción individual. Otro absoluto, el bien en sí, el bien de la humanidad. A este último es al que se arriba a través del derecho.

El bien en sí es nuestro deber. Es el derecho natural, derecho que no se inventa, no se crea, simplemente *es* y siempre ha sido. Tiene entidad propia, aun a pesar del hombre, porque se trata de algo absoluto, superior, objetivo, eterno.

Desde este punto de vista lo bueno es lo justo, recordemos la definición de Celso: «*ius est ars boni et aequi*», derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo. A ese fin supremo tiende el derecho natural, anterior e independiente a la voluntad del hombre. «*Conformar nuestra conducta íntima y externa a este orden absoluto -la justicia- he aquí el compendio de toda moral, de todo derecho*», nos enseña Alberdi. Por consiguiente, el bien personal sólo es legítimo cuando está de acuerdo, o por lo menos no se opone, al bien absoluto.

Aplicando estas premisas concretamente a la materia de los derechos reales, que conforman la más acabada manifestación de nuestra voluntad sobre el mundo externo, la facultad individual debe cesar donde comienza el derecho de la sociedad. He allí el límite, por consiguiente si un hombre -dueño de tierras- las incen-diase por antojo, no usaría su derecho. Sería un criminal. El hombre no es, ni puede ser, dictador de las cosas. Ni siquiera Dios lo es.

A esta altura del planteamiento, surge naturalmente la idea de que el derecho nace y se desarrolla asociado a la religión. Es engendrado débil, como el hombre que lo concibe, pleno de temores a lo divino y sobrenatural. No se vigoriza, ni puede vigorizarse sino a la larga, cuando cumplido el inevitable ciclo de laicización llegue a independizarse. Tal como el *ius* se separó en su hora del *fas*.

Lo que nos lleva de regreso a Roma. A Roma que tres siglos antes de escribir sus leyes, ya existía como Estado y se gobernaba por creencias religiosas y costumbres simbólicas. Su derecho estaba entonces en la infancia, pero no vivió ni perduró por siempre en esa edad. Muy por el contrario, fue diferenciándose gradualmente de la moral, de la religión, de la política y de la economía. Así sucedió en todo el mundo civilizado, pero, vayamos por orden.

La cara visible de la moral susceptible de recibir la sanción de los hombres, conforma el derecho. Éste no es toda la moral, sino la parte de ella que implica la prohibición del mal. La moral comprende tanto la interdicción de lo malo, cuanto la obligación de practicar lo bueno. Esta última conducta no puede sernos impuesta por la ley, la primera sí.

La religión, por su parte, regla nuestras relaciones con Dios. La infracción de sus preceptos es cuestión íntima y personal, que corresponde al dominio exclusivo de la conciencia particular. Conforman la moral individual, administrada por la Iglesia. Cabe por su parte al Estado el tutelar la moral colectiva, la opinión pública. A través del derecho, ¿de qué otra manera?

Por su parte, la ley general del desarrollo armónico de los seres humanos se plasma en la ciencia social. Ahora bien, este desarrollo se asienta sobre dos pilares, o mejor dicho tiene dos ramas: la ley social del desarrollo material del hombre es la economía; la ley social de su desarrollo moral es el derecho.

Para terminar, la ciencia que busca la más adecuada forma de organización social, asentada sobre una apoyatura científica, es la política. La Política (con mayúsculas) no es otra cosa que el arte de realizar el Derecho (también con mayúsculas), fin con el cual, si logra un orden jurídico justo, se agota. El derecho es fruto de la actividad legislativa, es obligatorio, es coercible. La política en sí misma no tiene ninguno de estos caracteres.

3. Teoría del derecho positivo

Se ha visto en el apartado anterior que el derecho natural es uno e inmutable. Y cuando cada pueblo lo plasma en un código o cuerpo de leyes, construye de esta manera su particular derecho positivo.

De donde surge que, si bien aquél no reviste sino una única forma, de éste hay tantas maneras y modalidades como Estados. Existen diversas e infinitas formas de derecho positivo, según las distintas calidades de tiempo y espacio. Varía según el lugar, la ubicación temporal, la situación geográfica, la constitución geológica, los ríos, campos y vegetaciones, el carácter, temperamento, hábitos, ocupaciones, comercio, población, gobierno, religión, industria, ciencia, lengua, artes, etc. de los habitantes de la nación cada uno de ellos rige.

De allí que el derecho positivo sea totalmente adherente y peculiar de cada pueblo, hasta el punto que sería rarísimo que pudiese ser pasible de una doble aplicación, esto es que el de una nación pudiese servir a otra, y ajustarse a las peculiaridades de ésta.

Sus caracteres esenciales son, como se desprende entonces de lo enunciado precedentemente, la individualidad, la perfectibilidad y, obviamente, la movilidad. Resumiendo todas estas características en una sola, podríamos condensarlas en la palabra «*relatividad*».

El derecho positivo es propio de un pueblo. De una nación soberana, cuya mejor y más moderna expresión (Alberdi ya lo ha dicho antes) será la democracia. O sea el gobierno del pueblo, exprésese como se exprese, porque

tanto las monarquías, aristocracias u otros regímenes, electivos o no, serán democracias si quienes ejercen el poder, reconocen haberlo recibido del pueblo.

Y como únicamente el pueblo está legitimado para regirse a sí mismo, sólo la democracia es gobierno legítimo, poco importa la forma que adopte. Siempre, a tales fines, ha de tenerse en cuenta que las autoridades no tienen mayores facultades que las que los ciudadanos les han delegado. Si ostentan más, cometen usurpación. ¡Pero si aún el pueblo no tiene más poder que el que recibió de la justicia! -Si se arroga más, el mismo pueblo es usurpador.

Una de las misiones primordiales del Estado -aunque no la única, tiene buen cuidado de aclararnos el autor- es respetar el derecho. Crearlo y cimentarlo, velando porque crezca lozano, dado que recién entonces se habrán sentado las bases de la felicidad pública. ¿Qué derecho? -Sin duda, el positivo. Misión complicada, porque la sociedad lo es. Y el derecho destinado a regirla no puede ser diferente, de allí que admita diversas clasificaciones.

a) La primera distinción es la que lo divide en público y civil. Aquél constituya la salvaguardia de la generalidad, éste el custodio de la individualidad. Como la individualidad es compleja, de allí la subdivisión del derecho civil en infinitas ramas: personal, real, comercial, marítimo.

La generalidad, por su parte, tampoco es simple, de allí que existan también subdivisiones: constitucional, financiero, eclesiástico, militar, criminal o de procedimiento. Y aún la misma generalidad es vulnerable por el exterior, por eso se hace necesaria la existencia de un derecho internacional, o de gentes.

b) Otra distinción obedece a las funciones del derecho positivo. Si éstas se manifiestan dictando reglas y principios, cosa que debe hacerse del modo más próximo que fuere posible al derecho natural, tendremos el derecho preceptivo. Si de sancionar la violación de los preceptos dados para regir la vida social se trata, desembocamos en el derecho penal.

c) Según el medio de que se sirva la sociedad para designar al derecho, ya la escritura u otros símbolos, ya la tradición, tenemos el derecho escrito y el consuetudinario. El primero es más preciso y claro, su empleo se generaliza «*a medida que el candor ha ido abandonando a los pueblos*». Porque en el tiempo, siempre es anterior el derecho consuetudinario, apareciendo el escrito -como en Roma- recién con la emancipación, con la independencia que dan las garantías dolorosamente arrancadas y conquistadas.

¡Otra vez de vuelta a Roma! -Y porque el ciudadano romano, previo a prestar su sanción a una norma la oía leer, así como leía luego en las *Tablas* las reglas jurídicas de cada precepto social, estas reglas se llamaron leyes. De *legere*, recoger, elegir, generalizar, en suma leer.

d) El poder sancionatorio del Estado tiene los siguientes fines: remediar el mal del delito, con lo que se origina el derecho penal; evitar su repetición, lo que da nacimiento al derecho represivo; y el investigar por qué delinque el hombre, tratando de corregir estas conductas, con lo cual nace el derecho penitenciario.

En vista de lo que precede, Alberdi cree encontrarse ya en condiciones de definir el concepto de ley, uno de los preceptos en que se resuelve el derecho positivo, a la que caracteriza como «*una regla racional de moral negativa, completamente prescripta, sobre un objeto de interés social, a la cual los miembros de la sociedad deben someter sus actos externos, bajo pena en caso de infracción*».

Es regla, y la idea de regla implica la perpetuidad y universalidad. Pero es a la vez racional, porque una regla que no lo fuere no merece el nombre de ley.

Debe estar prescripto por la sociedad. O dicho de otra manera, es la porción de derecho natural que cada pueblo aprehende y adopta para sí. Tarea que corresponde al poder competente, el legislativo, de cada sociedad. Para el caso de su vulneración, el Estado tiene la facultad de sancionar: Una ley sin penalidad no es santa, porque carece de *sanctio*, y por consiguiente no es, ni puede ser constante. Ni siquiera merece llamarse ley.

A través del derecho realizamos la idea de libertad, entendida como «*la justa potestad de disponer exclusivamente de sí mismo, que tiene cada hombre*». Y aquí tropezamos con una interesante cuestión. Porque para medir la libertad debemos saber exactamente qué es, o mejor dicho dónde acaba, lo nuestro.

El problema no se plantea con los miembros u órganos que son propios de cada cuerpo: no se ha visto que un hombre dispute a otro sobre sus brazos o pies. La dificultad podría recién aparecer con lo que sólo metafóricamente llamamos nuestro, con las cosas, que nos son

físicamente independientes, y que solamente cabe nos atribuyamos en propiedad merced a la industria personal de cada individuo, a la aplicación de sus facultades orientadas hacia el desarrollo de la utilidad. No hay -dice Alberdi- ningún género de adquisición, natural o derivado, que deje de circunscribirse en el ámbito de esta teoría.

Aunque sí existe aparentemente, y se dice aparentemente porque en realidad no lo es, una sola excepción: la herencia. Sin embargo, bien mirada, la excepción no es tal.

Porque el hombre se multiplica, y al hacerlo divide también su propiedad. Para evitarlo, Dios ha encadenado a las generaciones con el vínculo indestructible del amor, principio fundamental que informa los fundamentos de la sucesión. El amor, decían los antiguos romanos, primero baja, luego sube, finalmente se expande. Por ello en la sucesión, primero están los descendientes, luego las ascendientes, finalmente los colaterales.

Tal en apretada síntesis la teoría del derecho positivo. A través de éste nos vemos conducidos al tema de la jurisprudencia, que constituye el primer grado de la ciencia general del derecho.

4. Teoría de la jurisprudencia

Ha quedado dicho que dos son las grandes funciones del derecho positivo: señalar y prescribir lo que hay de derecho natural en el ámbito de cada relación social, la primera. Impedir su infracción, la segunda.

Así cada ley contiene dos términos, el precepto y la pena, con los que se forma un silogismo perfecto cuya premisa mayor es el precepto; la menor, la infracción; la consecuencia, la pena. Para saber si esa consecuencia deberá o no tener lugar, para aplicar en suma correctamente el derecho, sólo basta conocer y resolver adecuadamente este silogismo en cada caso concreto.

A tales fines debemos saber integralmente todo acerca de la ley, aunque no sólo en lo relativo a sus palabras, sino también y fundamentalmente lo que hace a su espíritu. Porque no es posible descifrar las acciones de los hombres, sin un profundo conocimiento del corazón humano. Por ello, nada más acertado que la definición de Ulpiano, al definir la jurisprudencia como el «*conocimiento de las cosas divinas y humanas*».

Y en cuanto a la ciencia del derecho, cuatro son sus grandes divisiones, que se suponen y explican recíprocamente: la filosofía del derecho, la historia del derecho, la dogmática y la interpretación o jurisprudencia, nos dice Alberdi siguiendo en este punto a Lermínier. Para pasar acto seguido al análisis de las mismas. Así nos enseña:

Que la filosofía del derecho busca explicar la misión del hombre en las leyes de su constitución esencial. Desde la idea que de esta misión se forma, deduce los preceptos que deben reglar obligatoriamente su conducta.

Que la historia del derecho es garante de la naturaleza filosófica de éste, al ir fijando y narrando las aplicaciones que ha ido teniendo en la vida práctica de la humanidad, en la individualidad de cada pueblo.

Que la dogmática construye las teorías y doctrinas que preparan y provocan los textos y los códigos.

Que en fin, la jurisprudencia propiamente dicha es la interpretación, iluminada por la doble antorcha de la filosofía y la historia, que puede así extraer el espíritu más puro de la ley entre un montón de palabras rudas y bárbaras, haciendo posible su comprensión y aplicación, cosa que en principio parecería absolutamente limitada, a otros hechos absolutamente imprevistos al momento de dictarla.

Con todos estos elementos queda preparado el camino, misión confesada de este *Fragmento Preliminar* para la redacción de una obra completa de derecho civil, cuya producción Alberdi nos preanuncia, y promete confeccionar con arreglo a lo más puros postulados científicos. Obra de la que brinda, en breves párrafos finales, un anticipo.

5. El derecho civil

El Estado no es una sociedad universal, sino una particular asociación de individuos, organizado con el objeto de proteger a sus súbditos en pos del objetivo de lograr la común felicidad. A tales fines, para imponer orden entre los hombres, se vale del derecho civil.

Derecho éste que comprende en sí mismo y por su naturaleza, tanto los derechos civiles, entendidos por las facultades otorgadas por la ley a todas las personas, cuanto las obligaciones civiles, término con el que se alude a la necesidad, que la ley impone a cada persona, de no mandar en lo que no es suyo.

Pero el individuo vive en un doble régimen, que ofrece sus correlativos dos aspectos: es hombre y es persona. Y solamente confunde un concepto con otro, el que no entiende el significado de las palabras.

De aquí que el derecho civil se ocupa del individuo propiamente dicho, de su persona y de sus bienes. Consecuentemente, las facultades que le otorga en los respectivos campos en que rige, se llaman derechos individuales, derechos personales y derechos reales.

Y a fin de garantizar al ser humano en su triple condición, la naturaleza ha fijado el origen y los caracteres de los diferentes derechos civiles, estableciendo las formas y condiciones bajo las cuales se adquieren, enajenan y extinguen. En una palabra, ha reglamentado los diversos actos del diario vivir. Porque, como decía Ulpiano, «*totum ius consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo...*».

Para el estudio del derecho civil no existe en América del Sud una obra adecuada. Hace falta un tratado, que Alberdi promete escribir, pero que no llegó a concretar.

Hace falta en nuestra Argentina un Tratado de Derecho Civil, porque hoy por hoy sólo contamos -nos acota- con las *Instituciones* de Alvarez, las que hasta cierto punto llenan las exigencias requeridas, pero carecen del método y la doctrina que su autor hubiese sido muy capaz de darles, «*si hubiese tenido el tiempo y el deseo necesarios*».

Por el método, el libro de Alvarez es calco de la *Recitaciones* de Heinecio, las cuales a su vez lo son de las *Instituciones* de Justiniano. Y ése no es el método de la filiación lógica de las ideas, por ingenioso y severo que en muchas partes se muestre, ya que en varios pasajes aparece como violento y cortado. No permite comprender cabalmente la unidad de la ciencia.

Además, las obras citadas pecan, para nuestros pueblos, de otro defecto: por completas que fueren, nunca lo serán en cuanto a la faz doctrinaria, puesto que han sido escritas para realidades sociales distintas a la de los países sudamericanos.

«Una obra en la que resaltan todas estas variaciones, bajo un método luminoso y severo es lo que intenta poner en manos de los estudiantes quien esto escribe».

Así cierra Juan Bautista Alberdi esta, su primera gran pieza jurídica, trunca en la realización de su continuación prometida. La misma, a modo de apéndice cuenta con un rico repertorio de notas, transcripciones y citas doctrinarias.

6. Las citas romanas

Me parece importante, ya que jamás ha intentado vincularse a Alberdi con el derecho romano, ni se lo ha llamado romanista como sí en cambio ha sucedido con Vélez Sársfield, tomar una obra como el *Fragmento Preliminar*, e indagar si contiene citas -o menciones dentro del texto o en las notas- alusivas al precedente creado en Roma. En su caso, si la referencia es al título de una obra, o al contenido, a un jurisconsulto, un historiador o un literato, ya fuere clásico o miembro de algunas de las escuelas de derecho aparecidas con posterioridad. En fin, si denota lectura personal, o simplemente constituye cita de segunda mano.

Exclusivamente con esa intención, la de indagar acerca de las menciones alusivas a Roma y los romanos, es que acometo el análisis de esta obra, sin ánimo alguno de comentarla o criticarla. Simplemente para discernir si Alberdi tiene en cuenta el precedente romanista, y en definitiva qué importancia le asigna.

Veamos entonces.

a) *En el Prefacio.*

Podemos encontrar lo siguiente:

1) Cita a Savigny, concretamente su obra, *De la vocación de nuestro siglo en Legislación y en Jurisprudencia*, la cual -dice- influyó en el pensamiento de Lerminier.

Es interesante poner de manifiesto que, al traducir el título, emplea la palabra «*jurisprudencia*», en el sentido romanista, es decir como sinónimo de ciencia del derecho, término este último que directamente utilizan las versiones modernas en castellano del libro de Savigny. Para Alberdi, *Jurisprudencia* es igual a *Derecho*, identificación que difiere de la usual en la Argentina actual, que emplea la palabra para referirse a las corrientes conformadas por los precedentes judiciales.

2) De Cicerón hay una cita textual, sin traducción. La transcribo tal y como se la refiere, incluyendo los errores que contiene (varias palabras figuran acentuadas): «*Non è praetoris Edicto, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam*». No hay mención de la obra del jurista romano del cual la frase está extractada. Por su parte, la frase está inserta en un párrafo en el cual Alberdi defiende la idea de que «*saber las leyes no es sinónimo de conocer derecho*», idea que -según las citas- está plasmada en las **Partidas** y la obra de Cousin.

3) Poco más adelante, hay una ríspida crítica al «*editor español de la Instituta de Alvarez*», quien dijera que la filosofía es «*extranjera a la jurisprudencia*», y que esta última rama del saber es eminentemente «*una ciencia práctica*». Opiniones que quien esto escribe comparte, al menos en lo que al derecho romano se refiere, si bien escandaliza a Alberdi.

La mención se dirige indudablemente a las *Instituciones de derecho real de Castilla e Indias*, del catedrático guatemalteco José María Alvarez, libro impreso originariamente en 1820, reimpresso en Cuba en 1825, y editado en España en 1833, versión que llegó originalmente a nuestro país.

Es muy posible, sin embargo, que la alusión no se haga a esta edición, sino a la realizada por Dalmacio Vélez Sársfield en la Imprenta del Estado, cuando siendo presidente de la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires, prohibió el texto como «*manual*» para la enseñanza del Derecho en las universidades de Córdoba y Buenos Aires. Esta última edición, a la que me refiero, lleva correcciones, anotaciones y prólogo de Vélez. Consecuentemente, Vélez Sársfield sería el verdadero blanco de la crítica.

4) Entre otros pensadores alude a Cicerón y a Grocio (Hugo Grocio, el iusnaturalista), cuando aconseja indagar en los principios racionales del derecho. En cambio no se menciona aquí (sí sin embargo en otro pasaje) a Ulpiano, que toca expresamente el tema y enuncia los que -para él- son los tres principios fundamentales del derecho (vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo), en D. 1.1.10.1.

5) Paulo, Selso (es el jurisconsulto romano Celso), Cicerón y Grocio son citados a continuación. De Celso se transcribe el famoso concepto, que puede leerse en D. 1.3.7: «*Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*» (Saber las leyes no es conocer sus palabras, sino su espíritu y poder). La fuente sin embargo está mal transcripta, en nota figura «*Lex XVII. Lib 26. Digestorum*», ya que esa parte específica del *Digesto* trata de la tutela.

6) Nuevamente, el pensamiento de Cicerón ahora con cita de *De Legibus*, 1.4, se transcribe, para apuntalar la idea alberdiana de que el derecho no es una ciencia práctica: «*Alte vero, et ut oportet, a capite, frater, repetis quod quorimus; et qui aliter jus civile tradunt, non tam justitioe, quam litigandi tradunt vias*». He transcripto el párrafo literalmente, tal y como figura en la obra, sin realizar correcciones de errores que bien podrían ser meramente tipográficos.

7) Sin mención alguna de Roma, ni de su derecho, hay un párrafo que define lo que es el pueblo: «*no solamente la clase pensadora, ni tampoco la clase propietaria, sino también la universalidad, la mayoría, la multitud, la plebe*». Sector social éste, el plebeyo, que protagoniza buena parte de las luchas sociales de la Roma primitiva, de cuya estructura de poder estaba

inicialmente marginado, configurando una masa amorfa (plebe quiere decir, precisamente, multitud), carente de derechos. Inclusive, en tiempos muy remotos, de la ciudadanía misma. Recuérdense que antes de una campaña militar los romanos solían implorar a los dioses que fuesen propicios «*con el pueblo y con la plebe*».

Esta plebe despreciada por la Roma antigua, en cambio es ensalzada por Alberdi. «*Todo el porvenir es de la plebe*», llega a decir, mencionando que ése fue el sector social amado por Jesucristo, «*facción cuya inocente indigencia la atrajo dignamente en todos los tiempos las afecciones de los corazones simpáticos y grandes*». Vuelvo a citar literalmente, y acoto que ignoro a qué plebe se refiere para colmarla de tantos elogios. A la romana, sin duda no.

8) Exponiendo la idea de que nuestro pueblo se encuentra aún bajo la tutela intelectual de Europa, habla en general de «*la legislación romana*», junto a la germánica, la inglesa y la francesa. Y esto me hace inevitablemente formular una reflexión, no puede hablarse de «*legislación romana*» sino de «*derecho romano*». Pero la confusión es explicable, Alberdi tiene en mente al *Corpus Iuris*, obra de un emperador todopoderoso que lo erigió en ley de obligatorio acatamiento.

Sin embargo, a poco que se lea la parte más importante del *Corpus*, el *Digesto*, se advertirá que para los romanos, el Derecho con mayúsculas, es mucho más que la simple ley.

9) Dice también, más adelante, que en los orígenes de la legislación española está el derecho romano, el cual (ubicándose al respecto dentro de la más pura corriente iusnaturalista) no es más que la razón universal, concebida y realizada con inimitable habilidad. Hay citas de Gibbon, Bosuet, Savigny.

10) El origen de la palabra ley viene (cita a Cicerón, *De legibus*, 1.6), de escoger o recoger.

11) En la parte final del Prefacio, cuando se realiza un breve resumen del estado de la ciencia jurídica de entonces, vuelve sobre las *Institutas* de Alvarez, a las que califica como copia de la obra de Heinecio, cosa que constituye su único gran mérito. En un brevísimos resumen histórico, se citan los nombres de iusnaturalistas, como Grocio, Puffendorf. Se alude asimismo a Gustavo Hugo, Savigny y la escuela histórica alemana, calificada de «*famosa*». Alberdi considera que las enseñanzas de la misma eclipsaron por completo a Heinecio y a Bach.

12) No falta la referencia a «*famosos hallazgos*»: La *Instituta* de Gayo, el *Código Teodosiano*, los *Fragmentos del Vaticano*, así como *La República* de Cicerón y muchos otros fragmentos de la obra de éste, y de autores tales como Frontonio, Marco Aurelio, Julio Víctor (*La Retórica*), Symmaco, Dionisio de Halicarnaso, Lido (sobre las magistraturas de la república romana). Alberdi considera sin embargo a todo lo que se acaba de mencionar, como mero antecedente histórico, los cimientos de la ciencia del derecho. Y nada más.

13) Culmina esta parte del *Fragmento* con la obligada referencia a la polémica sobre la codificación mantenida entre Thibaut y Savigny, por la posición del último de los cuales -obviamente- se inclina decididamente.

b) *En la Teoría del Derecho Natural.*

Hallamos lo siguiente:

1) Esta parte se inicia, precisamente, con una disquisición sobre el origen de la palabra «*Derecho*». Alberdi dice que las voces latinas *jubere* y *dirigere* son sinónimos y significan lo mismo: mandar, ordenar, dirigir. De *jubere* deriva *jus*, de *dirigere* descende *directum*, antecedente del sustantivo derecho.

2) Expone igualmente, la idea -compartida totalmente por el suscripto- que el derecho nace en una sociedad, cobijado bajo las alas de la religión. Lo que debe ser hecho ha de serlo, no porque sea jurídicamente justo, sino porque Dios lo manda. Luego se independiza, se laiciza.

Por este motivo, en sus orígenes se halla pleno de simulacros, de representaciones, de actos simbólicos, más tarde ello ya no es suficiente, y el derecho se escribe, con lo cual nace la civilización. Camino recorrido por Roma, que tres siglos antes de escribir sus primeras leyes ya existía como nación, y se gobernaba por creencias religiosas y costumbres simbólicas.

3) Así se separan moral y derecho, al respecto cita los tres principios de Ulpiano (D. 1.1.10.1): vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo. Expresa que los mismos «responden mejor a la moral, sin embargo no constituyen toda la moral».

La crítica, en síntesis, es la siguiente:

- *No hacer daño a otro*, no es otra cosa que un sinónimo de derecho en general.

- *Dar a cada uno lo suyo*, resulta redundante con el precepto anterior, porque hacer daño a otro y no darle lo que es suyo, es todo una idéntica cosa.

- *Vivir honestamente*, responde más a la moral que al derecho, aunque es más que éste, si bien menos que aquélla.

La explicación me parece extraordinariamente simplista, cosa que desde ya me permite adelantar una primera conclusión: Alberdi no leyó, al menos nunca lo hizo en profundidad, las fuentes romanas concretas. Se limita a citarlas de segunda mano, sin duda por haber encontrado numerosos comentarios, ya en la obra de los jurisconsultos holandeses de la escuela del derecho natural, o en la de los germanos de la pandectística.

Pero la menciona a la ligera, como un antecedente histórico más, sin haber reflexionado nunca de modo específico y detenido acerca de los escritos de los jurisconsultos clásicos. Si lo hubiese hecho, no habría podido dejar de advertir:

- Que *vivir honestamente*, si bien es también un precepto moral, aparece referido en especial a la interactividad humana, a la vida de relación. Al ámbito específicamente de lo justiciable, en suma.

- Que *no dañar a otro*, es el principio básico del orden jurídico. El derecho todo debe tender a regular y enmarcar toda la actividad humana, de manera que de ninguna forma la acción de un hombre perjudique a los demás, así fuera en el ejercicio de sus legítimas facultades.

Facultades que el derecho romano, lejos del carácter ferozmente individualista que algunos le han erróneamente atribuido, siempre consideró limitadas y no infinitas. Consecuencia ordenada de este razonamiento es el postulado de la revolución francesa, la libertad de una persona finaliza, allí donde comienza la de su vecino.

- Que, finalmente, *dar a cada uno lo suyo*, no es una redundancia del precepto anterior, sino su aplicación práctica. No dañar a otro es una regla de orden general, el principio de dar a cada uno lo suyo, es un mandamiento para quien deba juzgar un caso especial, es aplicar la equidad ante una situación concreta, para resolver cualquier litigio.

4) Más adelante existe otra crítica, ahora dirigida por igual a las antiguas repúblicas de Grecia y Roma. El pueblo debe vivir en igualdad y libertad, dentro del régimen de democracia republicana. Alberdi se preocupa por hacer notar que al referirse al pueblo lo hace de modo amplio, no sujeto a los estrechos límites que el concepto tenía en la antigüedad.

La observación es correcta, en tanto y en cuanto marca diferencias, aunque habría sido interesante una profundización que el *Fragmento Preliminar* no trae. Porque es cierto que tanto en Grecia como en Roma, sólo una reducida fracción de los habitantes era «pueblo». El *populus romanus* resulta un concepto muy preciso en el derecho romano, equivale al conjunto de los ciudadanos. Que junto al Senado -*populus senatusque romanus*- conforman el Estado.

Según el autor, la democracia republicana está llamada a reemplazar a otros regímenes de gobierno, monarquía y aristocracia. Por su parte ello llevará a que la economía feudal y monárquica, sean sustituidas por la economía republicana.

La idea, para quienes vivimos en la golpeada Argentina de los albores del siglo XXI, surge automáticamente, bajo la forma de una pregunta, ¿es esta economía republicana verdaderamente la panacea que pinta Alberdi? ¿Conduce a lograr la libertad e igualdad, que él enarbola como banderas? Parecería que no.

Restaría, en fin, una cuestión valorativa que no es del caso discutir aquí: ¿está el pueblo, *todo el pueblo*, en condiciones de determinar cómo y por quiénes debe ser gobernado? ¿Es la democracia republicana la mejor forma

de gobierno posible? Es la idea dominante hoy en día. Y sin embargo se trata de una convicción relativamente nueva, no lleva en vigencia más de tres siglos, en los milenios que lleva existiendo la Humanidad. ¿Perdurará?

5) También a Grecia y Roma, en conjunto, se dirige otra crítica. Se refiere al egoísmo, a las sensualidad, al goce de los sentidos, al placer. Es el egoísmo de Epicuro lo que precipitó la caída del Imperio Romano, sentencia. Y aquí no puedo discutirlo.

c) *La teoría del Derecho Positivo*

Cabe mencionar:

1) Los dos grandes papeles del derecho son, custodiar la individualidad, bajo el aspecto del derecho civil; salvaguardar la generalidad resulta en cambio el rol del derecho público. La diferenciación no es novedosa, aunque Alberdi no lo cite, Ulpiano había desarrollado ya el tema, mil seiscientos años antes. Transcribamos algunos pasajes del libro primero de sus *Instituciones*, resumidas en D. 1.1.1.2:

«Esta ciencia (se refiere al derecho) abarca dos partes: una es el derecho público, otra el derecho privado. El público es el que tiene por objeto el gobierno de la República Romana, privado el que pertenece al provecho de cada individuo en particular...»

2) En los albores de la sociedad romana se escribe la *Ley de las XII Tablas*, escritura que permite el comienzo de la independencia del pueblo, que al fin puede conocer sus derechos y garantías.

Y, ya fuere porque en Roma se oía leer las leyes, antes de votarlas y sancionarlas, ya porque luego se leían las *Tablas*, para conocer la regulación jurídica de cada relación social, estas reglas escritas se llamaron leyes, palabra que viene del latín *legere*, leer. Ley no es entonces sinónimo de derecho, solamente su expresión escrita. Hay una cita de Cicerón, así como una acotación alusiva a la escuela histórica alemana la cual, según Alberdi, comparte esa posición. Con la que no puedo sino coincidir plenamente.

3) Confundir derecho con la legislación, es cometer una metonimia, tomar el continente por el contenido, la forma por el fondo, la palabra por el espíritu. La ley, al ser cristalizada, va tornándose imperfecta en la medida que un pueblo avanza o retrocede, por el contrario la costumbre permanece siempre viva, la costumbre es la rueda sobre la cual gira la máquina social.

Hay aquí una transcripción de Cicerón: «*serendi etiam mores, nec scriptis omnia*», que refrenda lo expuesto.

4) «*La ley debe vivir profundamente en la conciencia y costumbres de la nación, que debe observarla a su pesar, espontáneamente, por hábito*». Tal, según Alberdi, lo que pensaba Licurgo, si hemos de dar crédito a la obra de Plutarco. No menciona cuál es dicha obra, pero indudablemente se refiere a las *Vidas Paralelas*, donde se compara a Licurgo con el rey Numa Pompilio.

d) *Teoría de la Jurisprudencia.*

Mencionemos:

1) Hablando de la elocuencia, a la que define como «*el arte de robar el corazón*», *El Fragmento* no puede eludir la referencia a Cicerón, que resulta vencedor en comparación con Quintiliano, por su modo de razonar y por la forma en que alega, según se expresa.

2) «*La ciencia del derecho es tan vasta como la ciencia del hombre y la naturaleza*», nos enseña Alberdi y a continuación ensalza al jurisconsulto Ulpiano, que «*ha acreditado la grandeza de su genio*» al definir a la jurisprudencia como «*la ciencia de las cosas divinas y humanas*».

La referencia es correcta, esa definición pertenece al libro primero de las *Reglas*, y fue receptada en el *Digesto* justiniano (D. 1.1.10.2): «*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*» (La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto).

3) «*La filosofía es pues lo que todo el mundo entiende por tal, desde que Virgilio la definió: rerum cognoscere causas*». Se hace aquí alusión al poeta romano nacido en el año 70 a

J.C. De formación epicúrea, Virgilio ha pasado a la posteridad por su *Eneida*, en donde narra los orígenes del pueblo latino y su vinculación con Troya a través del héroe Eneas.

Alberdi no indica de qué obra extracta esa definición, ya que el poeta es autor asimismo de las *Bucólicas* y las *Georgicas*, amén de algunas obras y poemas menores. Sin embargo, a mi juicio, el párrafo que se transcribe pertenece a las *Georgicas*.

4) Hallamos finalmente otra cita de Ulpiano: «*Totum ius consistit in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo*». No se menciona la procedencia, pero cabe acotar que fue extraída del libro segundo de las *Instituciones* del jurisconsulto, recopilada luego por Justiniano en D. 1.3.4.

«*Todo derecho consiste o en la adquisición, o en la conservación, o en la disminución, porque o se trata cómo se adquiere el dominio de alguna cosa, o cómo se conserva ésta o su derecho, o cómo se enajena o se pierde*».

e) *Prospecto de la legislación civil que debe realizarse.*

Al final del *Fragmento Preliminar* sostiene Alberdi que el país tiene necesidad de una obra elemental, que abrace con método preciso y claro, todo lo que sea fundamental en la legislación civil.

Y aquí viene otra alusión, muy dura por cierto, hacia las *Instituciones* de José María Álvarez, las cuales aunque «*hasta cierto punto llenan esa exigencia, están lejos de poseer toda la suficiencia de método y de doctrina de que habrían sido capaces, si el hábil profesor que se dignó adicionarlas entre nosotros, hubiese tenido el tiempo y el deseo sobrados para ejecutarlo*».

La velada referencia a Vélez Sársfield resulta a esta altura indudable, cosa a que hice alusión más arriba. Pero Alberdi está decidido a no guardar nada, y así agrega: «*Por el método, el libro de Álvarez es un calco de las **Recitaciones** de Heinecio, como son éstas de las **Instituciones** de Justiniano. No es bueno el método de Justiniano, porque no es el de la filiación lógica de las ideas, por ingenioso y severo que en muchas partes sea, en otras es violento y cortado, no hay una dependencia necesaria, una filiación lógica entre los hechos. Por este medio es imposible comprender el mecanismo económico del todo, la unidad de la ciencia...».*

Duras palabras, aunque con conocimiento de causa nos expliquemos la razón que las motiva. No obstante, no comparto la crítica, en lo que a la obra de Justiniano se refiere, y por varias razones:

1) En primer lugar, porque las *Instituciones* no son precisamente la parte descollante del *Corpus Iuris*. Se trata apenas de un manual, un texto destinado a estudiantes. Y como tal sí tiene un método, que podrá ser compartido o no, pero que reinó como el único aceptable durante muchos siglos, tanto es así que el *Código Napoleón* aún lo utiliza. La división del derecho en tres partes: personas, cosas y acciones.

2) Y por lo demás, porque en el *Corpus* brillan con luz propia otras obras, el *Código* y las *Novelas*, resumen de las diversas constituciones imperiales ordenadas cronológicamente, a la manera de cualquier tomo de anales de legislación contemporáneo. Pero fundamentalmente el *Digesto*, compendio de fragmentos escogidos de la obra de los jurisconsultos clásicos, que también se hallan recopilados sistemáticamente, tema por tema.

f) *Las Notas*

Al final del *Fragmento Preliminar* Alberdi coloca notas, algunas de las cuales se refieren directa o indirectamente al derecho romano, a la Historia de Roma, o a autores romanistas.

1) Véase la cita que critica al sensualismo, introducido en Roma a fines de la República, y que en tanto contribuyó a gastar el corazón y el espíritu de los romanos. Hay mención de la obra del historiador Polibio, *Grandeza y decadencia de los romanos*, y asimismo de una carta de Cicerón dirigida a su amigo el banquero Ático, en donde se alude a la decadencia del respeto al principio de la buena fe, que se produjo desde entonces.

2) También existe una referencia al clasicismo romano, imperante tanto en el arte cuanto en la religión, política, filosofía y los demás elementos de esa antigua sociedad. La conclusión que

se extrae es que, habiendo caducado esa sociedad, resulta imposible mantener en vigor sus componentes, ya muertos también.

3) Asimismo en fin, y a despecho de lo anterior, se menciona a Tácito, en realidad Cayo Cornelio Tácito, la autoridad de cuya opinión criticando el espíritu germánico, cree oportuno Alberdi traer, para apuntalar sus ideas al respecto.

7. Una reflexión final

Allá por 1990, la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina sesionó en San Miguel de Tucumán. Para ese evento redacté un bosquejo de la reseña que antecede, como una manera de honrar a uno de los hijos dilectos de esa provincia del norte argentino.

Todavía recuerdo la pregunta, un poco en sorna, que me dirigió uno de los participantes del evento: - ¿Pero cómo es que Alberdi aparece ahora como romanista?- Y es que en realidad no lo es -respondí al punto- no fue un romanista, en el sentido en que sí lo era Vélez Sársfield pero, cosa quizá más importante, se trataba de un abogado que conocía el derecho romano.

Podría ahora, con la experiencia de otra década sobre mis espaldas, agregar algo más. No solamente lo conocía, para él resultaba natural que cualquier estudioso de la ciencia jurídica tuviese nociones del derecho que Roma nos legó. «*El derecho romano es al nuestro lo que un original a la traducción, pues las **Siete Partidas** del rey Alfonso X, no son sino una traducción discreta y sobria, así como sabia, de las **Pandectas** y el **Código Romano**...*», escribirá Juan Bautista Alberdi cuando, desde Chile, le dirija una carta a un amigo que le había solicitado consejo acerca de cómo encaminar a su hijo en la carrera de abogacía.

Por ello, no se busque en este breve comentario un análisis exegético, ni tampoco un comentario crítico, del *Fragmento*. Quien espere hallar desmenuzado, criticado y explicado el pensamiento del autor de las *Bases* se desilusionará, porque no ha sido ésa mi finalidad cuando lo redacté, y tampoco lo es ahora. Simplemente quise poner de manifiesto que un científico del derecho, cuando escribe, no puede soslayar la referencia al precedente romano.

Pero seamos prudentes. Citar a Roma no convierte a nadie en romanista, desde ese punto de vista Alberdi no lo era. Para él el derecho romano, me he convencido leyendo esta obra, no es más que un capítulo de la Historia del Derecho, capítulo esencial, pero no más de ello en suma.

Por eso quizás, el jurista tucumano no posea demasiado conocimiento directo de las fuentes clásicas. Advierto que la mayoría de sus citas y referencias provienen de autores de la escuela holandesa del derecho natural, o de los historicistas alemanes, sobre todo Federico Carlos de Savigny (1779-1861), cuya obra debía representar para la época en que el *Fragmento* vio la luz, la cumbre del pensamiento jurídico europeo.

La excepción es Cicerón, al que parece haber leído con detenimiento, al igual que a otros historiadores y literatos romanos: Plutarco, Tácito, Polibio, Virgilio.

Hay otra cosa que he advertido, Alberdi se cuida mucho de no definir al derecho como ciencia práctica, como si juzgase a esta calificación degradante. Lo cual explica la poca importancia asignada al *Digesto*, que no es ni más ni menos que una inmensa recopilación de «*casos*», reales o imaginarios. Seguramente por el mismo motivo no hay citas de juristas de la escuela de los glosadores o los comentaristas, ni siquiera de pensadores de fuste y prestigio indiscutido, como Ihering, Bártolo, Accursio, Baldo, y tantos otros.

El caso práctico, la solución equitativa en el litigio concreto es sin duda importante, pero no integra la ciencia, tal parecería ser el mensaje. Es parte del derecho primitivo, ese de la representación, el cobijado aun bajo las alas de la religión, no independizado todavía como ciencia. Sería esa la concepción que se deduce de la obra, y si así fuere, no comparto la idea.

Si bien abundan las citas de Savigny, no hay referencias a Ihering (1818-1892), lo que no es extraño ya que para la época en que el *Fragmento* vio la luz, el jurista contaba con apenas diecinueve años. Pero no deja de ser una lástima, habría sido interesante saber qué opinión le

merecía a Alberdi un jurista que se atreviese a proclamar que prefería el cielo de los juristas prácticos, por sobre el reservado a los teóricos (confr. Rudolf von Ihering, *Bromas y veras en la jurisprudencia*).

En fin, y para concluir, me parece oportuno poner de manifiesto que buena parte de las ideas alberdianas, conservan todavía hoy lozana vigencia. Un pueblo que no se educa, tiene las cadenas de la esclavitud en su futuro. ¡Qué verdad tan indiscutible! Y sin embargo la educación distó sistemáticamente de ser una prioridad, en los planes de los gobiernos que sucesivamente han regido a nuestra Argentina.

De todo lo expuesto se puede inferir que para Alberdi, un abogado no merece el nombre de tal si carece de una formación sólidamente humanista. Formación que no tendrá si desconoce el legado de Roma, que conforma el cimiento de todo derecho. Será un técnico, no un jurista, un mercenario, y no un apóstol. Quizás ganará dinero, pero no servirá a la Justicia.

A eso, nuestro jurista tucumano lo tiene muy claro. Sin embargo, la Argentina de hoy, locamente inmersa en un mundo globalizado que le impide tomar conciencia de su identidad, parece haberlo olvidado.

Bueno es entonces recordarlo. Y tener siempre presente que si el derecho olvida sus raíces, no merece tener futuro.

Notas:

* Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Romano en la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Católica de Córdoba. Vicepresidente de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina.

LA LÓGICA EN ALBERDI

por OLSEN A. GHIRARDI *

Alberdi, en diversas oportunidades, demostró que no era indiferente a la importancia que para él tenían los conocimientos de Lógica.

Esto se pone de relieve cuando dirige una carta -a pedido de los padres de un estudiante de derecho- para hacerle conocer los estudios que estima convenientes para la formación de un buen abogado. Dicha carta fue fechada en Valparaíso el 16 de abril de 1850 y tuvo como destinatario a Lucas González, quien estudiaba en la Universidad de Turín (Italia).

En primer lugar, le observa que en sus estudios preparatorios hechos en Santiago faltan las matemáticas y otras ciencias exactas. Los estudios matemáticos no son útiles por sí mismos en los estudios jurídicos, sino en cuanto educan las mentes en “las prácticas del *método*, de la *lógica*, del *orden*”. Hace presente que el abogado dirige casi toda su actividad a alegar, es decir, a “razonar y a probar”. De ahí proviene el apotegma que especifica que “*la jurisprudencia es la lógica misma bajo cierto aspecto*”.

Para subrayar y poner de resalto la importancia de los estudios de Lógica cita las palabras de Dupin, quien, respecto del talento del jurisconsulto Merlín, afirmaba lo siguiente: “*Todo en él partía de la cabeza, era la lógica únicamente; pero una lógica poderosa, una dialéctica a veces un poco sutil, pero siempre manejada con arte y conducida con una destreza infinita, al través de las varias ramificaciones de una cuestión. Tal era el distintivo de su talento*”.

Y, para recalcar el aserto, se vale del tratadista francés Mr. Gabriel, autor de la obra *Essai sur la nature, les différents espèces et les divers degrés de force des preuves*, quien, por su parte, afirma que “*el instrumento esencial en toda especie de pruebas, el que sirve para ligar las unas a las otras, es el razonamiento*”. Y el razonamiento es el primer instrumento de buen éxito en abogacía.

Como se advierte, por todas estas disquisiciones, Alberdi no concibe una mente ordenada sin los conocimientos instrumentales que la lógica dispensa. Y, en el caso del abogado, se hace imprescindible el orden y la buena disposición de las cuestiones para poder razonar con esmero y eficacia ¹.

En la *Defensa de José Pastor Peña* (alegato ante la Corte Suprema realizado en 1845), en el juicio por el crimen que se le imputa, Alberdi acude a sus conocimientos de lógica. Maneja con verdadera solvencia los métodos lógicos.

No obstante, asigna una primera prioridad a los *hechos*. Es preciso determinar los hechos. Ellos constituyen los límites y prefiguran el contorno de nuestros razonamientos. Cualesquiera sean los argumentos, no podemos desconocer la realidad de los hechos probados en la causa.

A partir de los hechos, nos valem de la inducción lógica. Las inferencias que se obtienen a partir de los hechos otorgan fuerza a nuestros argumentos. “El poder de la inducción lógica” es dirimente en el razonamiento. De tal forma, Alberdi sostiene que su exposición “*es productio immediato que el expediente suministra, o es inducción lógica de los hechos en él contenidos, o es exposición de cosas, que los autos no desmienten, y que la razón, fundada guía del juez, reviste de su autoridad*”.

Después de repasar la realidad de los hechos que el proceso muestra, Alberdi utiliza la inducción para obtener conclusiones favorables a su defensa. Lo afirma expresamente diciendo: “*El proceso y la inducción: he aquí mis dos instrumentos lógicos*”. Y agrega: “*Con ellos haré ver que Peña no ha sido asesino en la noche del catorce de agosto; que no ha tenido el pensamiento de serlo; que no lo es*”.

Nuestro propósito, aquí, no es el de hacer el análisis y seguir el hilo del pensamiento de Alberdi. Sólo se desea demostrar que el jurista utiliza la lógica como instrumento para lograr su objetivo en el desarrollo de la causa y, especialmente, para fundamentar sus conclusiones.

Y, a medida que avanza, describe y recuerda hechos probados, que le sirven para sustentar la convicción que, “*por natural inducción... el acusado no pudo herir de improviso y por sorpresa*”.

Así, el vocabulario lógico es frecuente y abundante. Del cabo de una pistola muy pequeña, induce que ella no es “*arma capaz para producir una muerte segura*”.

Rebate a la acusación por concluir que el imputado dio más de un golpe, de lo que se infería que existía el ánimo de matar. No hay tal, sostiene Alberdi. ¿Por qué? Pues, porque el acusado envolvió el arma en un pañuelo: Si eso es lo que hizo, se *infiere* que no tenía el propósito de matar².

Si queremos conocer el origen de los conocimientos lógicos de Alberdi, debemos recordar a sus maestros, especialmente a Diego Alcorta.

Los ideólogos de la época -nos referimos a los filósofos que se habían enrolado en esa corriente, que representaba la hora tardía de la Ilustración- tanto franceses como argentinos, enseñaban la Lógica por Condillac (1715-1780). Diego Alcorta no fue una excepción a esa regla. En efecto, en su curso, sostenía que el punto de partida del conocer se encontraba en la sensación. De ésta surgían todas las demás nociones y daba como ejemplo, para ilustrar sus convicciones, el famoso caso de la estatua. Ésta, carente de toda facultad de pensamiento, iba muniéndose de conocimientos a medida que se le otorgaban los diversos sentidos. Luego, la transformación de las sensaciones originarias y la asociación de ellas elevaba el grado de complejidad del conocimiento y, con ello, paso a paso, se alcanzaban las ideas más abstractas. Probablemente, fue esta teoría uno de los principales aportes que hizo Condillac al criticar las corrientes racionalistas e innatistas, de igual manera que el análisis lógico de las ideas.

El joven Alberdi, al escribir su breve *Ensayo sobre un método nuevo para aprender a tocar el piano con la mayor facilidad*, en 1832 -tenía sólo veintidós años- al referirse al problema del método, citaba en nota a Condillac. En verdad, está tratando cuestiones metódicas y, es probable, que quisiera hacer alarde de erudición..

Cinco años después, ya en su famoso *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, en el Prefacio, vuelve a recordar a Condillac en una extensa nota. Sostiene que el primer estudio del juriconsulto debe comenzar por la indagación de los principios racionales del derecho. Y menciona al famoso abate, pues éste expresa que la mente humana puede iniciar su emancipación desde los doce años. De ahí que una persona joven -concluye- tiene la capacidad suficiente como para estudiar los problemas más intrincados del derecho, aun si éstos están teñidos por razones filosóficas.

Pero el primer Alberdi también, en sus primeros trabajos, con ser tan joven tiene ya sus pasiones. Cita de por medio, toma partido a favor de la filosofía, pero no de cualquier corriente. Condena la filosofía escolástica, porque “*en efecto -arguye- nada hay de más antifilosófico que la filosofía escolástica*”.

Sin embargo, no todo es del mismo cariz. En la tercera parte del mismo *Fragmento*, pareciera haberse reconciliado con uno de los métodos preferidos del escolasticismo, al mostrarse consecuente con el método silogístico. Transcribiremos en una cita algo extensa su afirmación, para mostrar la verdad de nuestro aserto: “*Queda visto que las grandes funciones del derecho positivo, son dos: señalar y prescribir el derecho natural de cada relación social, la primera: impedir su infracción, la segunda. Esta doble operación que, en efecto, resume casi todo el derecho legal, se reproduce también en cada una de las leyes que lo constituyen. Así cada ley contiene dos términos: el precepto y la pena. El segundo es una consecuencia necesaria de la infracción del precepto. Cuando pues la infracción real o presunta viene a asociarse a las dos de la ley, hay tres términos que forman un **silogismo**, al cual puede reducirse toda causa. La mayor, es el precepto; la menor, la infracción; la consecuencia, la pena. Para saber si esta consecuencia deberá o no tener lugar, bastará únicamente investigar la **justicia** o **injusticia**, es decir, la identidad o desidentidad de la mayor con la menor, del precepto con la infracción. Plantear y resolver este silogismo, es toda la jurisprudencia; y no es poco*”. Evidentemente, afirmamos nosotros, no es poco, ni tan sencillo.

El joven Alberdi no se amilana con el tema y continúa: “*En buena lógica, para buscar las relaciones de identidad o diferencia de dos objetos, es menester, cuando menos, conocer suficientemente uno y otro de estos objetos de la comparación; conocer el precepto la ley, y el hecho infractorio. En seguida, se requiere sagacidad para percibir su relación; elocuencia*

para penetrar a los demás de lo que se ha visto, y buena fe para no decir otra cosa que lo que se ha visto”.

No vamos a seguir al pie de la letra al jurista en sus razonamientos, que buscan relacionar las palabras de la ley con el espíritu, la filología y la filosofía, el fin que se ha perseguido con la sanción de la ley, la época histórica de la sanción con la de la aplicación, etc. No obstante todo ello, estimamos que no muestra de manera clara la justificación del método que preconiza, ni el *iter* concreto del movimiento espiritual del juez.

Más adelante, al introducirse en la Filosofía del Derecho no vacila en desacreditar las corrientes racionalistas y empiristas de la filosofía moderna ni el movimiento ideológico de Condillac. La fuente de sus argumentos pareciera estar en las lecturas de la *Revista Enciclopédica* del año ‘33, que concluía sosteniendo que la verdadera filosofía floreció en Francia a partir de 1830, cuando asume la bandera del “progreso pacífico, de asociación, de igualdad, de libertad constitucional”. Concluye, para Alberdi, el período analítico en Francia y empieza el período del “estudio sintético del hombre, del pueblo, de la humanidad, del mundo, de Dios”.

Como se advierte, hace uso de una toma de conciencia de los métodos analítico y sintético, que la ideología de Condillac preconizaba, lo que no le impide implicarlo a Pascal en sus párrafos, pese a la distancia espiritual y cronológica, al mismo tiempo que todo ello exhala una fuerte dosis de aliento del saintsimonismo católico de Pierre Leroux.

Recordemos, además, que no había faltado tampoco, en la enseñanza de Alcorta, la referencia a la íntima correlación entre método, lógica y lenguaje, temas que Alberdi de ninguna manera dejaba caer en saco roto, como hemos tratado de demostrar en nuestra obra *El primer Alberdi. La filosofía de su tiempo*³.

El atento seguimiento del pensamiento de Condillac -no obstante algunas críticas- se revela incluso en el *Discurso* que pronuncia en el Salón Literario (1837), cuyo pomposo título -“Doble armonía entre el objeto de esta institución con una exigencia de nuestro desarrollo social; y de esta exigencia, con otra general del espíritu humano”- refleja el estado de su ánimo cuando afirma con grave elocuencia que Royer-Collard y Víctor Cousin presentan “a Platón y Kant, y Hegel”, como “asociados a Condillac”, aseveración hartamente discutible.

Más adelante, en sus artículos literarios, sigue vinculando a Locke, con Condillac y Kant, al poner en boca de un personaje, algunos argumentos acerca del papel que juega el periodismo en la sociedad.

Por ende, sea que se desprenda o no, con el correr de los tiempos, de las tesis ideológicas, lo cierto es que Alberdi no olvida a esos lógicos y filósofos.

Mucho más tarde aun, en su trabajo *Veinte días en Génova* (1845), al referirse a su plan para tratar temas jurídicos y la legislación del lugar visitado, se detiene en problemas metódicos. Aclara que le será imposible establecer en sus artículos “el método de los tratados de geometría”. De ahí que recuerde a Condillac acerca del método ideológico que preconiza y trata de demostrar la ridiculez de valerse de ciertos métodos para expresar las impresiones de viaje, sin olvidar las razones lógicas de los itinerarios y los recursos dialécticos para referirse al orden de dichas impresiones.

Y cuando hablamos de métodos, quizá debiéramos recordar también su “Alegato en defensa de José León”, acusado del homicidio de Guillermo Lavergne (1842), cuando Alberdi profesaba como abogado en la República Oriental del Uruguay. El esquema sinóptico⁴ ilustra de manera muy clara cómo funciona la mente del abogado para redactar su alegato. Nos regocija advertir cómo divide primero los “puntos de la acusación” y los “puntos de la defensa”. A su vez, cada uno de ellos se divide en “puntos de hecho” y “puntos de derecho”. En el caso, alguno de estos puntos admiten otras subdivisiones. Es preciso leer el alegato y analizar, al mismo tiempo, el cuadro sinóptico al cual nos referimos, para apreciar la lucidez del planteo. Sin esfuerzo, surge de todo ello, cómo se determina la premisa fáctica y la normativa, tanto en la acusación como en la defensa, y, a través de dicho planteo esquemático, el espíritu menos avisado puede asomarse al meollo de la causa y a las actitudes de las partes en el caso. La importancia que Alberdi asigna al método queda evidenciada cuando dice que “*el método no es insignificante en estas cosas; de él depende la claridad, y sin claridad, no hay proceso criminal*”. “*Yo debo defender el método de que me he valido, en cuyo cuadro sinóptico parece*

que no se hubiese visto, por parte de la acusación, otra cosa que un juego de espíritu, más propio para deslumbrar los ojos que para ilustrar el espíritu de los jurados”.

Es realmente notable cómo el ilustre polemista insiste en las cuestiones metódicas. Va mucho más allá de las simples observaciones banales y sus reflexiones se deslizan en el sentido de una meditada conclusión acerca del método en la generalidad de todas las ciencias, lo que le hace afirmar que “... *en estos últimos tiempos las ciencias morales han procurado modelar sus métodos, según las ciencias exactas*”. Aplica la ironía hasta el límite que permite el decoro cuando, refiriéndose al abogado de la acusación que tenía el hábito de inventariar los párrafos, le espetta: “... *es mejor metodizar los pensamientos y no, simplemente, inventariar los párrafos*”.

En Montevideo (año 1841), con motivo del certamen poético del 25 de Mayo, se permite rendir homenaje a sus maestros, aunque, en principio, indirectos, cuyo pensamiento declara conocer. Así, por ejemplo, ensalza “las tentativas de enseñanza filosófica de Lafinur y Agüero, entre los años 1819 y 1823”, cuyo magisterio no marginaba la importancia de la lógica. Ello le permite discernir el tono del lenguaje de los escritores que, como Larra y Tocqueville, eran representativos de una tendencia que utilizaba frecuentemente términos “genéricos y abstractos”, lo que -según nos dice- es una “*propensión inherente a las literaturas de todos los pueblos democráticos*”.

Y al hablar de la poesía y del arte en general, se pregunta: «¿hemos comprendido bien la diferencia que separa al arte natural de la lógica artificial, para asegurar que donde no existe este último arte, no existe ningún otro?». La respuesta está dada por el artista en cuanto es genio y tiene talento. “*Él mismo es un arte*”, según expresa Nisard.

Para clarificar el íntimo pensamiento de Alberdi, acerca del método y de la lógica, debemos decir también que confía especialmente en las propias condiciones del sujeto que piensa y que escribe. Es verdad que no olvida a Condillac, tanto recuerda a sus maestros. Pero siempre la opinión última está centrada en la propia personalidad del autor. Cuando escribe sus *Veinte días en Génova* (1845) hace referencia al método de Condillac, que es calificado como método *ideológico*. Se pregunta si ese método le hubiera servido a un Dumas o a un Lamartine para esbozar sus impresiones de un viaje. Véase la curiosa respuesta: “*Es probable que el uno habría dicho: la razón lógica que tengo para hablar de Aix y de Chambery, en mis viajes a Italia, es que ellos son los dos pueblos que siguen de Ginebra, procediendo por este itinerario, que es el más frecuentado de los viajeros franceses. El otro habría observado que hablaba de este punto primero que aquel otro, en las costas del Mediterráneo, a causa de una variación en el derrotero, ocasionada por un cambio de viento; y que un día escribía en el estilo de la elejía, y en otro en el de la canción, porque la tristeza se sucedían alternativamente, sin que la dialéctica interviniese para nada en el orden de estas impresiones*”⁵. De acuerdo a ello, es fácil advertir que tanto los vocablos “lógica” como “dialéctica” tienen una significación amplia y nada ortodoxa para Alberdi, conforme se confirma a lo largo de estas citas. Pero, en suma, tanto el método como su interpretación y el uso que de todo ello se hace, están saturados por la personalidad del autor.

No vacila en afirmar que los italianos tienen predilección por los franceses y que están afectados por un odio hacia Austria y que “*la ciencia misma que viene del septentrión es repelida con encono*”. Más todavía: recalca que “*la abstracción es odiada porque huele a germanismo; las teorías alemanas son llamadas **nieblas del norte**. En **Turín** no hay dos hombres que conozcan a fondo los sistemas filosóficos de Alemania; y si alguna idea se tiene de ellos, es por el órgano de la Francia, que en los últimos tiempos se ha alimentado del espíritu y de las doctrinas del Rhin*”.

Por otra parte, se esmera en sostener que la tendencia de la hora operada en Alemania es dirigirse hacia las ideas positivas y prácticas. “... *la anarquía de los sistemas en el terreno de la ciencia y de las letras, y la dirección de los espíritus hacia los intereses de orden material y político, parece ser común a todas las naciones de la Europa*”. Y para quienes han querido ver en Alberdi un hegeliano en su interpretación de movimientos políticos como el rosismo, he aquí estos párrafos adversos: “... *la iniciativa trascendental y metafísica de la Alemania ha desaparecido; no hay un filósofo, no hay un sistema que prepondere sobre los demás*”. “La

grande escuela de Hegel, después de la muerte del maestro, se ha dividido en diez campos rivales y antagonistas, que se despedazan sin piedad". Por último, citando las palabras de la *Revista de Ambos Mundos*, referidas a Alemania, copia: "*La filosofía, el arte, la poesía, la teología misma, y todas las obras del pensamiento han abdicado su santa independencia. Ya no son más que instrumentos de la política*". Como consecuencia, no hay métodos inocentes. Y vuelve a criticar acerbamente la política de los gobiernos patrios -se entiende, entre otros, el de Rivadavia- que en 1821 redujo al "*exclusivo y especial cultivo de las ciencias morales*", que sólo produjo abogados y escritores políticos. Por el contrario, el tucumano sostiene que es menester, porque así conviene, "*acometer de frente la obra de sus mejoras espirituales y prácticas, con el fin de arribar por esta vía y no por otra al goce de la libertad, que en vano se ha querido conseguir por el falso camino de las ideas morales y abstractas*". ¿Qué debe enseñarse, por ende, a los jóvenes? Oigámosle: "*... una enseñanza que comprendiese con preferencia a tantos otros estudios estériles, los de la administración civil, militar y marítima; la mecánica y la hidráulica aplicadas; la agricultura y la veterinaria; las artes económicas y químicas, las minas y fundición; las construcciones navales y el genio marítimo; las fábricas y las artes manuales; el genio civil y la arquitectura aplicada a la construcción de caminos, puentes, canales, acueductos; la estadística, el comercio y la ciencia del crédito y de los bancos*". Curiosamente, aquí queda poco espacio para los problemas de la lógica formal. Y más adelante nos anoticia que en los tribunales de Génova no se oye citar ningún comentario escolástico ⁶.

Como conclusión puede decirse que Alberdi tiene una elevada opinión acerca de la importancia de los conocimientos de la ciencia de la Lógica. Especialmente, es el abogado, que razona constantemente, el que debe profundizar el arte de razonar, el arte del bien decir, de persuadir y convencer. Lo que deseamos recalcar es que Alberdi no sólo razona; es plenamente consciente, en todo momento, del *acto* de razonar. Los problemas metódicos le subyugan y nos dice que el método es fundamental para proceder con orden y para dar claridad al pensamiento expresado oralmente y por escrito. De ahí sus cuadros sinópticos y sus desarrollos. Poseía, por otra parte, pleno conocimiento de las partes del proceso y del procedimiento que debía seguirse para analizar el caso. El estudio y la determinación de los hechos, la determinación de la norma aplicable y, finalmente, la conclusión, cerraban el circuito del razonamiento judicial. Todo esto no era producto del azar, sino de una mente inteligente y profundamente consciente de su cometido.

No debe, además, olvidarse la importancia que concedía al talento personal del abogado para el análisis y la manifestación de las razones que fundamentaban las decisiones. Al redactar sus famosas *Bases* sostenía que el legislador debía expresar los fundamentos de cada norma, de cada prescripción. Cosa que él hace con holgura en dicha obra.

Notas:

* Académico de número. Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Para la lectura de la carta véase, de Juan Bautista ALBERDI, *Obras completas*, Buenos Aires, edición La Tribuna, 1886, t. III, pág. 343 y ss..

² Para la lectura de la *Defensa de José Pastor Peña*, véase *Obras completas*, ed. cit., t. III, pág. 7 y ss..

³ Olsen A. GHIRARDI, ob. cit., Buenos Aires, Astrea, 1989.

⁴ ALBERDI, t. II, pág. 25, ob. cit..

⁵ ALBERDI, ob. cit., t. III, pág. 254.

⁶ ALBERDI, ob. y t. cits., pág. 213 y ss..

ALBERDI, PRECURSOR DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA.

por AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI *

«Los pueblos, como los hombres, no tienen alas; hacen sus jornadas a pie y paso a paso». «El laurel es planta estéril para América. Vale más la espiga de la paz, que es de oro, no en la lengua del poeta, sino en la lengua del economista. Ha pasado la época de los héroes; entramos hoy en la edad del buen sentido». « La propiedad, la vida, el honor, son bienes nominales cuando la justicia es mala. No hay aliciente para trabajar en la adquisición de bienes que han de estar a la merced de los pícaros. La ley, la Constitución, el gobierno, son palabras vacías si no se reducen a hechos por la mano del juez que, en último resultado, es quien los hace ser realidad o mentira». « ¿Por qué dudar de la posibilidad de una Constitución argentina en que se consignen los principios de la revolución americana de 1810? ¿En qué consisten, qué son esos principios representados por la Revolución de mayo? Son el sentido común, la razón ordinaria aplicados a la política. La igualdad de los hombres, el derecho de propiedad, la libertad de disponer de su persona y de sus actos, la participación del pueblo en la formación y dirección del gobierno del país, ¿qué otra cosa son sino las reglas simplísimas de sentido común, única base racional de todo gobierno de hombres? A menos, pues, que no se pretende que pertenecemos a la raza de los orangutanes ¿qué otra cosa puede esperarnos para lo venidero que el establecimiento de un gobierno legal y racional? El vendrá sin remedio, porque no hay poder en el mundo que pueda cambiar a los argentinos de seres racionales que son en animales irreflexivos» (Juan B. Alberdi).

SUMARIO: I. Límites de estas reflexiones. II. El Código Civil y la Constitución. 1. La visión tradicional. 2. Una nueva visión: Estado y sociedad; privatización del poder público y connotaciones públicas del poder privado. 3. Tres cuestiones implicadas. 4. La primacía constitucional. 5. Un ejemplo extraído de la jurisprudencia. III. Alberdi, un visionario. 1. La cuestión en los Comentarios al Proyecto de Código Civil. 2. La cuestión en las Bases. 3. La familia democrática de Alberdi y el derecho a la vida familiar como derecho humano en la sociedad democrática.

I. Límites de estas reflexiones

La problemática relativa a la constitucionalización del derecho privado es muy amplia, pese a que su tratamiento sistemático es relativamente reciente ¹. Su análisis detallado y exhaustivo excede, en mucho, los límites necesarios de una obra colectiva. Mi única pretensión es presentarlo y mostrar cómo, de algún modo, Alberdi fue el precursor de esta nueva visión del derecho civil, especialmente, en el ámbito del derecho de familia. Para probar este aserto me fundaré, exclusivamente, en dos de sus obras: las *Bases*, y su *Comentario al Proyecto de Código Civil para la República Argentina* ². Respecto de esta última, no ingresaré en la tradicional polémica con el ilustre codificador Vélez Sársfield: si el dictado de un código civil único era o no necesario; si erró o no cuando decidió seguir parcialmente la metodología de Freitas; si es o no filosóficamente aceptable el sistema de la tradición para la transmisión del dominio, etcétera. Sólo me detendré en la parte en la que Alberdi enseña cómo deben ser las leyes que regulan la familia en un país republicano, pero no tomaré partido en la disputa sobre si el Código de Vélez respetó o no tales valores. Finalmente, aclaro que lo expuesto en estas breves líneas no significa desconocer el proceso inverso, es decir las influencias que la «cultura» del Código civil ha tenido sobre el ordenamiento constitucional en algunos países ³.

II. El Código Civil y la Constitución

1. La visión tradicional

Hasta hace algunos años, era frecuente que los libros de introducción al derecho (influidos por la tradición francesa, y quizás con el fin de facilitar la comprensión del lector inexperto) explicaban que mientras el derecho público, cuya principal fuente es la Constitución Nacional, rige la situación del individuo frente al Estado, el derecho privado, que encuentra sus principales raíces en el Código Civil, regula las relaciones entre particulares. En otros términos,

básicamente, presentaban el ordenamiento jurídico en dos campos: uno, «*the man versus the State*» y, consecuentemente, una Constitución que le pone límites al accionar del Estado concediendo a la persona derechos que ella puede ejercer contra él: otro, el de una sociedad casi autorregulada, «compuesta de hombres iguales en los que la autonomía de la voluntad es el primer motor del tráfico».

En esta visión, entonces, el binomio Constitución-Código Civil, circulaba por líneas paralelas, sin ningún punto en común ⁴, en una «majestuosa indiferencia recíproca».

Esta visión tuvo apoyo en algunos preconceptos, entre los cuales podemos enumerar:

a) La omnipotencia del legislador: «*Le législateur, parce qu'il ne peut jamais mal faire, peut tout faire*». La ley es el metro supremo y la Constitución (norma superior), es una simple declaración de voluntad que inspira las mayorías parlamentarias, pero no las obliga ⁵.

b) La realidad política, siempre cambiante, impone el dinamismo constitucional; piénsese, por ej., que en el período que corre entre los años 1791 a 1875, Francia tuvo 11 constituciones; el *Code* de Napoleón de 1804, en cambio, permanecía inalterado en lo sustancial. Por eso se ha dicho que en el siglo XIX «*la diferencia entre Constitución y ley no tenía mayor sentido; la Declaración de los Derechos del Hombre no valía por sí misma para la protección jurídica de situaciones subjetivas individuales, y su contenido no era un límite para las leyes. En realidad, la verdadera Constitución francesa no era la Déclaration sino el Code Civil*», aunque los juristas no se diesen cuenta ⁶.

2. Una nueva visión: Estado y sociedad; privatización del poder público y connotaciones públicas del poder privado

Esta visión «separatista» o «dualista» ha cesado ⁷. Las causas del cambio son muy diversas, pero con afán simplificador podrían enumerarse las siguientes:

a) Por un lado, «*el poder asume hoy un rostro indiferenciado: mientras el poder público se privatiza, el privado adquiere connotaciones públicas. Lo que se percibe es una continuidad entre poderes de diferente naturaleza, que se entrecruzan en una complicada trama de contactos e interdependencias*» ⁸. El Estado «*se ha convertido, como el tiempo atmosférico, en algo vaporoso; paralelamente, se genera el movimiento inverso de la publicización de lo privado. Ni todo el derecho procede ya de la Constitución ni el derecho emanado en consonancia con la normatividad constitucional es considerado como el más eficaz para resolver los problemas de la vida cotidiana*» ⁹. Se discute, entonces, uno de los presupuestos de la separación, pues es dable preguntarse si «*las situaciones de oligopolio social de los grupos y poderes privados no determinan que la autonomía de la voluntad quede reducida, en el plano real, sólo a la autonomía de esos poderes privados y la igualdad ante la ley se convierta en pura justificación y legitimación de las desigualdades de hecho*» ¹⁰.

b) Por otro lado, el proceso de descodificación ha producido que el Código pierda «*valor constitucional*» (en el sentido antes indicado); sin embargo, esa pérdida, su desconstitucionalización, ha operado en beneficio de la propia Constitución, que ha adquirido estabilidad y consagra derechos antes sólo reconocidos por el derecho civil ¹¹.

En suma, de la misma manera que Estado y sociedad no están separados de modo estricto, los derechos no son de naturaleza sustancialmente disímil según quién sea el obligado a cumplirlos. Por eso, se ha dicho que las cosas, ciertamente «*non sono mai come prima*», lo cual no significa que haya acuerdo sobre cómo son ahora ¹².

3. Tres cuestiones implicadas

El tema de las estrechas interrelaciones entre Constitución y derecho privado pasa por tres vectores, dos de derecho sustancial y uno de naturaleza procesal:

- a) La primacía de la Constitución y de los tratados;
- b) El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales;

c) Las vías procesales para su tutela y el tribunal que tiene la última palabra para pronunciarse sobre la cuestión, en especial, la procedencia o no de la acción de amparo para los actos de los particulares.

El primer axioma, el de la primacía constitucional, hoy no es discutido: la Constitución prevalece sobre el resto del ordenamiento, incluido, obviamente, el Código Civil.

La segunda cuestión, si los derechos fundamentales pueden ser opuestos horizontalmente (entre particulares y no sólo frente al Estado), ya no es tan evidente, pues la cuestión tiene dificultades, sobre todo en el intento de la aplicación de ciertos principios, como el de igualdad¹³.

La tercera es aún más conflictiva, pues llevando a la Constitución todo lo normativo, la competencia de los tribunales constitucionales perdería todo tipo de restricción posible. El problema se ha planteado en España, país en el cual muchas cuestiones que en apariencia son de estricto derecho civil, son decididas por el Tribunal Constitucional de modo diverso al Supremo, lo que ha motivado graves tensiones; a tal punto ha llegado el enojo, que el Supremo recurrió al rey para que arbitrara. Un sector de la doctrina, aunque critica al Tribunal Constitucional por ingresar en cuestiones normativas, admite finalmente que *«ejercer correctamente la jurisdicción constitucional implica que el resto del ordenamiento -derecho civil y derecho mercantil incluidos- han de ser interpretados en función de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que no cabe separar en la práctica el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad»*¹⁴.

La implicancia práctica del problema procesal es indudable, pero el límite fijado a estas reflexiones exige que me circunscriba a la cuestión sustancial.

4. La primacía constitucional

a. La presunta «novedad» del tema. Su expansión. Los temores.

El tema de la influencia del derecho constitucional sobre el derecho civil no es nuevo. En 1935 Federico de Castro decía: *«Ninguna cuestión de derecho ha tenido en España tan amplia y extensa resonancia como la del influjo de la nueva Constitución sobre las relaciones jurídicas civiles»*¹⁵. En nuestros días, la cuestión es abordada en la mayoría de los países del llamado *civil law*. Aun en Francia, donde la resistencia es muy grande, comienza a hablarse del «proceso de constitucionalización»; se ha dicho que *«el agrandamiento del bloque de constitucionalidad a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano va a modificar, va a dar vuelta, todo el sistema de control de constitucionalidad»* y que, desde hace varios años *«muchas decisiones del Consejo Constitucional conciernen directa o indirectamente al derecho privado»*¹⁶.

Advertir esta primacía constitucional cuando se aborda un tema de derecho privado supone una nueva toma de posición frente a la interpretación de los textos. Obliga, como alguna vez dijo Rescigno, a una «re-lectura del Código Civil». En otros términos, *«la tarea del juez termina sólo cuando el resultado del proceso interpretativo aparece en sintonía con los principios del derecho constitucional»*¹⁷.

Esta nueva visión implica que el intérprete, fundamentalmente el juez, de alguna manera y aunque no lo abandona del todo, comienza a valorar con menor peso el método gramatical, o incluso el histórico, para apoyarse en el sistemático, pero entendiendo que el sistema remonta a la norma fundamental; en este camino ascendente, debe advertir que la Constitución siempre incorpora *«determinadas opciones políticas y sociales profundas. La aplicabilidad directa de la Constitución, con todo su sistema de principios y de valores, lleva a que la interpretación y el proceso aplicativo del derecho, lejos de poder entenderse como una operación mecánica pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico»*¹⁸. Esta nueva actitud modifica sustancialmente el rol del juez: se le restituye el papel esencial de asegurar la efectividad del orden jurídico y se le reconoce como instrumento cualificado e imprescindible¹⁹. Bien se ha dicho que *«los ordenamientos jurídicos democráticos han incorporado en sus constituciones principios, valores y derechos de fuerte carácter axiológico; la visión del Estado constitucional transforma entonces el concepto y el contenido del derecho y, desde luego, la idea que se tenía de la función jurisdiccional»*²⁰.

Para algunos, este nuevo modo de interpretar encierra grandes peligros; así, por ej., Forsthoff dice que si se entiende la Constitución como un sistema de valores, el siguiente paso, lógicamente, es la exigencia de realizar esos valores; la República Federal, entonces, «*queda obligada a la justicia social que, sin embargo, necesariamente permanece indefinida de manera que cada cual puede interpretar a su buen entender una fórmula vacía y una banalidad de arriba abajo*»; y concluía: «*considerando los derechos fundamentales, enunciados en modo tan ambiguo, como la esencia del texto constitucional, se ha operado una democratización de la interpretación de la Constitución a la que todos tienen acceso: teólogos, filósofos, sociólogos, politólogos y periodistas. Las tendencias a la desformalización del derecho, entonces, son inevitables, salvo que se reconduzcan las aspiraciones de reforma o justicia social a los cauces rígidos y formales del Estado de derecho clásico: el basado sobre la forma pública, abstracta y universal de la ley*»²¹.

b. La respuesta

Sin embargo, el operador del derecho no debe temer el paso del Estado de derecho al Estado constitucional. Como dice Ferrajoli, los Estados constitucionales se fundan en dos paradigmas de los que obtienen su legitimidad democrática:

- El paradigma de la *democracia formal o política*, que alude a las leyes como expresión de la voluntad de la mayoría, esto es, al principio de legalidad (quién toma y cómo se toman las decisiones), y

- El paradigma de la *democracia sustancial o social*, a través del cual todos los poderes, comprendidos los del legislador, están sujetos a la Constitución y limitados por vínculos sustanciales relativos a las materias sobre las cuales deben o no decidir.

«*Ley y derecho, principio de legalidad y respeto a los derechos individuales son forma y sustancia de las democracias contemporáneas*»²².

5. Un ejemplo extraído de la jurisprudencia

Mostraré con un ejemplo de qué modo el proceso de constitucionalización del derecho civil sirve para una nueva visión, más democrática, de las instituciones familiares. Me refiero, concretamente, al derecho a elegir el nombre de los hijos²³.

Uno de los fallos paradigmáticos es del 5/3/1991, emanado del Tribunal Constitucional alemán, que declaró inconstitucional la ley del 14/6/1976, según la cual los padres deben elegir para sus hijos, de común acuerdo, sea el apellido del padre, sea el de la madre, y si no hay acuerdo, el hijo lleva el nombre del marido. Se consideró que la preferencia legal violaba la Constitución que establece, en forma expresa, la igualdad del hombre y de la mujer y otorga al legislador el plazo de cinco años para modificar toda la legislación que se oponga a este principio. La decisión, calificada de revolucionaria, resolvió que ínter tanto se dictara una nueva ley, el nombre de familia deben elegirlo padre y madre de común acuerdo y si no hay acuerdo, se tira a la suerte; la ley dictada el 28/10/1993 como consecuencia de este fallo, determina que a falta de consenso de los progenitores, elige el juez de tutelas dentro del plazo de un mes²⁴. La decisión alemana debe hacer pensar seriamente al legislador argentino sobre la constitucionalidad del art. 4º de la ley 18.248 que impone llevar, como primer apellido, el del padre. En mi opinión, los nuevos tiempos hacen necesaria una reforma que respete el principio de igualdad del hombre y la mujer.

III. Alberdi, un visionario

1. La cuestión en los Comentarios al Proyecto de Código Civil

En sus *Comentarios al Proyecto de Código Civil*, Alberdi llama al Código Civil, la «Constitución civil» del país y afirma que ese ordenamiento abraza a toda la sociedad, pues fija los destinos de los habitantes en lo que tienen de más caro: la familia, la propiedad, la vida privada y sus libertades.

El Código Civil de un país, enseña, *«es la parte de la legislación que tiene por objeto desarrollar los derechos naturales de sus habitantes considerados como miembros de la familia y de la sociedad civil. Esos derechos son esenciales del hombre, sin distinción de condición»*.

Explica la influencia que la Constitución ejerce sobre ese régimen legal, y advierte que *«la Constitución argentina no se contentó con declarar los derechos que debían servir a la ley civil de objeto y fundamento, sino que prohibió la sanción de toda ley civil que alterase esos derechos so pretexto de reglamentar su ejercicio (art. 28). Por esta disposición, la Constitución abrogó virtualmente o condenó a desaparecer toda antigua legislación civil que estuviese en contradicción con los derechos proclamados por la revolución. Confirmó y ratificó la necesidad de la reforma. Omitir este precepto habría sido dejar en pie la contra revolución en la parte de la legislación del país que tiene por objeto las más altas miras de la revolución, es decir la constitución de la familia y de la sociedad civil argentina»*.

Seguidamente dice: *«Todos los derechos (relativos o absolutos) no son los mismos en cuanto a su principio y modo de concebirse. La democracia los entiende de un modo, la aristocracia de otro, y la autocracia de otro. Tomad por ejemplo el derecho relativo personal de autoridad paterna, o el derecho relativo real de sucesión hereditaria, y veréis que cada legislación civil lo entiende de diversos modos, según el principio de su régimen político y social. Si cada teoría de gobierno entiende los derechos relativos a su modo, el código civil de una monarquía no puede ser el código de una república y viceversa; no puede la constitución política ir hacia el sur, y el código civil hacia el norte. La dirección debe ser común como lo es su objeto y mira. Si la democracia es la mente de la Constitución, la democracia debe ser la mente del Código Civil. No podéis cambiar el orden político sin cambiar el orden social y civil en el mismo sentido, porque lejos de ser independientes y ajenos uno de otro, son dos aspectos de un mismo hecho»*.

«Así lo ha entendido la revolución democrática de América, que como la revolución francesa, ha sido a la vez política y social. Ella ha tenido en mira el Estado y la familia. La Constitución que codifica sus miras políticas y sociales en el Río de la Plata, consagra a la vez los derechos naturales del hombre individual y los derechos naturales del ciudadano o del hombre político».

«Los primeros están consignados en sus artículos 14 a 20. Son los derechos absolutos de todo hombre que habita la República Argentina. Ellos constituyen el derecho fundamental de la familia democrática, de la familia de la revolución de América, de la familia libre y moderna. Ellos deben ser la mente constitucional del Código Civil argentino, que no puede tener otra que la de la Constitución misma, a saber: la democracia. El Código Civil, para ser fiel a su instituto debe ser la codificación de la revolución de América en lo relativo a la familia y a la sociedad civil».

«Si la revolución hubiese olvidado lo civil por lo político, la familia por el Estado, habría olvidado lo principal por lo accesorio. El Estado ha sido hecho para la familia y no la familia para el Estado, como lo prueba la cronología de su existencia histórica».

«Las leyes de una monarquía no pueden convenir a una república en todo lo que tenga relación con la potestad paterna, por ejemplo, con el derecho de los menores, con el sistema hereditario, con la constitución de la familia democrática y republicana».

«El gobierno doméstico tiene inmensa ligazón con el gobierno político de un país. Montesquieu observa que las costumbres de la mujer de Europa, introducida bruscamente en Oriente, bastarían para trastornar todo el régimen de su sociedad».

2. La cuestión en las Bases

De esta obra he extraído dos ideas claves del pensamiento alberdiano de significativa importancia para el derecho de familia:

a) En primer lugar, *la validez de los matrimonios mixtos*, idea casi obsesiva, como lo muestra la reiteración de su tratamiento. Efectivamente, en alabanza sin tapujos a la Constitución del Estado de California del 12/10/1849, afirma: *«la Constitución hace inviolables los matrimonios mixtos, que son el medio natural de formación de la familia en nuestra América, llamada a poblarse de extranjeros, y de extranjeros de buenas costumbres».*

«Pensar en educación sin proteger la formación de las familias es esperar ricas cosechas de un suelo sin abono ni preparación»

Más adelante enseña: *«hay pretensiones que carecen de sentido común, y una de ellas es querer población, familia, costumbres, y al mismo tiempo rodear de obstáculos el matrimonio del poblador disidente; es pretender aliar la moral y la prostitución. Si no podéis destruir la afinidad invencible de los sexos ¿qué hacéis con arrebatar la legitimidad a las uniones naturales?. Multiplicar las concubinas en vez de las esposas; destinar a nuestras mujeres americanas a ser escarnio de los extranjeros; a ser que los americanos nazcan manchados; llenar toda nuestra América de guachos, de prostitutas, de enfermedades, de impiedad. Eso no se puede pretender en nombre del catolicismo sin insulto a la magnificencia de esta noble iglesia, tan capaz de asociarse a todos los progresos humanos».*

Luego insiste: *«En provecho de la población de nuestras repúblicas por inmigraciones extranjeras, nuestras leyes civiles deben contraerse especialmente: 1. a remover las trabas e impedimentos de tiempos atrasados que hacen imposibles o difíciles los matrimonios mixtos».*

Finalmente repite: *«Así, para poblar el país, debe garantizarse la libertad religiosa y facilitar los matrimonios mixtos, sin lo cual habrá población, pero escasa, impura y estéril».*

b) La segunda idea que rescato es la de la protección de la vivienda familiar.

En apoyo de la solución dada por la Constitución californiana de 1849 enseña: *«Para completar la santidad de la familia (semillero del Estado y de la República, medio único fecundo de población y de regeneración social), la legislatura protegerá por ley cierta porción el hogar doméstico y otros bienes de toda cabeza de familia, a fin de evitar su venta forzosa».*

c) En cambio, se debe reconocer que sus ideas sobre el rol de la mujer en la sociedad no eran significativamente progresistas si se las mira con ojos de nuestros días. Sobre el particular dice: *«Artífice modesto y poderoso, que desde su rincón hace las costumbres privadas y públicas, organiza la familia, prepara el ciudadano y echa las bases del Estado, su instrucción no debe ser brillante. No debe consistir en talentos de ornato y lujo exterior, como la música, el baile, las pinturas, según ha sucedido hasta aquí. Necesitamos señoras y no artistas. La mujer debe brillar con el brillo del honor, de la dignidad, de la modestia de su vida. Sus destinos son serios; no ha venido al mundo para ornar el salón, sino para hermohear la soledad fecunda del hogar. Darle apego a su casa es salvarla; y para que la casa la atraiga, se debe hacer de ella un edén. Bien se comprende que la conservación de ese edén exige una asistencia y una laboriosidad incesante, y que una mujer laboriosa no tiene el tiempo de perderse, ni el gusto de disiparse en vanas reuniones. Mientras la mujer viva en la calle y en medio de las provocaciones, recogiendo aplausos, como actriz, en el salón; rozándose como un diputado entre esa especie de público que se llama la sociedad, educará a los hijos a su imagen, servirá a la república como Lola Montes, y será útil para sí misma y para su marido como una mesalina más o menos decente».*

En realidad, en este aspecto Alberdi responde a las ideas dominantes de su época. Quizás no fue falta de coraje, sino prudencia política, pues este aspecto parcial, por significativo que fuese, podía hacer peligrar la aceptación de todo el proyecto político. Recuérdese lo que Alberdi pensaba sobre la maduración de las ideas: *«Si sembráis fuera de la estación oportuna, no veréis nacer el trigo. Si dejáis que el metal ablandado por el fuego recupere, con la frialdad su dureza ordinaria, el martillo dará golpes impotentes. Hay siempre una hora dada en que la palabra humana se hace carne. Cuando ha sonado esa hora, el que propone la palabra, orador o escritor, hace la ley. La ley no es suya en ese caso; es la obra de las cosas».*

3. La familia democrática de Alberdi y el derecho a la vida familiar como derecho humano en la sociedad democrática

Los textos alberdianos antes transcritos son altamente significativos en nuestra época: una sociedad democrática exige una familia democrática; una sociedad «decente»²⁵ exige una familia que viva con un mínimo de dignidad, mínimo que implica un techo, una vivienda que esté a salvo de la acción de sus acreedores. ¿Puede pedirse una mayor anticipación a la protección constitucional de la vivienda?

Respecto de la llamada «democracia familiar», una autora uruguaya explica: *«Alberdi enseña que la democracia de la familia es el derecho distribuido entre todos sus miembros por igual. Ello quiere decir todos iguales en el sentido de todos propietarios, todos herederos, todos con derecho a recibir educación. Todos iguales quiere decir todos libres, el padre, la madre, los hijos. La mujer no será más la esclava, la pupila del marido. El gobierno del hogar tendrá dos cabezas como el consulado una república. Alberdi clava entonces su garra de diamante en un principio esclarecedor, considerando el hogar como la escuela por excelencia de la educación del ciudadano. Porque es en el hogar donde el hombre aprende a conocerse y gobernarse a sí mismo y ninguna escuela del mundo podrá quitarle el sello inconfundible de su formación espiritual, social y moral. Todos estamos de acuerdo que a la educación incumbe crear la democracia proclamada por la revolución; pero olvidamos, dice, que la escuela favorita de la democracia es la familia, no el colegio. La más importante de las leyes es la que organiza la familia porque es la que realmente organiza y protege la educación democrática. Y esa democracia, practicada desde el hogar, trasunta naturalmente a la sociedad y a la nación como un bien propio inalienable, con el cual cada ciudadano se siente consustanciado, y a quien no podrá traicionar nunca porque sería como traicionarse a sí mismo». «La caridad cristiana reclamó protección para la incapacidad del menor y la mujer. Pero esa protección deja de ser ilustrada si se concede a expensas de la justicia, de la civilización y del bienestar general, que abraza a mayores y menores»²⁶.*

Para valorar en toda su intensidad el pensamiento alberdiano, nada mejor que compararlo con el sistema europeo de derechos humanos²⁷.

El texto básico sobre la materia, el art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

El derecho a la vida familiar, como todo derecho, no es absoluto, tiene límites. Pero, para que la injerencia en la vida familiar sea compatible con la Convención internacional debe cumplir estos requisitos:

- estar prevista en la ley,
- estar justificada en una necesidad social imperiosa,
- ser *necesaria en una sociedad democrática* y
- tener un fin legítimo.

Adviértase, entonces: las injerencias sólo son válidas si son necesarias en una sociedad democrática, y para resolver si la injerencia es o no excesiva, si es una medida proporcionada en una sociedad democrática, hay que analizar tres factores:

- La naturaleza y la intensidad de los lazos familiares invocados.
- El ataque que la medida estatal puede traer sobre esos lazos.
- El riesgo para el orden público creado por la situación que se intenta solucionar a través de la injerencia.

Por otro lado, y con apoyo en esa norma, el Tribunal Europeo con sede en Estrasburgo afirma que la noción de familia debe ser interpretada «conforme las concepciones

prevalecientes en las *sociedades democráticas*, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura».

Notas:

* Académica correspondiente en Mendoza.

¹ En 1982, en Francia, decía Favoreu: «*Lo constitucional está coloreando progresivamente el conjunto de las ramas del derecho; algo está cambiando en el ordenamiento jurídico francés*» (FAVOREU, «L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit», en *Mélanges Léo Hamon*, Paris, ed. Economica, 1982, pág. 235). En diciembre de 1994, un grupo de investigación realizó un coloquio bajo el título «*La Cour de Cassation et la Constitution de la République*». Los trabajos expuestos se publicaron bajo ese mismo título, por la ed. Presses Universitaire D'Aix-Marseille, en Aix en Provençes, 1995.

² He utilizado las siguientes ediciones: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Sopena, 1957, pág. 15 y ss.; *Comentario al proyecto de Código Civil para la República Argentina*, en obra colectiva *Juicios críticos sobre el Proyecto de Código Civil*, Buenos Aires, Tragani, 1920.

³ Para esta interesante interinfluencia, ver Salvatore PATTI, «La cultura del diritto civile e la Costituzione», en *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Roma, Laterza, 1999, pág. 23.

⁴ Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Cívitas, 1986, pág. 13.

⁵ El aserto del texto olvida el axioma formulado por Alexis de TOCQUEVILLE: «*La Constitución está por encima tanto de los legisladores como de los simples ciudadanos*» (*La democracia en América*, 2ª ed., trad. de Dolores Cánchez de Aleu, Madrid, Alianza, 1985, t. I, pág. 95).

⁶ Cristina GARCÍA PASCUAL, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1997, pág. 142. Conf. Guido ALPA y Anna ANSALDO, *Il codice civile commentato. Le persone fisiche, art. 1-10*, Milán, Giuffrè, 1996, pág. 59.

⁷ La bibliografía sobre el tema es extensa. Para no cansar al lector, me limito a citar algunos libros sólo a título de ejemplo. En Alemania, Konrad HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado*, trad. Ignacio Gutierrez Gutiérrez, Madrid, Cívitas, 1995; en Francia, Marc FRANGI, *Constitution et droit privé*, Paris, Economica-Presses Universitaire d'Aix-Marseilles, 1992; Francois LUCHAIRE, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, Paris, 1982; Nicolas MOLFESSIS, *Le Conseil Constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997; en Italia, Antonio BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Turín, Giappichelli, 1997; Franco MODUGNO, *Il nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1995; Pietro PERLINGIERI, *Il diritto Civile nella legalità costituzionale*, Nápoles, Scientifiche italiane, 1991; del mismo autor, *Profili istituzionali del diritto civile*, 2ª ed., Nápoles, Scientifiche italiane, 1986; también puede compulsarse la obra *Comentario della Costituzione*, bajo la dirección de G. Branca, especialmente los tomos dedicados al análisis de los arts. 22-23 (a cargo de U. de Siervo y A. Fedele), 24-26 (escrito por L.P. Comoglio, M. Scaparano, M. Nobili, F. Bricola y N. Mazzacuva) y 27-28 (redactado por A. Alessandri, O. Dominioni, F. Fiandaca, F. Merusi y M. Clarich); en España, Andrés DE LA OLIVA SANTOS y Ignacio DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, *Tribunal constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw, 1996; Encarna ROCA TRIAS, *Metodología para un enfoque constitucional del derecho de la persona*, Separata de Estudios de Derecho Civil en homenaje a José Luis Lacruz Berdejo, 1993; Rafael SARAZA JIMENA, *Doctrina constitucional aplicable en materia civil y procesal civil*, Madrid, Cívitas, 1994; en Chile, Emilio RIOSECO ENRÍQUEZ, *El derecho civil y la constitución ante la jurisprudencia*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996; en Colombia, Elxei J. ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Ed. Universidad del Externado, 2000.

⁸ Juan M. BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw, 1997, pág. XIV.

⁹ Pedro DE VEGA GARCÍA, «Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)» en obra colectiva bajo la coordinación de Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 277.

¹⁰ Pedro DE VEGA GARCÍA, ob. cit., pág. 272.

¹¹ Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *El derecho civil a finales del siglo XX*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 83

¹² Conf. Pedro DE VEGA GARCÍA, ob. cit., pág. 277.

¹³ Para esta cuestión, y el llamado efecto horizontal de las garantías constitucionales o *drittewirkung* ver, entre muchos, Elxei J. ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Ed. Universidad del Externado, 2000; Jesús GARCÍA TORRES y otro, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La drittewirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1986. El tema de la igualdad en las diversas ramas del derecho, de una amplitud impensada, ha dado lugar a una gran bibliografía (Ver Guido ALPA y Anna ANSALDO, *Il codice civile commentario. Le persone fisiche, artt. 1-10*, Milán, Giuffrè, 1996, pág. 75 y ss..)

¹⁴ Juan José LÓPEZ BURNIOL, *Doctrina ius privatista del Tribunal Constitucional*, Academia Sevillana del Notariado, t. IX, Madrid, Edersa, 1995, pág. 145. Para las tensiones entre el Supremo y el Constitucional español, ver, Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw, 1996, pág. 3 y ss.. El autor señala que no se trata, técnicamente, de un simple «conflicto de competencias»; en su opinión, las causas de la tensión son: a) La extraordinaria amplitud del ámbito de materias constitucionalizadas en la norma fundamental; b) La concreta configuración del objeto del recurso de amparo; c) La interpretación amplia que el Tribunal Constitucional ha hecho del «derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales», prevista en el art. 24 de la Constitución Española.

¹⁵ Federico DE CASTRO, *El derecho civil y la Constitución*, Rev. de Derecho Privado de Madrid, año XXII, 1935, pág. 33.

¹⁶ Joël MONÉGER, *Droit constitutionnel et droit privé*, *Journées de la Société de législation comparée*, vol. 17, 1995, pág. 307.

¹⁷ Ione FERRANTI, *L'interpretazione costituzionale della norma civile*, en A. Giuliani ed altri, *L'interpretazione della norma civile*, Turín, Giappichelli, 1996, pág. 179.

¹⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La democracia y el lugar de la ley», en *El derecho, la ley y el juez*, Madrid, Cívitas, 1997, pág. 48.

¹⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. y pág. cits..

²⁰ Cristina GARCÍA PASCUAL, ob. cit., pág. 141.

²¹ Cit. por Cristina GARCÍA PASCUAL, ob. cit., pág. 141

²² Ferrajoli, cit. por Cristina GARCÍA PASCUAL, ob. cit., pág. 146.

²³ Para un excelente resumen de la situación en 28 países europeos, ver completísimo estudio en *Pladoyer pour l'égalité, Strasbourg*, ed. Conseil de l'Europe, 1995, pág. 53 y ss.. Para la situación en Francia, Évelyne MICOU, *L'égalité des sexes en droit privé*, Presses Univ. de Perpignan, 1997, pág. 281 y ss..

²⁴ Rainer FRANK, *Germany: revolution from the Federal Constitutional Court*, *University of Louisville Journal of Family Law*, 1992-93, Nº 31-2, pág. 347. El llamado «nombre de familia», que incorpora la opción de los padres a la manera alemana, ha sido receptado por la reciente ley francesa 2002-304 del 4/3/2002 (Ver Recueil Le Dalloz, 21/3/2002, pág. 1015 y La Semaine Juridique, 20/3/2002, pág. 565).

²⁵ Utilizo la expresión «*sociedad decente*» con los alcances de Margalit AVISHAY (*La società decente*, trad. de Andrea Villani, Milán, Guerini e Associati, 1998, pág. 49 y ss.), es decir, la sociedad en la cual las *instituciones* no humillan a la persona. El autor llama «*sociedad civil*», en cambio, a aquella en la cual los *miembros* no se humillan unos a otros.

²⁶ Sofía ALVAREZ VIGNOLI DE DEMICHELI, *Igualdad jurídica de la mujer. Alberdi, su precursor en América*, Buenos Aires, Depalma, 1973, pág. 24.

²⁷ La bibliografía sobre derechos humanos y derecho de familia es muy extensa. Remito a la citada en mi trabajo *Derechos humanos y derecho de familia*, publicación del XI Congreso Internacional de Derecho de Familia «Familia de hoy y familia de futuro», «Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia», Universidad del Externado, Bogotá, Colombia, 2001, pág. 57 y ss.. No puedo dejar de mencionar los artículos publicados en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, X Congreso Internacional de Derecho de familia, Santa Fe, Rubinzal, 1999, t. I; en pág. 45 y ss. el de Encarna ROCA TRIAS, *Derechos humanos y derecho de familia*; y en pág. 29 y ss. el de Germán BIDART CAMPOS, *Familia y derechos humanos*. Para las vinculaciones del derecho de Familia y el sistema democrático de gobierno, ver, en esa misma obra, artículo de Lenio Luiz STRECK, «O direito de familia, a crise di paradigma e o estado democratico de direito: un esboco crítico».

TIEMPOS NUEVOS Y VIEJAS CUESTIONES: LA DEUDA EXTERNA

por EFRAÍN HUGO RICHARD * 1

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales ha invitado a trabajar sobre las ideas de Juan Bautista Alberdi, prohombre nacional, de gran visión. Para ello, nos ha parecido que nada mejor que bucear en sus enseñanzas para enfrentar la realidad.

Afrontamos una situación estructuralmente compleja en la economía y en la sociedad argentina, como corolario de una política imbricada en la globalización financiera, que nos mantuvo en un exitismo cortoplacista durante diez años mientras se consumía la larga mecha de una bomba social, generando una explosión de la economía por la recesión generada y sus efectos nefastos de desempleo y pobreza.

La ley de emergencia 25.561 ofrece las clásicas observaciones: por una parte la improlijidad y vacíos propios de una norma dictada con urgencia, y por la otra, las que podrían resultar de presiones de grupos de interés. Los gobiernos intentan salvar al Estado (su gobierno) y no a la Nación (el conjunto de ciudadanos), tratando de transferir los riesgos a los grupos con menos poder de oposición, a los que carecen de posibilidad de organizarse como grupos de presión (desde las sombras muchas veces)², para influir sobre el dictado de las leyes³. En ese esquema, chocan o compiten dos fuerzas: la del Estado y las empresas poderosas, próximas a los ciudadanos con poder, por una parte, y por la otra las pequeñas y medianas empresas, próximas a los ciudadanos sin poder. El crecimiento de los primeros afecta la subsistencia de los segundos, pese a todos componer la Nación. Y si no hay una visión integral de la Nación como «empresa», el éxito del primer grupo puede ser efímero ante la destrucción del segundo, pues se comprometerá la existencia de la Nación misma, que afectará inmediatamente la subsistencia de ese primer grupo, particularmente en la macroempresa mundial⁴.

En ese choque de fuerzas, el gobierno trata de mantener sus estructuras de poder -muchas veces de carácter partidario- obteniendo recursos en préstamo. En épocas de bonanza obtiene fácil crédito externo, incluso de organismos internacionales, cuando ese crédito se retacea en épocas de crisis, se expolia la economía interna con un exceso de presión tributaria y el ejercicio de un poder muchas veces ilegal para obtener los fondos del ahorro interno. Ese es el vaivén de las actitudes de los gobiernos que acceden a generar deuda pública externa en exceso.

1. En el marco de los efectos jurídicos de la *deuda externa*, o de su incumplimiento, los devastadores sucesos de fines del año 2001 y en el inicio del año 2002, nos llevan a recordar los estudios de Juan Bautista Alberdi y advertir una vez más que el fenómeno se repite. El padre de la Constitución marcaba el período decenal que empieza con euforia y termina con espanto a partir de contraer empréstitos soberanos.

Alberdi⁵ expresaba sobre la deuda externa: «... no puede dejar de ser causa de crisis, es decir, de empobrecimiento para el país. Pero este efecto es lo que más dista de producirse el día que el empréstito se realiza. Todo lo contrario. Ese día rebosa el oro ajeno por todas partes en el país. Todo respira abundancia, bienestar, felicidad, mientras se gasta ese dinero, desde luego en el pago anticipado de algunos años de intereses, lo cual levanta el valor de los títulos en la Bolsa de Londres, y estimula al comercio a enviar manufacturas para comprar ese mismo dinero en el país deudor; a los trabajadores, a emigrar para tal país en busca de los altos salarios que allí paga el dinero ajeno. Todo es fiesta y lujo y opulencia, mientras se gasta de tal modo el dinero del extranjero, tomado a préstamo. Sin embargo, son los momentos en que se está labrando la pobreza o destrucción del capital ajeno, que sólo se hace sentir años después que ha desaparecido el capital, que ha pasado la guerra dejando su rastro natural de ruinas y en pie la deuda que se contrajo para esa guerra⁶, sin objeto útil, y la necesidad de gastar gran parte del rédito del país en el pago de sus intereses con la mira de usar del crédito, así sostenido en la negociación de otro empréstito para otra empresa de guerra o para empresas

de mejoramiento material. - Antes de pagarse el primero, un nuevo empréstito se levanta tres o cuatro veces más grande que el anterior, por la razón mostrada en alto de que debe servir a gastos reproductivos, es decir, a obras públicas de puro mejoramiento... Son los días de abundancia, de fiestas, de actividad febril de empresas y proyectos de todo género, de prosperidad sin precedentes, de esperanzas y perspectivas más grandes todavía. - Los precios suben; suben todos los valores, sin excepción; todo se compra... ¿Quién es el que piensa que en esos momentos cabalmente se está elaborando la pobreza general llamada crisis, que hará su aparición fatal, lógica, inevitable, algunos años más tarde; es decir cuando se haya consumido del todo el caudal tomado a préstamo y sólo quede, del empréstito, la obligación de pagar sus intereses con la mitad del rédito anual del Erario público? - Y sin embargo, ese es el hecho de que nadie se acuerda cuando llega el día en que sus efectos naturales cubren de luto, de ruina y de lagrimas al país entero...».

Adviértase la clarividencia de Alberdi en la descripción de un fenómeno repetido en la historia del país: su pauperización.

A lo que sigue: *«La pobreza actual de ese país, no es simple y una sola; se compone de dos pobrezas: la pobreza crónica, permanente y orgánica del país, que ha sido colonia de España, y la pobreza accidental y aguda de su crisis reciente»* ⁷. En *Naturaleza y causas de la crisis argentina* Continúa Alberdi exponiendo ⁸: *«Un estado de empobrecimiento general, de abatimiento y depresión de todos los valores, que paraliza todos los negocios... Lo cierto es que, dada la política económica (o antieconómica)... sólo por un milagro, el más extraordinario, podía haber dejado de producirse, como su consecuencia inevitable, la pobreza y decaimiento en que han venido a caer los países del Río de la Plata...».*

«Los Estados, como los individuos, se empobrecen por sus gastos, cuando sus gastos son mayores que sus entradas... Pero como no hay milagros en economía política ⁹, *el resultado de los quince gobiernos que alimenta la República Argentina, es la pobreza de ese país arraigada en su Constitución y en sus leyes. Como remedio de esa pobreza, se habla allí de disminuir los empleados, para disminuir los gastos. Lo que habría que disminuir son los gobiernos, no los empleados...».* Las respuestas de nuestros gobiernos ante las actuales protestas populares debieran nutrirse de estas enseñanzas y actuar en consecuencia. La deuda externa creció hasta límites intolerables por el incumplimiento a esta regla. Ninguna guerra nos abatió, sólo la falta de visión de nuestros gobiernos, con visión cortoplacista, mientras destruían el país con su anomia.

Casi 150 años después, en *La mundialización financiera. Génesis, costo y desafíos* ¹⁰ se sostiene, en la Introducción para la edición argentina por su director Francois Chesnais, profesor de París XIII, refiriéndose a la crisis de los tigres de Malasia en el 1997: *«Son crisis que nos colocan en un tipo de situación potencialmente amenazadora para muchas otras economías, incluso la Argentina. En cada uno de los países involucrados, entre julio y setiembre de 1998, las crisis se desarrollaron de acuerdo con un guión casi idéntico. Comenzaron con una devaluación de la moneda local, que se había tornado inevitable a causa del déficit comercial cada vez más elevado, pero cuya gravedad se debe al hecho de que supone una ruptura de su anclaje con el dólar. Esa decisión, inevitable por la amplitud del déficit externo, provocó, como elemento de un solo y único proceso, la caída libre del tipo de cambio, la huida de los capitales a corto plazo y el derrumbe del muy débil mercado financiero».*

2. Las enseñanzas de la *historia* no se aprovechan. Nuestro deber como juristas es, como señalaba Joaquín Garriguez, mirar la realidad. Quizá no formalicemos ofertas de soluciones aunque siempre nos tentamos a deslizarlas entre líneas, pero evitaremos la profundización de la crisis que la globalización financiera impone en el mundo.

Se anticiparon los límites dentro de lo que un sistema de convertibilidad, o sea de cambio cerrado, implicaba y exigía. Acabamos de concluir una política monetaria y cambiaria con inexistente plan económico. Los juristas se encargaron oportunamente del análisis de la norma sobre la «convertibilidad» en el tiempo de su nacimiento, en el año 1991, convocando Luis Moisset de Espanés a diversa doctrina aglutinada en cuatro topos «La convertibilidad del Austral» ¹¹. El mismo director escribía en el artículo inicial ¹², *«es una forma de establecer exigencias que*

pongan freno a la emisión y, en consecuencia, detengan la inflación, saneando la moneda, pero para que una política de esta naturaleza tenga éxito deben llenarse previamente, como lo señala la experiencia, algunos requisitos, a saber:

1°. Que el Estado posea reservas en oro y divisas, que permitan sostener la convertibilidad.

2°. Que la balanza de intercambio sea favorable o, al menos, se encuentre equilibrada, pues en caso contrario el déficit de la balanza comercial haría rápidamente mermar las reservas y minaría la convertibilidad.

3°. Que el país goce de dinamismo industrial y competitivo, de manera que se produzca un paulatino acrecentamiento del producto nacional bruto.

4°. Que el presupuesto nacional no sea deficitario, pues el Estado siempre se ve tentado a cubrir los déficits fiscales con el impuesto inflacionario, es decir la emisión de moneda que afectaría rápidamente la convertibilidad. O, agregamos nosotros, con deuda externa.

5°. Que el equilibrio presupuestario no sea producto de dejar insatisfechos requerimientos sociales ineludibles, pues en tal caso las exigencias de quienes se encuentran postergados puedan romper el equilibrio».

Esta racional advertencia, de un jurista que había investigado precedentes del derecho comparado con régimen de convertibilidad cerrada, fue incumplida *ab initio* en el punto 4°, mientras se cerraban los ojos ante los efectos que se producían día a día respecto de los puntos 2° y 3°, y se tapaban los oídos frente a los reclamos sociales ineludibles apuntados al punto 5°. Se ocultaron las violaciones más flagrantes con endeudamiento externo, la importación indiscriminada para aparentar deflación mientras se destruía la economía interna, y una balanza de pagos absolutamente deficitaria a través de la política de globalización financiera, de las privatizaciones y de dejar hacer a la ilegal actuación nacional de las representaciones de bancos extranjeros, que no forman parte del sistema financiero nacional, contrariando la ley.

Lo que anticipó Alberdi era un camino que empezábamos a recorrer (o lo acelerábamos) en 1991 para la destrucción de la economía interna.

Ramón Frediani ¹³ afirma que *«Fue necesario llegar a la excentricidad de tener cinco presidentes en 10 días para que la dirigencia política reconozca que la convertibilidad estaba muerta y había que dejar de lado el uno a uno. La reflexión final es ésta: si hace un par de años atrás nuestros gobernantes hubieran asumido la decisión madura de no usar el tipo de cambio como populismo electoral y en cambio salir gradual y ordenadamente de la convertibilidad hacia un tipo de cambio flexible como ya lo hacían todos los países del mundo empujados por la crisis asiática de julio-octubre de 1997, hoy habría producción, paz, pan y trabajo para todos, y nadie se hubiera matado a palos en la Plaza de Mayo ni se hubieran producido cientos de saqueos en todo el país por un pedazo de pan o un paquete de yerba».*

3. *Crisis económico-sociales* las hubo ya en los años 1873/4, en el 1889/9 en nuestra Nación, como por la recesión mundial del 1929, y la inserción nacional en el año 1973 de la crisis del petróleo.

En otras oportunidades sostuvimos que nos han sometido a todas las designios de la especulación: desde la toma de crédito, el otorgamiento de concesiones, a expropiar a los concesionarios cuando las tenían que devolver, a tomar más crédito, a privatizar para pagar los créditos... Esto empezó en Gran Bretaña con la Bell Telephonic en la década del '80, no vaya a ser que los Estados hicieran el negocio con la globalización de las comunicaciones.

Pero ya en la crisis del 1873, Avellaneda declaró que *«los argentinos economizarán hasta sobre su hambre y sobre su sed para responder en una situación suprema a los compromisos de nuestra fe pública con los mercados extranjeros»*, o sea que viene de lejos la posición que permite satisfacer la usura, y no simplemente de honrar el legítimo compromiso. Usura no es sólo intereses desmedidos, pues aun acotados, si la inversión o préstamo es inferior al capital indicado en el título, el interés resultante puede ser usurario. Por esto no entendemos cómo el interés subió respecto a nuestro país por el riesgo de incobrabilidad. Justamente la

incobrabilidad fue un efecto natural de la suba irracional de los intereses. Volveremos más adelante sobre el efecto que genera sobre la economía los altos intereses.

Contra Avellaneda se alzaron políticos, entre ellos Vicente Fidel López que, como diputado, dijo: «Desde que la Revolución de 1810 empezó a abrir nuestros mercados al librecambio extranjero, comenzamos a perder todas aquellas materias que nosotros mismos producíamos elaboradas y que en nuestras provincias del interior, que tantas producciones de esas tenían, la riqueza y la población comenzó a desaparecer a términos que en provincias que eran ricas y que podían llamarse emporios de industria incipiente, cuyas producciones se desparramaban en todas partes del territorio, hoy están completamente aniquiladas y van progresivamente al camino de la ruina... En el camino que hemos adoptado, este mal tiene que ir en aumento». La historia se repitió...

Y él mismo, junto a José y Rafael Hernández, Roque Sáenz Peña, Estanislao Zeballos, Nicasio Oroño, Lucio V. Mansilla, Amancio Alcorta y Carlos Pellegrini, constituyendo el Club Industrial, realizaron una crítica al modelo agroexportador y librecambista en construcción: «No hay en el mundo, hoy día, un solo estadista serio que sea librecambista, en el sentido en que aquí se entiende esta teoría. Hoy todas las naciones son proteccionistas, siempre lo han sido y tienen fatalmente que serlo para mantener su importancia económica y política» y terminó su discurso en el 1875 diciendo: «Es necesario que en la República se trabaje y se produzca algo más que pasto». Podríamos responder, con eufemismo, que estamos produciendo *derivados de productos financieros múltiples*, mientras en Estados Unidos se subvenciona a los productores agrarios con el transporte y estiaje de los granos.

Dentro de ese panorama se advierte una extraordinaria transferencia de recursos por vía de balanzas comerciales deficitarias, pero más acentuado aún por los desequilibrios de la balanza de pagos. Ello a través de la satisfacción de servicios de intereses de la deuda externa pública y privada, por los «royalties» de aquellas modalidades de comercialización que se pagan por el uso de técnicas o marcas que no incorporara riqueza alguna a los productos, por el pago de servicios entre compañías coaligadas y de dividendos a los accionistas extranjeros, hoy particularmente incentivadas en servicios concesionados o privatizados.

4. La vinculación entre economía interna y deuda pública es advertida admonitoriamente por Alberdi: «*La Historia y la Ciencia están de acuerdo* ¹⁴ para sostener esta verdad económica: que la deuda pública, como recurso extraordinario de los gobiernos, no existe de un modo poderoso si un comercio floreciente no sirve de auxiliar y promotor de su crédito público». Por comercio entiende Alberdi la agricultura, la manufactura, la distribución, el transporte... Citando a Adam Smith señala: «*El comercio y las manufacturas no pueden florecer mucho tiempo en un Estado que no goza de una administración de justicia bien reglada...*» ¹⁵.

Ante el desequilibrio de esos factores vivimos nuevamente hoy *en época de crisis*. Alberdi ¹⁶ expresaba «... en países que deben al comercio toda su existencia de pueblos civilizados, una enfermedad del comercio y una crisis comercial equivale a una parálisis de todo el cuerpo social. Es la enfermedad de todas sus fuerzas vitales a la vez... A menudo ¹⁷ cuesta designar las causas de una crisis, porque *datan de una época muy anterior a su explosión* ¹⁸. Generalmente se atribuye a otras circunstancias contemporáneas de esa explosión, nada más que por el hecho causal de la coincidencia...». Así las referencias de Alberdi que ya hicimos en torno a los efectos de un empréstito improductivo, como son todos los que sólo pretenden cubrir los gastos de la burocracia política. «... el dinero ¹⁹ será tomado y derramado a torrentes, sin más razón que porque es fácil obtenerlo a crédito del extranjero y del país, ilusionados por la gran prosperidad. No habrá empresa material que no se acometa con la esperanza ciega de improvisar grandes fortunas, empezando por hacer grandes gastos de lujo y de fasto, como si la riqueza estuviera ya hecha... El capital de especulación, abaratado por su abundancia, pedirá de limosna que lo reciban prestado. Cada deudor que lo acepte se creará rico y gastará el dinero ajeno, en empresas y en compras de lujo: casas, muebles, tierras, acciones y rentas. En medio de la prosperidad que embriaga a todo el mundo, vendrá un momento en que los resultados de tantas empresas se encuentren sin salida; los empresarios sin dinero para continuarlas, ni crédito para obtener el dinero que huye, que se oculta, que emigra...», lo que se agrava cuando ello es apoyado por entidades financieras no autorizadas que realizan ilícitos actos de «*doing bussines indirecto*». Si como señaló el actual presidente, Dr. Eduardo Duhalde, en su discurso inaugural, se buscara a los responsables, con las indemnizaciones que ellos debieran abonar por haber causado la crisis, los remanentes de las liquidaciones de las sociedades que hubieran realizado actividad ilícita, se satisfaría a la totalidad de los depositantes en el sistema financiero interno, se sancionaría las violaciones de haber trasladado el ahorro interno al extranjero por

las entidades financieras que marginaron el sistema legal, y se podría recomponer la confianza en el sistema ²⁰. Se trata nada menos que determinar la responsabilidad de quienes generaron la crisis financiera que impuso la necesidad de los variados «corralitos».

La política financiera de un país está indisolublemente ligada a la deuda externa. Desde hace años lo venimos denunciando. También marcamos que la «globalización financiera» reclamaba dos bases: una la inconvertibilidad de la moneda en que había sido contraída la deuda y la otra la libre traslación de capitales, claro la libre traslación de capitales de por sí ya genera un daño... Debe recordarse que Soros hace muy poco pidió que se aplicara la tasa Tobin-recomendada por el premio Nobel de la Paz el economista Tobin- como un impuesto mundial a los capitales golondrinas para atender los daños que el traslado de esos capitales generaba normalmente en las economías emergentes. Pero esas transferencias suponen la transparencia, o sea la comunicación al Banco Central del traspaso. Quien haya intentado hacer una transferencia de un plazo fijo en dólares de un banco argentino a otro banco argentino, habrá advertido que las dificultades fueron casi insalvables. Pero en cambio, una transferencia no declarada de un banco argentino al extranjero, a través de su corresponsalía o representación extranjera en el país, quizás del mismo banco del que se transfieren los fondos: se hace exactamente en diez segundos y el costo es ínfimo.

Pero los verdaderos desafíos se ubican en el plano del derrumbe del sistema bancario -sigue Chesnais en su Introducción a la edición española-, que lleva a una contracción brutal del crédito, seguida rápidamente por la contracción de la producción... Así se comienza, prácticamente de un día para otro, con la insolvencia de los bancos locales, con el agotamiento inmediato del crédito para las empresas y el inicio de quiebras bancarias en serie. El agotamiento del crédito es muy brutal porque los bancos internacionales pierden la cabeza. Suspenden el refinanciamiento de los bancos locales mediante el retiro de sus depósitos interbancarios y la ruptura de las líneas de crédito aprobadas hasta ese momento. Ahora bien, eran los bancos internacionales, y no los raquíticos «bancos centrales» nacionales, quienes garantizaban antes la liquidez bancaria. Ni los bancos, ni las empresas locales, ni el gobierno en el caso de Indonesia, pudieron entonces continuar asegurando el servicio de su deuda privada o pública y todavía menos el reembolso de los préstamos a su vencimiento. Entonces el FMI, ante la catástrofe, debe intervenir simplemente para evitar que esos países se declaren insolventes. Pero no lo hace a la manera de un verdadero prestamista en última instancia (como lo hace la Reserva Federal del gobierno de los Estados Unidos -la Fed-), que crea liquidez sin plantear, en ese momento, la menor pregunta o la menor condición. El FMI interviene acompañando su oferta de préstamo (que generalmente concreta con bastante o mucha lentitud) de condiciones draconianas, cuyos efectos son fuertemente «procíclicos» y no hacen más que agravar la recesión...».

5. Alberdi, con premonición sobre la «crisis financiera», expresaba ²¹ su concepto sobre el capital: *«El dinero es un mueble, un instrumento de la riqueza, no la riqueza: un mueble indispensable como el coche, como el buque, pero mueble y nada más. El capital no es, pues, el dinero, como la riqueza no es el dinero. El capital reside en todo lo que constituye riqueza. El capital, entonces, es la riqueza ya creada y acumulada. Luego decir que América necesita de capitales, equivale a decir que necesita riqueza, como instrumento de riquezas ya formada para crear la por nacer.... Se llama capital especialmente a la riqueza que consiste en dinero, porque el capital es esa clase de riqueza ocupada activamente en crear y producir otras riquezas; y lo que da a la riqueza llamada capital esa aptitud y capacidad es su disponibilidad».*

Es muy importante la distinción que sobre los «activos financieros» formalizaba Alberdi entre capital de producción, que es al que se refiere y el capital virtual, que es el que campea hoy en la economía, generando un cortoplacismo en la planificación, con peligrosísimas consecuencias para los países débiles.

En torno de ello explica Chesnais ²² que la extensión internacional de una situación de recesión profunda desde un polo hasta el resto del mundo, y la transformación progresiva de una crisis regional en crisis mundial, proceden de los tres grandes mecanismos de propagación internacional. Estos mecanismos son clásicos. Actuaron en condiciones diferentes y con una

articulación distinta durante la crisis de los años '30. Era inevitable que con la liberalización y la desregulación generalizada de las dos últimas décadas se reconstituyeran las condiciones para su reaparición y reactivación. El primer mecanismo se sitúa en el nivel de la caída de la producción y de los intercambios, y la caída del nivel de actividad industrial y comercial... El segundo mecanismo de contagio mundial pasa por las largas y complicadas cadenas de créditos y deudas bancarias, resultantes de préstamos otorgados por los bancos internacionales... La liberalización y la desregulación financiera, las incesantes innovaciones financieras y el crecimiento de la todopoderosa ideología del «mercado que siempre tiene razón» le han dado a la «economía del endeudamiento» un auge sin igual, al mismo tiempo que hacen prácticamente imposible el seguimiento y evaluación de las autoridades monetarias... El tercer mecanismo de propagación internacional es bursátil. Se refiere al contagio de una plaza financiera a otra, a los miedos de los inversores financieros relativos al valor real del capital ficticio que poseen en forma de activos financieros... La economía internacional que han construido los neoliberales es una economía ordenada hacia la transferencia de recursos de algunas clases o capas sociales, y de algunos países hacia otros...

Supone la destrucción no sólo de millones de empleos, sino de sistemas sociales de producción enteros, afirma Chesnais ²³, siguiendo: *«Destrucción permitida por la sumisión del progreso técnico a las señales más acotadas de la ganancia, por la total libertad de movimiento otorgada al capital y por la puesta en competencia de formas de producción social que no tienen la misma finalidad: maximizar la ganancia, por un lado; asegurar las condiciones de la reproducción social de comunidades de campesinos, de pescadores o de artesanos por otro. Entre los apologistas de la «mundialización feliz» ha sido de buen tono celebrar la «victoria del consumidor sobre el productor», así como la «revancha de los prestamistas». Se ha simulado olvidar que los «productores», es decir los asalariados, son también consumidores, y que a fuerza de despedir a los obreros en los países capitalistas avanzados y de quitar, por la liberalización, sus medios de vida a los campesinos en los países del Tercero Mundo, el círculo de los consumidores se achica. El consumo de las capas rentistas, las que viven completa o parcialmente de ingresos financieros (intereses de las obligaciones o dividendos de las acciones) puede sostener la demanda y la actividad en los Estados Unidos y en algunos otros países que son fuente de flujos masivos de capitales de colocación. Pero en el plano de la macroeconomía del sistema mundial, ningún consumo rentista podrá jamás compensar los mercados destruidos por el desempleo masivo o la pauperización absoluta impuesta a comunidades que antes podían asegurar su reproducción y expresar una cierta demanda solvente... Las soluciones deben buscarse más allá de las finanzas, aun cuando la situación financiera exigirá ciertamente soluciones de defensa indispensables por parte de aquellos que no aceptan la subordinación de los países a los intereses del capital rentista...».*

Sobre tales temas Alberdi ²⁴ enfatizaba que *«La producción de las riquezas se opera por la acción combinada de tres agentes o instrumentos, que son: El trabajo, el capital, y la tierra... La acción es siempre combinada de estos tres agentes y fuerzas productivas, se opera de tres modos o formas del trabajo industrial, que son: La agricultura, Las fábricas, Y el comercio. Fuera de estos tres modos de producción, fuera de estas tres grandes divisiones de la industria del hombre, no hay otra...».* Hoy ha aparecido otra, que consideramos espuria: la industria financiera, con sus productos derivados...

Seguía Alberdi: *«El trabajo ²⁵ y las facultades para su desempeño constituyen la propiedad más genuina del hombre... De aquí se sigue ²⁶ que el trabajo, el capital y la tierra no pueden desempeñar sus funciones productoras, ni la riqueza puede tener desarrollo cuando el hombre no ve asegurado el señorío de su persona por el apoyo de la Constitución contra las agresiones de la ley, de la autoridad y del interés individual».*

Acabamos de advertir cómo se privilegia al sistema financiero, que si bien no debe confundirse con el poder financiero, en cierta forma recibe los beneficios de su presión.

«El capital es demasiado poderoso por sí mismo para que necesite protección pecuniaria de parte de la ley... El capital es demasiado perspicaz para que necesite que la ley se encargue de formarle sus ganancias, o señalarle los empleos más lucrativos y ventajosos para su

incremento. *El capital no quiere más apoyo de la ley que el que le da la Constitución*», acota Alberdi ²⁷, pero cuando se viola el sistema financiero corresponde que la ley restituya los equilibrios, y esto se lograría con el ejercicio de acciones de responsabilidad, que realmente hicieran transitorias y limitadas las restricciones a derechos adquiridos y reconocidos constitucionalmente. **La economía del derecho**, como hemos sostenido en muchos trabajos ²⁸, aconseja el menor dictado de leyes, pues como señalaba Alberdi, *«Las garantías económicas de la Constitución pueden ser derogadas por las leyes que se diesen para organizar su ejercicio»*

²⁹

6. Apunta Chesnais ³⁰ que el derrumbe simultáneo de los tipos de cambio en todos los países afectados y la contracción de los mercados en cada uno de ellos *significó que el efecto clásico de reactivación que se espera de la devaluaciones no ocurriera*, dejando su lugar a un proceso de deflación que ha tomado proporciones importantes... los otros países de la región más gravemente afectados hasta hoy tienen sistemas financieros hipertrofiados, pero una base industrial débil, dominada todavía por producciones tradicionales con muy bajo costo salarial... Durante 1998 los apologistas de la mundialización neoliberal hicieron de todo para tratar de negar que la economía capitalista mundial liberalizada se encontraba (y se encuentra ahora más que nunca) enfrentada lisa y llanamente a una amenaza de crisis financiera y de recesión mundial...

7. Alberdi distinguía al capital destinado a la producción, como indicamos. Robert Gutmann ³¹ señala que *«los desarrollos recientes relativos al dinero y la actividad bancaria... han llegado a dominar el contexto socioeconómico de nuestra existencia cotidiana. Estos desarrollos, que se manifiestan ya sea en las tasas de interés elevado, en los tipos de cambio imprevisibles, o incluso en el carácter volátil de los mercados, están en vías de someter a fuertes tensiones nuestro sistema económico. A menos que se les ponga un freno, amenazan con crear las condiciones de crisis agudas, crisis que los gobiernos tendrían dificultades en enfrentar»*. Alberdi ³² sostenía la *«libertad ilimitada en la tasa de interés»*, pero sin duda lo hacía en relación a lo que él llamaba el capital productivo.

Gutmann expresa ³³: *«Una vez que los bancos comprenden que podrán contar con la ayuda del Estado en caso de quiebra, pueden verse tentados a llevar a cabo estrategias aún más riesgosas. Si estas estrategias funcionan bien, los rendimientos son elevados, pero si no ocurre así, las pérdidas pueden ser transferidas a otros. Este problema de riesgo moral demuestra por sí mismo los costos sociales potenciales de la desregulación de los bancos y de su salvataje cuando extienden desmesuradamente su campo de actividad. Es más razonable mantener la estabilidad del sistema bancario, en primer lugar, con una regulación apropiada. Entonces, tarde o temprano los gobiernos deberán establecer un nuevo marco de regulación que pueda afrontar el desafío de la moneda electrónica y de las actividades bancarias transnacionales»*, siguiendo ³⁴, empalmando con lo que anticipamos sostenido por Alberdi: *«Hace ya un siglo, Marx (1894) estableció una distinción entre dos tipos de capital financiero, a saber: los préstamos a mediano o largo plazo que rinden un interés, y lo que él llamó «capital ficticio». Según Marx, este último comprendía créditos intercambiables contra compromisos futuros financieros (títulos) cuyo valor se derivaba enteramente de la capitalización del ingreso esperando sin ninguna contrapartida directa en capital productivo. Marx identificó, como principales fuentes de capital ficticio... a los títulos de la deuda pública y al dinero crediticio propiamente dicho... hoy operamos exclusivamente con esta forma de la moneda... La dimensión del capital ficticio del dinero crediticio es reforzada por el hecho de que su creación está ligada muy frecuentemente a la adquisición por el banco central de los títulos de la deuda pública...»* ³⁵.

Siguiendo la coordinación con apreciaciones actuales, Plihon ³⁶ explica que *«La evolución reciente de los países industrializados está marcada por la inestabilidad financiera y por una desaceleración del crecimiento económico. Las crisis se suceden y se aceleran en los mercados cambiarios y en los mercados de capitales internacionales. Estas disfunciones deben ser vinculadas a... la «globalización financiera», es decir, la creación de un mercado planetario del capital financiero... derivó, de una manera fatal, hacia un régimen de finanzas*

especulativas, fuente de inestabilidad... abordarán las consecuencias nefastas de las finanzas liberalizadas sobre la economía mundial, especialmente como consecuencia del alza duradera del nivel de las tasas de interés reales... el nuevo orden financiero internacional³⁷ consagra el dominio del acreedor sobre el deudor... La desaceleración del crecimiento engendró importantes tensiones en los mercados de trabajo, trayendo un crecimiento irreversible del desempleo...». El crecimiento económico³⁸ se volvió insuficiente para «reembolsar» la carga de intereses de las deudas públicas; los déficits y las deudas públicas empezaron a crecer más rápido que el PIB... Existe un vínculo directo entre el crecimiento del poder de las finanzas globalizadas y liberalizadas, por un lado³⁹ y el aumento de los déficits públicos en los países industrializados desde principios de los años 1980, entre otros (les interesaba prestar, agregamos nosotros)... Los PED endeudados están en situación de cesación de pagos después del alza brutal de la tasa de interés y del dólar, alza que acrecienta fuertemente la carga de la deuda»⁴⁰ y agrega⁴¹: «Desde entonces (el A. se refiere a la década del 80), el que invierte (o toma en préstamo) busca el mejor rendimiento, pasando de un título a otro, o de una moneda a otra, o de un procedimiento de cobertura a otro: de la obligación en francos a la obligación en dólares, de la acción a la opción, de la opción al futuro... En resumen, estos mercados particulares (el financiero, de cambios, de opciones, de futuros ...) se transformaron en subconjuntos de un mercado financiero global, convertido a su vez en mundial. El sistema financiero internacional se volvió un megamercado único del dinero... Pero al proceder a una liberalización total de las finanzas, las autoridades monetarias de los países industrializados abrieron una caja de Pandora, haciendo surgir las finanzas especulativas» (Plihon, 1996). ... La miopía creciente de todas las categorías de operadores es señalada de manera unánime (Goldstein et al. 1993). Por otro, los operadores tienen tendencia a abstraerse de la realidad de los fundamentales en beneficio de la búsqueda de una opinión en cuanto a la tendencia del mercado. Esta desviación especulativa aparece pues los mercados se han vuelto más volátiles y los inversores carecen de puntos de referencia para anclar sus expectativas...».

Esa sensibilidad (incluso psicológica) de los inversores y la facilidad de circulación de los capitales -aun con ilegalidad como la practican ciertas representaciones en nuestro país, genera que las leyes de mercado no funcionen adecuadamente y que un mayor interés como «seguro» por el riesgo de incobrabilidad, no sea suficiente para mantener la estabilidad de ciertos financiadores. Los capitales de ahorro para préstamos tienden a concentrarse en ciertos paraísos fiscales o naciones que ofrecen «confiabilidad», y la impresión es que mientras exista tal universalización se intensificará esa concentración. Pero las zonas pauperizadas no podrán subsistir ante la continua erosión de su producto bruto nacional (ya menguado por sus problemas de desarrollo) por la transferencia de utilidades y pago de servicios de intereses cada vez más altos por ser más alta la tasa de «riesgo»⁴². Se impone una política organizada colectivamente para lograr la reducción de esos intereses⁴³.

Los capitales, según Alberdi⁴⁴ «no son el dinero precisamente; son los valores aplicados a la producción, sea cual fuere el objeto en que consistan». Y dentro de ese concepto de capital productivo, a pág. 131, «Con los progresos de la industria y del comercio, el préstamo tuvo otros destinos; se prestó el capital para usarlo en la producción de nuevas riquezas, y esta novedad hizo del todo legítimo el pago de un interés o alquiler por un préstamo, que tenía por objeto hacer más rico y feliz al que recibía prestado. Hay un principio de justicia en la libre tasa del interés del capital por exorbitante que parezca a veces». De allí nuestra justificación del préstamo participativo, que hemos venido postulando tanto en trabajos sobre los contratos asociativos como las comunicaciones sobre deuda externa.

Sigue Plihon sobre los «Efectos devastadores de las tasas de interés reales elevadas»⁴⁵. El alto nivel de las tasas de interés reales tiene algunos efectos importantes. Contribuye a acortar el horizonte de los agentes económicos ya que el precio del futuro, medido por la tasa de interés, aumenta. Así se explica el hecho de que se privilegie la rentabilidad a corto plazo en detrimento de proyectos de inversión a más largo plazo. Por otra parte, el nivel elevado de las tasas reales conlleva la supremacía del capital financiero por sobre el capital productivo (Guttman, 1994). En tal contexto, las empresas ya no se sienten incitadas a invertir y a desarrollarse, pues el costo del endeudamiento es superior al rendimiento esperado del capital productivo (efecto de palanca negativo). Las inversiones financieras, bajo la forma de compra de títulos, se vuelven más rentables. ... Es en este contexto donde se desarrolla el «capital ficticio», es decir, los activos financieros negociables cuyo valor depende del estado del mercado y que está disociado de las vicisitudes del riesgo industrial. Como estos activos son negociables en el mercado, son más líquidos que los créditos correspondientes al capital

tomado en préstamo (los créditos de los bancos en las empresas). Estas propiedades alientan las tomas de posición especulativas cuyo objetivo es, como ya hemos visto, la obtención de plusvalías en operaciones que no tienen por objeto el financiamiento del capital productivo... los agentes económicos tienen la opción entre dos actitudes: «emprender», lo que consiste en prever el rendimiento descontado de las inversiones productivas; o «especular», lo que equivale a prever la «psicología del mercado»... La liberalización financiera dio un poder exorbitante a los mercados y redujo considerablemente el papel de la política monetaria. Se trata entonces de restaurar la eficacia de la política monetaria frente a las finanzas internacionales ⁴⁶... los mercados provocan las crisis cambiarias al anticiparlas. Son los ataques especulativos los que motivan las modificaciones de la policía económica... Keynes ⁴⁷ ya había sugerido en 1936 que un impuesto sobre las transacciones financieras daría un peso creciente a los operadores «fundamentalistas» y reduciría la importancia de la especulación... Si se considera que los mercados no pueden autorregularse, parece necesario implementar un control y una reglamentación prudenciales más restrictivos. Sin duda será necesario que se produzca una crisis financiera grave para que este enfoque de regulación pública de los mercados financieros se imponga verdaderamente... Los mercados dudan ⁴⁸ -con justa razón- que las políticas actuales puedan resolver los grandes problemas económicos inmediato, a saber: el desempleo y el déficit público. Pero lo que los mercados no ven, es que ellos mismos son ampliamente responsables de la crisis actual. Pues ha sido bajo su presión (o bajo su «dictadura») que las autoridades monetarias fueron llevadas a aplicar políticas restrictivas que terminaron... en un elevado nivel de las tasas de interés reales, en la desaceleración del crecimiento y en el déficit público... ¿Qué principios deberían guiar a las políticas macroeconómicas -monetarias y presupuestarias- para salir del actual callejón sin salida? El objetivo prioritario de la política monetaria debe ser el de bajar las tasas de interés para llevarlas al nivel de la tasa de crecimiento del PBI...».

8. Se ha producido en los últimos años, como prevenía Alberdi en el siglo XIX, la destrucción de la economía, de la producción y el advenimiento del desempleo y la pobreza. En *La financiarización excluyente: las lecciones que brindan las economías latinoamericanas* ⁴⁹ Pierre Salama, profesor de París XIII (pág. 237), afirma: «La financiarización, vinculada a la liberalización de los mercados financieros frena el crecimiento de la tasa de inversión ya que una parte importante de la plusvalía se dirige hacia esos mercados tan lucrativos. La inversión está lejos de alcanzar el nivel que tenía en los años 1970... A falta de un aumento suficiente de la tasa de acumulación, algunas economías, entre las cuales está la Argentina, parecen orientarse hacia una reestructuración que privilegia un retorno a sus economías a la predominación del sector primario. Otras tratan de modificar la forma de sus inversiones importando las últimas técnicas... Es lo que ha ocurrido ⁵⁰ en paneles enteros de la industria de los países de América Latina, siniestrados por la incapacidad de resistir la competencia externa (el ejemplo más claro es México), y es lo que explica la sustitución masiva de los bienes producidos localmente por los importados ... conduce a reducir lo más posible los tiempos muertos en el tiempo total de trabajo, a intensificar el ritmo del trabajo gracias a la implementación de talleres flexibles, a calcular el tiempo de trabajo anualmente antes que por tarea disminuyendo así de facto el salario, a buscar una flexibilidad externa precarizando los empleos, con el riesgo de debilitar la lógica participativa de la organización flexible de la producción ... pero he aquí también por qué el tratar de superar la restricción financiera por esta vía produce fracasos a corto plazo... le sigue con gran rapidez la adopción de la organización flexible, pero también su caricatura. Perdura una combinación de formas de explotación antiguas con formas modernas que son grotescas. Salvo que la tasa de inversión aumente fuertemente, el crecimiento de la productividad del trabajo se traduce en una pérdida de empleos en el sector industrial y en los servicios «modernos».

El cierre del referido libro ⁵¹ lo formaliza el director de la obra, Francois Chesnais, del que extraemos ⁵²: «... la hipertrofia de la esfera financiera se integra a una nueva configuración histórica del capitalismo mundial, a la cual contribuye la situación de exorbitante privilegio que le acuerda a los «acreedores». Estos acreedores son propietarios de activos financieros

que tienen invariablemente un componente de capital ficticio, que contribuyen a modelar de manera decisiva el movimiento de conjunto. Pues es principalmente en función de estos acreedores que se toman las medidas de reducción continua de los gastos sociales, de desregulación y privatización de los servicios públicos, y de marginación económica y social de una fracción creciente de los trabajadores y de los jóvenes todavía sin empleos, conminados en adelante a considerar la obtención o el mantenimiento de un empleo como un «privilegio». - Sólo la amnesia histórica -como señalábamos en el apartado-, junto a los llamados interesados a someterse a la condición «ineluctable» de los cambios y a resignarse frente a la «tiranía de los mercados», puede acreditar la idea de que un régimen marcado por una dinámica acumulativa de escasa acumulación industrial, de empleos cada vez más escasos y precarios, y de regresión social y política, pueda ser considerado como «irreversible» y revestido de alguna legitimidad histórica».

9. La historia se repite. Lo anticipamos con la predictibilidad propia de la metodología de investigación ⁵³. Coetáneamente ⁵⁴, bajo los mismos aspectos generales señalábamos que «Esa afectación de capitales a fines distintos de la inversión productiva, que permitiría la recuperación del equilibrio presupuestario, se sumó a las dificultades de la escasa inversión.

Los altísimos niveles de endeudamiento condujeron a graves crisis político-económicas que les imposibilitó honrar los compromisos con la Banca acreedora. Por lo que debieron recurrir a renegociaciones que cada vez les fueron y son más adversas» ⁵⁵. Alberdi afirma ⁵⁶: «Amortizar es un medio de extinguir gradualmente la deuda pública comprando las obligaciones del Estado al precio con que circulan en el mercado... pagar un documento con otro, no es pagar; es renovar, trasplantar la deuda...» Es que los estados deudores, para no comprometer sus futuras posibilidades de nuevos y mayores compromisos financieros, asumen responsabilidades crecientemente gravosas, que muchas veces exceden sus capacidades de pago. Por otra parte, sólo les preocupa subsistir como gobierno y no comprometer su posición o posibilidad política futura. El futuro de la Nación parece poca cosa...

De continuar las partes involucradas con esta actitud, anticipamos resultados apocalípticos y paradójicos, desde el punto de vista político-económico, las soluciones, siempre coyunturales y urgentes, continuarán con las transferencias de recursos de los países endeudados y pobres a los más ricos y capitalizados, todo en pos de una solución económico política-eficiente; los gobiernos de los países deudores sólo se ocuparán de salvar obstáculos económicos inmediatos, a partir de la creación de un sinnúmero de leyes, muchas de ellas respondiendo a grupos de presión o a meras necesidades electorales y no a las necesidades de la realidad social, que lejos de permitir el crecimiento económico y el consiguiente desarrollo económico-social, sólo crean una gran inseguridad jurídica, que detendrá la inversión, y el mismo desarrollo que se pretende lograr. Sin pensar en las graves consecuencias para sus Naciones, donde la mayor parte de la población cuenta con bajísimos niveles de calidad de vida, y que si les va mal a éstos también les irá mal a ellos ⁵⁷.

10. En los últimos años asistimos como espectadores de un marcado y continuo proceso de globalización de la economía, debido a las cada vez más arraigadas y crecientes prácticas de libre comercio internacional, apertura de las economías, desarrollo tecnológico, etcétera, que constituyó el anhelo de varias generaciones, como sinónimo de crecimiento económico y de mejores calidades de vida, división internacional del trabajo y desarrollo equilibrado para toda la humanidad.

Sin embargo, en este nuevo escenario las desigualdades entre países ricos y países pobres continúan existiendo, y a medida que se avanza en aquel proceso las diferencias entre ellos se acentúan.

Los PMD (países menos desarrollados), fundamentan sus permanentes quejas ante los países desarrollados en los siguientes motivos: «1. Sus principales exportaciones son productos primarios.... Los mercados de estos productos están controlados por los países de renta alta y sus precios son, por lo general, excesivamente bajos y fluctúan ciertamente demasiado para que las economías del sur puedan desarrollarse de una manera estable y rápida. Por otra

parte, los precios de las materias primas han venido bajando en promedio, en relación con los precios de los bienes manufacturados, reduciendo así el poder adquisitivo de los países que las exportan. 2. Los mercados de bienes manufacturados, para los que quieren producir y exportar están cerrados para ellos por el proteccionismo de las economías desarrolladas. Sostienen que como la industrialización es el único camino para crecer deprisa, los países de renta alta les están impidiendo hacerlo. 3. Los términos en que se suministra ayuda financiera son demasiado duros. Los países del sur se quejan de que es difícil conseguir créditos de fuentes privadas como los bancos comerciales y que éstos tienen un vencimiento demasiado corto como para poder realizar proyectos de inversión importantes a largo plazo. Y los créditos que reciben de los principales organismos internacionales, como el Banco Mundial, no son suficientemente baratos. 4. Dada la extrema pobreza de los PMD y la forma en que ha funcionado la economía mundial hasta ahora, sería de justicia suministrar ayuda a otros países para su desarrollo futuro. Esta ayuda podría consistir en donaciones-transferencias unilaterales de recursos de los países ricos a los pobres- o en una disposición a cambiar las reglas para ayudar al sur. Por ejemplo, éste quiere tener derecho a mantener alejadas a las importaciones y, al mismo tiempo desea que sus exportaciones tengan acceso a los países desarrollados»⁵⁸.

11. Los permanentes déficits por cuenta corriente de los PMD, los obligan a buscar capitales externos que les posibiliten el desarrollo económico que no pueden alcanzar por la falta de ahorro interno. El desmantelamiento del ahorro privado interno durante el año 2001, con su huida al exterior no fue sólo una crisis de confianza de los ahorristas, sino una reacción inducida desde hace mucho tiempo en nuestro país.

Las causas de esa crisis de la deuda han sido: la mala administración de las economías locales por los distintos gobiernos, la profundización -por esa y otras causas- de los déficit presupuestarios, la utilización en exceso la sobrevaluación de sus monedas -dando lugar así a un aumento de las importaciones, cuando las importaciones estaban rebajadas a un tipo de cambio subvalorado-, y/o la huida de capitales, pues los residente de estos países colocaban sus capitales en activos exteriores (compra de propiedades o depósitos bancarios). Otras de las causas fue la conducta casi irresponsable de la banca colocadora de liquidez, pues prestaron sin considerar el uso que se les iba a dar a esos créditos)⁵⁹ o el riesgo de no recuperarlos por la situación económica de los tomadores, y colaboraron (y continúan colaborando) en mantener los fondos fuera del circuito de nuestro país pues ello redundaba en importantes ganancias, al acceder a depósitos que tenían impuestos en el mercado local a más del 12% de interés sobre dólares, y mantener su disponibilidad en sus entidades vinculadas en el exterior a menos del 3% anual..

Los bancos acreedores tomaron conciencia de la imposibilidad del recupero no sólo de los capitales prestados sino también de sus intereses, y los países deudores de la imposibilidad de conseguir créditos para seguir manteniendo sus déficit, ya estructurales, por lo que debían realizar fuertes ajustes que les permitieran un equilibrio de cuenta corriente, ante la falta de entrada de capitales, lo que se tradujo en una caída de los niveles de vida en los países en desarrollo. Incluso al imponer fuertes gabelas, por decisión propia o por consejo de organismos monetarios internacionales.

12. El fenómeno de la mundialización tiene sus facetas positivas y negativas, los países en desarrollo parecen tropezar con las últimas, particularmente por la actitud de sus gobernantes, proclives a atender razones de diversa naturaleza...

Con la Prof. Mini de Muño⁶⁰, insistíamos en que «1. Comenzamos el tercer milenio con una victoria, un triunfo absoluto en todo el mundo del capitalismo como forma posible de organización económica, fundamentado siempre sobre el mismo sistema institucional, la libre fijación de los precios en el mercado y la libre propiedad de los medios de producción; los derechos humanos, y en primer lugar la libertad de conciencia; la evolución progresiva hacia la separación de poderes y la democracia. Permitiendo así la consolidación del tan mentado proceso de globalización económica. Pero lejos ello de generar el crecimiento económico o el desarrollo global de la humanidad saneando las diferencias existentes entre países pobres y

países ricos, sólo ha contribuido a profundizarlas aún más, llevando a una cada vez mayor parte del planeta, tal el caso de América Latina, gran parte de África y en algunas zonas de Asia, a condiciones de vida en constante deterioro, donde el crecimiento económico (uno de los paradigmas del capitalismo), es inexistente o nos atreveríamos a decir inalcanzable por sus altos niveles de endeudamiento y por las cuentas de sus balanzas de pagos permanentemente negativas».

Un admirador del sistema capitalista ⁶¹ señala que sólo unos pocos negarían que el capitalismo es el sistema económico más productivo y eficiente, especialmente luego del colapso del comunismo soviético, pero reconoce que aún algunos críticos afirman que el capitalismo no es un sistema ético. Basado exclusivamente en el planteo de la libertad moral, afirma que la ética sólo puede ser posible en ese sistema que asegura la libertad de elección, pero subrayando que se tiene la obligación moral, ética, de respetar los derechos de los otros. Los derechos naturales señalan que es moralmente legítimo utilizar la coerción en contra de alguien que desde un principio abusa del poder, enfatizando que el rol de los gobiernos es el de proteger los derechos naturales del hombre ⁶².

13. En el derecho internacional, la obligación de pago, originada en un contrato de derecho internacional, es de cumplimiento ilimitado. Pero al mismo tiempo el ordenamiento internacional desde sus orígenes se sustenta y encuentra legitimación en el principio de preservación de la existencia de cada uno de los miembros de la comunidad internacional. Cuando ese cumplimiento ilimitado de pago impida al país deudor garantizar el estándar mínimo de derechos humanos y la seguridad interna, es decir le genere problemas de carácter existencial, es pertinente invocar el estado de necesidad, siempre y cuando, éste no haya sido ocasionado por el estado mismo en forma reprochable. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 22000 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, así lo consagra.

A modo de ejemplo citamos algún precedente:

-«En el marco de las relaciones de crédito privadas, la lucha en contra de la crisis de la deuda promueve algunas concepciones nuevas. Las cortes del Estado Federal Norteamericano de Nueva York, en el caso «Crédit Francais S.A. v. Sociedad Financiera de Comercio C.A.» ⁶³, tuvieron que ocuparse con la demanda de un banco en contra de una empresa estatal venezolana, a causa del reintegro de un crédito, que el banco demandante en el marco de un crédito consorcial, garantizado por varios bancos, había otorgado. La mayoría de los acreedores había renunciado durante las negociaciones con la empresa demandada, a iniciar un proceso judicial para hacer prevalecer sus pretensiones. La Corte Suprema de Nueva York denegó la demanda del banco al considerarla inadmisibles y expresó al respecto que el proceder de la mayoría de los acreedores, desde el punto de vista de la solidaridad de los miembros del consorcio de acreedores, no podrá ser omitido». Se trata, en el supuesto, de la aplicación de normas de las relaciones de organización por sobre las de cambio, como venimos sosteniendo ⁶⁴.

-En el llamado caso Tinoco, «... el banco sabía que ese dinero sería utilizado por el presidente saliente Tinoco, para su mantenimiento personal una vez refugiado en un país extranjero. No podía por consiguiente, hacer responsable al Estado de Costa Rica por dinero entregado a Tinoco con esa finalidad. El dinero pagado al hermano, secretario de Defensa y nombrado embajador en Italia es el mismo caso; pagar salarios con cuatro años de adelanto es absurdo y extraordinario. Todas las circunstancias debían haber advertido al banco que también esta orden era por razones personales y no para fines legítimos de carácter oficial». Por lo expuesto, el árbitro Taft rechazó la reclamación interpuesta, no admitiendo la responsabilidad del Estado. «*Los gastos extraordinarios ⁶⁵ pueden ser de grande utilidad para el aumento del Tesoro, si se hacen de un modo reproductivo. Gastar en muelles, en caminos, en canales, en puentes, en escuelas de arte, es fecundar y multiplicar el Tesoro, que parece consumirse y que en realidad se reproduce y acrecienta. Gastar de ese modo el dinero fiscal, no es disminuir, es agrandar las rentas de la Confederación, que crecen con el tráfico, como el tráfico con las facilidades. En ese sentido, gastar es atesorar*». Las insidias del economicismo alteraron estas máximas y así nos va...

-Decisión de la Corte Internacional Permanente en el caso «Socobel (Bélgica v. Grecia)»⁶⁶ sobre la consideración necesaria de la incapacidad de pago de un Estado bajo el fundamento de derecho internacional que valora el fundamento de legitimación cuando coloca de manera absoluta sobre la confianza contractual y el cumplimiento ilimitado de las obligaciones de pago, la capacidad de cumplimiento de las funciones estatales elementales internas y externas.

-Una Comisión mixta de arbitramento, instalada por Francia y Venezuela, a comienzos de este siglo, se pronunció sobre la invocación de Venezuela a su incapacidad de pago, de la siguiente manera: «*(The Government) cannot be charged with responsibility for the conditions which existed in 1899, prostrating business, perishing trade and commerce, and annihilating the products of agriculture; nor for the exhaustion and paralysis which followed: nor for its inability to pay its just debts; nor for the inability of the company to obtain money otherwise and else where. All these are misfortune incidents to government, to business, and to human life. They do not beget claims for damages*»⁶⁷.

-La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (República Argentina) en el voto de uno de sus miembros, la profesora Dra. Aída Kemelmajer, ha apuntado: «La emergencia debe ser grave, porque no cualquier crisis es una emergencia, pero no se exige que la situación se presente como repentina o imprevisible... La emergencia que puede legítimamente pretender ser oída y atendida es aquella que lo es de la sociedad; no ha de confundírsela con la que puede haberse producido por acción o por omisión, por error, por incapacidad o por mala fe de quienes gobiernan... La utilización de emergencia no aleja sino que acentúa el control de constitucionalidad... Son requisitos para la declaración de emergencia: que exista una situación que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; que la ley tenga por finalidad legítima proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causales que hicieron necesaria la moratoria... (Caso «Peralta», C.S.J.N., «Peralta, Luis y otros c/ Estado Nacional», 27/12/90, L.L. 1991-C-158) ... El plazo de 16 años previsto para el pago de las deudas consolidadas por la ley 23.982, coincidente con la ley 5812 de Mendoza excede razonablemente pautas temporales y, consecuentemente, viola la finalidad tenida en mira por la ley... La emergencia no crea potestades ajenas a la Constitución, pero sí permite ejercer con mayor hondura y vigor las que ésta contempla, llevándolas más allá de los límites que son propios de los tiempos de tranquilidad y sosiego... La ley de emergencia no podría frustrar un derecho constitucional, pero sí podría suspender su goce, de modo razonable.. *La ley de Consolidación distingue, sin razón valedera, deudas internas y externas, deudas en la que medió controversia y aquéllas en las que no existió; deudas corrientes y no corrientes, etcétera....Es irrazonable consolidar las indemnizaciones por daños a las personas, donde el ser humano no sólo se le ha expropiado una cosa, sino su proyecto de vida, sus piernas, sus brazos....*» (in re «Merga, Fernando c/ Municipalidad de Las Heras», Sala 1ª, 15/2/94)⁶⁸.

14. Volver a la *ética* parecería ser la solución. No a la verdad formal con la que se solazan muchos procedimientos judiciales, sino a la de la honda conciencia humana.

Si bien no nos consideramos con fuerzas para introducir un cambio, parafraseando a Shakespeare cuando le hacía decir a Hamlet una propuesta imposible: «*¡El mundo esta desquiciado!, ¡Vaya faena, haber nacido para tener que arreglarlo!*», este es el desafío que formalizamos a las universidades nacionales: el tratar que un grupo desinteresado y de excelencia analice la cuestión desde la óptica del derecho, aportando las técnicas jurídicas que puedan utilizar los gobernantes, e instituciones internacionales, auditen las operaciones de crédito que dan origen a la deuda externa, para asegurar el cumplimiento correcto y no abusivo de los contratos, y al mismo tiempo presenten planes de desarrollo de toda la comunidad.

Lo que nos ocurre debe buscarse, como señala Jorge Malem⁶⁹, en que «*el comercio internacional genera riquezas en el país exportador. Constituye un elemento dinamizador de su economía. Permite que el Estado aumente su recaudación impositiva y que se creen puestos de trabajo*». A su vez, los funcionarios de los países importadores colaboran con esa política exportadora de terceros países hacia su país, lo que exprime los fondos pero llena sus arcas particulares. Coherente con

ello es la facilitación de prácticas de exportación de dinero no declaradas y el fomento de la banca *off shore* virtual. Cerrando este punto, «Una de las versiones algo más actualizada de que la corrupción favorece la modernización de un país consiste en señalar que los procesos de privatizaciones o de liberalización de la economía sufren menos resistencias, se hacen en menos tiempo y con una reducción de los costes sociales si van acompañados de sobornos a los funcionarios que tienen discrecionalidad para decidir sobre esas privatizaciones».

Un argumento que recogemos de la misma fuente señala que «las empresas económicamente más poderosas utilicen el ardid del soborno transnacional sacrificando inclusive buena parte o la totalidad de sus beneficios esperados actuales con el fin de expulsar del mercado a sus competidores y así obtener en el futuro una posición dominante o preferente»...

Paralelamente, los países ya desarrollados garantizan la subsistencia de sus empresas (sociedades o grupos) generando trabas arancelarias o paraarancelarias a los productos de países emergentes que no respetan el «mínimo social» o sea los salarios o seguridad de los trabajadores, por considerarlas prácticas de «dumping»; imponiendo sus legislaciones de protección a los derechos intelectuales para recibir los fondos por las licencias en su balanza de pagos. Y, ante la necesidad de capitales, por su prestigio y recursos de su balanza de pagos, absorben cuando necesitan fondos del mercado mundial, aumentando las tasas de sus bonos públicos (Bonos del Tesoro de EE.UU.), generando corridas de los capitales golondrinas, hoy acentuada por un pánico autogenerado por sus conductas especulativas anteriores.

15. *¿La solución efectiva?*. Escribíamos y comunicábamos en Moscú antes de la ley 25.561. La actitud de atender la deuda externa, mientras se declara la emergencia económica interna y se «consolida» el pago de la deuda estatal interna, altera notablemente la competitividad de los empresarios instalados en el país para competir con los externos, a los que beneficia. Al mismo tiempo se fomenta la huida de capitales internos -en blanco y en negro-, que luego volverán como acreedores externos por el sistema *back to back* facilitado por la actividad ilegal de entidades financieras, algunas de las cuales también ilegalmente provocaron la reciente crisis financiera. Por otra parte, la voracidad del Estado en obtener financiamientos externos a través de los bancos locales, privilegia la intermediación financiera hacia el sector público, encareciendo el crédito interno y aumentando el costo argentino y la falta de competitividad argentina. El respeto al art. 42 de la Constitución Nacional de la República Argentina así lo impone.

Todo se orienta, dentro de la internacionalización advertida, en la que los Estados pierden cada vez más soberanía, en la posibilidad de competencia internacional para tratar la consolidación de las deudas externas, en consonancia con la consolidación interna. Ello no quiere decir que no se satisfaga la deuda externa -que debe ser honrada tanto como la interna-, sino que se paguen intereses razonables. Por otra parte, el diferimiento de plazos no es nada extraño en la realidad financiera, pues los inversores retoman similar posición al ser pagados, pues no se trata de inversiones de especulación sino de ahorro, donde lo que interesa es la seguridad del pago, pues el recuperarlo se hace a través de su negociación en el mercado de capitales.

Casi siempre hemos vivido en un estado de inseguridad jurídica por las crisis económicas: porque faltan fondos en la Nación, la Provincia o la Municipalidad, o porque si bien no faltan fondos, para hacerse de fondos imprimen o se endeudan y cambia el valor de la moneda o el costo del acceso al crédito. La cadena de pagos ha sido rota por la «consolidación» que de continuo disponen para sus acreedores internos la Nación, las provincias y los municipios, no hay posibilidad de competitividad externa de empresarios asolados por la conducta de nuestros gobernantes.

Enseñaba Alberdi ⁷⁰ «No hay garantía de la Constitución, no hay uno de sus propósitos de progreso que no puedan ser atacados por la contribución, veamos cómo. Por la contribución exorbitante atacáis la libertad de industria y de comercio... Por la contribución desproporcionada atacáis la igualdad civil... Por el impuesto mal colocado, matáis tal vez un germen de riqueza nacional. Por el impuesto mal recaudado, eleváis la contribución de que forma un gasto adicional; atacáis la seguridad, formáis enemigos al Gobierno, a la Constitución y al país... Las contribuciones opuestas a los fines y garantías de la Constitución son contrarias precisamente al aumento del Tesoro nacional, que según ella tiene su gran

surtidero en la libertad y en el bienestar general. Por esta regla, jamás desmentida, bajar la contribución, es aumentar el Tesoro nacional; regla que no produce tal efecto en el instante, pero que jamás deja de producirlo a su tiempo, como el trigo... El poder de crear⁷¹, de manejar y de invertir el Tesoro público, es el resumen de todos los poderes, la función más ardua de la soberanía nacional. En la formación del Tesoro puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad personal; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido, degradado el país. ¿Cómo evitar que el gobierno incurra en tales excesos al ejercer la soberanía del país delegada para crear el Tesoro y aplicarlo?».

En esa expresión desgarrada de nuestra impotencia actual tantas cosas deberíamos agregar en la coyuntura que vivimos... pero el respeto a la capacidad de los lectores indica que sólo deban ser enunciadas como compromiso, como alerta, de lo que deberíamos emprender los intelectuales del derecho y de la economía en forma interdisciplinaria. Y la oportunidad de recordar a un hombre polifacético como Juan Bautista Alberdi es una ocasión excepcional. La labor asumida por esta Academia: presentar este cúmulo de trabajos, en este recordatorio, para que sirvan una vez más para alumbrar los destinos de la Nación. Como lo hizo en vida, ahora desde la inmortalidad de las ideas...

Notas:

* Académico de número. Tesorero de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Agradeceremos comentarios a richardjuris@arnet.com.ar

² Efraín Hugo RICHARD, «La economía del derecho» en revista La Ley, Sección Actualidad, pág. 2 y ss., Buenos Aires, 18/4/89; «La economía del derecho, la realidad y la empresa bancaria», *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II Obras*, N° 22, pág. 205 y ss..

³ Confr. Raymond AARON, citado por Anthony Lanyi, jefe de la División de Estudios sobre Países en Desarrollo del F.M.I., en conferencia dictada en Bs. As., octubre de 1986; en referencia a los países endeudados y sus problemas sociales, al afirmar: «Son países donde el Estado construye a la Nación y no la Nación al Estado».

⁴ Denuncia el estado de insolvencia de países del Tercer Mundo, con un rol marginal, con faltas de políticas económicas de desarrollo, con altos intereses, devaluación del dólar, desvalorización del precio de sus materias primas, Roberto PANIZZA, *Politiche Neoliberiste. Finanziarizzazione dell'Economia Mondiale. E problema del debito estero del Terzo Mondo*, pág. 33, ob. en comentario, recomendando que se aprenda la dramaticidad de los últimos acontecimientos para asumir grupalmente un cambio.

⁵ En la recopilación de *Estudios económicos*, Buenos Aires, Viracocha, 1954, t. X, pág. 121. Todas las citas de Juan Bautista Alberdi las formalizaremos en tipo de letra bastardilla para destacarlas.

⁶ En la crisis que estamos viviendo los empréstitos se incrementaron a partir de la «guerra» contra la inflación, al tomar un cambio fijo por la ley de convertibilidad, pero omitiendo balancear el despilfarro burocrático que pasaron a satisfacer con empréstitos externos, mientras para paliar el déficit se justificaban rápidos y oscuros trámites de privatizaciones.

⁷ ALBERDI en *Estudios económicos*, cit., t. X, pág. 137.

⁸ *Estudios* cit., pág. 159.

⁹ *Estudios* cit., pág. 160.

¹⁰ Com. Francois CHESNAIS, 1ª ed., Buenos Aires, Losada, 1999, 2001, 346 páginas en 8 capítulos, traducción al castellano de la edición francesa de Mabel Campagnoli y Lucía Vera. Con primera edición en francés en 1995 e introducción para la edición castellana de 1998 del mismo director.

¹¹ Publicado en Buenos Aires el 18/6/91 por Editorial Zavalía.

¹² «Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad», pág. 7 y ss., específicamente a pág. 24.

¹³ «La guerra del dólar» en *La Voz del Interior*, Córdoba, lunes 7/1/02, pág. A 10.

¹⁴ En *Estudios económicos*, cit., pág. 170.

¹⁵ En *Estudios económicos*, cit., pág. 171.

¹⁶ En t. X de *Estudios económicos*, cit., pág. 119.

¹⁷ En *Estudios económicos*, cit., pág. 121.

¹⁸ El cortoplacismo y exitismo del análisis que suele formularse en nuestro país, particularmente ante el impacto del denominado «corralito», pueden hacer pensar que la crisis la generó el actual gobierno -sobre el que no emitimos opinión, al igual que sobre las medidas dictadas-, pero sin dudar señalamos que las causas de la crisis datan de mucho antes, aceleradas en el último trimestre del año 2001.

¹⁹ En *Estudios económicos*, cit., pág. 136.

²⁰ El presidente, que formalizó el compromiso de determinar responsabilidades sin ejercer las acciones pertinentes hasta ahora, ha invitado públicamente a que se formalicen ideas para aliviar las restricciones que se han impuesto al derecho de propiedad de los ahorristas. Lo hemos hecho en colaboraciones dirigidas al Banco Central en su momento y ahora a la Cámara de Diputados de la Nación, como lo venimos haciendo públicamente en conferencias y trabajos incorporados a la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

²¹ En la recopilación de sus *Estudios económicos*, cit., t. X, pág. 336.

²² En *La mundialización financiera. Génesis, costo y desafíos* en la Introducción para la edición argentina por el director Francois Chesnais, profesor de París XIII, Buenos Aires, Losada, 1999.

²³ En la referida Introducción a la edición en castellano.

²⁴ En la misma colección, su *Sistema económico y rentístico*, cit., t. IV, pág. 14.

²⁵ En *Sistema económico y rentístico*, cit., t. IV, pág. 24.

²⁶ En *Sistema...*, cit., pág. 25.

²⁷ En *Sistema...*, cit., pág. 129.

²⁸ «La economía del derecho» en revista *La Ley*, Sección Actualidad, pág. 2 y ss., 18/4/89. «La economía del derecho, la realidad y la empresa bancaria», en publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II Obras, Nº 22, pág. 205 y ss..

²⁹ En *Sistema...*, cit., pág. 42.

³⁰ En el referido libro *La mundialización...* cit..

³¹ Profesor de la Universidad de Nueva York, en el Capítulo 3: «Las mutaciones del capital financiero» del libro *La mundialización...* cit..

³² En *Sistema...*, cit., pág. 130.

³³ En *La mundialización...* cit., pág. 86.

³⁴ En *La mundialización...* cit., pág. 91.

³⁵ En *La mundialización...* cit., pág. 92.

³⁶ Dominique PLIHON en el referido libro *La mundialización...*, en el Capítulo 4: «Desequilibrios mundiales e inestabilidad financiera: la responsabilidad de las políticas liberales. Algunas referencias keynesianas»; es profesor en la Universidad París XIII, a pág. 115.

³⁷ En *La mundialización...* cit., pág. 120.

³⁸ En *La mundialización...* cit., pág. 125.

³⁹ En *La mundialización...* cit., pág. 127

⁴⁰ En *La mundialización...* cit., pág. 129.

⁴¹ En *La mundialización...* cit., pág. 131.

⁴² Sobre las altas tasas de interés, de usura (aunque sea en términos éticos, que deben afrontarse en forma general y no en la discusión entre deudor y acreedor, es aportada por Francesco FORTE, «Debito Internazionale dell'America Latina. Origen y desarrollo», obra *Il debito internazionale*, cit., pág. 17. En similar sentido señalamos: Se ha sostenido que estos países se caracterizan por una demanda baja, que no es acompasada de ahorro ocioso, extremo indicador de una depresión estructural, y no cíclica; en consecuencia, las políticas de deuda pública son insostenibles a largo plazo, conf. José Luis PÉREZ AYALA, *La economía financiera pública*, Madrid, Edit. de Derecho Reunidas, 1990.

⁴³ Conf. Oscar GARAVELLO, «Dell'economia alla politica economica del debito estero del P.V.S.. L'efficacia della strategia di riduzione», en *Il debito internazionale* cit., pág. 59.

⁴⁴ En *Sistema...* cit., pág. 127.

⁴⁵ En *La mundialización...* cit., pág. 145.

⁴⁶ En *La mundialización...* cit., pág. 155.

⁴⁷ En *La mundialización...* cit., pág. 157.

⁴⁸ En *La mundialización...* cit., pág. 159.

⁴⁹ Constituye el Capítulo 7 del libro *La mundialización...* cit..

⁵⁰ En *La mundialización...* cit., pág. 275.

⁵¹ *La mundialización...* cit.. en el Capítulo 8: «Mundialización financiera y vulnerabilidad sistémica»,

⁵² En *La mundialización...* cit., pág. 327.

⁵³ IV Coloquio America Latina - Europa Sobre 1. La deuda externa de América Latina: evolución y reestructuración». 3. Deuda externa y operaciones financieras especulativas: instrumentos jurídicos de defensa, realizado en Madrid, 24 y 25 de junio de 1996, en trabajo

intitulado «Deuda externa, inversiones y desarrollo» con Emma Mini de Muiño, trabajo del que tomaremos las apreciaciones siguientes.

⁵⁴ I Congreso Europeo de Latinoamericanistas sobre Deuda Externa y Derechos Humanos, realizado en Salamanca, 26/29 de junio de 1996, con la misma coautora presentamos el trabajo «Deuda externa y subdesarrollo».

⁵⁵ Es ejemplo de ello todo lo que acabamos de vivir y que culminara en el «megacanje» (antes lo fue el plan Brady). También se advierte en el trueque deuda-capital, donde los bancos acreedores, venden en el mercado secundario bonos de la deuda, con descuento que oscilan entre el 60 y 75%. Esos bonos son presentados por sus compradores a los bancos centrales de los países deudores para cobrarlos en moneda local. Las utilidades constituirán una inversión extranjera en los países deudores. Parece que todos se benefician, el banco acreedor ha logrado vender su cartera no líquida, el inversionista tiene la ventaja de comprar moneda nacional de los deudores con un descuento y el país deudor también sale beneficiado porque el gobierno puede pagar su deuda en moneda nacional y no en dólares. Se produce así, algo tan necesario como es la inversión. El gobierno tendrá que financiar de algún modo la recompra de su deuda al inversor extranjero. Es claro que no es posible imprimir dinero para cancelar la deuda por lo que el gobierno emitirá títulos de deuda nacional y dispondrá las utilidades para recomprar su deuda externa al inversor externo. Por lo tanto, cuando la operación se lleva a término, el gobierno tiene una deuda interna mayor y una deuda externa menor. El país ha cambiado capital válido por deuda no cobrable y la deuda exterior de bajo interés por deuda nacional cara.

⁵⁶ En *Sistemas ...* cit. p. 233.

⁵⁷ Debemos recordar, en orden a esa reflexión en torno a un derecho con menos cantidad de normas pero más eficaz en sus efectos, las conclusiones del Coloquio Internacional de Derecho Económico realizado en el año 88 en Buenos Aires que expresaban: «la aplicación desigual de políticas liberales por influencia de los gobiernos conservadores de las potencias anglosajonas (no se están refiriendo a la Argentina, sino a las grandes potencias), imponiendo conductas inequitativas a los gobiernos de países en desarrollo a ellos vinculados, la fijación de políticas por grupos económicos que superan los gobiernos aun de los países más desarrollados, el crecimiento notable del sector terciario de servicios, el progreso tecnológico de magnitud desconocida que ha provocado el gran desarrollo de la sociedad de servicios o posindustrial, más la desocupación masiva ocurrida en los países del mercado libre, derivados del sobrante por el avance tecnológico y de los despedidos con motivo de las privatizaciones, obligan a los gobiernos a replantear sus sistemas jurídicos y económicos». A la postre, es el hombre y no el gobierno el destinatario de todos nuestros esfuerzos.

⁵⁸ Conf. Stanley FISCHER, Rudiger DORNBUSCH, Richard SCHMALENSEE, *Economía*, 2ª ed., 1989, págs. 917 y 918.

⁵⁹ A modo de ilustración sirve el fallo del ex presidente Taft en el caso Tinoco... El árbitro Taft dijo: «El Banco sabía que ese dinero sería utilizado por el presidente saliente, Tinoco, para su mantenimiento personal una vez refugiado en un país extranjero. No podía por consiguiente, hacer responsable al Estado de Costa Rica por dinero entregado a Tinoco con esa finalidad. El dinero pagado al hermano, secretario de Defensa y nombrado embajador en Italia es el mismo caso; pagar salarios con cuatro años de adelanto es absurdo y extraordinario. Todas las circunstancias debían haber advertido al Banco que también esta orden era por razones personales y no para fines legítimos de carácter oficial». Por lo expuesto, el árbitro Taft rechazó la reclamación interpuesta, no admitiendo la responsabilidad del Estado. Y este fallo deviene en la jurisprudencia, un vivísimo detalle en punto a cuál haya de ser la juricidad imperante para determinar ciertas situaciones vinculados con legitimidad de la deuda externa (Ricardo ALAGIA y Camilo H. RODRÍGUEZ BERRUTTI, revista GEOJUR, Montevideo, Uruguay, N° 34, 1986). Conf. Camilo H. RODRÍGUEZ BERRUTTI, «La deuda externa: Nuevo enfoque ante los nuevos tiempos. Crisis a partir del caso México (La «doctrina Espeche»)», L.L. 11/5/95.

⁶⁰ En comunicación para el X Congreso de la Federación Internacional de Estudios sobre América Latina y el Caribe (FIEALC) realizado en Moscú, 25 - 29 de junio de 2001 sobre «Deuda externa - Derechos de los deudores».

⁶¹ Nos estamos refiriendo a Edward W. YOUNKINS, profesor en la Universidad de Wheeling, Virginia, U.S.A. y a su artículo «Negocios y ética en una sociedad libre», en *La Voz del Interior*, Córdoba, 17/12/97, pág. 16 A.

⁶² El derecho internacional valora su propio fundamento de legitimación cuando coloca de manera absoluta sobre la confianza contractual y el cumplimiento ilimitado de las obligaciones de pago, la capacidad de cumplimiento de las funciones estatales elementales internas y externas. En caso de dificultades de pago de carácter «existencial», es pertinente invocar el estado de necesidad (*necessity*), siempre y cuando, éste no haya sido ocasionado por el estado mismo en forma reprochable. En la jurisprudencia de las cortes internacionales y los tribunales de arbitramento encuentra cabida la idea de consideración necesaria de la

incapacidad de pago de un estado, pudiendo verse al respecto la decisión de la Corte Internacional Permanente en el caso Socobel (Bélgica v. Grecia), PCIJ series A/B, N^o 67, pág. 21. Una comisión mixta de arbitramento, instalada por Francia y Venezuela a comienzos de este siglo se pronunció sobre la invocación de Venezuela a su incapacidad de pago. Sobre estos puntos Matthias HERDEGEN, *Derecho económico internacional*, 2^a ed., 1998, Colombia, Diké Biblioteca Jurídica, pág. 377.

⁶³ 490 New York Supplement 2nd. Series 670 (1985).

⁶⁴ Los trabajos citados en nota 3.

⁶⁵ Expresa Alberdi en *Sistema...*, cit., pág. 351.

⁶⁶ PCIJ series A/B, N^o 78, pág. 21, citado por HERDEGEN, ob. cit., pág. 377.

⁶⁷ RIAA, t. X, pág. 9, 353, citado por HERDEGEN, ob. y pág. cits. en nota anterior.

⁶⁸ Puede verse completo en J.A. 1994-II-486 y ss.. Todo lo precedente lo recordábamos con la Prof. Mini de Muiño en la comunicación al Congreso de Moscú.

⁶⁹ Egresado de la Universidad Nacional de Córdoba donde actúa en cursos de postgrado y profesor de la Universidad Pompeu Fabra en trabajo a cuyos borradores accedimos por su gentileza.

⁷⁰ En *Sistema...*, cit., pág. 283.

⁷¹ En *Sistema...*, cit., pág. 306.

LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE ALBERDI Y EL TOMISMO

por MANUEL RÍO *

En 1973 envié a «La Prensa» el estudio que sigue a continuación. El gran diario lo publicó en su suplemento literario y ahora me place reproducirlo, adhiriendo así al oportuno homenaje que se rinde al eminente pensador con sus enseñanzas cuya alma se intenta señalar en el presente análisis.

Una tesis universitaria sobre Alberdi

Poco tiempo atrás, el diligente consejero cultural de nuestra embajada en Francia, don José Ledesma me anotició de que en la Universidad de Tolosa se había presentado una importante tesis sobre «La formación del pensamiento filosófico y político de J. B. Alberdi».

Era su autor el señor Domingo Quentin-Mauroy, agregado y profesor asistente en dicha universidad, quien había empleado diez años en su preparación. Críticos que la conocieron la habían calificado de brillante y el jurado, en el cual figuraban autoridades reconocidas, la había aprobado con mención y recomendado su publicación.

Incitado por el interesante tema y por las circunstancias dichas, expresé mi deseo de conocer la obra. El autor tuvo la gentileza de comunicarme el manuscrito dactilografiado, el cual cuenta con 1.101 páginas.

He leído la gran tesis con admiración. La documentación es prácticamente completa. La ubicación de Alberdi en su época, satisfactoria. La dilucidación de las ideas, impecable.

El autor sigue el pensamiento filosófico y político de Alberdi en sus sinuosidades, marcando sus vinculaciones con las ideas de su tiempo. La investigación podía ser efectuada ventajosamente en Francia porque aquí es dable consultar los autores europeos que leyó Alberdi.

Nuestro eminente compatriota resulta aún exaltado por el estudio del profesor Quentin-Mauroy. A juicio de éste, Alberdi no sólo se penetró de las ideas europeas contemporáneas, principalmente francesas; no sólo fue el primer sudamericano en exponerlas; no sólo fue su difusor afortunado en nuestro país, en el Uruguay y en Chile, sino que, excediendo esos méritos, se incorporó, en la primera fila, a los pensadores de su tiempo, para dilucidar, a la par de ellos, problemas vitales de la cultura. Quentin-Mauroy confirma las aproximaciones de Alberdi que se han hecho, a Tocqueville, a Laboulaye y hasta a Montesquieu.

Me es imposible dar aquí una cuenta detallada de la tesis tolosana. Cuando ella se difunda en nuestro país, el conocimiento local de las ideas de Alberdi se enriquecerá con un aporte sustancial.

Dado el tema de su estudio, el profesor Quentin-Mauroy se aplica en particular al *Fragmento preliminar del estudio del derecho*. Nunca esa obra de la juventud de Alberdi había sido objeto de análisis tan minucioso.

Entre las más sugestivas indicaciones que encierra la tesis, hay una en la que deseo detenerme aquí, por su interés trascendente. Se trata de la coincidencia que el autor encuentra entre las doctrinas de filosofía jurídica contenidas en el *Fragmento* y la enseñanza del tomismo.

Como se sabe, Coriolano Alberini ha sido un notable profesor de filosofía de quien tuve la honra de ser su profesor suplente y más tarde, por poco tiempo, su sucesor en la Cátedra de Filosofía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Alberini puso en evidencia la metafísica espiritualista y teísta de Alberdi y aseveró que la «*metafísica espiritualista de su época le sirvió como base de su derecho público práctico*».

Quentin-Mauroy va más lejos. La índole tomista de la fundamentación filosófica del derecho sostenida por Alberdi resulta, a su juicio, «innegable».

Es mi propósito, ahora, señalar el punto culminante de la coincidencia anotada, según yo lo entiendo y la tesis referida lo acredita.

El fundamento del derecho según Alberdi

En su denodado esfuerzo por investigar la «naturaleza filosófica del derecho», Alberdi atiende, muy en especial, a la «razón» del derecho. Este último es tomado por él en sentido traslaticio pero legítimo, como la «regla de la conducta humana», esto es, la ley.

Según expresa, *«conocer la ley... no es solamente conocer sus palabras, sino su espíritu»*. Pero, ¿cuál es el espíritu de todas las leyes de la tierra? La razón: ley de las leyes, ley suprema, divina, (que) es traducida por todos los códigos del mundo. Así pues, Alberdi se preocupa de descubrir «de dónde procede» el derecho, «de dónde viene», cuál es «su principio nativo y necesario», su «fondo».

A ese efecto se empeña en discernir *«el fin de la conducta humana, porque trazar una regla para la conducta humana es trazar la ruta que el hombre debe seguir, y es cosa imposible trazar el camino que el hombre tiene que seguir si no se sabe adónde va el hombre. Esta misión, este fin, este destino del hombre, como de todo ser creado es el bien; el bien y el fin de un ser son, pues, idéntica cosa»*.

Alberdi continua reflexionando que *«el bien es un elemento complejo que quiere ser analizado, con cuanta mayor necesidad cuanto que la omisión de este análisis ha sido y es la más abundante fuente de errores en materias morales»*.

No seguiré exponiendo los pasos por los cuales, a través de la consideración de la naturaleza humana, de los móviles y de los fines de las acciones, el sagaz autor llega a establecer cuál es el bien que constituye el fundamento del derecho; me remitiré directamente a su conclusión.

Sobre ésta dice así: *«El principio y el fin del derecho es el bien en sí, la realización del orden absoluto»*. *«El motivo correspondiente es «la obligación», que nuestra razón concibe inmediatamente, de proceder conforme al bien absoluto, en el instante en que este bien absoluto se hace conocer de ella»*.

«Seguid el bien en sí, porque es vuestro deber: he aquí en tres palabras el precepto obligatorio; tal es la fórmula dogmática más general del derecho natural, que se traduce en ésta: Esto es lo bueno, luego debe hacerse; esto es lo malo, luego no debe hacerse; lo bueno, he ahí la razón de toda ley, de todo derecho».

Llegado a esta verificación capital, el filósofo jurista da el toque definitivo a su pensamiento apartándose de toda veleidad formalista kantiana y decidiéndose, en cambio, por la fundamentación del derecho expresamente teísta: *«Pero, ¿qué es lo bueno? Lo que es moral, esto es, lo que es conforme al orden absoluto, lo que es justo. ¿Por qué? Porque este orden es el bien en sí, es la vida del universo, es la expresión del espíritu divino, es Dios»*.

Esas sabias consideraciones completan perfectamente, en la doctrina alberdiana, la vinculación del derecho al bien personal del sujeto. Tal bien estaba pretendido por la escuela utilitarista como el fundamento del derecho.

Alberdi desecha esa justificación tomada como suficiente, calificándola de «arbitraria» y denunciando que aceptarla implicaría despojar el derecho de su carácter necesario.

El derecho así entendido *«no sería ley, porque la verdadera ley, el verdadero derecho, lo es a pesar del hombre, porque es superior, porque es objetiva, absoluta, eterna»*.

No por ello el autor desecha el bien personal como fundamento del derecho; pero con justeza discierne que tal bien se resuelve en el «bien moral», está «encerrado en él», es decir, «en nuestro próximo supremo fin». ¿Dónde, pues, se pregunta, hallaremos nuestro bien personal? La verdad de la respuesta es admirable: *«En la armonía de nuestra conducta con el bien absoluto, que es la justicia moral»*¹.

Son esas las premisas en las cuales Alberdi basa sus extensos análisis sobre el derecho.

Se apreciará ya el acierto del profesor Quentin-Mauroy al referir al tomismo la fundamentación del derecho propuesta por Alberdi. En su tesis, da múltiples razones en apoyo

de su posición. En su interpretación del tomismo sigue principalmente al prestigioso expositor R. P. Sertillanges O. P.

Sería evidentemente desproporcionado exigir al joven Alberdi, entonces de veintiséis años, una exactitud rigurosa en cada una de sus proposiciones; pero son asombrosas la corrección de la tendencia y su seguridad.

Aparentes dificultades

Contra la referencia al tomismo del pensamiento del *Fragmento* que acabamos de resumir, pueden suscitarse ciertas dificultades. Conviene prevenirlas.

Alberdi ha declarado la impresión que le causó la *Introducción general a la historia del derecho* de Eugenio Lerminier, así como también ha hecho constar que su teoría del fundamento moral del derecho procedía de Teodoro Jouffroy, haciendo reserva de que la exposición era a su «modo». ¿No sería oportuno remitir sólo la filosofía jurídica de Alberdi a la doctrina de esos dos autores?

Tal dificultad es únicamente aparente. La conexión con los filósofos mencionados en nada impide la que hemos afirmado con el tomismo, antes bien, la confirma.

Respecto a Lerminier, se sabe que éste, en la *Introducción* mencionada, ensayó reunir el historicismo con doctrinas transmitidas por el racionalismo, obteniendo como resultado una dirección que está esencialmente más cerca del tomismo que del historicismo.

Así afirma, interpretando en el mejor sentido ciertas observaciones de Savigny: «*De la mezcla de lo universal y de lo contingente nace en cada pueblo un todo individual y distinto que participa de lo uno y de lo otro, sin identificarse con lo uno o con lo otro: es el derecho positivo*». Lerminier calificó los escritos de Gustavo Hugo de «Extraños, extravagantes, estrechos».

Por otra parte, las meditadas consideraciones de Alberdi sobre filosofía de la historia no contradicen los principios en que basaba el derecho. Por lo tanto, no hay oposición entre la índole tomista del pensamiento alberdiano en filosofía jurídica y su aprecio de Lerminier.

En lo concerniente a Jouffroy, a nada es más aplicable que a su teoría filosófica del derecho esta advertencia que hizo sobre él León Ollé-Laprune: «*De las verdades morales y religiosas que forman la base natural del cristianismo, Jouffroy tiene un cuidado persistente*».

En materia de derecho, tal «cuidado persistente» se traduce en una inteligente recepción de las enseñanzas principales de la filosofía cristiana concernientes al fundamento de aquél. Las tesis así adoptadas fueron las asimiladas por Alberdi.

Pero hay más. Quentin-Mauroy muestra que Alberdi fue más adelante que Jouffroy en el sentido del tomismo. Se notan, desde luego, acentuaciones sintomáticas. Por ejemplo, este párrafo del *Fragmento*: «*Es indudable que nuestra razón no puede elevarse a la idea de este orden absoluto (el orden absoluto del bien en sí, que funda el derecho) por una intuición viva y pura, sin reconocerla sagrada por sí misma y caer rendida ante su faz divina*».

Además, según el autor de la tesis, Alberdi pone en relieve las nociones de racionalidad, finalidad y eudemonismo racional; las hace reposar sobre la divinidad, que se confunde para él con el Dios de la creación bíblica, e instruido por lo que tiene la gran lección de la filosofía de la historia, ve en la libertad humana el instrumento del orden universal concebido como ley del mundo, lo cual está lejos de tener en Jouffroy el lugar que ocupa en el argentino.

Raúl A. Orgaz observó que Alberdi había seguido a Jouffroy, sobre el derecho natural, «fidelísimamente». Por otro lado, a Alberdi, respecto a Jouffroy, puede aplicarse sin temor una frase de Renan en *Recuerdos de infancia y juventud*: «*Las bellas páginas de este desesperado de la filosofía nos embriagaban, yo las sabía de memoria*».

Esas advertencias no terminan la cuestión. Es menester además, distinguir cuál era la orientación que imprimían en el lector las enseñanzas de Jouffroy y, en fin, tomar en cuenta la superación, por Alberdi, de esas enseñanzas, en el propio sentido del tomismo que ellas insinuaban.

Alberdi asigna determinadas fuentes a las doctrinas de Jouffroy. Esas fuentes son ambiguas; en todo caso, cuánto de ellas habría extraído aquél, en las materias de que se trata, no se opone al tomismo. Alberdi aclara bien que el «germen» de esas doctrinas «viene de la filosofía antigua».

Finalmente, nada empece a la referencia indicada alguna frase despectiva para la escolástica con que se tropieza en el *Fragmento*. Santo Tomás no se identifica con la escolástica.

Agréguese que Alberdi, en el mismo *Fragmento*, mencionó a Santo Tomás entre los egregios «*profesores que han hecho hacer a la Europa cursos preparatorios de gobiernos representativos*».

En el tiempo de Alberdi, la corriente del liberalismo, poco antes configurada y a la cual él se adhirió vivamente, había menester de elaboraciones teóricas que la justificaran, la consolidaran y precisaran sus orientaciones.

Como acaba de verse, Alberdi cumplió de manera plausible ese necesario cometido, en lo tocante a la filosofía del derecho, eligiendo y desarrollando la fundamentación de aquél que emanaba de la doctrina preclara de la filosofía perenne.

Alberdi ha indicado su *Fragmento* como la primera fuente de las *Bases*. El pensamiento cardinal del *Fragmento* anima las *Bases*. Grave absurdo es separar ambas obras, ha afirmado Alberini.

Se notará, pues, que la Constitución de 1853, que tanto debe a las *Bases*, en la filosofía del derecho que implica, reposa sobre la doctrina más sólida y sugerente que ha producido el humanismo cristiano.

Ello lo debemos a Alberdi.

Notas:

* Académico correspondiente en Francia.

¹ Sobre la fundamentación del derecho en la noción del bien absoluto ver nuestra obra *La esencia del derecho. La justicia. La ley*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, Cap. VI.

JUAN BAUTISTA ALBERDI Y SU INFLUENCIA EN LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

por MARIO MARTÍNEZ CRESPO *

SUMARIO: I. La interpretación de la Constitución Nacional. II. Las ideas en torno a la interpretación constitucional, en la época de la sanción de nuestra Carta Magna. III. El pensamiento actual de la Corte Suprema Nacional respecto a la hermenéutica constitucional. IV. Conclusiones.

I. La interpretación de la Constitución Nacional

Pese a su importancia singular, la de ser la piedra basal del edificio jurídico de un país, la Constitución es una ley, la ley de las leyes, y rigen -en consecuencia- para su interpretación los criterios generales que la doctrina ha elaborado históricamente respecto a la interpretación de las normas legales en general. La interpretación de la Constitución Nacional es así, en esencia, una especie del género «interpretación jurídica», como lo ha entendido nuestra doctrina de manera conteste ¹.

Es la hermenéutica la ciencia que se ocupa de estudiar la metodología interpretativa. Es ella quien descubre y fija los principios que rigen la interpretación de cualquier norma - cualquiera sea su jerarquía- como bien lo enseña Becerra Ferrer en su *Manual de derecho constitucional* ². A través del tiempo, sin embargo, los autores se han encargado de elaborar un sinnúmero de conceptos y definiciones que no sólo distinguen los métodos interpretativos según sus sustentos o parámetros, sino también en relación con la jerarquía de la norma sujeta a interpretación. Nace así una rama de la hermenéutica específicamente dedicada a la Constitución Nacional.

Una serie de definiciones podrían ensayarse respecto de la interpretación de una norma jurídica, pero vale recordar por su simpleza y claridad la que fuera brindada por Linares Quintana ³, quien la conceptuaba en los siguientes términos: «interpretar, significa desentrañar el sentido y el alcance del texto de la ley»; esta definición ha sido respetada estrictamente por la doctrina contemporánea.

Pero el modo de definir a la interpretación de las normas, depende en gran medida del método que se aconseje seguir al intérprete; en este sentido valga recordar las ideas de Savigny, en su clásica obra *Sistema de derecho romano actual* ⁴, quien se inclinó por recomendar la interpretación de las leyes a través del método histórico, y su pensamiento recibió la adhesión de numerosos tratadistas europeos de su tiempo, como Putcha y Von Ihering, entre otros. Enrolados en esta perspectiva, sus partidarios sostuvieron que la interpretación jurídica consistía en la «reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley».

Otra definición digna de recordar es la que brindara Demolombe, quien enseñaba que «Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer» ⁵.

Es menester tener en cuenta que se pueden observar diversas clases de interpretación de una norma. En este punto -siguiendo a Linares Quintana ⁶- y teniendo en cuenta el órgano o sujeto que realiza la labor interpretativa se puede hablar de:

a. Interpretación auténtica: es aquella que realiza el mismo órgano que le dio existencia a la norma. La interpretación en estos casos se efectúa a través de la sanción de una nueva norma que aclara o complementa otra anterior, a los fines de echar luz sobre su sentido y alcance. En realidad esta clase de interpretación, que es bastante usual en el área legislativa, no lo es tanto en materia constitucional, debido al carácter formal que tiene nuestra Carta Magna, que impone un complejo mecanismo a los fines de modificar o agregar alguna norma a su texto, tornando difícil realizar un modo de interpretación de esta especie;

b. Interpretación doctrinaria: es la que realizan los jurisconsultos, que ha sido también denominada interpretación científica ⁷;

c. *Interpretación judicial*: en estos casos el intérprete es el juez ejerciendo la función que específicamente le corresponde⁸; es en definitiva, la interpretación que se efectúa a través de la jurisprudencia. La recomendaba el propio Alberdi, cuando recordaba la necesidad de que las leyes -y más aún la Constitución- no sean objeto de constantes modificaciones, sino que por el contrario, sus defectos, vacíos o incompatibilidades fueran subsanados por esta clase de interpretación.

«*Cread la jurisprudencia -decía- que es el suplemento de la legislación, siempre incompleta, y dejad en reposo las leyes, que de otro modo jamás echarán raíz*»⁹.

Pero la interpretación de la Constitución Nacional presenta algunas características que, como expondré más adelante, tiñen la tarea del intérprete con algunas tonalidades propias que individualizarán su labor y, por lo tanto, también sus resultados. Se ha dicho así que implica no sólo la interpretación de las normas que componen la Constitución formal, sino también «*las que -fuera de ella- tienen naturaleza o contenido constitucional y que la finalidad intrínseca de esta labor es desentrañar el sentido de la descripción efectuada por el autor de la norma*»¹⁰.

La Constitución, debido a su jerarquía, es diferente a cualquier otra norma jurídica, ordenanzas municipales, leyes provinciales o nacionales o aun una Constitución de provincia, que no deja de ser una ley provincial más, pero con jerarquía interna¹¹. En nuestro sistema constitucional la Carta Magna federal es la ley suprema y fundamental, tal es ello que cualquier norma legal que la contradiga será tachada por el órgano jurisdiccional en el caso concreto como «*anticonstitucional*»; esta es la primera nota distintiva de la ley suprema de nuestro país. En este último sentido, resulta elocuente la opinión del juez de la Suprema Corte norteamericana, John Marshall, al sostener que en la aplicación concreta de la hermenéutica constitucional «*... nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución...*»¹². Con tal afirmación pretendió el ilustre magistrado hacer notar claramente la diferencia que existe cuando se aborda la interpretación de estos textos legales.

Pero existen también otras particularidades que nutren e individualizan a la interpretación constitucional las que, tal como expone César Romero¹³, son las que siguen:

a) La Constitución recepta una pluralidad de motivaciones, una serie de factores que influyen decididamente sobre cada uno de sus preceptos: económicos, sociales, políticos, históricos, etc.;

b) No debe perderse de vista la ideología política que nutre a la norma objeto de la interpretación, ella debe ser analizada teniendo en consideración lo que se ha denominado por los constitucionalistas como «*la fórmula política*»¹⁴;

c) Debe repararse sobre la *realidad social* del momento histórico en el que se efectúe la labor interpretativa;

d) Debe considerarse, finalmente, la dinámica propia de la Constitución.

II. Las ideas en torno a la interpretación constitucional, en la época de la sanción de nuestra Carta Magna

Desde la sanción de la Constitución histórica del '53, a la fecha, los juristas han revelado un particular interés en la interpretación de su texto. Lo expresa Felipe S. Pérez en su obra *La Constitución Nacional y la Corte Suprema*: «*Los tratadistas, la cátedra y el Parlamento afrontan el problema de la interpretación del texto constitucional, pero quien decide en definitiva es el Poder Judicial, conforme se lleva expuesto. De esto proviene la importancia trascendental que adquiere la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional, como el órgano que ha de dar la palabra definitiva...*»¹⁵.

En los albores del siglo XIX, se observaban dos criterios diametralmente opuestos sobre el tema objeto de este análisis¹⁶. Por un lado, el de Domingo Faustino Sarmiento, quien entendía que era imprescindible para el intérprete de la Carta Magna analizar el derecho constitucional de Estados Unidos de América, por ser la Constitución «*Filadelfia*» uno de los principales antecedentes de la nuestra. Así se expresó el prócer en la Convención de Buenos Aires, llevada a cabo el 7 de mayo de 1860: «*La*

*Comisión, señores, ha tenido especial empeño, cuando comenzó en estos debates, en no salirse de los términos literales de la Constitución de los Estados Unidos, no porque sean más o menos aplicables a nosotros, sino porque nos vamos a encontrar con una jurisprudencia que a nadie le será permitido decir...»*¹⁷; en esos elocuentes términos Sarmiento cristalizaba su posición respecto de la hermenéutica constitucional, opinión que ya habría enseñado en algunas de sus obras, como en *Comentarios*.

Asimismo, durante la primera década del siglo XX, se observa que los juristas proponían como método interpretativo de la Constitución federal al sistema exegetico, siguiendo de este modo la tendencia norteamericana¹⁸ y nutriéndose de las corrientes sajonas a través de las ideas de autores de la talla de Paschal y Kent. Puede colegirse fácilmente de ello, el predominio intelectual que vislumbraba el pensamiento de Sarmiento, ya que era ésa justamente la idea central de su pensamiento, lograr que se estudie y analice la Constitución argentina, a través de las mismas técnicas que hubieron de utilizar los norteamericanos con su propia Constitución.

La interpretación exegetica parte de la base de que todo el derecho se encuentra dentro de la ley y nada «fuera de la ley». Desde esa perspectiva sus adherentes enseñaban que al interpretar nada debía de agregársele al texto de la ley, porque en su plenitud hermenéutica contenía todo el derecho.

Este método, en relación con la Constitución de la Nación, implicaba su literal aplicación, sin ningún aditamento que sea ajeno al texto mismo de ella; así pues, debía prescindirse de los factores sociales, culturales, económicos o de cualquier otra índole que pudieren modificar en algo la plataforma fáctica tenida en cuenta por el constituyente histórico en un tiempo y lugar determinados. En suma, y tal como lo sostuvo un norteamericano, que fuera muy seguido por los juristas de principios del siglo pasado -me refiero al juez Toney-, la Constitución debía significar siempre lo que significó al tiempo de ser adoptada, mientras no se reformase con las solemnidades propias de dicho plexo normativo; en nuestro caso, las previstas por el art. 30. Este fue entonces el primer criterio dominante en materia de interpretación del texto constitucional, el sistema exegetico.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación prontamente se hizo eco de esa tendencia doctrinaria, impregnada de elementos extranjeros; y ello puede colegirse de la simple lectura de numerosos fallos de la época. A guisa de ejemplo cito los siguientes: «Hileret c/ Provincia de Tucumán», de 1903, en Fallos, 98:20; «Méndez c/ Valdez», de 1918, en Fallos, 128:175.

Contra esa postura doctrinaria, que tuvo como máximo exponente a Sarmiento, se erigió la opinión de Juan Bautista Alberdi¹⁹, quien entendía la ingente necesidad de ponderar los factores nacionales para lograr el sistema constitucional que él pretendía para la Argentina, el cual fuera expuesto a través de sus trabajos políticos, principalmente en *Bases y puntos de partida para la Constitución*.

En *Obras selectas*²⁰ el ilustre tucumano expuso que «*Para disolver la unidad o integridad nacional de la República Argentina, bastaría aplicarle al pie de la letra la Constitución de los Estados Unidos...*», y más adelante que «*Para falsear y bastardear la Constitución Nacional no hay sino que comentarla con los comentaristas de la Constitución de los Estados Unidos*», esta frase es ya lo suficientemente explicativa de su posición respecto al método hermenéutico propuesto por el anterior prócer.

Posteriormente, en una de sus más célebres creaciones intelectuales, me refiero a *Bases y puntos de partida*, Alberdi se ocupó de dejar en claro su franca contraposición a la doctrina de Sarmiento. «*La asimilación discreta de un sistema adaptable en situaciones análogas -expresóno es la copia servil, que jamás puede ser discreta en política constitucional*», refiriéndose a la manera de organizar el régimen federal argentino, que fue base para los constituyentes de 1853.

«*El Señor Sarmiento... publicó un libro de Comentarios de la Constitución Argentina... Para restablecer la mente de la Constitución argentina, alterada por esos Comentarios de desorden y de anarquía, ha sido escrito el presente libro, en que el autor ha procurado señalar los antecedentes nacionales y propios que han servido para formar la Constitución y deben ser las bases de su jurisprudencia*»²¹. En esos términos se refería Alberdi y, a esa altura, su confrontación con Domingo F. Sarmiento ya era un hecho de público conocimiento.

Él sostenía esas ideas, en el convencimiento de que se trataba de distintas épocas y de diferentes naciones, lo que conducía indefectiblemente a una escisión entre ambos derechos constitucionales; pero el principal motivo por el cual repudiaba la asimilación con el régimen norteamericano lo expuso en una de sus más renombradas obras jurídicas, me refiero a *Derecho público provincial argentino*, donde en el Capítulo II explica que, a diferencia de lo que ocurría en las provincias del Virreinato del Río de la Plata, Estados Unidos era un conjunto de Estados desunidos e independientes, sostenía que ellos venían de la diversidad a la unidad; eran en esencia lo contrario a lo que ocurría en nuestro país...éste era el principal fundamento de las ideas del ilustre prócer argentino ²².

Respecto del método que debía utilizar el intérprete de la Constitución de la Nación, Alberdi estimaba conveniente el «histórico», y fue seguido en sus ideas por Estrada, Montes de Oca, Joaquín V. González y otros destacados jurisconsultos de la época. Esta también era la técnica interpretativa propuesta en Europa por autores de la talla de Savigny, Von Ihering, Putcha y Hugo, entre otros ilustres estudiosos del derecho.

Pero afirmaba también que no bastaba, para la interpretación del texto federal, la sola aplicación de tal técnica hermenéutica; era menester asimismo tener en consideración los fines que habría tenido en miras el constituyente frente a las circunstancias del nuevo momento histórico.

Entendía necesario que la jurisprudencia tuviera en cuenta, al momento de utilizar las normas constitucionales, esa «doble interpretación» como él le llamaba. Lo expresaba así: «*Dos consideraciones se presentan a la primera inspección de la ley: sus palabras y su espíritu. De ahí una doble interpretación filológica y filosófica; porque no es comprender la ley, poseer meramente sus palabras. Es menester, es esencial conocer el fin que con ella se propuso el legislador. Para ello, es indispensable el conocimiento de la doble razón filosófica e histórica que produjo su sanción; comparar la época de su origen con la de su aplicación, y ver si esta aplicación es esencialmente posible y oportuna. De modo que es imposible conocer el espíritu de toda una legislación, sin conocer las causas que la han dado a luz; y este conocimiento supone el de la historia nacional y del derecho natural o filosófico*» ²³.

En el mismo sentido, en otra de sus obras ²⁴, afirmó que «*Cuando la Constitución es oscura o indecisa, se debe pedir su comentario a la libertad y al progreso, las dos deidades en que ha de tener inspiración. Es imposible errar cuando se va por un camino tan lleno de luz*».

Puede colegirse de lo antes expuesto, cómo Alberdi vislumbraba ya la necesidad de que el intérprete utilizase más de un método para lograr desentrañar el sentido y alcance de la norma; en este caso él proponía los sistemas histórico y finalista para alcanzar tal objetivo.

Como síntesis de este enfrentamiento dialéctico entre las ideas de dos grandes autores patrios, Sarmiento y Alberdi, se terminaron imponiendo finalmente, las ideas de este último ²⁵, y sus obras recibieron el apoyo de la doctrina de la época, de los convencionales y también del pensamiento de los jueces de la Suprema Corte Federal, el órgano encargado de interpretar nuestra Carta fundacional.

Desde principios del siglo XX la Corte Suprema cristalizó -en sus diferentes integraciones- el criterio expuesto por el ilustre tucumano; sirva de ejemplo el fallo del 2 de junio de 1937 ²⁶ en el cual se puede observar nítidamente cómo a través de décadas después de la sanción del histórico texto constitucional, recobraban vigencia y vitalidad las frases del prócer. Dicen los jueces en la citada sentencia: «... *El mayor valor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y beliciosas...*», las ideas de Alberdi empezaban a cobrar importancia y ello sería determinante para la hermenéutica de la Constitución federal de nuestro país.

Naturalmente, debido al dinamismo propio del paso de los tiempos, la técnica interpretativa, si bien se centró en el análisis de la realidad sociocultural y el sistema económico-financiero propios de nuestro país, tal como postulara Alberdi, no ha sido siempre la misma: el criterio de la Suprema Corte ha ido actualizándose junto con el devenir de la historia, y ello es loable, porque la Constitución no puede ser interpretada siempre a través de las mismas

técnicas, desconociendo los avances y retrocesos propios de la historia, sino que es necesario amoldar el texto del constituyente del siglo XIX a las necesidades y a la casuística que nos revela la cambiante realidad.

En razón de ser la Corte Suprema de Justicia de la Nación la intérprete original del texto constitucional, por imperativo del art. 117 de dicho cuerpo normativo, he considerado propicio hacer un racconto sobre los fallos del máximo tribunal argentino dictados en las últimas décadas, para analizar las distintas metodologías interpretativas utilizadas por el alto tribunal, y confrontarlos con las históricas ideas y pensamientos que el eximio jurista tucumano sostuviera en su tiempo y que sucintamente he desarrollado *infra*.

III. El pensamiento actual de la Corte Suprema Nacional respecto a la hermenéutica constitucional

La opinión de la Corte Suprema en este punto adquiere medular importancia por dos motivos: el primero de ellos estriba en que es el órgano al cual la propia Constitución Nacional le ha encargado la dura tarea de su interpretación (art. 117 C.N.); y en segundo lugar, porque sus decisiones obligan «moralmente» a los tribunales inferiores, siempre que se observen en el caso concreto, idénticos hechos ²⁷.

Ilustremos con algunos fallos lo anteriormente expuesto: *«El apartamiento y desconocimiento a un fallo dictado en la causa por la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta particularmente grave, porque se asienta en la ignorancia o el desprecio de la jurisprudencia emitida por el alto tribunal acerca de la recta interpretación de la Constitución Nacional y la ley, en el sentido de que sus sentencias deben ser lealmente acatadas tanto por las partes, como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas»* (C.S.J., 14/11/89 en D.J., 1990-1-708).

«Decidir si un asunto ha sido conferido a otro poder del Estado es en sí mismo un delicado ejercicio de interpretación constitucional y una responsabilidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional» (C.S.J., 17/12/97 en Fallos, 320:2851 y en L.L., 1997-F-884); y en idéntico sentido puede consultarse también L.L., 1998-A-456 con nota de Humberto Quiroga Lavié; L.L., 1999-A-113 con nota de Rafael Bielsa y Carlos Garber; D.J., 1998-1-469 y en L.L., 1998-C-574.

«Una de las funciones más importantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es interpretar la Constitución Nacional, de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (Del voto de los Dres. López y Vázquez, con disidencia de los Dres. Fayt y Boggiano)» C.S.J., 8/9/98 en Fallos, 321:2501.

Habiendo dejado en claro ya que la Corte es el órgano competente para interpretar la Constitución Nacional, entonces resta ahora ocuparnos de los métodos que han de utilizarse a tal fin.

Tal como expusiera en un trabajo anterior ²⁸, la regla fundamental es que el juzgador debe atenerse plenamente a las palabras de la ley cuando la norma es clara en su texto, responde a los fines tenidos en cuenta por el legislador y armoniza con el resto de las disposiciones constitucionales; en realidad en estos casos más que de «interpretación» debiéramos hablar de «aplicación» de la norma constitucional; estamos aquí frente al deber de los jueces de respetar las leyes, y con más razón aún la Constitución Nacional, que es la ley suprema.

La primera regla de interpretación consiste entonces, en respetar la voluntad del constituyente y, en tal sentido, *«cabe estar a las palabras que ha utilizado, pues dichos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, siendo en definitiva la misión de los jueces el dar pleno efecto a las normas vigentes* (C.S.J., 16/3/99 en L.L., 1999-C-153; en idéntico sentido también puede verse J.A., 1998-IV-211; J.A., 1996-IV-síntesis; L.L., 1997-B-404; J.A., 1995-II-507) ya que la exégesis de la norma, aun con la finalidad de adecuarla a principios o garantías básicas del derecho constitucional, siempre debe ser practicado sin violación a su letra o a su espíritu (C.S.J., 4/5/95 en J.A., 1996-I-525 y en

E.D., 165-58; y en idéntico sentido puede consultarse el fallo publicado en E.D., 152-133 de la C.S.J. de fecha 21/4/92).

Ha dicho el máximo tribunal, reunido en pleno y por unanimidad, que *«La primera regla de interpretación es dar pleno efecto a la intención del constituyente, y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra del texto constitucional. Así los magistrados no deben sustituir al constituyente, sino aplicar la norma tal como éste la concibió, pues las normas deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean»* (C.S.J., 25/9/97 en D.J., 1998-2-812); y a las palabras utilizadas por el constituyente hay que darles el significado que habitualmente ellas tienen en el uso corriente (C.S.J., 11/6/98 en E.D., 179-443; y en idéntico sentido en fallo del 10/8/95 publicado en J.A., 1996-II-206 y en L.L., 1997-A-471 y en fallo del 23/11/93 publicado en RED N° 28), de modo tal de no violentar el significado que ordinariamente se les tiene asignado (C.S.J., 25/9/97 en D.J., 1992-2-812 y también el fallo de fecha 15/10/98 en Fallos, 321:2767). Aun en casos extremos los jueces no pueden invadir las atribuciones del constituyente, sin alterar el principio de la división de poderes que sustenta a la institución republicana (C.S.J., 5/11/96 en J.A., 1999-IV-síntesis; y en idéntico sentido véase L.L., 1986-E-702; L.L., 1992-D-589; L.L., 1992-D-30).

La necesidad de aplicar las técnicas provistas por la hermenéutica constitucional se requieren cuando en la norma se observen términos vagos o ambiguos que permitan la afirmación de varias interpretaciones distintas e incongruentes, o incompatibles entre sí; en esos casos entonces debemos apelar a los métodos interpretativos que nos permitan desentrañar el sentido o el alcance de una norma constitucional (confr. C.S.J., 16/11/82 en Fallos 304:1636; C.S.J., 13/10/94 en J.A. 1995-I-686; entre otros precedentes que confirman lo anteriormente expuesto).

La Corte Suprema, al igual que el resto de los tribunales inferiores, no ha sido constante en su pensamiento respecto del método que resulta más idóneo para desentrañar el sentido y alcance de las normas constitucionales; lo que sí debe quedar claro es que no podemos pretender encontrar un solo método que cubra de manera satisfactoria la totalidad de los casos que puedan presentarse en la realidad fáctica; por ello nos abocaremos a dilucidar, a través del estudio de los fallos de la Corte, cuáles han sido en las últimas décadas los criterios establecidos respecto del modo en que deben combinarse las técnicas interpretativas, a los fines de lograr el resultado ansiado por la hermenéutica constitucional.

Nuestro máximo tribunal se ha pronunciado, desde la década del '30 en adelante, a favor del método sistemático o dinámico -se trata de la misma técnica, difiere la denominación según la corriente ideológica de que se trate-, dejando atrás el viejo sistema exegético y el postulado por la Escuela Histórica del Derecho de Savigny. Reflejando lo descrito, Julio Oyhanarte en *Poder político y cambio estructural en la Argentina* expresa que *«Esta línea de encadenamiento al pasado concluyó en «Avico c/ De la Pesa» en 1934 -el fallo puede verse en Fallos, 172:29- donde la Corte Suprema hizo suya una frase escrita en 1910 por Ballot Baupé: es preciso adaptar el texto, liberal y humanamente a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin rezagarse a buscar obstinadamente cuál ha sido, hace cien años, el pensamiento de los autores...»*.

Tal como lo describe Oyhanarte, al precedente mencionado *ut supra*, le siguieron otros tantos que terminaron por reafirmar el criterio del máximo órgano jurisdiccional de la Nación. Pueden mencionarse los fallos de la Corte que fueron oportunamente publicados en: Fallos, 211:162; Fallos, 240:223; Fallos, 256:568 y Fallos, 264:416.

Así pues, en reiteradas oportunidades se ha sostenido que la interpretación de la Constitución Nacional debe tener en cuenta, además de la letra, la finalidad perseguida y la *«dinámica»* de la realidad (C.S.J., 10/12/97 en Fallos, 320:2697; y en idéntico sentido pueden verse los fallos de la Corte publicados en Fallos, 321:2767; Fallos, 320:2851; J.A., 1995-I-686; J.A., 1995-III-síntesis; entre otros); ninguna de las normas de la Ley Fundamental de la Nación puede ser interpretada en forma aislada, desconectándola del todo que compone, y la interpretación debe hacerse, al contrario, integrando las normas en la unidad sistemática de la

Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas (C.S.J., 7/5/97 en Fallos, 320:875; y en el mismo sentido puede consultarse Fallos, 320:74; Fallos, 322.1731; Fallos, 319:3241; Fallos, 310:2709).

De la simple lectura de los precedentes se desprende la idea de la Corte respecto de la utilización del método dinámico para interpretar nuestra Ley Fundamental; de manera de lograr compatibilizar y armonizar sus normas, evitando analizarlas como si se tratase de algo escindido del resto del plexo normativo; éste es pues el paradigma de los métodos interpretativos de la Carta magna federal: el sistemático o dinámico.

Existe asimismo un fallo de la Corte que aclara el funcionamiento del citado método dinámico o sistemático; se trata del caso «Rubén L. Iscaro» que data de 1956²⁹, en él se encontraba ventilándose la posibilidad de declarar el estado de sitio y frente a qué circunstancias fácticas ello debía ser viable de acuerdo a la Constitución Nacional. En el caso, los recurrentes afirmaban que de acuerdo a la lectura del art. 23 de la Carta Magna, solamente cabría declarar dicho estado «en determinado lugar» y ello nunca sería posible en «todo el país», porque no eran esos los términos que los constituyentes del '53 utilizaron. En dicha oportunidad, y con el voto del Dr. Alfredo Orgaz -en ese entonces, presidente de la Corte Suprema-, entendió que lo postulado por los recurrentes pudo seguramente ser el pensamiento de los constituyentes históricos, pero señaló que «... *han cambiado las circunstancias en que la Constitución fue dictada... y las condiciones actuales de la vida argentina hacen que el peligro surgido en una región del país generalmente amenace a toda la Nación, por consiguiente, cualquiera que haya sido la voluntad psicológica de los congresales de Santa Fe, en la Argentina de hoy, el estado de sitio puede abarcar el íntegro territorio del país*». ¡Más que elocuentes las palabras del Dr. Orgaz, para explicar la aplicación y eficacia del método sistemático, sobre la Constitución!

Pero, como he señalado *supra*, no puede pretenderse encontrar una sola técnica idónea para la totalidad de los casos que se presenten en la realidad. En ocasiones puntuales retoman importancia otros métodos y es legítimo y loable que el juzgador los utilice como herramienta para su obra de justicia. En este sentido se ha sostenido en algunos precedentes, por ejemplo, que la interpretación constitucional debe tener en consideración, además de la letra, la finalidad perseguida por el constituyente (C.S.J., 15/10/98 en Fallos, 321:2767) porque la obra genuina de los intérpretes, y en particular de los jueces, es consagrar la interpretación que asegure los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución Nacional (C.S.J., 13/8/98 en Fallos, 321:2031).

Los fallos antes citados, en realidad, son notablemente menos que aquéllos que sostienen la interpretación sistemática como paradigma para la hermenéutica constitucional, de lo que puede fácilmente inferirse que la interpretación finalista, aplicada a algunos casos concretos por la Corte, es sólo un recurso excepcional del que goza el intérprete de los textos constitucionales.

IV. Conclusiones

A esta altura, debe haber comprendido ya el lector, que las históricas ideas del ilustre Juan Bautista Alberdi, respecto de los métodos óptimos para la interpretación del texto constitucional, no son las mismas que el máximo tribunal argentino cristaliza actualmente en sus dictámenes. Mas ello no debe extrañarnos, ni provocar perplejidad alguna, ya que esto es propio del fenómeno jurídico.

El derecho, como ciencia nutrida de «dinamismo», no es algo inmutable, sino que -por el contrario- va sufriendo los impactos de los fenómenos sociológicos, históricos y económicos que vive la sociedad en cada época y va «amoldándose» a dichas circunstancias; he ahí la causa por la que cambian las normas y, aun antes de cambiar aquéllas, se modifican los criterios de los tribunales, porque la jurisprudencia es el primer ámbito donde se producen las modificaciones y donde impactan los hechos sociales. Por ello es que en numerosas ocasiones la opinión de la jurisprudencia sobre algún tema particular se modifica sensiblemente a través del tiempo, y sin embargo las leyes siguen siendo las mismas.

Naturalmente, las ideas que a principios del siglo fueran unánimemente aceptadas por la doctrina patria y aplicada por nuestro máximo tribunal, hoy ya no están en boga. Pero el hecho de que no tengan aplicación de la manera pura y simple, tal como fueron concebidas por el prócer, no implica que las ideas de Alberdi hayan caído en el olvido. Por el contrario, continúan influyendo decididamente en la actual doctrina judicial aun con ropajes diferentes.

Es así como me animo a sostener que Juan Bautista Alberdi resulta ser la figura jurídica más eminente de su época, pese a ser también uno de los más discutidos. Su fuerza dialéctica y su luminoso espíritu le otorgaron un prestigio que perdura en nuestros días. La esencia de su pensamiento ha sido una de las principales bases sobre las que se ha erigido la doctrina patria. Sus ideas entonces, se han mantenido, estudiado y admirado a través del tiempo. Aún hoy... ¡más de un siglo después!

Notas:

* Académico de número.

¹ Confrontando lo antes dicho, puede verse: Héctor MASSNATA, «Interpretación de la Constitución» en L.L., 1994-D-116; Germán BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. I, pág. 312; BECERRA FERRER y otros, *Manual de derecho constitucional*, t. I, pág. 48; César ROMERO, *Introducción al derecho constitucional*, pág. 70.

² BECERRA FERRER y otros, *Manual de derecho constitucional*, t. I, pág. 48.

³ Segundo LINARES QUINTANA, *Reglas para la interpretación constitucional*, pág. 10.

⁴ SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, Buenos Aires, Losada, 1949, pág. 82.

⁵ DEMOLOMBE, *Cours de Droit Français*, t. I, pág. 135. Sin pretender agotar el elenco de definiciones que existen sobre la temática planteada en este estudio, recomiendo la lectura de los siguientes autores extranjeros: LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, pág. 9; MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, pág. 194; y en el ámbito nacional me remito, en honor a la brevedad, a lo por mi expuesto en *Temas prácticos de derecho procesal civil* en el Capítulo 6 de la obra, donde analizo minuciosamente los diferentes aspectos de la interpretación jurídica en general.

⁶ En *Reglas para la interpretación constitucional*, pág. 14.

⁷ BECERRA FERRER y otros, ob. cit., t. I, pág. 51.

⁸ LINARES QUINTANA, *Reglas para la interpretación constitucional*.

⁹ En su obra *Bases y puntos de partida para la organización...*, edición de la Academia de Derecho de Córdoba, pág. 185.

¹⁰ Germán BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. I, pág. 313.

¹¹ En este sentido contamos con un reciente precedente en que la Corte Suprema declaró «inconstitucional» una norma contenida por nuestra Constitución de la Provincia (C.S.J., 19/3/2002 en autos «Banco del Suquía S.A. c/ Juan Tomassini PVE»).

¹² Reseñado por Marjorie FRIBOURG, *La Suprema Corte de Justicia en la historia de los Estados Unidos de América*, México, 1966.

¹³ En *Introducción al derecho constitucional*, pág. 71 y ss..

¹⁴ Conf. BECERRA FERRER y otros, ob. cit., t. I, pág. 49.

¹⁵ Ob. cit., t. I, pág. 21.

¹⁶ Felipe PÉREZ, *La Constitución Nacional y la Corte Suprema*, t. I, pág. 24.

¹⁷ Tomado de Héctor MASSNATA, «Interpretación de la Constitución», L.L., 1994-D-116.

¹⁸ Principalmente la de Story.

¹⁹ Sabido es la afición de Alberdi por la buena música, de la que no era sólo un mero oyente sino también ejecutante y aun compositor. En sus *Obras completas* pueden verse sus títulos de 1832, «El espíritu de la música» y «Ensayos sobre un método nuevo para aprender a tocar el piano». Seguramente habrían influido en él las nuevas ideas respecto del modo de interpretar a autores como Juan Sebastián Bach o Haendel, que escribieron sus obras antes del nacimiento de nuevos instrumentos como el piano. Mientras para los más tradicionalistas esas obras debían ejecutarse «al modo de la época», de manera que no traspasaran las limitaciones del pasado -así las obras de teclado de Bach debían ejecutarse de manera «clavecinística» ya que fueron escritas para el clave o el clavecín prescindiendo absolutamente de los nuevos aportes del piano- para otros -y creo que Alberdi participaría de este criterio- el intérprete era libre en su ejecución y no sólo podía sino que debía contribuir a

la obra original de tan egregios autores con las riquezas del nuevo instrumento, suponiendo que de haberlos conocido Bach o Haendel las hubieran aprovechado.

²⁰ Tomo III, *Estudios constitucionales*, pág. 33.

²¹ Fragmento extraído de *Obras selectas*, t. III, pág. 34.

²² Conf. Felipe PÉREZ, ob. cit., t. I, pág. 26.

²³ *Fragmento preliminar al estudio del derecho en Obras selectas*, t. XI, p. 439.

²⁴ *Bases y puntos de partida para la organización...*, Ediciones de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, pág. 183.

²⁵ Conf. Héctor MASSNATA, ob. cit., L.L., 1994-D-116.

²⁶ Fallos, 178:9.

²⁷ Ver sobre el tema de la obligatoriedad de los fallos de la C.S.J., la nota de Claudia RODRÍGUEZ, «La técnica de la cita del precedente y la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte», J.A., 2002-II- fascículo 5, pág. 55.

²⁸ «La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la interpretación de las leyes» en *Libro Homenaje a Vélez Sársfield*, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo III, pág. 491.

²⁹ Fallos, 236:632.

Alberdi y el Derecho
Internacional

***El jus ad bellum en «El crimen de la guerra»
de Alberdi y su proyección en el
derecho internacional actual***

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

**El derecho internacional en el
pensamiento de Alberdi**

ERNESTO J. REY CARO

**Juan Bautista Alberdi frente
al protocolo diplomático**

MARÍA INÉS RODRÍGUEZ AGUILAR Y

MIGUEL JOSÉ RUFO

EL *JUS AD BELLUM* EN «EL CRIMEN DE LA GUERRA» DE ALBERDI Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL

por ZLATA DRNAS DE CLÉMENT *

SUMARIO: Introducción. I. Causales admisibles para el recurso de la fuerza en las relaciones internacionales. a. Legítima defensa. b. Guerra de liberación. c. Acción de la comunidad internacional organizada para hacer cesar una guerra criminal. c.1. Acción a través del Consejo de Seguridad. c.2. Acción a través de la Asamblea General. c.3. Intervención de los miembros de las Naciones Unidas actuando en el interés común de los pueblos de la Organización. 2. Intervención internacional institucionalizada para impedir que los conflictos desemboquen en uso de la fuerza. a. Constitución de tribunales. Internacionales. b. Desarme. Conclusiones.

Introducción

Alberdi, en su faceta jurídica, no sólo ha sido el guía orientador de la Carta Magna de los argentinos, también ha sido uno de los más destacados sostenedores del denominado derecho internacional americano ¹, basado en concepciones pacifistas y de alta honorabilidad en las relaciones interestatales. Sus puntos de vista relativos al orden político-social de Argentina, América y el mundo, forman un todo indivisible de alta raigambre filosófica ².

Perteneció a una sociedad, como la nuestra de hoy, doliente en la pugna por hallar su equilibrio vital y cristalizarlo en nuevas bases institucionales para el país. Necesidades profundas, ajenas a la mera formalidad normativa. Exigencias inmediatas de decisión y compromiso para el ser colectivo. Llamamientos que, al decir de Alberdi, requerían un alejamiento de la filosofía ecléctica, por su carácter vacilante, pusilánime, ambiguo ³.

El crimen de la guerra fue comenzado a escribir para un certamen organizado en París por la *Liga Internacional y Permanente de la Paz*, en 1870, poco antes de estallar la guerra franco-prusiana. Alberdi, en nota a las autoridades de la *Liga*, expresó su interés en participar en el concurso sólo para «llamar la atención sobre sus ideas» en «una ocasión especial en el interés de América», pero no por el premio, al que renunciaba en la hipótesis de merecerlo ⁴. El pacifismo que emerge de la obra ⁵, puede hallar fuente en las experiencias que le tocó vivir como diplomático en Francia. La vivencia del tiempo de las Guerras de Crimea, de los Balcanes, de Italia, de Austria, las colonizaciones de Argelia, Senegal, Indochina, las intervenciones en Suez, Madagascar, China del Norte y México, entre otras acciones militares, probablemente, cimentaron su condena a la guerra. El trabajo bien responde a la placidez del pequeño pueblo de Saint André de Fontenay (Normandía) donde fue escrito. Tal vez, el ombú que logró hacer crecer en la propiedad campestre de la familia de su amiga Angelina Daugé, contribuyó a permitirle sentir la paz universal como bien supremo de la sociedad internacional, percibir la insignificancia de las distancias, la equivalencia de las esencias entre su Tucumán natal y cualquier rincón del planeta, como la ondulada campiña francesa.

Su condena a la guerra puede enfocarse desde diferentes complejos analíticos. Sin embargo, cualquiera de ellos pone en evidencia la profundidad y perennidad de su pensamiento. A los fines de esta presentación nos detendremos sólo en dos aspectos tratados en *El crimen de la guerra*, ambos vinculados al *jus ad bellum* en las relaciones internacionales: I) las causales admisibles para el recurso a la fuerza en las relaciones internacionales, y II) la necesidad de intervención internacional institucionalizada para impedir que los conflictos desemboquen en uso de la fuerza.

I. Causales admisibles para el recurso de la fuerza en las relaciones internacionales

Alberdi, a pesar de haber vivido en tiempos del denominado derecho internacional clásico, en el que la guerra de agresión era aún considerada un medio lícito de política internacional, con alto sentido de humanidad y justicia, se adelantó en la concepción de la idea de civilización del «pueblo - mundo» y del «deber ser» en las relaciones internacionales, en más de medio siglo con relación a las visualizaciones de su época, calificando a la guerra, de modo genérico, como «crimen».

Es dable observar que la estructura del concepto de *jus ad bellum* en Alberdi es equivalente a la que podemos considerar vigente en la actualidad. Más aún, a más de ciento treinta años de la redacción de *El crimen de la guerra*, no podemos observar que el pensamiento internacional haya avanzado por sobre las bases de las ideas alberdianas en torno de la guerra y sus causas legítimas.

El sistema onusiano, a través de la Carta y sus desarrollos, al igual que Alberdi, reconoce sólo tres excepciones a la proscripción del uso de la fuerza y, asombrosamente, son las mismas que el tucumano, con profundo y perdurable criterio de justicia, señalara en 1870: la legítima defensa, la guerra de liberación y la acción de la comunidad internacional organizada para hacer cesar la guerra criminal y sancionar a los violadores de la paz.

En tal sentido, cabe hacer presente que la Carta de Naciones Unidas (CNU) proscribiera el recurso a la fuerza en términos generales pero no absolutos. Así, el art. 2º (4) de la Carta dispone que: «... los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas».

El uso de la fuerza resulta compatible con los Propósitos de la Carta cuando: es manifestación del derecho natural de legítima defensa; su empleo está dirigido a hacer cesar una dominación colonial establecida por la fuerza, o bien, su uso es llevado adelante en el marco de una «acción del Consejo de Seguridad» o en «interés común» de los pueblos de las Naciones Unidas. Ello, como lo señaláramos precedentemente, en un todo de acuerdo con el pensamiento del gran jurista tucumano.

a. Legítima defensa

Alberdi recordó que la justicia y el crimen están armados de una misma espada para herir y para matar, pero que en el primer caso, se trata de un acto de justicia por ser un acto de defensa. Así, *i.a.* expresó: «*el que mata a un hombre armado y en estado de defenderse, no asesina*»⁶.

Se pregunta Alberdi «*¿Qué clase de agresión puede ser causa justificativa de un acto tan terrible como la guerra? Ninguna otra que la guerra misma. Sólo el peligro de perecer puede justificar el derecho de matar*»⁷. «*El hombre sólo puede matar en defensa de su propia vida y el derecho que no tiene el hombre no lo tiene el Estado*». «*Lo que es regla en el hombre individual, lo es en el hombre colectivo*»⁸. «*La guerra no puede tener más que un solo fundamento legítimo, y es el derecho a defender la propia existencia. En este sentido, el derecho de matar se funda en el derecho de vivir, y sólo en la defensa de la vida se puede quitar la vida*»⁹.

En su pensamiento, además, se hallan presentes las ideas de necesidad de imponer límites a la legítima defensa y la exigencia de proporcionalidad en la respuesta a la agresión. Ello, particularmente, al señalar que «*la guerra [defensiva] empieza a ser un crimen desde que su empleo excede la necesidad estricta de salvar la propia existencia*»¹⁰.

Esta visualización encuentra perfecto eco en el art. 51 de la Carta de Naciones Unidas, el que consagra «el derecho inmanente¹¹ de legítima defensa, individual o colectiva», pero lo condiciona al caso de repulsa a un ataque armado y ello, sólo hasta tanto la Organización, a través del órgano competente, haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales.

b. Guerra de liberación

En la idea de legítima defensa, queda incluido, por extensión, el derecho de libre determinación. Prácticamente, todos los pensamientos de Alberdi referidos al derecho a defender la propia vida son aplicables a la guerra de independencia. Pero, además, expresamente, Alberdi ha señalado que «una guerra de liberación, lejos de ser un crimen es un acto de justicia», que la dominación por la fuerza es «violencia que se ejerce sobre las personas» y quien la repele matando a un hombre armado «no asesina», sino que se defiende¹². Esta visión se ve reforzada con la frase de *El crimen de la guerra* que reza: «toda guerra, como toda violencia sangrienta, es un crimen o es un acto de justicia, según la causa moral que la origina»¹³.

El sistema onusiano, a más de incorporar la igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos entre los propósitos de las Naciones Unidas [art. 1º (2)], ha desarrollado un complejo normativo que, explícitamente -al igual que lo hiciera Alberdi- establece una excepción a la proscripción del uso de la fuerza cuando se trata de pueblos sometidos a dominación extranjera por la fuerza.

Así, la Resolución 2625 (XXV), denominada *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad a la Carta de las Naciones Unidas*, establece en el párrafo quinto del principio quinto, que «(...) en los actos que se realicen y en la resistencia que opongan [los pueblos] contra [las] medidas de fuerza [dirigidas a privarlos de la libertad], con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo (...)». Además, en el mismo principio, dispone que los pueblos sometidos tienen derecho a usar la fuerza para rebelarse contra su opresor. Si bien, parte importante de la doctrina ha sostenido que ese enunciado sólo puede interpretarse como facultad para la obtención de un apoyo indirecto no armado, no resulta razonable pensar que un pueblo pueda llegar a liberarse de un dominador que se impone por la fuerza de las armas sin acceder a la posibilidad de defenderse con idénticos recursos. Ello, especialmente, atendiendo a que en el sistema de la ONU no existe ámbito alguno previsto ante el cual un pueblo sometido pueda reclamar su liberación.

La práctica internacional confirma el derecho al uso de la fuerza para el ejercicio de la autodeterminación cuando se trata de pueblos sometidos violentamente, ya que, cuando el sojuzgamiento ha puesto en evidencia el carácter ilícito de la dominación, las mismas Naciones Unidas han tolerado e incluso apoyado la resistencia armada. Tales son los casos, *i.a.* de Namibia, Bangladesh, Croacia, Bosnia-Herzegovina, población albanesa de Kosovo.

Además, el párrafo séptimo del principio quinto de la referida resolución reafirma esa interpretación lógica al agregar que: «ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color»¹⁴. Es decir, que los Estados que no se conducen de conformidad con el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos no gozan de la garantía internacional a su integridad territorial. En este caso, al igual que en lo señalado precedentemente con relación al derecho a pedir y recibir ayuda, no resulta razonable pensar en la posibilidad de desmembramiento de un territorio sometido coactivamente sin que medie uso de la fuerza para conseguirlo.

La Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, denominada *Definición de la Agresión*, en el art. 7º, establece que «nada de lo establecido en esta definición, y en particular en el art. 3º, podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, a la libertad y a la independencia, tal como surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad a la Carta de las NU*, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta y en conformidad con la *Declaración* antes mencionada»¹⁵. Al tratarse de una excepción a la

definición y caracterización de la agresión, ha de interpretarse que los actos (uso de la fuerza) ¹⁶ enunciados en los arts. 1º y 3º no han de constituir agresión en los casos de pueblos sometidos.

Tal como lúcidamente lo sintetizara Alberdi, «no hay un modo más poderoso de evitar la guerra, no hay un medio más radical de conseguir su supresión (...) que la libertad» ¹⁷. A tal punto sostiene este pensamiento que al referirse a la guerra de la independencia sudamericana, señaló que «lejos de ser un crimen (...) fue un gran acto de justicia» ¹⁸.

c. Acción de la comunidad internacional organizada para hacer cesar una guerra criminal

El jurista tucumano ha expresado que «conviene no olvidar que no siempre la guerra es un crimen: también es justicia cuando es el castigo del crimen de la guerra criminal» ¹⁹.

En el derecho internacional contemporáneo, la cesación de la guerra de agresión y de otras acciones criminales que suelen acompañarla ²⁰, se ha logrado a través de acciones de restablecimiento de la paz de la Organización de las Naciones Unidas, ya sea:

- A través del Consejo de Seguridad.
- A través de la Asamblea General
- Por la «intervención» de miembros de la Organización, actuando en el interés común de los pueblos de las Naciones Unidas, en defecto de los dos anteriores.

c.1. Acción a través del Consejo de Seguridad

El primer Propósito de las Naciones Unidas es «mantener la paz y seguridad internacionales y con tal fin tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medio pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz».

En el sistema de la ONU, los miembros han conferido al Consejo de Seguridad la «responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales» y han reconocido que el Consejo «actúa a nombre de ellos» al cumplir tales funciones (art. 24 de la CNU). Más aún, los miembros se obligan a «aceptar y cumplir las decisiones del Consejo» (art. 25 de la CNU).

El Consejo, de conformidad con el art. 39 de la CNU, determina la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hace recomendaciones o decide qué medidas deben ser tomadas para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales. Esas medidas pueden implicar o no el uso de la fuerza armada (arts. 41 y 42 de la CNU).

Estos desarrollos reflejan y guardan plena coherencia con pensamientos centrales de Alberdi, entre ellos: «el mal de la guerra no consiste en el empleo de la violencia, sino en que sea la parte interesada la que se encargue de ella. Ya se sabe que no hay justicia que no tenga que usar la violencia para hacerse respetar y cumplir» ²¹; «no hay más que un medio de transformar la guerra en el sentido de su legalidad: es arrancar el ejercicio de sus violencias de entre las manos de sus beligerantes (...)» ²²; es necesario «sustituir la violencia necesariamente injusta y culpable de la parte interesada por la violencia presumida justa en razón del desinterés del juez» ²³... «el derecho internacional será una palabra vana mientras no exista una autoridad internacional capaz de convertir ese derecho en ley y de hacer de esta ley un hecho vivo y palpitante» ²⁴.

A tal punto el sistema de la ONU ha captado idéntica idea que -tal como ya lo señaláramos- incluso el derecho a la legítima defensa (a pesar de las imperfecciones del sistema onusiano), es admitido sólo «hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales» (art. 51 de la CNU).

c.2. *Acción a través de la Asamblea General*

En numerosas oportunidades, por diversos y complejos motivos, el Consejo de Seguridad no logró el acuerdo necesario para cumplir con su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz.

Si bien, tanto el Consejo como la Asamblea General son órganos principales de la Organización y, en principio, la Asamblea está facultada para entender en todo tipo de cuestiones, a los fines de asegurar la unidad de acción del sistema, de conformidad al art. 12 de la CNU, la Asamblea debe abstenerse de pronunciamientos mientras el Consejo se esté ocupando de una cuestión vinculada a la paz y seguridad internacionales. No obstante, cuando el Consejo, por falta de consenso, no ejerce su responsabilidad primordial en la materia, la Asamblea General se ha visto llamada a intervenir en cuestiones de paz y seguridad internacionales. Así, ha adoptado la Resolución 377 (V, denominada *Unión para la Paz (Dean Acheson)*), la que «resuelve que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, en todo caso en el que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros las recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y seguridad internacionales».

c.3. *Intervención de los miembros de las Naciones Unidas actuando en el interés común de los pueblos de la Organización*

Cuando ni el Consejo de Seguridad ni la Asamblea General adoptan medidas suficientes para restaurar la paz, a pesar de haberse pronunciado sobre la licitud o no de determinadas acciones de los Estados, expresamente, el Preámbulo de la CNU admite el «uso de la fuerza» por parte de los miembros con la condición de que tal acción sea «en interés común».

Fortalece esta posición lo dispuesto en el art. 24 de la CNU, el que hace referencia a la responsabilidad «primordial» pero no exclusiva del Consejo en materia de paz y seguridad. A ello se agrega que el carácter vinculante de las decisiones del Consejo implica una obligación frente a una medida concreta adoptada, pero no un deber de impasibilidad frente al silencio o la inoperancia del órgano responsable de mantener o restaurar la paz. Ello, especialmente, cuando se trata de guerra de agresión que conlleva graves violaciones de derechos fundamentales del hombre o del derecho internacional humanitario. En estos casos, frente a la incapacidad de actuar de los órganos de la ONU, hay un deber de los miembros de adoptar las medidas necesarias para hacer cumplir los propósitos y principios de la CNU y con ello, realizar el «interés común».

El «interés común» puede ser pronunciado por múltiples vías, particularmente, por los órganos de las NU, debiendo ser ejecutado, por terceros no involucrados o interesados en el conflicto. Estas bases jurídicas coinciden plenamente con la visión del diplomático, jurista y filósofo argentino que pretendemos homenajear con estas recordaciones y comentarios.

Alberdi ha señalado: «*la espada de la justicia no es espada de guerra*» «*si es neutral en el debate*»²⁵. Además, no ha dejado de reconocer que «*la guerra puede ser el único medio de hacerse justicia a falta de un juez*»²⁶.

Estas ideas alberdianas pueden ser complementadas con otras, entre ellas: que «*el juez único de los Estados que combaten sobre un punto litigioso, es el mundo neutral [ya que] (...) su competencia (...) descansa en un doble título de imparcialidad y conveniencia: no conveniencia en que triunfe una parte más que otra, sino en que no pidan a la guerra la solución imposible de sus conflictos*»²⁷. «*La guerra de todos contra uno es el único medio de prevenir la guerra de uno contra todos, así se trate de Estados o de individuos*»²⁸.

El ilustre tucumano señaló que la guerra «*es justicia cuando es el castigo del crimen de la guerra criminal*», agregando en el mismo párrafo que «*el homicidio es crimen cuando lo*

*comete el asesino, y es justicia cuando lo hace ejecutar el juez»*²⁹. Esta visión de la idea de «castigo», si bien vinculada -en las palabras mismas de Alberdi- al derecho penal internacional, a la luz de los desarrollos actuales del derecho internacional público, tiene una doble dimensión perceptiva con relación al tipo de responsabilidad: a) crimen internacional atribuible al Estado; b) crimen *de* derecho internacional imputable a la persona que actuó como dirigente, organizador, instigador o cómplice en ese crimen. En ambos casos se exige que el castigo sea impuesto por tercero imparcial.

La percepción alberdiana se ajusta visionariamente a esta doble dimensión de la idea de «crimen»³⁰, la que no sólo implica un «crimen de Estado» sino también un «crimen *de* derecho internacional» y la necesidad de sancionar a quien ha ordenado, dirigido, colaborado, instigado, la acción criminal. Concepción que está en la base de los modernos desarrollos actuales del denominado «derecho penal internacional»³¹.

Cuando los Estados, a falta de acción positiva del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General se han visto llamados a hacer cesar una guerra de agresión o la comisión de otros crímenes internacionales³², se ha solido hablar de «intervención».

En este punto encontramos otro encastre significativo con el pensamiento de Alberdi: la necesidad de que el uso de la fuerza para hacer cesar una guerra criminal sea aplicado por un tercero neutral. Así, en el derecho internacional moderno se ha distinguido la intervención ilícita de la denominada «humanitaria» o «por razones de humanidad». La primera puede ser definida como forma autoritaria de intromisión por parte de uno o varios Estados en asuntos de jurisdicción interna de otro u otros Estados *con el fin de satisfacer sus propios intereses*, contrariando al derecho internacional. La segunda se puede conceptualizar como la acción coercitiva, incluida la fuerza armada, emprendida por determinados Estados en otro Estado, con el objeto de poner fin a la agresión armada y a violaciones graves y masivas de los derechos humanos fundamentales o de normas básicas de derecho internacional humanitario. En realidad, este tipo de intervención no es más que una legítima defensa ante violaciones de normas de *jus cogens*, ya que no es dable pensar en violaciones a los derechos humanos fundamentales o al derecho internacional humanitario sin que medie el uso de la fuerza armada ilícita.

2. Intervención internacional institucionalizada para impedir que los conflictos desemboquen en uso de la fuerza

Esta intervención requiere una doble dimensión para su realización: a) la necesidad de contar con *tribunales internacionales* que pronuncien el derecho de los contendientes, y b) la necesidad de avanzar en el *desarme*.

a. Constitución de tribunales internacionales

Alberdi ha señalado que es necesario «*arrancar el ejercicio de sus violencias de entre las manos de los beligerantes y entregarlo a la humanidad convertida en Corte soberana de justicia internacional y representada (...) por los Estados más civilizados de la tierra*»³³.

Alberdi, aun admitiendo la legítima defensa, encuentra dificultades para su aplicación, considerando las ventajas civilizadoras de una justicia internacional. Así expresa: «*El derecho de legítima defensa es muy legítimo sin duda; pero tiene el inconveniente de confundirse con el derecho de ofensa (...)*». «*Distinguir la ofensa de la defensa, es, en resumen, todo el papel de la justicia humana*»³⁴. «*Es la guerra una justicia sin juez, hecha por las partes y, naturalmente, parcial (...). Es una justicia que se confunde con la criminalidad*»³⁵. En esos casos, «*cada parte es a la vez juez y reo, fiscal y acusado*»³⁶.

«*Nadie se confiesa agresor, lo mismo en las querellas individuales que en las de pueblo a pueblo*». Alberdi acompaña una nota de pie de página a este párrafo que pone en evidencia su agudo espíritu de observación y que reza: «*Al oír a los beligerantes, se diría que todos se defienden y ninguno ataca, en cuyo caso los gobiernos vendrían a ser (...) más semejantes al*

*cordero que al tigre. Sin embargo, ninguno quiere ser simbolizado por un cordero o una paloma; y todos se hacen representar en sus escudos por el león, el águila, el gallo, el toro, animales bravos y agresivos. Estos símbolos son en sí mismos una instrucción»*³⁷.

*«La guerra puede ser el único medio de hacerse justicia a falta de un juez; pero es un medio primitivo, salvaje y anti-civilizado, cuya desaparición es el primer paso de la civilización (...). Mientras la guerra viva entre nación y nación, se puede decir que los estados civilizados siguen siendo salvajes en su administración de justicia internacional»*³⁸.

«(La) proporcionalidad será eternamente platónica y nominal en el derecho de gentes, mientras el juez llamado a fijar el castigo que pertenece al delito sea la misma parte ofendida para cuyo egoísmo es posible que no haya jamás un castigo condigno del ataque inferido (...).» Agrega a ello *«sólo así se explica que una nación fuerte haga expiar por otra relativamente débil, lo que su vanidad quiere considerar como un ataque a su **dignidad**, a su **honor**, a su rango (...)*»³⁹.

*«La guerra (...) da la razón al que tiene la **suerte** de vencer. Es la fortuna ciega de las armas elevada al rango del derecho». «Para ser juez imparcial, es preciso no ser parte en la disputa: es decir, es preciso ser neutral». «El único juez de los Estados que combaten sobre un punto litigioso, es el mundo neutral». «Neutralidad e imparcialidad, son casi sinónimos; y, en la lengua ordinaria, parcialidad es sinónimo de injusticia». «Si es verdad que la guerra empieza desde que falta el juez (...) la guerra será la justicia ordinaria de las naciones mientras ellas vivan sin un juez común y universal». «Yo creo que la falta de esa autoridad (autoridad común constituida por las naciones) no impide la posibilidad de una **opinión**, es decir, de un **juicio**, de un **fallo** emitido por la mayoría de las naciones, sobre el debate que divide a dos o más de ellas»*⁴⁰.

Se pregunta Alberdi *«¿Qué causa pondrá principalmente fin a la repetición de los casos de guerra entre nación y nación?»* Su respuesta -coherente con su concepción del derecho como uno y universal y del derecho internacional como «derecho civil del género humano»⁴¹- es que será *«la misma que ha hecho servir las riñas y peleas entre los particulares de un mismo Estado: el establecimiento de tribunales sustituidos a las partes para la decisión de sus diferencias»*⁴².

La comunidad internacional ha acordado diversas vías jurisdiccionales, arbitrales y judiciales. Si bien las judiciales aún no se habían constituido en tiempos de Alberdi, cubren hoy las tres dimensiones captadas por Alberdi: sancionatoria de los Estados que recurren ilícitamente a la guerra (como la Corte Internacional de Justicia)^{43 44}; sancionatoria de las acciones ilícitas de los Estados en materia de derechos humanos⁴⁵ (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos); punitivas de los individuos que cometieron crímenes *de* derecho internacional (como los tribunales penales internacionales *ad hoc* o el proyecto de Tribunal Penal Internacional de carácter permanente). Las tres vías, además, tienen efecto disuasorio y, con ello, resultan preventivas de los crímenes que conllevan las guerras.

b. Desarme

Alberdi ha enlazado, sagazmente, la idea de una justicia imparcial con la del desarme como vías para asegurar la paz. Así, ha señalado la necesidad de *«desarmar a los soberanos del poder monopolista de hacer justicia»*⁴⁶ y *«establecer la paz por la ausencia de los medios de hacer la guerra»*. *«Desarmados de la fuerza, los soberanos no harán que lo que es fuerte sea justo»*⁴⁷.

Es de destacar que distingue al «soldado» del «guerrero», aclarando que esos términos no son sinónimos ya que *«el soldado, en su más noble y generoso rol, es el guardián de la paz, pues su instituto es mantener el orden, que es sinónimo de paz, no el desorden, que es sinónimo de guerra»*⁴⁸.

Ha entendido que se puede pactar el desarme general, concediendo a cada Estado el empleo de las fuerzas únicas indispensables para el mantenimiento del orden interior, fórmula que aún hoy es no lograda aspiración de la sociedad internacional organizada.

Estos pensamientos hoy viven en las palabras del secretario general de las NU, el que hace presente que «*las armas, en sí, no causan las guerras, pero un exceso de armas alimenta la sospecha y la falta de confianza, que pueden elevar las tensiones y conducir al conflicto violento*»⁴⁹. Incluso, el alto funcionario onusiano ha ido más allá al expresar que «*hay un nuevo y creciente consenso en que la proliferación de armas de cualquier tipo -sean armas de destrucción masiva o armas pequeñas- inherentemente, constituye una amenaza a la paz*»⁵⁰.

Conclusiones

La intrincada trama de la condena de la guerra y el reconocimiento de excepciones que conforman los límites del *jus ad bellum* se asientan en la raíz misma de la construcción del derecho del «pueblo-mundo».

La gran tarea civilizadora que impone la razón sobre la fuerza tiene una estructura jurídico-filosófica compleja. Ésta fue vislumbrada por Alberdi, hace más de un siglo en toda su completitud y profundidad.

En esta breve presentación sólo hemos abordado unos pocos aspectos de *El crimen de la guerra*, ya que cada frase, cada palabra, contiene riquezas, que tocan todo el derecho internacional.

Bien dijo Alberdi con clara y amplia visión del derecho/crimen de la guerra y del derecho internacional público, adelantándose a las concepciones de su tiempo, que «*la guerra considerada como crimen (...) no puede ser objeto de un libro sino de un capítulo de libro que trata del derecho de las Naciones entre sí (...)*»⁵¹. Particularmente, llama la atención que, al ocuparse del crimen de la guerra, hace más de una centuria, reconociera que, al tratarse el tema, se tocaba «*todo el derecho de gentes por su base*»⁵².

Notas:

* Académica de número.

¹ Su *Memoria sobre la Conveniencia de un Congreso General Americano*, obra preparada para obtener el grado de licenciado (1844), influyó en la realización del *Congreso de Lima* de 1847 (J. B. ALBERDI, *Obras completas*, t. 2, pág. 387).

² C. DÍAZ CISNEROS, *Alberdi ante la filosofía y el derecho de gentes*, La Plata, Talleres Gráficos Olivieri y Domínguez, 1930, págs. 8-14.

³ *Obras completas*, t. I. Conf. C. DÍAZ CISNEROS, op. cit., pág. 16.

⁴ J. B. ALBERDI, *El crimen de la guerra*, edición de la Universidad Nacional de La Plata, 1984, pág. 1.

⁵ Trabajo publicado póstumamente (*Escritos póstumos de J. B. Alberdi, El crimen de la guerra*, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1895, t. II). Es de destacar que la referida edición no posee exactamente el mismo texto que otras posteriores, aun cuando el contenido de las ulteriores guarda la cohesión del pensamiento alberdiano.

⁶ J. B. ALBERDI, op. cit., *El crimen de la...*, pág. 14.

⁷ *Ibidem*, pág. 9.

⁸ *Ibidem*, pág. 9.

⁹ *Ibidem*, pág. 6.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 6.

¹¹ «Natural» en la versión francesa.

¹² J. B. ALBERDI, op. cit., *El crimen de la...*, págs. 6, 10, 14, 55, 66.

¹³ *Ibidem*, pág. 9.

¹⁴ El resaltado nos pertenece.

¹⁵ El resaltado nos pertenece.

¹⁶ *V. infra*.

¹⁷ J. B. ALBERDI, op. cit., *El crimen de la...*, pág. 36.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 66.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 5.

²⁰ V.gr. crímenes de guerra, de lesa humanidad, de genocidio.

²¹ *Ibidem*, pág. 14.

²² *Ibidem*, pág. 15.

²³ J. B. ALBERDI, op. cit., *El crimen de la...*, pág. 14.

²⁴ *Ibidem*, pág. 59.

²⁵ *Ibidem*, pág. 4.

²⁶ *Ibidem*, pág. 9.

²⁷ *Ibidem*, pág. 11.

²⁸ *Ibidem*, pág. 62.

²⁹ *Ibidem*, pág. 5.

³⁰ Tal el caso de los crímenes de agresión, de guerra, de lesa humanidad y de genocidio.

³¹ Así, la sociedad internacional no se ha dado por satisfecha con la cesación de los crímenes internacionales (a través de la acción del Consejo de Seguridad, la Asamblea General o de los mismos Estados) y su condena (a través de la Corte Internacional de Justicia), sino que, además, ha desarrollado un sistema penal de sanción del individuo violador a través de distintas vías: - el ejercicio de la competencia universal para el juzgamiento de los criminales; - la constitución de tribunales *ad hoc* (como los establecidos para juzgar los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia o Ruanda; la existencia de un tribunal permanente como el diseñado en el Estatuto de Roma para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional.

³² En todos los casos, se da por sobreentendido el uso de la fuerza armada por quien comete los crímenes.

³³ J. B. ALBERDI, op. cit., *El crimen de la...*, pág. 14.

³⁴ *Ibidem*, pág. 15.

³⁵ *Ibidem*, pág. 7.

³⁶ *Ibidem*, pág. 6.

³⁷ *Ibidem*, pág. 6, nota 1.

³⁸ *Ibidem*, pág. 9.

³⁹ *Ibidem*, pág. 6. El resaltado nos pertenece.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 11. El resaltado nos pertenece.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 17.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Este Tribunal dirime conflictos entre los Estados que se someten voluntariamente a ella.

⁴⁴ El rol de la CIJ puede llegar a tener características punitivas en caso de incumplimiento de una sentencia condenatoria, a través de la acción del Consejo de Seguridad [art. 94 (2) de la CNU].

⁴⁵ Inclusive en tiempos de guerra.

⁴⁶ J. B. ALBERDI, op. cit., *El crimen de la...*, pág. 17.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 17.

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 41.

⁴⁹ Discurso del secretario general de las NU ante la Conferencia de Desarme, Ginebra, 30 de enero de 1997 (SG/SM/6151).

⁵⁰ Discurso del secretario general de las UN ante la Conferencia Diplomática sobre Minas Terrestres, Oslo, 3 de septiembre de 1997 (SG/SM/6313).

⁵¹ *Ibidem*, pág. 4.

⁵² *Ibidem*.

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL PENSAMIENTO DE ALBERDI

por ERNESTO J. REY CARO

La personalidad multifacética de Alberdi, que tantos autores se han encargado de resaltar, nos ha inducido a centrarnos en su condición de jurista, área en la que descolló, y en particular efectuar algunas reflexiones sobre su incursión en aquella rama del derecho que en su época fue preferentemente conocida como derecho de gentes.

Algunos aspectos de esta disciplina fueron abordados en distintas obras y ya en 1844 ¹ manifestó su entusiasmo por la celebración de un congreso que reuniría a los Estados que recién habían dado a luz en el continente. Propuso la reducción de las fuerzas armadas ² y señaló tempranamente la existencia de un derecho internacional específico para el Nuevo Mundo ³, anticipándose así a la polémica que envolvería a Carlos Calvo y Amancio Alcorta, otros dos insignes argentinos, a fines del mismo siglo, en torno de la existencia de un verdadero derecho internacional americano. Algunas memorias y otros escritos que dan testimonio de su labor diplomática, también contienen reflexiones sobre el derecho internacional

No obstante, es en su trabajo *El crimen de la guerra* ⁴, donde el ilustre tucumano intentó desentrañar muchos aspectos vinculados con el contenido de esta rama de las ciencias jurídicas. La obra fue el fruto de maduras reflexiones de un hombre naturalmente pacifista, que presencié las luchas fratricidas que asolaron el continente americano. «*Pertenezco al suelo abusivo de la guerra, que es la América del Sud, donde la necesidad de hombres es tan grande como la desesperación de ellos por los horrores de la guerra inacabable*», afirmaba en el Prefacio, y en el primer capítulo entra de lleno en el origen histórico del «derecho de la guerra».

Alberdi trataba la temática en una época en que la doctrina europea e incluso la de este continente, siguiendo los lineamientos metodológicos de la magna obra de Grocio, autor que cita profusamente ⁵, exponía el contenido de la disciplina partiendo de una clara dicotomía: «derecho de la guerra - derecho de la paz». Constituían dos capítulos bien diferenciados en los tratados de los internacionalistas más calificados, y esta sistemática perduraría hasta mediados del siglo XX.

Más aún, el jurista holandés, dedicó el primer tramo de su obra -Libro Primero- a la guerra, preguntándose inicialmente ¿qué es la guerra?, ¿qué es el derecho?, adentrándose en primer lugar, en el estudio etimológico de la expresión latina equivalente, *bellum*. No eludió cuestiones como el alcance del «derecho de la guerra» y lo que hay de justo dentro de la guerra, materia que examina en la tercera y última parte del libro ⁶, y donde pueden encontrarse algunos principios que con el tiempo serían receptados por el hoy llamado derecho internacional humanitario, capítulo del derecho de gentes que asumiría gran relevancia a partir de las atrocidades cometidas en conflictos bélicos que estallaron poco antes que Alberdi elaborara la obra que acapara nuestra atención. No sería extraño que hubiera tenido presente los conflictos inmediatamente anteriores, como la Guerra de Crimea, y la batalla de Solferino ⁷, para enfatizar sus ideas, al margen de que el trabajo comenzó a ser concebido en 1870, es decir poco antes de que se declarara la guerra franco-prusiana.

Andrés Bello, el gran jurista de origen venezolano, contemporáneo de Alberdi y autor de una de las primeras obras científicas sobre la disciplina que dieran a luz en la América latina del siglo XIX, titulada *Principios de derecho internacional* -cuya primera edición data de 1832 y que sin duda Alberdi consultó, ya que su pensamiento está presente en muchos pasajes de la obra que impulsa estas reflexiones-, igualmente dividió el estudio del derecho internacional en dos grandes capítulos dedicados, el primero, al «estado de paz» y, el segundo, al «estado de guerra», invirtiendo el orden de Grocio.

Sin perjuicio de señalar que la guerra es la vindicación de derechos por la fuerza y que dos naciones se encuentran en estado de guerra cuando a consecuencia del empleo de la fuerza se interrumpen las relaciones de amistad -concepción ajustada a la época-, Bello destaca que «*El fin legítimo de la guerra es impedir ó repulsar una injuria, obtener su reparación, y proveer á*

*la seguridad futura del injuriado, escarmentando al agresor. Por consiguiente, las razones justificadas se reducen todas á injurias inferidas ó manifiestamente amargas (entendiendo siempre por injuria la violación de un derecho perfecto) y á la imposibilidad de obtener la reparación ó seguridad, sino por medio de las armas. Es guerra justa la que se emprende con razones justificadas suficientes»*⁸.

Esta visión de la doctrina, expresada sólo fragmentadamente, ha sido traída para mostrar la opinión de los juristas en la época de Alberdi, con la cual éste discreparía. La guerra, sin perjuicio de la discusión en torno de la distinción entre la guerra justa y la guerra injusta -materia que abordaron teólogos, filósofos y juristas a partir del siglo XVI principalmente-, era aceptada como un procedimiento internacionalmente válido para dirimir las controversias, y habría que esperar hasta 1945 para que ella fuera proscripta como instrumento lícito en las relaciones internacionales⁹.

Para Alberdi, el «derecho de la guerra», era el «derecho del homicidio, del robo, del incendio, de la destrucción en la más grande escala posible», eran actos que configuraban «crímenes por las leyes de todas las naciones del mundo»¹⁰. Esta idea, enunciada tempranamente en la obra, se constituiría en el *leit motiv* de todo su discurso y la reiteraría casi sin solución de continuidad en los restantes capítulos.

Su vinculación estrecha con el derecho de gentes, surge de su afirmación de que la guerra era un capítulo del «derecho de las Naciones», y tal capítulo era el «derecho penal internacional». Hablar del crimen de la guerra, sostenía, era «tocar todo el derecho de gentes por su base»¹¹.

No obstante, aquella idea motriz no era absoluta, ya que el jurista tucumano, reconocía algunas excepciones. «Por lo demás -afirmaba- conviene no olvidar que no siempre la guerra es crimen, también es la justicia cuando es el castigo del crimen de la guerra criminal. En la criminalidad internacional sucede lo que en la civil o doméstica: el homicidio es crimen cuando lo comete el asesino, y es justicia cuando lo hace ejecutar el juez»¹².

Asimismo, admitiendo que la guerra podía ser tanto un derecho como un crimen, se preguntaba «¿cuál es el juez encargado de discernir el caso en que la guerra es un derecho y no un crimen?, ¿Quién es ese juez?». En esa época, la respuesta de Alberdi a tales interrogantes no podía ser otra: «Ese juez es el mismo contendor o litigante»¹³, agregando que así la guerra era una manera de administrar justicia en que cada parte interesada era la víctima, el fiscal, el testigo y el criminal simultáneamente.

Alberdi ponía en descubierto las características estructurales de la comunidad internacional, signada por la carencia de órganos centrales¹⁴ y por lo tanto de la existencia de un «poder judicial» a semejanza de lo que acontecía en un Estado. Esta realidad, puesta en descubierto en 1870, fue objeto de interesantes debates en los juicios de Nuremberg, donde los aliados y vencedores juzgaron a los jerarcas y organizaciones criminales de uno de los países vencidos.

En nuestros días y pese a los avances en la institucionalización de la comunidad internacional, aquella observación de Alberdi no ha perdido actualidad.

Por ende, el mal de la guerra, en el pensamiento de Alberdi, no consistía tanto en el empleo de la violencia, como en que la parte interesada era la que se encargaba del uso de la violencia.

«Si todos los actos de que consta la guerra, por duros que se supongan -decía-, fuesen ejercidos contra el Estado culpable del crimen de la guerra o de otro crimen por un tribunal internacional compuesto de jueces desinteresados en el proceso, la guerra dejaría de ser una mal, y sus durezas, al contrario, serían un medio de salud, como lo son para el Estado las penas aplicadas a los crímenes comunes»¹⁵. Más adelante vuelve sobre esta idea cuando afirma: «Sacad la violencia de entre las manos de la parte interesada en usarla en su favor exclusivo y colocadla en manos de la sociedad de naciones, y la guerra asume entonces su carácter de mero derecho penal. Por mejor decir, la guerra deja de ser guerra, y se convierte en la acción coercitiva de la sociedad de naciones, ejercida por los poderes delegatorios de ella para ese fin de orden universal contra el Estado que se hace culpable de la violación de ese orden»¹⁶. Es interesante resaltar que Alberdi, consideraba que el arbitraje y los buenos oficios, podían constituir un primer paso, previo a la entronización de un juez internacional.

Estas reflexiones de Alberdi y la exaltación de la justicia internacional en manos de la «sociedad de naciones», como remedio para las ofensas inferidas por los Estados, relativiza la postura aparentemente sin concesiones a la guerra, asumida en el primer capítulo del trabajo.

La idea de un tribunal internacional no era original de Alberdi, ya que filósofos y juristas de siglos anteriores la habían desarrollado en otro contexto histórico y con diferentes alcances, pero estaba todavía lejos de materializarse en su época. Habría que esperar hasta fines del siglo XX, para que con carácter permanente se pergeñara una Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto fue adoptado en 1998, no habiendo entrado aún en vigor.

Cabe destacar que Alberdi utilizaba una terminología propia del siglo XIX, época en que regía un derecho internacional esencialmente eurocéntrico. Más aún, asignaba un papel rector a los Estados cristianos. Así, sostendría que era un hecho indiscutido que habían sido los pueblos cristianos los que habían dado a conocer hasta ese momento el derecho internacional moderno¹⁷. Ellos constituían las «naciones más civilizadas de la tierra», y tales terminología y concepción perdurarían casi hasta la época en que se creó la Organización de las Naciones Unidas, en 1945, que impulsó el proceso de descolonización y condujo a una auténtica universalización del derecho internacional. No obstante, hay todavía vestigios en importantes instrumentos internacionales¹⁸.

Iguales reservas merece su concepción de la «humanidad», cuya representación otorgaba a los Estados «más civilizados».

En conexión con las ideas ya expresadas, Alberdi señalaba como una debilidad del derecho penal internacional, la falta de «una autoridad universal que la promulgue y sancione»¹⁹. Nuevamente Alberdi incursionaba en otra de las características del derecho internacional moderno, ordenamiento en el que la creación de las normas internacionales se apoyaba en la voluntad de los Estados, nota esta que aún en nuestros días no ha sido esencialmente alterada.

Es interesante destacar que aunque Alberdi se manifestaba partidario de un tribunal internacional, en una parte de su obra morigera esta idea, al sostener que no era tan importante la existencia de tal tribunal en la medida que hubiera «una opinión universal» que pronunciara la sentencia del crimen cometido por los soberanos, sentencia que calificaba como el «*más alto y tremendo castigo*»²⁰. Luego volvería nuevamente sobre el valor de la «conciencia pública»²¹.

Al tratar la responsabilidad por la guerra y por los actos de la guerra, el conocido jurista enunció algunas ideas que han sido debatidas profusamente en el siglo XX.

Así, sostenía que un procedimiento eficaz para prevenir la frecuencia del recurso a la guerra, era distribuir la responsabilidad entre los que la decretaban y los que la ejecutaban, siendo el primer culpable «*el soberano que la emprenda*»²², o el que «*la manda hacer*» y, siguiendo a Grocio, destaca que la guerra se purificaría de mil prácticas que constituían un baldón para la humanidad si el gobernante fuera sujeto «*a los principios comunes de la complicidad, y hecho responsable de cada infamia, en el mismo grado que su perpetrador inmediato y su subalterno*»²³. En cuanto a la responsabilidad de los subalternos, también es digno de resaltar su convicción en torno a que los generales eran responsables por las acciones por ellos ordenadas y que los soldados que habían incurrido en algún acto repudiable como v.gr. el incendio de una ciudad, eran «responsables solidariamente»²⁴. Nuevamente Alberdi examinaba cuestiones que habrían de formar parte del actual derecho penal internacional y que serían considerados en el Capítulo III del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional²⁵.

Alberdi era consciente de que la guerra no podía ser abolida, pero se preguntaba qué podía hacerse para evitarla. Uno de los medios era «la educación del género humano», que según él podía lograrse con la ayuda de los libros y las doctrinas, que confirmaban «*las necesidades del hombre civilizado*»²⁶. Otro instrumento era el comercio como «pacificador del mundo». En su opinión, éste había hecho sentir a los pueblos, sin que se dieran cuenta, «*que la unión de todos ellos multiplica el poder y la importancia de cada uno por el número de contactos internacionales*»²⁷. Es conocida la trascendencia otorgada al comercio, núcleo de varias de sus obras.

¡Cuánta actualidad tiene esta reflexión de Alberdi!. ¿Acaso no es uno de los argumentos que hoy se esgrimen para defender y alentar los llamados procesos de integración?

En la educación, según Alberdi, debía incluirse «la educación para la paz».

*«La buena voluntad en que descansa la paz de hombre a hombre -decía- es la base de paz de Estado a Estado. La voluntad cristiana, es la ley común del hombre y del Estado que desean vivir en paz»*²⁸.

Dedica un capítulo al soldado de la paz y establece una diferencia entre el soldado y el guerrero, reservando al primero el noble y generoso rol de «guardián de la paz»²⁹. El soldado moderno debía ser educado para la libertad, pues así se haría cada día *«más dueño de no hacerse cómplice de la fuerza que la conciencia condena»*³⁰.

Estas ideas de «educar para la paz» y «formar soldados para la paz», constituyeron en el siglo XX el meollo de numerosos documentos pontificios y de los planes de acción de varios secretarios generales de las Naciones Unidas.

Otro de los instrumentos a los que Alberdi atribuía gran relevancia para sostener la paz, era la neutralidad, institución que se desarrolló en el derecho internacional moderno, en estrecha vinculación con la guerra. Así lo reconoció Alberdi cuando sostenía: *«La idea de neutralidad supone la de la guerra. Si no hubiese beligerantes no habría neutrales. Pero este aspecto de la guerra, visto desde el punto del que no participa de ella, es ya un progreso, porque ya es mucho que haya quien pueda ser un espectador de la guerra sin estar forzado a tomar en ella una parte»*³¹.

Considerada como una conducta estatal que implicaba una prescindencia en los conflictos bélicos, la neutralidad, desde la perspectiva jurídica, importaba la existencia de derechos y obligaciones para los Estados neutrales. La literatura sobre este capítulo del derecho de gentes, fue más que abundante desde el siglo XVIII hasta el siglo XX.

Es necesario reconocer que Alberdi otorgaba al Estado neutral un rol mucho más trascendente que el reconocido por el derecho internacional moderno, por cuanto atribuía al neutral «la justicia de la guerra», por no ser beligerante ni parte interesada en la contienda. Al respecto, afirmaría: *«Así, el desarrollo del derecho o autoridad de los neutros, es decir del mundo entero, menos uno o dos Estados en guerra, es el principio de la formación de un juez universal con la imparcialidad esencial de todo juez para regular y decidir las contiendas entregadas hoy a la fuerza propia y personal de cada contendor interesado. La neutralidad representa la civilización internacional como única depositaria de la justicia del mundo»*³².

Este instituto cambiaría de significación en el siglo XX con motivo de las dos grandes guerras mundiales, que dejaron poco espacio para una auténtica «neutralidad».

Antes y durante la época de Alberdi las guerras fueron «localizadas» y el papel de los neutrales fue más relevante. No obstante, nunca asumieron el rol que proponía este jurista.

Otro aspecto relevante del trabajo de Alberdi, fue su concepción de los «derechos internacionales del hombre», y en este aspecto también se adelantó en el tiempo a la corriente internacionalista que conduciría -tíbilmente a partir de la segunda década y con gran vigor durante la segunda mitad del siglo XX- a la revisión de la óptica tradicional con la que el derecho de gentes, visualizaba la relación individuo-Estado y nacional-Estado.

Según Alberdi, aunque los sujetos principales del derecho internacional (utilizaba la expresión «personas favoritas»), eran los Estados, como éstos se componían de hombres, ellos no resultaban «extraños» al derecho de gentes. Eran también miembros de la humanidad los individuos de que los Estados se componen. *«En último análisis -dice- el hombre individual es la unidad elemental de toda asociación humana, y todo derecho por colectivo y general que sea, se resuelve al fin en último término en un derecho del hombre»*³³.

Examinando la situación del individuo frente al derecho internacional y la posibilidad de que éste pudiera brindarle un marco jurídico para la protección de sus derechos, sostendría un principio que hoy constituye el pedestal sobre el que se asienta todo el sistema de protección internacional de los derechos del hombre. *«Así cuando uno o muchos individuos de un Estado son atropellados en sus derechos internacionales -sostenía-, es decir de miembros de la sociedad de la humanidad, aunque sea por el gobierno de su país, ellos pueden, invocando el derecho internacional, pedir al mundo que lo haga respetar en sus personas, aunque sea contra el gobierno de su país»*³⁴. Esta concepción contrastaba abiertamente con la tendencia predominante en la época de Alberdi en cuanto a la situación de los nacionales frente a su Estado, situación que caía dentro de las cuestiones llamadas del «dominio reservado de los Estados».

Constituyendo el núcleo de su obra, la guerra, instituto cuya regulación jurídica constituía materia del derecho de gentes, no resultaría extraño que el jurista argentino se adentrara en el concepto de esta rama de las ciencias jurídicas.

Alberdi, no desconocía, como ya se destacó, que los principales sujetos del derecho internacional eran los Estados, y es lógico suponer que habiendo consultado algunos destacados tratadistas de la época³⁵, no ignoraba la definición que éstos daban del derecho de gentes, su origen y su desarrollo temporal. Así se pone de manifiesto cuando observa que «*El derecho de gentes moderno, como hecho vivo y como ciencia, ha nacido en el siglo XVI, siglo de las empresas gigantescas del comercio, de los grandes descubrimientos geográficos, de los grandes viajes, de las grandes y colosales empresas de emigración y de colonización de los pueblos civilizados de la Europa en los mundos desconocidos hasta entonces*»³⁶.

Concretamente se pregunta qué es el derecho de gentes, y responde escuetamente que «*El derecho internacional no es más que el derecho civil del género humano*», y partiendo de la premisa de que «*el derecho es uno y universal*» de cuya aplicación surgen distintos nombres, afirma después que «*Se llama de gentes cuando regla las relaciones de las naciones*»³⁷.

Influenciado por la herencia romanista que impregnó la obra de los primeros internacionalistas, al referirse a «los objetos» de esta rama del derecho, sostiene que «*son los mismos que los del derecho civil: personas, es decir, Estados, considerados en su condición soberana; cosas, es decir territorios, mares, ríos, montañas, etc. Considerados en sí mismos y en sus relaciones con los Estados que los adquieren, poseen y transfieren, es decir, tratados, convenios, cesiones, herencias, etc.. Anexiones, es decir diplomacia y guerra, según que la acción sea civil o penal*»³⁸.

Sus observaciones sobre otros aspectos del derecho internacional, lo condujeron también a considerar un tema específico de la disciplina, cual es la sucesión de Estados en materia de tratados, en particular lo que hoy se denomina la «sucesión colonial».

En efecto, siguiendo a Bluntschli, jurista suizo-alemán que paradójicamente asistió como delegado del Imperio Alemán a la conferencia de Bruselas de 1874 sobre el «derecho de la guerra»³⁹, niega que los Estados Unidos de Norteamérica estuvieran obligados de pleno derecho por los tratados concluidos por los reyes de Inglaterra con Estados extranjeros en la época en que las colonias de América del Norte pertenecían al Imperio Británico. Tal es la regla de «tabla rasa», consagrada por la Convención de Viena de 1978 que reguló esta materia.

La obra *El crimen de la guerra*, aparece como una fuente inagotable de ideas vinculadas con la realidad internacional y nacional, que no es nuestra intención examinar acabadamente. Por otra parte, calificados tratadistas lo han hecho ya.

Desde nuestra perspectiva, hemos tratado de resaltar de qué manera su amplia cultura jurídica lo indujo a abordar con solvencia y partiendo de la guerra, muchos aspectos del derecho de gentes, con espíritu crítico. Señaló sus características, marcadas por la realidad del período histórico en el que Alberdi desarrolló su labor de publicista, y también sus falencias estructurales⁴⁰.

Muchas de sus ideas fueron realmente precursoras de los grandes cambios que se producirían en el siglo XX en el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional.

Quizá Alberdi en esta obra adoptó una postura algo apasionada para descalificar un procedimiento que desde el comienzo de la humanidad, y aun hasta nuestros días, no ha sido posible erradicar en las relaciones internacionales y posiblemente nunca sea logrado. Él lo reconocía.

Fácilmente se advierte que sus ideas se ubican en las antípodas de las expuestas por otros pensadores, como Del Vecchio, que en el siglo siguiente se atrevió a dedicar una obra de no mayor extensión que la de Alberdi, para exaltar las bondades de la guerra y a sostener: «*La generosidad y belleza de la guerra proceden esencialmente de que en ella hay una idea que se eleva independientemente, por encima de todo interés individual*»⁴¹. Claro es que Del Vecchio desarrolló este discurso entre 1911 y 1912, cuando la humanidad no había sufrido el escarnio de las dos grandes guerras, pesadilla para el género humano. Suponemos que hubiera sido otra la opinión del jurista italiano si hubiera sobrevivido a ambos conflictos bélicos, como así también

imaginamos cuántos argumentos más hubiera tenido un Alberdi del siglo XX para repudiar la guerra.

Sin duda, la obra de Alberdi constituyó un formidable alegato para intentar revertir una realidad que lo condujo a afirmar que mientras la guerra entre las naciones perviviera «*se puede decir que los Estados civilizados siguen siendo salvajes en su administración de justicia internacional*»⁴².

No son pocos los pensadores que frente a hechos recientemente acontecidos, se preguntan si en este último aspecto, la comunidad internacional del siglo XXI realmente ha logrado dejar atrás tal estado de «salvajismo».

Podríamos señalar algunas ideas y conceptos vertidos por el jurista tucumano en la obra que comentamos, bastante discutibles, o ciertas repeticiones innecesarias que se explican en una obra que, según sus biógrafos, no pudo ser corregida por el autor. Sin embargo, estas circunstancias en nada empañan el extraordinario aporte que Alberdi realizó al país o a su concebida «organización internacional del género humano» o su «Estado-mundo», o su tan elaborado «pueblo-mundo».

Notas:

* Académico de número. Secretario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Conf. *Memoria sobre la conveniencia y objeto de un Congreso Jeneral Americano*, en *Obras completas* de J. B. ALBERDI, Buenos Aires, Ed. La Tribuna Nacional, 1886, t. II, págs. 389-412.

² *Ibidem*, pág. 401. «*Una de las grandes miras del Congreso debe ser la consolidación general de la paz americana: serán medios para obtener este resultado, a mas de todos los arreglos propuestos, la amortización del espíritu militar, aberración impertinente qe ya no tiene objeto en América. La independencia americana, su dignidad y prerrogativas, no descansan en las bayonetas de sus pueblos: el Océano i el desierto, son sus invencibles guardianes: ella no es débil, comparada con la Europa; en su territorio es fuerte, como el mundo entero. Será otro medio preventivo de la guerra, el no tener soldados, por el principio de qe donde ai soldados ai guerra*» (se ha respetado la redacción y ortografía del texto original).

³ *Ibidem*, pág. 402. Al definir el contenido de este derecho internacional americano, sostendría: «*Es justamente en punto á intervención i neutralidad qe el derecho internacional americano debe ser especial y original: en cualquier otro punto podrá ser fiel imitación de la diplomacia europea, sin incurrir en insensatez: en estos, no: la América, una é indivisible en los elementos políticos y sociales qe la forman, en los males qe la aflijen, en los medios qe pueden salvarla, será siempre un cuerpo menos íntimo qe la union de Norte América si se quiere, pero mil veces mas estrecho i unido, qe lo formen los pueblos de la Europa: la neutralidad, pues, qe entre pueblos heterogéneos es indispensable, es de imposible práctica donde los pueblos abitan un suelo, fueron ayer un solo pueblo, i oi son una sola familia. Consideraciones son estas qe el Congreso debe tener mui presentes al poner los principios del derecho internacional americano. Tocamos aquí otro de los grandes objetos del Congreso General: el establecimiento de un derecho de jentes para nuestro continente privativamente i para con la Europa*». Su concepto de la no intervención, es necesario destacarlo, no coincidía con el contenido de este instituto que se desarrollaría en el continente. (Se ha respetado la redacción y ortografía del texto original).

⁴ De esta obra existen muchas versiones, cuyo contenido y distribución de los capítulos no coinciden siempre. Hemos consultado *Obras completas*, Buenos Aires, Ed. La Tribuna Nacional, 1886; *Escritos póstumos*, Europa, Buenos Aires, 1895; Juan Bautista ALBERDI, *Obras escogidas*, Buenos Aires, Ed. Luz del Día, 1957, t. XI; la dispuesta por Joaquín V. González, Buenos Aires, Ed. La Facultad, 1920; la publicada por la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1984; la edición de W.N. Jackson Inc., Buenos Aires, 1945. Las citas de los textos incluidos en este trabajo, han sido extraídas de esta última obra.

⁵ No se puede conocer qué edición de la obra *De jure belli ac pacis*, consultó Alberdi, ya que no hay mención alguna, aunque fue una traducción al francés, pues cita un texto de la obra de Grocio en este idioma. Habiendo concebido su trabajo en París, en esta ciudad había aparecido en 1867 una traducción al francés realizada por P. Pradier-Fodéré y publicada por Ghillaumin et Cie. Existe la posibilidad de que ésta haya sido la versión consultada, aunque también circulaba una traducción efectuada por Barbeyrac, en 1724, algo descuidada.

⁶ Conf. *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, París (Press Universitaires de France), 1999, págs. 34-35 y 581. Se trata de una reproducción de la traducción de P. Pradier-Fodéré.

⁷ Conf. *Les Dimensions Internationales du Droit Humanitaire*, Institut Henry Dunant (Ed. Pedone-UNESCO), 1986, pág. 5. «A l'origine du droit humanitaire, se place le geste spontané d'Henry Dunant vers les victimes laissées sans soin après la sanglante bataille de Solferino. Ce geste, très vite, s'est poursuivi par la réflexion. Pour rendre possible l'aide aux victimes des conflits, pour la généraliser, il fallait donner un statut au personnel sanitaire, lui assurer protection pendant le combat. C'est aux Etats qu'il fallait alors s'adresser et ceux-ci, convaincus, adoptèrent la première Convention de Genève, en 1864".

⁸ Conf. Andrés BELLO, *Principios de derecho internacional*, 3ª ed., París, 1873, pág. 148.

⁹ Art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas: «Los Miembros de la Organización en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas».

¹⁰ Op. cit., pág. 3

¹¹ *Ibidem*, pág. 8

¹² *Ibidem*, pág. 12

¹³ *Ibidem*, pág. 14.

¹⁴ Conf. Alfred VERDROSS, *Derecho internacional público*, Madrid, 1976, pág. 105.

¹⁵ Op. cit., págs. 46-47.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 52.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 108.

¹⁸ En el art. 38, párr. 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se hace alusión a «los principios generales del derecho reconocidos por las *naciones civilizadas*».

¹⁹ Op. cit., pág. 55.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, pág. 66.

²² *Ibidem*.

²³ Cita a GROCIO, Libro II, Cap. X, pero se advierte una falta de concordancia.

²⁴ Op. cit., pág. 73

²⁵ Conf. arts. 28 y 33.

²⁶ Op. cit., pág. 102.

²⁷ *Ibidem*, pág. 109.

²⁸ *Ibidem*, pág. 132.

²⁹ *Ibidem*, pág. 139.

³⁰ *Ibidem*, pág. 147.

³¹ *Ibidem*, págs. 159-160.

³² *Ibidem*, pág. 163.

³³ *Ibidem*, pág. 167.

³⁴ *Ibidem*, pág. 168.

³⁵ Alberico Gentile, Vattel, Lieber, Wheaton, además de Grocio, Bello y Bluntschli.

³⁶ Op. cit., pág. 110.

³⁷ *Ibidem*, pág. 53.

³⁸ *Ibidem*, pág. 54.

³⁹ Conf. BLUNTSCHLI, *Derecho público universal*, Madrid, 1880, t. I, p. XIII. Este jurista enuncia en el art. 48, una regla de carácter general «*Les droits et obligations résultant des traités passés par un état, ne sont pas nécessairement transmis en même temps que la partie du territoire dont il est fait abandon, même quand cette partie du territoire devient un état indépendant et nouveau. L'ancien état qui a seul contracté, reste ayant droit et obligé; le nouvel état n'est, ni partie contractante, ni successeur de la partie contractante*» (Conf. *Droit International Codifié*, París, 1886, pág. 81).

⁴⁰ Op. cit., pág. 42. Sostiene: «*Qué le falta al derecho, en su papel de regla internacional, para tener sanción y fuerza obligatoria que tiene el derecho en su forma y manifestación de ley nacional o interpersonal? Que exista un gobierno que lo escriba como ley, lo aplique como juez, y lo ejecute como soberano, y que ese gobierno sea universal, como el derecho mismo*».

⁴¹ Conf. *El fenómeno de la guerra y la idea de paz. La evolución de la hospitalidad. La bondad de la guerra*, trad. de Mariano Castaño, Madrid, Reus, s/f., pág. 161.

⁴² Op. cit., pág. 27

JUAN BAUTISTA ALBERDI FRENTE AL PROTOCOLO DIPLOMÁTICO

por MARÍA INÉS RODRÍGUEZ AGUILAR * y MIGUEL JOSÉ RUFFO **

El Museo Histórico Nacional (en adelante MHN) fue fundado en 1889 con el objeto de evocar las tradiciones de la Revolución de Mayo y de la Guerra de la Independencia, pero rápidamente trascendió los límites espacio temporales de su mandato fundacional proyectándose hacia otros momentos de nuestra historia como el correspondiente a la organización política de la Nación a través de un Congreso Constituyente. El MHN. dispone de diversos testimonios relacionados con Juan Bautista Alberdi, que tuvieron una diversa dinámica expositiva, según los montajes histórico museográficos de las distintas épocas, ubicándose los testimonios alberdianos tanto en la época de Rosas (generación del '37) como en el período de la Confederación Argentina (Urquiza). De este modo, Juan Bautista Alberdi se inscribía en un relato histórico integral. Entre los testimonios de Alberdi algunos nos remiten a su actividad diplomática. *«En 1854, el gobierno de Urquiza lo nombró Encargado de Negocios en Inglaterra y Francia como un reconocimiento a los servicios prestados al país. Volvió a Europa y fue nombrado Ministro Plenipotenciario en Inglaterra, Francia, España y Roma»*¹. Se han conservado en el MHN el Uniforme de Diplomático (frac y pantalón). El pantalón es de *«pañó color negro con ancho galón dorado en el costado externo. En la cintura botones de metal dorado. En la parte trasera una hebilla con dos presillas para ajustar el pantalón»*². El frac es *«De paño color negro con ribete de serreta, bordada con hilo dorado. El cuello y los puños, con entorchados bordados en hilo y lentejuelas dorados, figurando ramas de olivo. Prende al medio con una hilera de nueve botones dorados de metal, que ostentan en el campo, el escudo nacional argentino con una inscripción que dice: «CONFEDERACIÓN ARGENTINA. En los faldones dos bolsillos figurados adornados con entorchados de hilo y lentejuelas dorados, lo mismo que en la parte media de la cintura. Al centro dos botones iguales a los anteriores. Forro de seda blanca»*³. También disponemos de su espadín del uniforme diplomático que es una *«Hoja de acero recta triple filo, con vaceos en sus mesetas, y diversos dibujos florales en su mitad superior. Empuñadura bronce fundido, cincelado y nácar. Vaina de cuero, completamente deteriorada»*⁴.

El mundo europeo en el cual Alberdi hubo de desarrollarse como diplomático, correspondiente a la segunda mitad del siglo XIX, era una sociedad transformada por la revolución económica y política de la burguesía y por el despuntar de las primeras organizaciones obreras. Europa se había visto convulsionada por las revoluciones democráticas y románticas de 1848, cuyo centro había sido Francia, pero que se extendieron a Berlín, Viena, Budapest. Mientras Francia superaba la convulsión revolucionaria con el ascenso al poder del Estado de Napoleón III y el desarrollo del Segundo Imperio, en la Confederación Germánica, el fracaso de la burguesía para construir el Estado nacional, iría dibujando progresivamente a los junkers prusianos como la fuerza hegemónica que llevaría adelante la unidad nacional; en Inglaterra con el cartismo se desarrollaba uno de los primeros movimientos políticos nacionales de los trabajadores; los Estados Pontificios, debilitados ideológicamente desde la época de la Revolución Francesa, enfrentarían ya no sólo al liberalismo sino también al socialismo y eran uno de los principales impedimentos para la unidad nacional italiana.

La revolución industrial ya no se circunscribía a Inglaterra, sino que se había extendido a Francia y Bélgica, y comenzaba a dar sus primeros pasos en Alemania.

En este trabajo no nos proponemos analizar las gestiones diplomáticas de Alberdi ante los gobiernos europeos; nuestro objetivo es más modesto.

Introduciéndonos en el mundo de la vida cotidiana, señalar cómo Alberdi visualizaba el mundo de la diplomacia, en particular en todo lo relativo a su ceremonial y protocolo. Era Alberdi un hombre de convicciones democráticas y republicanas al que le tocó desempeñarse como diplomático en un mundo donde las monarquías aún eran la regla, en cuanto a la organización política, aunque se tratase de monarquías constitucionales y de sociedades que habían dejado atrás el feudalismo y en las cuales bullía el espíritu de la burguesía.

¿Qué sentía Alberdi frente a la etiqueta diplomática? ¿Cómo fueron sus presentaciones ante los gobiernos europeos? ¿Qué tipo de protocolo imperaba en los años en que Alberdi estuvo en Europa? *«Dos obstáculos le traban su actividad por igual: su poco dominio del francés y los enredos de la etiqueta, que nunca comprendió ni pudo aceptar. Había tenido que estudiar la*

liturgia de la Corte de París para no incurrir en error o cometer alguna gaffe. Al Emperador había que verle de uniforme y entrar y salir sin darle jamás la espalda, repitiendo las cortesías a medida que se iba retrocediendo al salir»⁵. El propio Alberdi escribía: «París, 16 de Diciembre de 1855. Hoy he sido presentado al Emperador Napoleón III.- Me he puesto uniforme por la primera vez, y me he creído humillado, más bien que enaltecido, por el uniforme. No sé qué tienen los galones y la corbata blanca, de lacayos y sirvientes. Hallo más respetable el vestido simple y austero de la república. El Emperador Napoleón me ha gustado. He llegado a él sin miedo, aunque embromado por la etiqueta y la falta del idioma»⁶.

Y en cuanto al protocolo general del Segundo Imperio decía: «París, Octubre 6 de 1855. El 18 de Setiembre a medio día, salí de Londres, con el general Blanco y Lamarca, para Francia. Nos hizo bellissimo tiempo en el Canal, que cruzamos en dos horas. A las 11, de esa noche llegué a París, y me alojé en la casa de Balcarce, que me esperaba dispuesta toda. Liturgia de la Corte de París, según el general Blanco, que así la llama. Visitar a los embajadores. Dejar tarjeta a los demás ministros del gobierno y extranjeros. Visitar: de día, de levita, guante de color, bota de charol, corbata blanca. Siempre el sombrero en la mano. Dejar tarjeta al día siguiente en que se ha comido en alguna casa. A la señora del ministro, por toda demostración, una cortesía muda. En las visitas al ministro, dejar tarjeta para la señora. Para ver al Emperador, pedirlo al ministro. Al Emperador verle de uniforme. Entrar y salir sin darle jamás la espalda, repitiendo las cortesías a medida que se retroceda al salir. Las visitas al ministro, los lunes»⁷. Francia tenía una larga tradición de ceremonial cortesano. «Para entender los peculiares ethos y conducta cortesano- aristocráticos de la buena sociedad, es necesaria una imagen de la estructura de la corte (...) El monde del siglo XVIII fue una forma social extraordinariamente sólida e íntimamente coherente, si se las compara con las relaciones sociales actuales. Pero, por otro lado, fue también más laxa, comparada con el monde del siglo XVII, especialmente con la «buena sociedad» en la época de Luis XIV, por razones que tendrán que discutirse todavía, no veía con buenos ojos la dispersión de la sociabilidad que entrañaba la formación de círculos sociales al margen de la corte -si bien no pudo evitarlos por completo- la vida social se concentraba predominantemente en la corte misma (...) Finalmente todo el sistema fue arrasado por el ímpetu de la revolución. En su lugar se forma entonces en el Empire Una «buena sociedad» nueva que tiene primero su centro en la corte napoleónica, pero que no vuelve a alcanzar en conformación de la vida, en meticulosidad y refinamiento del modo de vida, las cotas antiguas, en virtud de las diferentes condiciones a las que debe su existencia»⁸.

Con la misma pomposidad protocolar se encontró en el Estado pontificio: «6 de Mayo. Ayer recibí una nota del cardenal Antonelli, avisándome que hoy sería recibido por el Papa. A las 12 partí para el Vaticano, de uniforme: crucé la plaza de San Pedro en mi coche de dos caballos, y subí la pendiente que conduce a la mansión regia del Pontífice. Subí muchas escaleras, crucé muchas salas, pobladas de centinelas las primeras, y de guardias, lacayos y oficiales, las segundas, hasta que llegué a la última, en que estaba el Chamberlan y otros oficiales eminentes. El que me recibió me pidió que le esperase mientras me anunciaba al Santo Padre. Al cabo de un minuto abrió toda una puerta y me hizo seña de entrar. Entré, y él se hincó el primero delante de un modesto sacerdote, vestido de hábito blanco, que estaba sentado a la derecha, delante de su mesa pequeña y humilde. Era el Pontífice: hincó yo también mi rodilla al entrar. Me acerqué a él e hincó las dos, según el uso; entonces él me extendió la mano y me hizo levantar.

Me pidió que me sentase, y me indicó un escaño pequeño, que estaba delante de su mesa, apoyando yo si quería mis manos en ella»⁹. Asimismo en Inglaterra se encontró con la siguiente situación: «28 de Junio. El 21, lunes, a las 3 en punto estuve en el palacio de Birmingham. Fui en un coche burgués: los criados sin librea.- Numerosa servidumbre, instalada en las escaleras, me indicaba el camino. En el gran salón de espera, hallé muchos personajes, que respondieron cortésmente a mi saludo. Sir Edward Cuts, maestro de ceremonias, se acercó a mí, me dio la mano y me habló como si nos tratásemos de años. Me conocía él de nombre, me veía por primera vez. En seguida se dirigió a mí y me extendió la mano, la persona de menos apariencia exterior que allí había; se la dí sin saber quien era.

Cuando él me dijo: - La Reina lo recibirá a usted ahora mismo, - le pregunté: - Su excelencia es Lord Malmesbury?. - Sí, me dijo, modestamente. El era Lord Malmesbury. (...) Todos pasamos a un pequeño salón. Allí esperé unos quince minutos. El Mayor General Sir Edwards Cuts me avisó que ya era tiempo. Me condujo él hasta la puerta del cuarto de la Reina Victoria. Allí me recibió Lord Malmesbury. El cuarto era muy chico. Ya estaban allí varios lores y personajes. Al entrar vi a una dama, a quien tomé por una princesa: tan joven me pareció. Como no hallé otra, deduje rápidamente que era la Reina.

Un ligero signo de mano del Lord Malmesbury, me lo confirmó. Yo buscaba a la Reina como una señora grande, gruesa, madre de nueve hijos. Le hice mis tres cortesías al acercarme; ella se aproximaba a mí al mismo tiempo. Pronuncié unas palabras y puse en sus manos la carta. Ella la admitió con gracia; me hizo no se qué preguntas amables, con gesto risueño, a las que contesté con cortesías más bien que con palabras. Me despedí y salí»¹⁰. Sin embargo, bueno es recordar que en Inglaterra, con una extensa tradición parlamentaria, en su ceremonial la reina se subordinaba al Parlamento, como se manifestaba, por ejemplo, cuando ésta debía acudir a la institución representativa para inaugurar su período de sesiones.

La etiqueta forma parte de los símbolos del poder, son una forma de diferenciarse del conjunto de la sociedad, de adjudicarse un status privativo y exclusivo y de expresar en el protocolo, en los honores, la presencia de una autoridad. «Los símbolos del poder adquieren así una vida independiente y asumen el carácter de fetiches de prestigio. El prestigio -fetichismo que encarna mejor la existencia del rey como valor por sí misma, es la idea de gloire. Este prestigio-fetichismo sigue siendo, de tiempo en tiempo y hasta el día de hoy, determinante en la política de Francia»¹¹.

La etiqueta es un instrumento de dominio que expresa la distancia entre la autoridad y la multitud de los hombres. El poder se rodea de un conjunto de atributos que refuerzan su separación de la sociedad. El poder se convierte en algo privativo de un conjunto de funcionarios, cuyas tendencias elitistas se expresan en un aparato de distinción: salones de recepción, palcos oficiales, guardias de honor, bastones de mando, tronos y estrados, carrozas, ceremonial público. La importancia de la etiqueta y el conocimiento que Alberdi había obtenido de ella, llevó a Carlos Lamarca a pedirle «que le comprara un uniforme de diplomático»¹². Alberdi se encontró frente a una reglamentación protocolar que hería sus sentimientos republicanos. Tal vez por su mente, cuando se halló en las cortes europeas, pasaban los siguientes principios del Reglamento sobre los honores debidos a la Junta Provisional Gubernativa de las Provincias del Río de la Plata, del 6 de Diciembre de 1810. «En vano publicaría esta Junta principios liberales, que hagan apreciar a los pueblos el inestimable don de su libertad, si permitiese la continuación de aquellos prestigios, que por desgracia de la humanidad inventaron los tiranos, para sofocar los sentimientos de la naturaleza. Privada la multitud de luces necesarias para dar su verdadero valor a todas las cosas reducida por la condición de sus tareas a no extender sus meditaciones más allá de sus primeras necesidades; acostumbra a ver los magistrados y jefes envueltos en un brillo, que deslumbra a los demás, y lo separa de su inmediación; confunde los inciensos y homenajes con la autoridad de los que los disfrutan; y jamás se detiene a buscar al jefe de los títulos que lo constituyen sino por el voto y condecoraciones con que siempre lo ha visto distinguido. De aquí es, que el usurpador, el déspota, el asesino de su patria arrastra por una calle pública la veneración y respeto de un gentío inmenso, al paso que carga la execración de los filósofos, y las maldiciones de los buenos ciudadanos; y de aquí es, que a presencia de ese aparato exterior precursor seguro de castigos y todo género de violencias, tiemblan los hombres oprimidos, y se asustan de sí mismos, si alguna vez el exceso de opresión les había hecho pensar en secreto algún remedio. ¡Infelices pueblos los que viven reducidos a una condición tan humillante! (...) (para establecer, entre otras disposiciones, en su art. 4º) Ni el Presidente, ni algún otro individuo de la Junta en particular revestirán carácter público, ni tendrán comitiva, escolta o aparato que los distinga de los demás ciudadanos»¹³ ¡Qué lejos estaban los principios de la Revolución de Mayo de la realidad política no sólo del Estado argentino sino también de los estados europeos de la segunda mitad del siglo XIX!

Speroni reflexiona con los siguientes términos en cuanto a la actitud de Alberdi frente a la diplomacia: «... había entrado en ese mundo de la precedencia y el protocolo, sabiendo que era apto como el que más, pero creyéndose humillado, más bien que enaltecido, por el uniforme. Le parecía que esos galones y esa corbata blanca, tenían un no se qué de lacayos y de sirvientes, y se sentía únicamente cómodo cuando volvía a ponerse el vestido simple y austero de la República. (...) Alberdi sentía, como diplomático, que abandonaba, exteriormente, el «Tercer Estado» (el de la burguesía, el de la clase media donde tenía su asiento «reservado»), para entrar en el «segundo», el del privilegio. Barón, marqués, conde, duque o príncipe. Esto no importa: lo básico era que su nombre se inscribía en ese pequeño libro, Corps diplomatique, y que ese simple hecho le daba acceso a las mejores comidas, bebidas y trajes (Es un escándalo de concupiscencia esta manera de viajar; se come cinco veces al día); a los mejores espectáculos de las dos comedias: humana y teatral -las dos con fallas pero siempre divertidas- y sobre todo -lo que para Alberdi era fundamental- la oportunidad de conocer a los autores de esas comedias, de ver el juego de las marionetas, el choque de los intereses, y poder calcular, estremecido de fervor patriótico, cuáles eran las consecuencias negativas y positivas de ese juego, para la Confederación, ese trozo grande de su Argentina»¹⁴.

¿Qué saldo quedó en el espíritu de Alberdi en relación con sus actividades diplomáticas? Alberto Blancas, otro de los diplomáticos argentinos que recorrió todo el escalafón desde escribiente hasta embajador, dejó escritos dos libros de memorias en los que recuerda sabrosas anécdotas personales de Sarmiento, Avellaneda, Wilde, Roca y Alberdi, entre otros. De allí extraemos estos consejos de Alberdi al entonces joven Blancas, en su paso por París, a donde había ido en misión oficial para transmitirle a Alberdi su nombramiento como ministro argentino en Chile. «Ha elegido usted una carrera brillante pero no se haga ilusiones de ella. No crea usted nunca en la justicia humana y menos en la consideración de los hombres. En una encontrará siempre el vacío, en la otra mentira, envidia o cálculo. Apunte esta impresión, que estoy seguro la recordará más de una vez y se acordará de Alberdi»¹⁵.

Notas:

* Investigadora del Museo Histórico Nacional.

** Investigador del Museo Histórico Nacional.

¹ Vicente OSVALDO CUTOLO, *Nuevo Diccionario Biográfico Argentino*, Buenos Aires, Elche, 1972, t. I, pág. 65.

² Legajo 4332 (a) del Archivo de Documentación del MHN.

³ Legajo 4332 (b) del Archivo de Documentación del MHN.

⁴ Legajo 4333 del Archivo de Documentación del MHN.

⁵ Pablo ROJAS PAZ, *Alberdi. El ciudadano de la soledad*, Buenos Aires, Losada, 1952, pág. 133.

⁶ Juan Bautista ALBERDI, *Escritos póstumos*, Buenos Aires, Imp. Juan Bautista Alberdi, 1901, t. XVI, págs. 460-461.

⁷ Juan Bautista ALBERDI, ob. cit., págs. 458-459

⁸ Norbert ELÍAS, *La sociedad cortesana*, FCE, México, 1969, págs. 107-109.

⁹ Juan Bautista ALBERDI, ob. cit., págs. 488-489.

¹⁰ Juan Bautista ALBERDI, ob. cit., págs. 591-593.

¹¹ Norbert ELÍAS, ob. cit., pág. 181.

¹² Jorge M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 501.

¹³ Reglamento sobre los Honores Debidos a la Junta Provisional Gubernativa de las Provincias del Río de la Plata, 6 de diciembre de 1810 en Alberto David LEIVA, *Fuentes para el estudio de la historia institucional argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 1982, págs. 13-15.

¹⁴ Miguel Angel SPERONI, *Qué fue Alberdi*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1973, págs. 212-213.

¹⁵ Paulo CALAVERI, «Diplomáticos de antaño» en «Todo es Historia», Nº 369, abril de 1998, pág. 78.

Derecho Comparado

Aspectos constitucionales de la nueva Ley española de Extranjería

MANUEL ARAGÓN REYES

La familia en la Constitución española de 1978: especial referencia a la tributación de las rentas familiares

EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA

Las Bases y el Estatuto Presidencial en la Constitución chilena

MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Juan Bautista Alberdi y el derecho constitucional uruguayo

HÉCTOR GROS ESPIELL

El derecho de un Estado a retirar una declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia

FRANCISCO ORREGO VICUÑA

Juan Bautista Alberdi, sus *Bases* y la Constitución chilena de 1833

EDUARDO SOTO KLOSS

Liberté, pouvoir et puissance dans le langage des sources du droit

JEAN-MARC TRIGEAUD

Seguridad alimentaria y solidaridad en el derecho agrario

RICARDO ZELEDÓN ZELEDÓN

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA NUEVA LEY ESPAÑOLA DE EXTRANJERÍA

por MANUEL ARAGÓN REYES *

SUMARIO: 1. Objeto de este trabajo. 2. Consideración global de la nueva Ley de Extranjería. 3. La regulación constitucional de los derechos de los extranjeros en España. 4. Una precisión necesaria: los derechos de los ciudadanos comunitarios. 5. Las consecuencias de la regulación constitucional respecto de los problemas, a los que ya aludí, de la ley 8/2000. 5.1. Una primera interpretación simple y aporética. 5.2. Los problemas de esta primera interpretación. 5.3. Un problema nuevo: la distinción entre extranjeros que se encuentren en España en situación legal y los que se encuentren en situación ilegal. 6. Un examen complejo de una situación compleja. 7. El problema de los extranjeros llamados «irregulares» o en situación de ilegalidad.

1. Objeto de este trabajo

No pretendo tratar de todo el contenido de la nueva Ley de Extranjería y de todos los problemas que de esa ley se desprenden. Ello excedería de la extensión que un artículo requiere e incluso de mis propios conocimientos. En consecuencia, me limitaré a examinar, desde el punto de vista constitucional, algunas de las modificaciones que esa ley ha producido sobre la anterior ley 4/2000, de 11 de enero. Aunque debo partir, al menos, para una mejor comprensión de este escrito, de una escueta o mínima consideración global de la ley 8/2000.

2. Consideración global de la nueva Ley de Extranjería

La ley 8/2000 no es por entero una nueva Ley de Extranjería, aunque así coloquialmente se la designe, sino una reforma que se introduce en la ley 4/2000, que, reformada por la ley 8/2000, sigue siendo (pues no ha sido enteramente derogada) la ley española de extranjería, o más exactamente, como se llama, la «ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social».

La ley 8/2000 es, pues, una ley de reforma, no exactamente una nueva ley. Lo que ocurre es que introduce reformas de gran importancia en la ley 4/2000. Por ello, debo referirme a esas reformas, y no a la ley completa ni, por supuesto, a lo que ha quedado sin reformar de la ley 4/2000. Y como acabo de decir, no me referiré a todas las reformas introducidas, sino a algunas que me parecen, desde el punto de vista constitucional, más relevantes. Y que son, a mi juicio, y de manera necesariamente simplificada, las siguientes:

- La ley 4/2000 reconocía a todos los extranjeros los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga. En cambio, ello lo reforma la ley 8/2000, que limita el ejercicio de esos derechos sólo a los extranjeros que tengan autorización de estancia o residencia.

- La ley 4/2000 reconocía a todos los extranjeros el derecho a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria y a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En cambio, ello lo reforma la ley 8/2000, que limita el derecho de acceso a la enseñanza no obligatoria a los extranjeros residentes.

- La ley 4/2000 reconocía a todos los extranjeros el derecho a acceder como personal laboral al servicio de las administraciones públicas. En cambio, ello lo reforma la ley 8/2000, que limita ese derecho sólo a los extranjeros residentes.

- La ley 4/2000 garantizaba la justicia gratuita, cuando se acreditase insuficiencia de medios, a los extranjeros residentes y los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente. En cambio, ello lo reforma la ley 8/2000, que limita ese derecho sólo a los extranjeros residentes.

- Hay, por supuesto, otras reformas muy importantes, que se refieren a la motivación de la denegación del visado en algunas circunstancias, a la reagrupación familiar, o incluso al *non bis in idem* en materia penal. Pero de ellas no voy a ocuparme por las razones ya dadas.

Sí quiero apuntar a un problema sobre el internamiento de extranjeros pendientes, en la frontera, de retorno. La nueva redacción dada al asunto por la ley 8/2000 parece (pero sólo lo parece) evitar la resolución judicial para que el internamiento se prolongue por más de 72 horas, al decirse que «la autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno». Pues bien, esa norma creo que ha de interpretarse de manera constitucionalmente adecuada y entenderse que lo que se dirige al juez es una propuesta, no una orden, y en consecuencia, que la decisión judicial habrá de determinar, por auto motivado, y con audiencia del interesado, no sólo el lugar de internamiento, sino la misma procedencia o no de prolongarlo más de 72 horas (que es lo que antes se decía, más o menos, en la ley 4/2000). La letra, pues, del nuevo precepto no impide su interpretación adecuada a los derechos de los arts. 17 y 24 de la Constitución, que amparan por igual a toda clase de personas, sea cuales sean su nacionalidad o circunstancias, que se encuentren dentro de la jurisdicción del Estado español.

Y, por último, también deseo aclarar una especie de búsqueda confusión que en la ley 8/2000 se da a veces, disociando la titularidad del ejercicio de los derechos. Así se dirá «Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia» (y de igual modo se dice respecto de los derechos de asociación, sindicación y huelga- aquí de manera implícita). Pues bien, sólo respecto de los menores e incapaces cabe disociar titularidad y ejercicio de los derechos (hecha la salvedad del derecho de huelga, donde opera la distinción trabajador-sindicato). Entender que «todos los extranjeros son titulares» de los derechos pero que «sólo los residentes los pueden ejercer», además de ser una impropiedad jurídico-dogmática, es emplear un lenguaje confuso para encubrir (con una especie de falso pudor) una realidad: la de que si un mayor de edad no incapacitado tiene la titularidad y no el ejercicio del derecho, no tiene entonces, en el presente, derecho alguno. El extranjero que no puede ejercitar un derecho no tiene, en realidad, su titularidad, puesto que no puede, de ningún modo, ejercerlo. La ley, realmente, lo que viene a decir, en verdad, aunque utilice ese lenguaje, es que los extranjeros en situación de ilegalidad (esto es, sin estancia autorizada o residencia) carecen de los derechos aludidos. Esa es, exactamente, la situación.

3. La regulación constitucional de los derechos de los extranjeros en España

Para poder examinar los problemas que antes he señalado es preciso, primero, exponer cuál es la regulación constitucional sobre el «status» de los extranjeros.

No es nuestra actual Constitución la primera que reconoce a los extranjeros derechos fundamentales. Así lo hicieron, aunque de manera muy variada, nuestras constituciones de 1869, 1876 y 1931. Ahora bien, respecto de aquellas constituciones, la actual presenta una gran novedad como consecuencia de su naturaleza de Constitución normativa, que establece unos derechos fundamentales directamente aplicables, cuyo contenido esencial, además, limita al legislador a la hora de desarrollarlos.

Por el contrario, en las constituciones españolas del siglo XIX, los derechos que formulaban no tenía eficacia jurídica sino que eran simples programas cuyo incumplimiento no incurría en ningún tipo de sanción. El legislador era libre para establecer los derechos de los españoles y, por supuesto, de los extranjeros. El ordenamiento jurídico de entonces no se asentaba en el principio de constitucionalidad, sino en el principio de legalidad. La Constitución de 1931 se alejó de ese modelo decimonónico y estableció auténticos derechos constitucionales tutelables en amparo por el Tribunal de Garantías Constitucionales. Pero ese

nuevo sistema no pudo consolidarse debido a la azarosa y corta vigencia de la Constitución de nuestra 2ª República. Durante el régimen de Franco no hubo en España derechos fundamentales.

Al cambio cualitativo que representa nuestra actual Constitución, que reconoce derechos fundamentales a los españoles, pero también a los extranjeros, cuyo contenido esencial la ley ha de respetar, aunque tenga para estos últimos (los extranjeros) mayor libertad de configuración que para los primeros (los españoles), se une un aspecto nuevo, de naturaleza cuantitativa: el aumento imparable, en nuestros días, del ingreso de extranjeros en el territorio español (mediante la inmigración legal y la ilegal), lo que proporciona al problema de los derechos de los extranjeros una dimensión extraordinaria que antes no había tenido, para colocarlo en el centro del debate jurídico y político.

Nuestra Constitución dedica a los derechos de los extranjeros su art. 13, cuyo apartado 1 dice así: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [el Primero de la Constitución, donde se contienen los derechos y deberes fundamentales] en los términos que establezcan los Tratados y la ley». Y cuyo apartado 2 expresa que «Sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 [los derechos de participación política], salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, puedan establecerse por tratados o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones Municipales». Los apartados 3 y 4 se refieren a la extradición y al derecho de asilo, y caen fuera, pues, del objeto de mi intervención.

Lo primero que debe decirse es que el apartado 1 del art. 13, además de parco, es confuso. Ante su redacción cabe plantear, al menos, dos problemas: uno, ¿los extranjeros sólo podrán gozar de las libertades públicas y no de los demás derechos fundamentales?, y otro: ¿se deja en entera libertad a la ley y los Tratados para reconocer los derechos de los extranjeros?

A esos dos problemas ha tenido que enfrentarse el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 107/1984, 99/1985 y 115/1987, entre otras, para concluir que el término «libertades públicas» a que se refiere el art. 13.1 de la Constitución ha de interpretarse ampliamente, como sinónimo de derechos fundamentales. Al segundo de los problemas (sobre la libertad o no del legislador) también ha dado respuesta el Tribunal Constitucional (en su Sentencia 107/1984), diciendo que los derechos fundamentales de los extranjeros surgen de la Constitución y no de la ley o de los tratados y, en consecuencia, que son derechos constitucionales dotados de una protección constitucional, esto es, verdaderos derechos fundamentales, aunque todos lo sean, en cuanto a su contenido, de configuración legal.

Con esas soluciones no está completamente resuelto el problema de los derechos de los extranjeros en España, puesto que la Constitución proporciona, ya en cada derecho, determinadas expresiones que hay que desvelar. Así, en los arts. 14, 19, 23, 30 y 35 CE se determina que los derechos que en tales preceptos se contienen (igualdad, libertad de residencia y circulación, participación política, objeción de conciencia y derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio) tienen por titulares a los españoles, con lo cual, literalmente, no podrían ser derechos de los extranjeros. El Tribunal Constitucional también ha debido, pues, resolver ese problema, decidiendo (STC 94/1993) que pese a la letra de los preceptos, su interpretación a la luz del art. 13.1 CE (que sólo reserva a los españoles los derechos del art. 23 y ello además con la salvedad ya aludida de las elecciones municipales) ha de hacerse entendiendo que, aunque en los referidos preceptos constitucionales se hable de derechos de los españoles (o de los ciudadanos, da igual), ello no impide que también puedan ser derechos de los extranjeros.

Como se acaba de comprobar, puede decirse que aquí (como en otras materias, por ejemplo en las relativas a la distribución territorial del poder) ha sido el Tribunal Constitucional, en su función de supremo intérprete de la Constitución, el que ha construido la doctrina general sobre los derechos de los extranjeros y para ello se ha servido especialmente de la conexión entre derechos y dignidad de la persona, estableciendo, en resumen, lo siguiente:

a) Derechos en los que ha de existir una completa igualdad entre españoles y extranjeros, porque pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, es decir, «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituyen el fundamento del orden político español» (STC 107/1984, F.J. 4). Y así ha ido integrando en este grupo, en el que no cabe diferencia de trato entre nacionales y

extranjeros, a los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, a la tutela judicial efectiva y a la libertad individual del art. 17 CE (STC 99/1985 y 115/1987, entre otras).

b) Derechos que sólo pueden tener los españoles y no los extranjeros: los derechos de participación política del art. 23 CE, con la salvedad de que los extranjeros sí pueden tener el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales según ley o tratado.

c) Derechos no vinculados inmediatamente a la dignidad humana ni al art. 23 CE, esto es, todos los demás derechos fundamentales no incluidos en los dos apartados anteriores, que pueden tenerlos los extranjeros sólo si así lo deciden la ley o los tratados, donde estos instrumentos normativos gozan de una mayor libertad de configuración y pueden establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros basadas en el dato de la nacionalidad. Pero esa regla no es absoluta, ya que el legislador, aun en ese ámbito, no puede configurar libremente el contenido de los derechos cuando ese contenido esté ya configurado por la propia Constitución (STC 115/1987, F.J. 3). Más aún, el legislador ha de respetar el contenido esencial del derecho cuando se lo reconozca a los extranjeros. Sobre esta base, en la sentencia citada, el Tribunal Constitucional anuló los controles administrativos previos impuestos a los extranjeros para el ejercicio de los derechos de reunión y asociación.

4. Una precisión necesaria: los derechos de los ciudadanos comunitarios

Los ciudadanos de cualesquiera de los países miembros de la Unión Europea tienen, en primer lugar, todos los derechos de los extranjeros en España, pero, en segundo lugar, también los derechos que emanan de los tratados comunitarios. Es decir, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, la libertad de circulación y residencia, la libre circulación de trabajadores y el derecho de establecimiento. La interpretación extensiva que de esas libertades ha realizado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha hecho que, en la práctica, se hagan muy difíciles las diferencias de trato de estos ciudadanos respecto de los españoles, con lo cual cabe concluir que los ciudadanos comunitarios tienen básicamente, en España, los mismos derechos que los españoles (salvo el derecho de sufragio activo y pasivo para el Parlamento estatal y los parlamentos de las Comunidades Autónomas, que sólo lo tienen los españoles).

Por ello dejaré fuera de esta intervención los derechos de los ciudadanos comunitarios, y trataré sólo de los derechos de los extranjeros en España no procedentes de países de la Unión Europea. A ellos me referiré, pues, siempre que hable, genéricamente, de los derechos de los extranjeros: a los extranjeros no comunitarios.

5. Las consecuencias de la regulación constitucional respecto de los problemas, a los que ya aludí, de la ley 8/2000

5.1. Una primera interpretación simple y aporoblemática

Cabría enfocar el problema a partir de las siguientes premisas: a) Los derechos que el Tribunal Constitucional ha reconocido como inherentes a la dignidad de la persona no forman el catálogo completo de tales derechos, sino que sólo el Tribunal los ha aludido a título de ejemplo, con lo cual, prácticamente todos los derechos civiles y sociales (a diferencia de los políticos, que están unidos a la ciudadanía) estarían ligados a la dignidad humana. b) Cuando la Constitución habla de que «todos tienen derecho» o de «se reconoce el derecho», no cabe que el legislador diferencie entre españoles y extranjeros. c) Como los derechos fundamentales de nuestra Constitución han de interpretarse de conformidad con los Tratados y Convenios sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2. CE), cuando esos Tratados o Convenios (y sus correspondientes órganos de interpretación) hayan declarado que un derecho es de toda

persona y no de los ciudadanos, en España no puede el legislador establecer diferencias de trato basadas en la nacionalidad.

A partir de esas premisas, podría sostenerse, claro está, la inconstitucionalidad de todas las restricciones de derechos que ya señalé y que la nueva ley 8/2000 realiza respecto de la 4/2000. O en otras palabras, esos derechos no podrían reducirse sólo a los extranjeros que tienen estancia legal o residencia, sino que tendrían que reconocerse a todos los extranjeros, estén legal o ilegalmente en España.

5.2. Los problemas de esta primera interpretación

El primer problema radica en que la doctrina del Tribunal Constitucional no es la de impedir la diferencia de trato entre españoles y extranjeros en todos los derechos fundamentales conectados con la dignidad de la persona, porque, en realidad, no unos pocos, sino la totalidad de los derechos fundamentales están conectados con la dignidad humana y, en consecuencia, carecería de sentido la cláusula contenida en el art. 13.1 CE y la clasificación que a esos efectos ha realizado el Tribunal en tres grupos. Sólo habría entonces dos grupos: los derechos políticos (art. 23) a disfrutar sólo por los españoles, con la salvedad ya aludida a las elecciones municipales, y los demás derechos fundamentales, en los que no cabrían diferencias de trato entre españoles y extranjeros. Esa no es, desde luego, la doctrina del Tribunal Constitucional.

Lo que el Tribunal Constitucional ha dicho es que hay unos derechos *más conectados inmediatamente* con la dignidad de la persona (y los ha señalado, aunque creo que sin limitar ese catálogo necesariamente), y que son el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la libertad ideológica, que cabe extender también a la libertad de creencias, el derecho a la intimidad, a la libertad personal del art. 17 CE y a la tutela judicial efectiva, como antes ya dije, y respecto de los cuales no cabe diferencia de trato entre nacionales y extranjeros. Y que, por el contrario, dejando aparte los derechos políticos, hay otros derechos que, aunque conectados con la dignidad de la persona (todos los derechos lo están), esa conexión no es directamente inmediata y, por ello, respecto de éstos, el legislador puede establecer diferencias de trato, con dos condiciones: que no puede desvirtuar el contenido de derecho constitucionalmente expresado (e incluso llega más allá, que no podrá vulnerar su contenido esencial, art. 53.1 CE) y que la diferencia de trato ha de hacerse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, podría entenderse que los derechos de reunión y manifestación, de asociación, sindicación y huelga son susceptibles, *respetando las dos condiciones ya aludidas*, de diferenciación de régimen entre españoles y extranjeros.

El segundo problema es que la doctrina del Tribunal Constitucional no ha dicho que cuando en la Constitución se hable de que «todos tienen derecho» o «se reconoce el derecho» al referirse a la titularidad, no quepa diferencias de trato entre españoles y extranjeros, sino, por el contrario, ha decidido que esas expresiones no impiden, de acuerdo con el art. 13.1 CE, la diferencia de trato, siempre, claro está, con las condiciones a las que ya reiteradamente me he referido. Por lo mismo ha dicho, y en sentido contrario, que cuando la Constitución expresa que son únicamente los españoles los titulares de un derecho, esa expresión tampoco significa que de tal derecho no puedan disfrutar también los extranjeros. Y ello es así porque si nos atuviéramos sólo a la propia dicción sobre la titularidad de los derechos que en cada precepto de ellos se contiene, sobraría el art. 13.1 CE, y, por supuesto, los extranjeros podrían tener muchos menos derechos que los que ahora se les reconocen en España y se les reconocen en los convenios y tratados sobre la materia ratificados por el Estado español. Así, por ejemplo, el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad de circulación o residencia, el propio derecho de participación política, o el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, la Constitución sólo los reconoce a los españoles, y el Tribunal Constitucional, razonablemente, interpretando sistemáticamente el texto constitucional, ha salvado ese defecto de redacción reconociendo que también los extranjeros pueden poseer tales derechos, en los términos fijados por los tratados y la ley.

El tercer problema reside en que, a mi juicio, las fórmulas empleadas por los tratados o convenios internacionales ratificados por España cuando reconocen los derechos de «todas las personas» y no sólo de los nacionales de un país, aunque obligan en España, por supuesto (y no sólo en virtud del art. 96 CE, que por ello sólo no quedarían dotados de rango constitucional, sino por lo dispuesto en el art. 10.2 CE), y en tal sentido limitan al legislador, no impiden, sin embargo, diferencias de trato en el régimen jurídico de ejercicio, es decir, imponen la igualdad, pero no creo que la exacta paridad.

En consecuencia, el examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las restricciones establecidas por la ley 8/2000 no es algo sencillo, sino muy complejo y, por ello, no admite soluciones simples y aproblemáticas.

5.3. Un problema nuevo: la distinción entre extranjeros que se encuentren en España en situación legal y los que se encuentren en situación ilegal

Este es el verdadero problema, pues las reformas introducidas por la ley 8/2000 no vienen a cambiar la situación de igualdad de derechos entre españoles y extranjeros que, prácticamente, había establecido la ley 4/2000, pero claro está, referida a los extranjeros con estancia legal en España. Respecto de ellos puede decirse, incluso, que nuestra legislación es una de las más avanzadas de Europa.

Lo que introduce una situación nueva, que no había sido objeto de la jurisprudencia constitucional, es la distinción ya aludida, y la restricción de esos derechos o incluso en ciertos casos su anulación, respecto de los extranjeros en situación de ilegalidad. Cabe presumir, leyendo atentamente las sentencias del Tribunal Constitucional, e incluso las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que cuando se refieren a los derechos de los extranjeros en el sentido de su tendencial equiparación a los derechos de los nacionales, salvo diferencias de régimen razonables y proporcionadas, parecen dar por supuesto que se trata de extranjeros que estén «regularmente» en el territorio del Estado, y no exactamente también a los «inmigrantes clandestinos» o, más generalmente, en situación de ilegalidad.

Por ello este es un problema nuevo, que requiere de un examen no derivado automáticamente de la doctrina sobre la Constitución y sobre los tratados y convenios que hasta ahora se ha producido. Ahora bien, que esos extranjeros en situación de ilegalidad carezcan por completo de derechos es algo que no puede admitirse, por principio, ni en la doctrina internacional ni en la doctrina constitucional, y menos en un Estado democrático de derecho como el nuestro. Pero al mismo tiempo, tampoco puede olvidarse la paradoja de atribuir derechos a aquéllos cuya estancia en España, si el Estado la conoce, podría generar su expulsión del territorio nacional. La cuestión, entonces, podría formularse así: ¿pueden reconocerse derechos a quienes están en situación de ilegalidad?.

Adelanto mi respuesta positiva, porque una cosa es que estén en situación de estancia ilegal, y otra muy distinta que estén fuera del derecho del Estado que ejerce sobre ellos su jurisdicción. Por ello creo que sí pueden e incluso deben reconocérsele algunos derechos: los más inmediatamente conectados con la dignidad de la persona, que no deja de serlo (persona) el extranjero aunque esté en situación ilegal.

6. Un examen complejo de una situación compleja

Una vez expuesto todo lo anterior, el examen de la constitucionalidad de las restricciones de derechos establecidas por la ley 8/2000 me plantea más dudas que certidumbres. Dudas que por honradez intelectual no puedo dejar de expresar.

Respecto del derecho de reunión y manifestación no encuentro razones de peso suficiente para sostener, de manera indudable, la inconstitucionalidad de su no reconocimiento a los extranjeros en situación de ilegalidad. No creo que este derecho, que está conectado, claro está,

con la dignidad de la persona, lo esté de manera *directamente inmediata* por utilizar las palabras del Tribunal Constitucional. Téngase en cuenta, además, que para el ejercicio de este derecho en lugares de tránsito público hay que informar previamente a las autoridades administrativas. ¿Pueden dirigirse a la administración, en ese trámite de notificación previa, los extranjeros en situación de ilegalidad, cuando ello representaría su «autodelación» a las autoridades del Estado que pueden, por ello, poner en marcha su propia expulsión del territorio nacional? Insisto en que la doctrina del Tribunal Constitucional, especialmente en su Sentencia 115/1987, no puede automáticamente aplicarse al caso, porque allí se partía, a mi entender, de extranjeros que se encontrasen legalmente en el territorio del Estado.

Distinto es el caso visto desde una perspectiva humanitaria, que comparto, y desde una posición proclive a la extensión de los derechos, que es la mía. Pero ello es una cuestión de política legislativa. No creo que fuese inconstitucional ni mucho menos la atribución del derecho de reunión a todos los extranjeros, sea cual sea su situación legal, siempre que se reservase sólo a los residentes la promoción y por lo mismo la necesaria notificación previa a la administración cuando la reunión o manifestación se produjera en lugares de tránsito público. Pero tampoco creo que sea radicalmente inconstitucional la decisión del legislador de no reconocer tal derecho a los extranjeros en situación de ilegalidad. En este punto, sintiéndolo mucho, no puedo mantener una actitud de certeza, sino de dudas.

Y lo mismo cabe decir respecto del derecho de asociación en el que difícilmente podrían ser promotores los extranjeros en situación de ilegalidad (por ello el texto ya reformado de la ley 4/2000 reservaba a los extranjeros residentes el derecho a ser promotores). Es cierto que el derecho de asociación está muy íntimamente ligado con el libre desarrollo de la personalidad, también reconocido como principio en el art. 10.1 CE, pero esa categoría no se confunde con la dignidad de la persona, también aludida en el mismo precepto constitucional. Un principio de interpretación constitucional muy claro es el de la no redundancia. Y el Tribunal Constitucional ha ligado la conexión directamente inmediata del derecho con la dignidad de la persona, no con el libre desarrollo de la personalidad. La Constitución no impide, por supuesto, que el derecho se reconociese a los extranjeros en la forma en que lo hacía el texto de la ley 4/2000, pero creo que tampoco lo exige, por lo que no veo razones de peso suficiente para sustentar la radical inconstitucionalidad del no reconocimiento a los extranjeros en situación de ilegalidad. Otra vez recuerdo que, a mi juicio, la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/87 parece presumir que partía de la base de los extranjeros con estancia legal en nuestro territorio. Nuevamente en este punto, y sintiéndolo mucho, no puedo expresar certidumbres, sino dudas. Y soy de la opinión, reiterada en mis muchos trabajos sobre la justicia constitucional, que, *in dubio, pro legislatore*.

En cuanto al derecho a la sindicación, limitado al derecho a la afiliación sindical, puesto que el derecho a fundar sindicatos exige la existencia y actuación administrativa de unos promotores que, obviamente, no podrían ser extranjeros en situación de ilegalidad, y el derecho a ser elegido representante sindical está reservado a personas en pleno uso de su capacidad de obrar; vuelvo a decir lo mismo que he dicho en los casos anteriores. A la vista de la doctrina constitucional y de los convenios internacionales suscritos por España sobre la materia, quizás sería inconstitucional negar ese derecho a los extranjeros cuya estancia en España sea legal, pero no encuentro razones de suficiente peso para sostener la radical inconstitucionalidad de la privación de ese derecho a los extranjeros en situación de ilegalidad. Mis sentimientos caminan en otra dirección: la de la extensión de los derechos. Pero ello no me lleva a sostener, técnicamente, una solución sobre la que tengo bastantes dudas.

Por lo que se refiere al derecho de huelga, que la ley 8/2000 reduce su titularidad a los extranjeros «que estén autorizados» a trabajar, lo que quiere decir, implícitamente, que no podrían disfrutarlo los extranjeros en situación de ilegalidad, aunque estén «ilegalmente» trabajando, mi opinión vuelve a ser la misma. El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que no pueden exigirse derechos desde la ilegalidad (salvo los más inmediatamente conectados con la dignidad de la persona). Y no creo que el derecho de huelga se encuentra en esa situación de tan especial y directa conexión, aunque, como todo derecho, esté ligado a la

dignidad humana. El problema, no obstante, es de una extraordinaria gravedad, porque el extranjero en situación de irregularidad, que se encuentre trabajando, aunque su contrato sea más *de facto* que *de iure*, en cuanto que se trataría de una contratación clandestina y prohibida por el ordenamiento, como trabajador que es ha de tener, en principio, unos derechos mínimos relativos a la jornada, al salario, etcétera, que se hace muy difícil negar. Y que creo que sí están directamente conectados con la dignidad de la persona. Por ello en este caso mi duda es mayor que en los supuestos anteriores: ¿entra el derecho de huelga en ese mínimo de derechos que el trabajador en situación de estancia irregular y con contrato de trabajo también irregular, debe tener? No creo que la doctrina del Tribunal Constitucional nos dé resuelto el problema, porque insisto en que esa doctrina está dictada bajo el presupuesto (así me lo parece) de extranjeros en situación de legalidad. Sintiendo mucho otra vez no puedo pronunciarme rotundamente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la exclusión producida por la ley 8/2000.

La exclusión del derecho a la educación no obligatoria respecto de los extranjeros no residentes, me parece que tiene el defecto de no reconocerlo a los extranjeros no residentes pero con estancia legal en el territorio. Creo que ahí podría existir, quizás, un motivo de inconstitucionalidad. En cambio, la exclusión de ese derecho para los extranjeros que se encuentren en situación de estancia ilegal no creo que resulte radicalmente inconstitucional, una vez que se les reconoce el derecho, cuando sean menores de dieciocho años, a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, que ella sí está inmediatamente ligada con la dignidad de la persona. La enseñanza no obligatoria, esto es, la voluntaria, estaría ligada al libre desarrollo de la personalidad, pero ya he dicho antes que ésta es una categoría distinta, no utilizada por el Tribunal Constitucional como radicalmente diferenciadora entre un tipo y otro de derechos de los extranjeros. Tampoco encuentro en los convenios internacionales que afectan a la educación una prescripción clara que obligue a los Estados a suministrar la enseñanza no obligatoria a los extranjeros que se encuentre en situación de ilegalidad. Nuevamente, *in dubio, pro legislatore*.

Tampoco me parece inconstitucional que sólo a los extranjeros residentes se reduzca el derecho a acceder como personal laboral al servicio de las administraciones públicas. Sería contradictorio que la administración tuviese que emplear a extranjeros que se encuentran en situación de ilegalidad, cuando esa misma administración lo que puede es proceder a su expulsión del territorio nacional.

Muy distinto a todos los casos anteriores es el de la exclusión del derecho a la justicia gratuita (a lo que antes se llamaba la defensa por pobre) respecto de todos los extranjeros en situación de ilegalidad (a los que sólo se reconoce ese derecho en cuanto a los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y al asilo). Me parece obvio que un extranjero, aunque se encuentre en situación de ilegalidad, no puede carecer del derecho de defensa por cualquier causa penal, laboral, administrativa o civil en la que pudiese incurrir o ser afectado. Aquí la doctrina del Tribunal Constitucional es muy clara: los derechos contenidos en el art. 24 CE (que regula la tutela judicial efectiva) son «inmediatamente inherentes a la dignidad de la persona» y por ello, en mi criterio, ha de haber una paridad de trato entre españoles y extranjeros, cualquiera que sea la situación del extranjero. Y no sólo, además de a los extranjeros residentes, también a los empadronados, como decía el texto de la ley 4/2000. Yo creo que el derecho a la tutela judicial efectiva lo han de tener todas las personas y por ello también los extranjeros, cualquiera que sea su situación jurídica. Por ello, como excluir del derecho a la justicia gratuita a aquel que no disponga de medios económicos es, realmente, excluirle del derecho a la tutela judicial, me parece que esta exclusión que realiza la ley 8/2000 puede considerarse inconstitucional. Pero sin olvidar por ello una paradoja que entonces se produciría: el juez, como funcionario público que es, estaría obligado a poner de relieve que esa persona se encuentra ilegalmente en España, con lo cual, al acudir a la tutela judicial, el extranjero en situación de irregularidad estaría poniendo en peligro su propia estancia en España.

Esto último me da pie para efectuar unas consideraciones generales sobre el «status» jurídico de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España, que ese y no otro es, creo, el problema principal que plantea la ley 8/2000.

7. El problema de los extranjeros llamados «irregulares» o en situación de ilegalidad

Ahora abandono las consideraciones de constitucionalidad o de derecho positivo, para referirme a un problema que es de política legislativa, y que sólo me parece que en esa sede debiera encontrarse solución. Es cierto que ya se han presentado varios recursos de inconstitucionalidad contra la ley 8/2000. Pero no creo que ello valga como solución de este problema. Primero porque transcurrirán años hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie y, segundo, porque tengo dudas de que su pronunciamiento sea el declarar inconstitucional todos los casos de exclusión a los que me he venido refiriendo. El problema, como dije, más que de constitucionalidad, es de política legislativa. ¿Puede nuestro Estado soportar y nuestra sociedad integrar pacíficamente el altísimo contingente de inmigrantes «clandestinos» o ilegales simplemente declarándolos fuera de la ley y desposeyéndolos de gran parte de los derechos fundamentales? Me parece que no. Téngase en cuenta que esa situación conduce a la desprotección e indefensión de tales inmigrantes y al abuso sobre ellos de personas sin escrúpulos, y lo que es peor, a su marginación social, con el consiguiente surgimiento de una xenofobia, no por condenable menos previsible. ¿Puede la administración proceder a la expulsión en masa de esas decenas de millares de personas que se encuentran en dicha situación? También parece que no, y no sólo por motivos humanitarios y de presión social, sino también por motivos puramente técnicos. Y por los mismos motivos encuentro muy difícil que el Estado pueda perseguir y sancionar manifestaciones, asociaciones, sindicaciones y huelgas que de *facto* y no de *iure* muy probablemente se producirán. Esto es, masivas actuaciones fuera de la ley que el Estado, por un lado, no debiera permitir, pero que, por otro, le va a resultar extraordinariamente difícil reprimir.

Tampoco puede el Estado, evidentemente, eliminar los controles de la inmigración, primero porque ello iría en perjuicio de los propios inmigrantes y segundo porque ello impediría el cumplimiento de las funciones de integración pacífica de todos los habitantes en el territorio que el Estado no puede dejar de cumplir, además de que una política de «puertas abiertas» iría en contradicción con las propias decisiones comunitarias que nuestro Estado está obligado a cumplir como miembro que es de la Unión Europea.

Por todo ello es preciso un tratamiento de urgencia, un gran pacto de Estado, sobre la política de inmigración, que es una materia que trasciende de los intereses coyunturales de las mayorías políticas porque es un tema de auténtico interés nacional y, por supuesto, de interés supranacional. No se olvide que los derechos fundamentales son a su vez derechos humanos y éstos también derechos «humanitarios». Tampoco puede olvidarse el problema sociológico que la integración de los extranjeros representa y al que debe hacerse frente con medidas inteligentes, que deben huir, a su vez, de la demagogia y de la xenofobia. Sobre este problema sociológico-político acaba de publicarse en España un luminoso trabajo, profundo y ponderado, como lo acredita la autoridad de su autor. El libro *es La sociedad multiétnica (pluralismo, multiculturalismo y extranjeros)* de Giovanni Sartori.

No creo, en definitiva, que pueda prescindirse de la distinción, con efectos jurídicos, entre extranjeros en situación legal y extranjeros en situación ilegal, pero pueden y deben arbitrase medidas para fomentar la «regularización» y no para entorpecerla y, en suma, para establecer un estatuto jurídico de los extranjeros en situación de ilegalidad más generoso que el que se deriva de la ley 8/2000, y que distinga, además, de manera clara, entre extranjeros que entran clandestinamente en el territorio español y extranjeros que, habiendo pasado legalmente la frontera, se encuentren después, por haber transcurrido el plazo de su estancia legal o por haber caducado el permiso de residencia, en una situación de «irregularidad». Creo que son dos supuestos bien distintos y que deben recibir, por ello, distinto tratamiento jurídico. Como también, posiblemente, cabría dispensar (¿por qué no?) un trato privilegiado a los inmigrantes procedentes de «las naciones de nuestra comunidad histórica» (que es la alocución utilizada por el art. 56.1 de la Constitución).

Notas:

- Académico correspondiente en España.

LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: ESPECIAL REFERENCIA A LA TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS FAMILIARES

por EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA *

SUMARIO: 1. Planteamiento general del problema. 2. El art. 39.1. de la Constitución española de 1978 en el panorama del constitucionalismo contemporáneo. 3. Distintas soluciones aportadas por el derecho comparado respecto del tratamiento de las rentas familiares.

1. Planteamiento general del problema

Afirmar que la familia experimenta en nuestros días una profunda crisis, es uno de los pocos lugares comunes en que moralistas, escritores y sociólogos vienen a coincidir. Las discrepancias surgen al tratar de detectar sus causas y proponer los remedios adecuados. De este último tema y, concretamente, en el ámbito constitucional tributario es del que pienso ocuparme en las líneas que siguen.

La conexión de subordinación entre ordenamiento tributario y Constitución es evidente. De suerte que según cuál sea el tratamiento que la familia reciba en la Constitución, así será el tratamiento que el ordenamiento tributario habrá de dispensar a la familia. El problema, sin embargo, se complica al advertir que en la consideración tributaria de la familia a nivel constitucional entran en juego, al menos, tres principios: el principio constitucional de igualdad de trato (art. 14), la imposición conforme a la capacidad contributiva (art. 31) y la protección jurídica de la familia (art. 39).

Más adelante veremos cómo juega cada uno de estos tres principios en la tributación de las rentas familiares y las serias dudas que suscita, en cuanto a su constitucionalidad, el tratamiento que el Impuesto sobre la Renta dispensa a la familia, hasta el punto de haberse generalizado en el lenguaje ordinario la denominada «multa por casarse» (diario «La Ley», de 23 de diciembre de 1980). En esa visión tendrá un papel destacado el examen de la legislación y jurisprudencia europeas sobre la materia, pues será curioso «progreso» el nuestro, si en ese proceso de acomodación legislativa a Europa hubiéramos ido introduciendo todo lo que perjudica a la familia (aborto, divorcio, permisibilidad pornográfica y droga), desconociendo lo que la favorece (generosas ayudas por hijos, reducciones fiscales por razón de matrimonio, sueldo del ama de casa, etcétera).

El limitado enfoque de este trabajo, centrado en los aspectos tributarios del tema, no debe perder de vista la complejidad e intrínseca dificultad de la materia objeto de examen. En ella se mezclan y entrecruzan problemas económicos (tratamiento diversificado de las rentas, mercado de trabajo, desequilibrios regionales, etcétera), cuestiones de estricta justicia (igualdad, solidaridad, capacidad contributiva), de pura técnica jurídica (correcta delimitación del sujeto pasivo de los impuestos, configuración de mínimos exentos y deducciones, elaboración de las tarifas, etcétera) y encubiertas o manifiestas opciones políticas, que a veces se encuentran simultáneamente de forma poco armónica.

A la vista de los ingredientes mencionados es fácil -y correcto- presumir que las distintas opiniones y opciones en presencia, rara vez podrán ser ofrecidas como la solución al problema. Pero si es bueno desechar las tentaciones de dogmatismo, justo es también reconocer que hay soluciones que cuentan en su haber con un respaldo positivo, doctrinal y jurisprudencial nada despreciable, en tanto que otras revisten una sospechosa singularidad. Singularidad tanto más llamativa en la medida en que esa solución, antes ampliamente compartida, vaya camino de convertirse en casa abandonada o barco doctrinalmente a la deriva. No pudiendo en este tema desconocerse las sentencias de los tribunales constitucionales alemán (1957) e italiano (1976), que con una diferencia temporal entre ellas de veinte años, han venido a coincidir en un punto

fundamental: su rechazo al sistema de acumulación pura y simple de las rentas de marido y mujer a efectos de la imposición sobre la renta de las personas físicas.

Sin embargo, esa diferencia cronológica creemos que ha sido determinante respecto de las sugerencias patrocinadas en uno y otro caso. En la Alemania de 1957 la solución fue el *splitting* (división) de las rentas de marido y mujer. En la Italia de 1976 se optó por la tributación separada de unas y otras rentas. De estas diferencias de opciones y cronología han derivado importantes consecuencias: en Alemania, tras veinte años de vigencia continuada del *splitting* conyugal, desde 1976 las preocupaciones fundamentales han girado en torno de la consideración de los gastos de guardería y a la introducción de deducciones reales por los gastos de manutención de los hijos, tratando en último término de demostrar que, a igualdad de renta, la capacidad contributiva de una pareja con hijos a su cargo es menor que la de otra pareja sobre la que no pesen análogas obligaciones legales. En Italia, donde la declaración de inconstitucionalidad de la acumulación de las rentas de marido y mujer se resiente, el esfuerzo doctrinal y político sigue girando en torno a la valoración de la polémica sentencia de la Corte Costituzionale.

Tratando de resumir por anticipado las tres grandes cuestiones que hoy presiden la discusión sobre la tributación de las rentas familiares a nivel constitucional, pensamos que esas cuestiones son las siguientes: 1ª) las relaciones de mutuo apoyo o fricción entre los principios de capacidad contributiva, protección a la familia y progresividad; 2ª) la polémica en torno de las ventajas o inconvenientes de los sistemas de tributación separada, *splitting* o cociente familiar (sistema francés); y 3ª) la adecuada consideración de las cargas familiares.

Las opiniones sobre cada una de estas cuestiones distan de ser coincidentes. Así, mientras unos autores critican duramente la acumulación de ingresos de marido y mujer a efectos del Impuesto sobre la Renta, por considerar que es incompatible con el principio constitucional de protección a la familia, otros estiman que la acumulación en sí misma no contradice el principio del gravamen según la capacidad contributiva, dependiendo la valoración final del grado de progresividad de las tarifas y de la cuantía de las deducciones; habiendo, por último, quienes piensan que no parece técnicamente correcto variar el criterio sobre la pretendida bondad de un mecanismo impositivo en función de la cuantía de las sumas recaudadas mediante el expediente en discusión o de la altura de las rentas afectadas, pues hay autores, en principio favorables a la acumulación, que estarían dispuestos a atenuar el rigor de sus efectos, pero sólo respecto a las rentas inferiores. Esto ha llevado a algún autor (G. Nava) a afirmar, irónicamente, que la acumulación de ingresos a efectos impositivos sólo es criticable en los niveles inferiores de renta.

En fin, íntimamente relacionado con los temas anteriores, pero que por su elevado nivel técnico no parece oportuno tratar en este lugar, está la polémica sobre si la capacidad contributiva ha de referirse a la persona singular o al grupo familiar y, en consecuencia, sobre quién debe ser el sujeto pasivo por el Impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Abordado el problema con grandes dosis de generalidad, no parece que, en cuanto al fondo de la cuestión, debieran existir grandes dudas, si se parte de un correcto planteamiento del tema, pues sea cual fuere la opinión que se mantenga al respecto, es claro que el Impuesto sobre la renta de las personas físicas ha de tener en cuenta las condiciones personales de los sujetos pasivos, y entre éstas asume un papel relevante el hecho de formar parte, o no, de un grupo más amplio. La opción es, pues, de grado: en un caso se valora la capacidad económica del grupo en cuanto tal; en otro se consideran las ventajas y cargas adicionales que supone la pertenencia al grupo familiar.

2. El art. 39.1. de la Constitución española de 1978 en el panorama del constitucionalismo contemporáneo

El art. 39.1. de la Constitución española de 1978 dispone: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Este precepto, que sólo cambiando el orden de enumeración procede directamente del Informe de la Ponencia sobre las enmiendas

presentadas al Anteproyecto de Constitución, constituye una expresión sintética y recortada de las dos versiones anteriores a él (art. 27 del Borrador del Texto Constitucional y art. 34 del Anteproyecto) y es fiel reflejo de lo dispuesto por el párrafo 1º del art. 67 de la Constitución portuguesa de 1976¹. Porque en esta materia, aunque a primera vista todos los preceptos puedan parecer semejantes -ya que semejante es la función que desempeña la familia en cualquier tipo de sociedad-, los matices son muy importantes y ellos son los que marcan la pauta respecto de los caracteres con que un legislador determinado y en un momento dado pretende configurar a la familia y, por ende, a toda la sociedad. Otra cosa es que esa pretensión sea coherente con otros principios proclamados en la propia Constitución y una tercera que la imagen trazada llegue a realizarse, lo que en último término, depende de la mayor o menor proximidad entre hipótesis normativa y realidad y, consiguientemente, de la fuerza (directamente proporcional a esa distancia) que se quiera o se pueda ejercer para imponer el modelo ideado.

Básicamente, los modelos ideados para estructurar las relaciones familia-Estado son tres, que lógicamente se corresponden con las tres grandes formas políticas de estructurar la sociedad. La primera, propia de la *concepción liberal* del Estado, sólo se preocupa de regular los derechos y deberes de los individuos aisladamente considerados; en buena teoría, dentro de esa concepción la ordenación de la familia es un asunto entre particulares (de derecho privado), respetando al máximo el principio de libre autonomía de la voluntad. Una segunda posibilidad consiste en que el Estado *reconozca* la existencia de la familia como una forma de organización social anterior a él, y a partir de este supuesto: a) una y otro discurren por cauces independientes, lo que sustancialmente nos lleva al esquema anteriormente descrito; b) el Estado asume la protección y tutela de la familia, dictando una serie de medidas jurídicas y económicas especialmente dirigidas a favorecer su estabilidad y desarrollo; c) el Estado absorbe la organización familiar dentro de su propia estructura, canalizando a través de la familia una parte a toda la actividad política. Dentro del tercer esquema presente de organización social, la familia entra a formar parte de la *totalidad* de temas a regular por el derecho público, con vistas a la consecución del objetivo fundamental de este tipo de Estado, que consiste en «la consolidación y desarrollo general de la sociedad socialista». Naturalmente, bajo esta concepción dogmática, y con independencia de que la legislación concreta de un Estado favorezca o no el desarrollo de la vida familiar², es impensable un reconocimiento por parte del Estado de ningún grupo social anterior a él, tal y como prescribe el art. 16.3. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en concreto establecen, por ejemplo, los arts. 31 y 29 de las constituciones irlandesa e italiana, respectivamente.

¿Dónde situar dentro de este panorama el art. 39.1. de la Constitución española? La respuesta no es ciertamente fácil, e incluso dudamos de que existe una sola respuesta, al menos entendida ésta en el sentido de una opción clara y decidida del legislador constitucional español por un determinado tipo de organización social. Conectando el art. 39.1 a sus precedentes legislativos más inmediatos, una idea parece, no obstante, presidir con mayor fuerza que cualquier otra el proceso de elaboración del texto constitucional. Nos referimos a una especie de huida o estampida general no sólo frente a todo lo que pudiera oler a corporativismo (fenómeno que podría resultar comprensible -y hasta justificable-), sino incluso frente a aquellos valores e instituciones muy anteriores al corporativismo, pero que de algún modo habían sido protegidos por el régimen político anterior

En esta situación, descartados como esquemas viables el corporativismo y el socialismo de Estado, el tratamiento ofrecido por nuestra Constitución a la familia básicamente se debate, en una línea poco clara, entre una especie de apoteosis liberal, que se manifiesta en la amplia serie de derechos, deberes y libertades individuales regulados, y una multiplicación de las intervenciones, regulaciones y protecciones dispensadas a cada paso por el Estado. Se tiene la impresión, al leer el texto constitucional, de que en la tensión individuo-Estado, los grupos sociales intermedios son los que han llevado la peor parte; si esto ha ocurrido por carecer de valedores eficaces o como resultado de un propósito deliberado es más difícil de determinar, pero el hecho cierto es que:

a) Apartándose de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, no se reconoce a la familia ningún carácter «natural» o «fundamental» dentro de la sociedad³. Es más, tampoco se dice que tenga derecho a ser protegida, sino que, en la línea de la Constitución de 1931⁴, afirma que «los poderes públicos aseguran su protección»⁵.

b) Apartándose de la línea seguida por el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, no fundamenta la familia en el matrimonio (Italia y Alemania), ni asegura las condiciones necesarias para su desarrollo (Francia), ni garantiza los derechos inviolables del hombre «dentro de las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad» (Italia) ⁶.

c) Al margen de la declaración del art. 39.1, la única referencia expresa de carácter positivo a la familia se encuentra en el art. 35.1, donde se alude a las «necesidades de la familia» como elemento valorativo de lo que debe entenderse por una «remuneración suficiente» del trabajo. Falta, sin embargo, esta referencia en otros lugares, que pueden considerarse comunes dentro del derecho constitucional comparado, como, por ejemplo, al aludir al derecho a una vivienda digna, a la salud y al bienestar, donde nuestra Constitución ha preferido aludir a «los españoles» (art. 47), a «los ciudadanos» (art. 41) y a «los consumidores y usuarios» (art. 51). Adicionalmente, y a título meramente anecdótico, puede resultar curioso recordar que las alteraciones introducidas en los arts. 34 y 43 (más tarde arts. 39 y 50) por el Informe de la Ponencia (alteraciones que pasaron al texto definitivo), consistieron en añadir a la protección dispensada a las madres la especificación «cualquiera que sea su estado civil» (art. 39.2), y a la protección ofrecida a los ciudadanos durante la tercera edad la frase aclarativa «con independencia de las obligaciones familiares» (art. 50).

3. Distintas soluciones aportadas por el derecho comparado respecto del tratamiento de las rentas familiares

El principio constitucional del favor familiar o de protección a la familia se encuentra expresa o tácitamente reconocido en la práctica totalidad de las constituciones conocidas, tanto del Este como del Oeste. Algunas, como la italiana en Occidente y la polaca en Oriente, llegan incluso a manifestar «una solicitud particular hacia las familias numerosas» (art. 79 de la Constitución polaca). Sin embargo, cuando de los textos constitucionales se pasa a las leyes tributarias ordinarias, el abanico de protecciones y favores es extraordinariamente heterogéneo, dándose el caso de algún ordenamiento como, por ejemplo, el italiano, donde durante algún tiempo han coexistido vigentes el art. 31 de la Constitución, que ordena «facilitar con medidas económicas y otras previsiones la formación de la familia y el cumplimiento de los fines que le son propios», y los arts. 131 y 139 del Texto Unico de la Imposición Directa (respecto del Impuesto complementario sobre la renta de las personas físicas) y, sobre todo, el art. 2^a de la ley de delegación de 9 de octubre de 1871, y decretos legislativos correspondientes, por los que se establecía el sistema de acumulación de las rentas de marido y mujer a efectos del Impuesto personal sobre la renta ⁷.

Las razones de semejante unidad de propósitos y disparidad de medidas legislativas concretas no son fáciles de explicar, porque el recurso a las diferencias ideológicas o económicas entre los distintos países justificaría la diversidad de puntos de partida, de caminos elegidos o de metas a conseguir, pero no el intento de llegar a los fines proclamados por caminos impropios y muchas veces contrarios.

Así, pues, lo sorprendente no es que los puntos de partida, los caminos o las metas difieran, esto es perfectamente comprensible; lo curioso es que, formalmente al menos, desde puntos de partida ideológica o económicamente diversos, cuando no opuestos, se pretendan idénticas metas; y lo inexplicable es que se adopten fines a los que no se adecuan los medios concretos puestos por obra. El sistema adquiere contornos kafkianos cuando instituciones multiseculares, como la familia, la filiación, la patria potestad, etcétera, son vaciadas de sus contenidos y caracteres originarios para pasar a designar otras situaciones que, por principio, le son extrañas ⁸.

Intentando encontrar una explicación razonable a la cuestión expuesta que, naturalmente, no pretende dar con la clave del problema en esta o aquella situación concretas, creemos que en el fondo de esa utilización forzada de metas no deseadas late el brillo, todavía no completamente extinguido, de los grandes conceptos e instituciones de la civilización cristiana. De suerte que en ocasiones, puede ser conveniente seguir utilizando algunos de esos grandes

conceptos como estandarizado o, en todo caso, vaciado de su contenido originario, porque su ausencia podría resultar llamativa.

Otras veces, más que de fomentar o de favorecer a la institución familiar, se trata simplemente de no perjudicarla. Cuando se emprende este camino, más pronto o más tarde, generalmente bastante pronto, hacen acto de presencia los principios constitucionales de igualdad y de capacidad contributiva. Los ordenamientos tributarios alemán e italiano son en este sentido suficientemente expresivos.

Finalmente, surgen problemas delicados de elección cuando desde dentro del propio principio de capacidad contributiva se trata de contrapesar los elementos positivos y negativos que la constitución de una familia comporta a efectos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Problemas que se complican bastante cuando pretende compatibilizarse dentro del Impuesto Renta Personas Físicas la coexistencia del principio de capacidad contributiva respecto al trato adecuado de las rentas familiares con una elevada y generalizada tasa de progresividad.

En cualquier caso, y al margen de las razones que en abstracto o en concreto sirvan para explicar el fenómeno descrito, lo que a nuestros efectos interesa destacar en el momento presente es que una vez sentado el principio de protección a la familia, de buen o mal grado, de forma aparente o efectiva, algún mecanismo de protección o estímulo, según los casos, tendrá que arbitrarse, aunque sólo sea para que el principio inserto en el texto constitucional no pudiera parecer una burla.

Estos mecanismos, al servicio en cada caso de una concepción de la vida diferente, pueden adoptar múltiples variantes en torno de algunos sistemas tipo. Estos sistemas son fundamentalmente tres:

a) El primero, que es el más simple y elemental, no afronta directamente el problema o, si se prefiere, lo desconoce y margina. Consiste en partir de la base de que la sociedad está compuesta por individuos singulares y que éstos, desde el punto de vista económico, también actúan como sujetos individuales.

Así, pues, a efectos del impuesto personal sobre la renta, la declaración, determinación de la base imponible y pago de la cuota tributaria correspondiente, se realiza de modo individual, aunque ello no implica desconocer absolutamente la existencia de cargas familiares. El principio que preside este sistema, del que hasta su reciente generalización⁹ era prototipo el ordenamiento canadiense¹⁰, vino admirablemente resumido por el Informe Carter en los siguientes términos: «Los cónyuges, a nuestro juicio, deberían pagar menos impuestos que un soltero que percibe una renta total idéntica. Sin embargo, creemos que los cónyuges, en casi todas las categorías de rentas, deberían pagar más impuestos que dos solteros que ganen cada uno la mitad de la renta global de ambos cónyuges en razón de las economías que permita la vida en común»¹¹. Lo que el Informe Carter no dice es que semejante solución, al margen de su conocido trato de favor respecto a las familias con fuertes ingresos patrimoniales (por la posibilidad de distribuir internamente esos bienes en la forma más conveniente), tendría como consecuencia equiparar a efectos fiscales a un soltero cuya renta está íntegramente a su disposición, y a un casado, que por mandato legal está obligado a satisfacer las necesidades de manutención de su cónyuge y las de manutención y educación de sus hijos¹².

b) El segundo, que supone un mayor perfeccionamiento en orden a la efectiva aplicación del principio de protección a la familia, trata de armonizar dos ideas en apariencia simples: 1ª) que la familia es el sujeto económico por excelencia; por tanto, ella debe constituir la unidad contributiva por excelencia ante el impuesto sobre la renta; 2ª) que siendo generalmente aceptada la existencia de una tarifa progresiva en este impuesto, debe evitarse que la acumulación de las rentas individuales de los sujetos que constituyen la unidad familiar discrimina contra la familia. La técnica habitualmente utilizada para armonizar ambos fenómenos es el *splitting*, que esencialmente consiste en sumar todas las rentas de los cónyuges y dividir por dos a efectos de la aplicación del impuesto. Contra este sistema, que es el utilizado en Estados Unidos y Alemania Federal, se argumenta que, a paridad de renta familiar, favorece a los matrimonios en que trabaja un solo cónyuge y, desde luego, no toma adecuadamente en consideración la diversidad de cargas familiares derivadas del número de hijos que integran la unidad familiar¹³.

c) Finalmente, el tercero viene aplicado en Francia desde 1945 bajo el nombre de cociente familiar y, no sin razón, ha sido rebautizado en Alemania con el nombre de *splitting* familiar, porque en realidad constituye una versión más acabada y completa del anterior sistema. La técnica del cociente familiar consiste en dividir la renta familiar global por un cierto número (x), determinado en función de los integrantes del grupo familiar, y aplicar al cociente así obtenido el tipo impositivo correspondiente; este resultado se multiplica por el mismo número (x) y así llegamos a la cuota impositiva a pagar. Las ventajas de este sistema, que admite múltiples refinamientos si se le acompaña de diversas series de escalas ¹⁴, en cuanto a su mejor adecuación a la capacidad contributiva del grupo familiar parecen claras ¹⁵; adicionalmente se observa que con el cociente familiar se evitan las discriminaciones en favor de las rentas patrimoniales. Pero también se ha advertido que este sistema exige un considerable grado de complejidad administrativa y que plantea no pequeños problemas llegado el momento de determinar lo que debe entenderse por «grupo familiar» ¹⁶.

d) Existe, naturalmente, un cuarto sistema, que nada tiene que ver con la protección a la familia: nos referimos a la acumulación pura y simple de la renta de los cónyuges -y en ocasiones hasta de los hijos menores- a efectos del impuesto personal sobre la renta. Afortunadamente, este sistema, que ya en 1971 Zingali calificó de arcaico ¹⁷, se encuentra en trance de desaparición en aquellos Estados donde la familia está constitucionalmente protegida y previsto un recurso de inconstitucionalidad. La posibilidad de que en un momento dado coexistan en un ordenamiento jurídico medidas de ataque a la familia (como la acumulación de rentas) y de protección (como cierto tipo de deducciones o desgravaciones) plantea el problema de determinar el peso relativo de cada una de esas medidas en cada caso concreto ¹⁸.

4. Conclusiones

No es fácil extraer unas pocas conclusiones del conjunto de sugerencias y conceptos previamente sintetizados. Si tuviéramos que elegir una, quizá fuera preferible salirnos del marco doctrinal y jurisprudencial acotado para repetir, con palabras del Informe Mead, una de las ideas con las que se inicia el Capítulo XVIII de dicho Informe: «El tratamiento de la unidad fiscal debe inevitablemente constituir un compromiso entre varias consideraciones en conflicto».

Esa necesidad de compromiso se hace particularmente presente cuando se comprueba, entre autores de reconocido prestigio, que la entrada en juego de legítimos juicios de valor conduce a afirmaciones diametralmente opuestas. Así, por ejemplo, no puede pasar desapercibido al lector que, con ocasión de valorar la Sentencia de la Corte Costituzionale italiana que declaró la inconstitucionalidad de la acumulación de las rentas de marido y mujer en el IRPF, mientras unos autores hablan del peso de «razones morales de fondo en el comportamiento de la Corte» (Zorzi) y de que han prevalecido consideraciones «ético-sociales sobre las estrictamente jurídicas» (Gallo), la gran mayoría estima que nos encontramos ante un problema de opción política, reconociendo que el sistema de acumulación derogado, sin ser decididamente ilegítimo, era objetivamente desfavorable para la familia (Braccini, Gallo, Perrone).

Adicionalmente, reforzando esa necesidad de compromiso, reclamada por la existencia de juicios de valor u opciones políticas, si se prefiere, difícilmente conciliables, está el dato de la ausencia de soluciones universalmente admitidas. Desde la línea anglosajona (Informes Asprey y Meade), con tendencia a la tributación separada, hasta la centroeuropea, proclive al *splitting* familiar, sólo en dos puntos parecen estar todos de acuerdo: 1º) en el general rechazo al sistema de acumulación pura y simple de las rentas de marido y mujer trabajadores; y 2º) en la necesaria consideración de las cargas familiares a efectos de determinar la renta disponible. En todo lo demás, las discrepancias, no sólo de derecho positivo, sino también jurisprudenciales y doctrinales, son notables.

Las conclusiones que cabe extraer de este estudio, a efectos de la inconstitucionalidad del tratamiento dispensado a la familia por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas español, habría que reconducirlas a cada uno de los tres preceptos constitucionales que sirven de punto de referencia. Pero esta reconducción plantea, a nuestro entender, muy diversos problemas.

La violación del principio de igualdad (art. 14 Constitución) es patente, tanto en lo que se refiere a la responsabilidad solidaria de los sujetos pasivos integrantes de la unidad familiar frente a los no integrantes, como en lo relativo a la acumulación de sus rentas o al dispar régimen de deducciones establecido para unos y otros. Pero a pesar de ser evidente y fácilmente demostrable, no parece decisivo, excepto en cuanto a la solidaridad -que está absolutamente injustificada-, traer a colación el principio de igualdad. Es decir, creo que a efectos argumentales puede ser una buena baza, porque supone ir a favor de la corriente. Pero en mi opinión, y salvando como he dicho la cuestión de la responsabilidad solidaria, el principio de igualdad no constituye el centro del problema.

Tampoco creo que sea decisivo, a pesar de su contundente claridad, el art. 39.1. Puede ser suficiente en Alemania, donde la protección a la familia es una cuestión de aplicación de la Constitución objetivable. Pero mucho me temo que en España el tema se vaya a prestar a interpretaciones ideológicas... y el art. 39.1 será, sin duda, objeto de una «segunda lectura», de una «lectura política», o de cualquier otro tipo de lectura interesada, con tal de que no sea jurídica, que es lo que se trata de evitar. Después de todo, siempre podrá argumentarse que la familia está «protegida» si se rebaja dos pesetas el billete del ferrocarril a partir del quinto hijo. Es decir, resulta muy difícil argumentar formalmente cuando no exista una verdadera voluntad política de favorecer a la familia. Y ésta creo que es la razón de que la inspiración en el Informe Carter haya dado tan pobres resultados en España, porque se ha copiado la letra de algunas recomendaciones (responsabilidad solidaria, acumulación de rentas, desgravaciones fijas por hijos, la distinción entre unidades familiares y contribuyentes sin cargas familiares, la presunción por gasto médicos, etcétera), se ha copiado la letra -repito- pero no se ha captado (o no se ha querido captar) el espíritu, el amplio espíritu de protección a la familia que presidió el Informe. ¿Dónde está la menor carga tributaria para los cónyuges?, ¿dónde los dos niveles de exención?, ¿dónde las dos escalas? El legislador español se ha limitado a trasladar algunos mecanismos, pero desprovistos del espíritu que los inspiraba; y ello, sin duda, ha sido por alguna razón¹⁹. Por todo ello pensamos que la utilización del art. 39.1 con vistas al éxito de la pretensión de inconstitucionalidad sería problemática.

En nuestra opinión, el tratamiento de las rentas familiares es un problema esencialmente cuantitativo, siendo, por tanto, su confrontación con el principio de capacidad contributiva el cauce adecuado para dirigir su casación constitucional. Primero, porque la capacidad para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos sólo puede entrar en juego una vez que se hayan cubierto otras obligaciones jurídicas de carácter prioritario, entre las que, en primer lugar, se encuentra el deber de alimentos y educación. La cobertura de estos gastos, que la Constitución recoge en su art. 35, no puede ser desconocida por el legislador fiscal a la hora de fijar la contribución de los ciudadanos al sostenimiento de las cargas públicas. Un régimen tributario que viole este principio elemental podrá ser jurídico, pero desde luego no es justo.

Somos conscientes de las limitaciones de este trabajo, que en realidad sólo ha pretendido ser un apunte o aproximación global al tema. Creo que han quedado tocadas las principales cuestiones, pero otras muchas no lo han sido, como, por ejemplo, la disparidad de trato entre las rentas procedentes del trabajo con relación a los procedentes del capital (difícilmente justificable en un impuesto cuantitativo sobre la renta, máxime coexistiendo con un impuesto sobre el patrimonio).

Una última conclusión, que desborda el marco específico de este estudio, pero que también se pone de manifiesto a través de él, es la importancia que adquiere, allí donde existe un Tribunal Constitucional, la jurisprudencia derivada de él. Lo que viene a confirmar, por otro camino, que las constituciones han dejado de ser marcos programáticos lejanos, para convertirse en derecho directamente aplicable por los tribunales y piedra de toque frente a la que habitualmente han de casar su legalidad las normas ordinarias.

Notas:

* Académico correspondiente en España.

¹ Borrador del texto constitucional: art. 27. «1. Los poderes públicos se comprometen a promover la protección económica, jurídica y social de la familia, en particular por medio de prestaciones sociales, de disposiciones fiscales y de cualquier otra medida adecuada». Anteproyecto de la Constitución: art. 34. «1. Los poderes públicos aseguran la protección económica, jurídica y social de la familia, en particular, por medio de prestaciones sociales, de disposiciones fiscales y de cualquier otra medida adecuada». Constitución española

de 1931: art. 43. «La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado». Constitución portuguesa de 1976: art. 67. «El Estado reconoce la constitución de la familia y asegura su protección».

² Confr., a título de ejemplo, el art. 79 de la Constitución polaca (texto revisado de 21 de febrero de 1976). Es éste un precepto amplio por su contenido y generoso en la regulación de propósitos (obsérvese que incluso alude a una «solicitud particular respecto a las familias numerosas»). Mucho más parco en la letra y nulo en sus efectos de protección a la familia fue el art. 43 de la Constitución española de 1931, cuyo primer apartado, curiosamente, se aproxima bastante a la redacción adoptada por el art. 6º de la Ley Fundamental de Bonn que, sin embargo, por obra de una jurisprudencia constitucional extraordinariamente atenta a la realidad de nuestro tiempo, ha venido a constituirse en punto de referencia obligado en materia de política legislativa de protección a la familia.

³ Conviene, no obstante, recordar que el art. 10.2 de la Constitución española dispone: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Disposición que en un futuro próximo puede ser de gran trascendencia para la suerte de nuestro Derecho de familia.

⁴ Confr. en el mismo sentido, el art. 67 de la Constitución portuguesa de 1976 y los arts. 5.7 y 79.1 de la Constitución polaca (texto de 1976).

⁵ Sobre este punto, vid., por todos, C. GRASSATTI, voz «Famiglia», en *Novissimo Digesto Italiano*; y C. ESPOSITO, «Famiglia e figli nella Costituzione italiana» en *La Costituzione italiana*, Cedam, 1954. Con relación a nuestro derecho positivo, pero anterior a la Constitución, puede verse el estudio de P. YEBRA, «La familia ante el ordenamiento tributario», *Rev. Der. Fin. y Hda. Púb.*, 1976.

⁶ En este punto, el art. 10 de la Constitución española, que sigue de lejos al art. 2º de la Constitución italiana, perdió una excelente oportunidad para aliviar las lógicas tensiones entre individuo y Estado. Confr. art. 3.2 de la Constitución italiana, y los comentarios que al tema dedican C. ESPOSITO (op. cit., págs. 144-145) y M. PANEBIANCO (*Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Nápoles, 1975, pág. 91 y ss.) respecto a la correspondencia entre deberes de los padres y ayudas del Estado. En este sentido, también es positivo el art. 67. a) de la Constitución portuguesa. Una visión más amplia del problema puede encontrarse en U. MEJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Morano, 1965, págs. 12 a 17; y L. CAMPAGNE, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Giuffrè, 1966, pág. 59 y ss.. Dentro de los cuatro números de que consta el art. 39, en particular de sus N.ºs. 1 y 3, podría llevar a unos niveles no sólo de protección, sino también de desarrollo de la familia, análogos a los mantenidos por el resto de las legislaciones europeas. Siempre, naturalmente, que exista una voluntad política decidida en tal sentido.

⁷ Mucho antes de que la Corte Costituzionale declarase la ilegitimidad del cúmulo (sentencia del 14 de julio de 1976), la doctrina se había pronunciado sobre lo anómalo de semejante situación. Veáanse, por todos, G. ZINGALI, «La famiglia nella Costituzione e nella riforma tributaria», en *Dir. Prat. Trib.*, 1971, y G. NAVA, «Imposta al reddito delle persone fisiche e tassazione dei coningli prospettive della riforma tributaria e comparazioni nell'ambito della Comunità Europea», *Bol. Trib.*, 1974.

⁸ Véase U. MAJELLO, *Profili costituzionali. Della filiazione legittima e naturale*, Morano, 1965, pág. 12 y ss., y L. CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Giuffrè, 1966, pág. 59 y ss..

⁹ Obsérvese que casi simultáneamente a las recomendaciones del Informe Carter a favor de la adopción de la familia como unidad contribuyente, decidían adoptar el sistema de tributación separada de las rentas de los cónyuges, primero Dinamarca, Suecia, Inglaterra, Austria y Holanda, y más tarde Finlandia, Bélgica e Italia. Respecto a la tributación separada de las rentas de trabajo, sea como régimen ordinario, sea como opción, la concordancia de las distintas legislaciones es prácticamente total. Vid. G. NAVA, ob. cit., pág. 1290 y ss.; Informe Meade (traducción española, Madrid, 1980), pág. 553 y ss.. En cuanto a los escasísimos países europeos que como Portugal aún mantienen un sistema de acumulación próxima al español, vid. la severa crítica de D. LEITE, «Tributacao de familia: carga fiscal e inconstitucionalidade», *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, 1979.

¹⁰ Véase Informe Carter, vol. II, 10, Ministerio de Hacienda, 1975. Una visión más actualizada del sistema tributario canadiense puede encontrarse en BREÑA CRUZ y SOTO GUINDA, «La reforma impositiva de Canadá», en *Hda. Púb. Esp.*, 1975. Dentro de la línea de pensamiento anglosajona, en general proclive al tratamiento separado de las rentas familiares, véase el «Asprey Report» (Reporte of the Taxation Review Committee, Australian Government Service, Canberra, 1975, pág. 134 y ss.) y N. A. BARR, «The Taxation of married womn's incomes», en *Brit. Tex. Rev.*, N.ºs. 5 y 6, 1980.

¹¹ Op. cit., pág. 165. Con algunas interesantes matizaciones, sobre las que en este momento no parece oportuno detenerse, esta idea aparece recogida y confirmada en el

Informe Meade (*The Structure and Reform of Direct Taxation*, Allen and Unwin, Londres, 1978, pág. 377 y ss.).

¹² Véanse N. BREJON DE LAVERGNES, «Pour une réforme du quotient familial», en *Rev. Sc. Fin.*, 1976, y K. VOGEL, «Berücksichtigung von Unterhaltspflichten im Einkommensteuerrecht», en *DStR*, 4, y R. BRACCINI, «Osservazioni sulla rilevanza tributaria dei doveri economici familiari», en *Dir. Prat. Trib.*, 1977. En parecidos términos, de forma resumida pero muy clara, se expresa F. KLEIN, «Steuerreform statt Saueränderungsgesetze», en *DStR*, 4, 1979, págs. 96 a 98. En este sentido, la Recomendación 3ª de las IX Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios, celebradas en Oporto (1980), dice: «El principio de protección a la familia exige necesariamente tener en cuenta las cargas que ésta soporta... El mencionado principio supone que la celebración del matrimonio no debe incrementar la carga fiscal respecto a la soportada por los cónyuges con anterioridad al mismo». Cfr. la documentada ponencia general presentada por C. Palao, «La unidad familiar como sujeto fiscal», publicada en *Re. Esp. Der. Fin.*, 1979.

¹³ Puede encontrarse un buen resumen de los argumentos a favor y en contra del *splitting* en K. VOGEL, op. cit., págs. 37-38, y en el Informe Meade, pág. 564 y ss. de la traducción española. Desde una posición más crítica, véase N. BREJON DE LAVERGNES, op. cit., pág. 314 y ss., 321 y ss., y 360 y ss..

¹⁴ Véase N. BREJON DE LAVERGNES, op. cit., pág. 388 y ss.. En la doctrina española, véase M. J. LAGARES, «La unidad contribuyente en el impuesto sobre la renta de las personas físicas», en *Hda. Púb. Esp.*, 1970.

¹⁵ En este sentido se manifiestan I. MANZONI y F. GALLO en los estudios citados, y, entre nosotros, S. COLMENAR, «El sujeto: la unidad familiar», en *Rev. Der. Fin. y Hda. Púb.*, 1979, pág. 690.

¹⁶ Véase K. VOGEL, op. cit., pág. 40, e Informe Meade, pág. 568 (traducción española).

¹⁷ Op. cit., págs. 713-714. El calificativo tiene una trascendencia especial, si se advierte que el autor lo ha tomado del Acta de Sesiones de la IV Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados (DE NARDO-NAPOLITANO, «La riforma tributaria, confronti e ricerche documentali», *Tributi*, 1971, pág. 143). Cuando se dice que el Informe Meade favorece la acumulación de las rentas familiares, se dice, en parte, una verdad a medias, pues sólo se pronuncia a favor de la acumulación de las rentas procedentes del capital; y en parte, una falsedad, pues entre las recomendaciones del citado Informe está la adopción de un *splitting* parcial o de un sistema parcial de cociente familiar. Véase *The Structure and Reform*, cit., pág. 381 y ss..

¹⁸ Aunque algo desfasados por el tiempo transcurrido, conservan el interés por su lectura sendos estudios colectivos aparecidos en el N.º 30 de Hacienda Pública Española (1974) sobre «Evolución y tendencias actuales del impuesto sobre la renta en el Derecho Comparado» y «La unidad contribuyente». Mayor actualidad ofrece el estudio de E. RUSSO, «Il trattamento tributario dei redditi familiari», *Econ. Lav.*, 1978, pág. 453 y ss..

¹⁹ Desde un punto de vista ajeno al que es propio del autor de este estudio, podrían extraerse muy interesantes consecuencias comparando la tarifa del Impuesto y la distribución personal de la renta disponible en España. Es en los altos niveles de renta, y no en los medios, donde la presión tributaria debe ser más elevada. Vid. ALCAIDE INCHAUSTI, «Distribución personal de la renta en España y en los países de la OCDE», *Hda. Púb. Esp.*, 1977.

LAS BASES Y EL ESTATUTO PRESIDENCIAL EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

por MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. Constituciones de 1833 y de 1925. 1. Opinión de Alberdi. 2. Evolución institucional. III. Constitución de 1980. 1. Espíritu. 2. Estatuto. IV. Evaluación.

I. Introducción

Comienzo manifestando mi agradecimiento al Dr. Olsen A. Ghirardi, presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, por la invitación que nos ha formulado para participar en este *Libro Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, en el sesquicentenario de sus *Bases*.

La oportunidad resulta propicia, atendido los años que Alberdi vivió en Chile y el conocimiento que tuvo de la Constitución de 1833, para referirse a los principales *comentarios* contenidos en las *Bases, respecto de la regulación dispuesta en aquella Constitución en relación con el Poder Ejecutivo*. Asimismo, interesante es advertir cómo aquella opinión mantuvo su valor más allá de la vigencia de aquella Constitución, bajo la Carta Fundamental dictada en 1925; y, por fin, *contrastarla con la Constitución actualmente vigente* en Chile, desde 1980, con la finalidad de efectuar una *evaluación*.

II. Constituciones de 1833 y de 1925

1. Opinión de Alberdi

El inspirador del sistema político estructurado en la Constitución de 1833, Diego Portales, manifestaba a propósito del gobierno que: «*La República es el sistema que hay que adoptar; ¿pero sabe cómo yo la entiendo para estos países? Un gobierno fuerte, centralizador, cuyos hombres sean verdaderos modelos de virtud y patriotismo, y así enderezar a los ciudadanos por el camino del orden y de virtudes*»¹.

Aquella forma de concebir el gobierno suele ser rescatada como la más acertada para los tiempos que se vivían a comienzos de la República independiente: «*La concepción portaliana de un Ejecutivo fuerte y poderoso se impone en la Constitución de 1833. Ella respondió a lo que era nuestra realidad. Tuvo el inmenso mérito de interpretar lo que el país quería para nacer, consolidarse y progresar*»².

La bondad del sistema portaliano fue destacada por Juan Bautista Alberdi en sus *Bases*:

«*Chile ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano.*

Yo no vacilaría en asegurar que de la constitución del poder ejecutivo, especialmente, depende la suerte de los Estados de la América del Sur.

Dad al poder ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una constitución»³.

2. Evolución institucional⁴

La misma concepción y por ello la opinión de Alberdi mantuvo plena vigencia una vez fenecida la Constitución de 1833, fue la que motivó el diseño, organización y atribuciones del gobierno en la Constitución que se dictaría en 1925. Efectivamente, tras un período de convulsión política y social vivido a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, quien llegaría a ser presidente de la República en 1920 y, al mismo tiempo, principal inspirador de la

Constitución de 1925, manifestaba que: «*Vivimos desde hace años en medio de la anarquía y del desgobierno. Toda clase de angustias y de dificultades obstaculizan la marcha próspera de las actividades en esta patria, tan cara a todos nosotros. El país desea, exige un Gobierno sólido y fuerte, con rumbos definidos, orientados sobre la base de una política netamente nacional*»⁵.

El espíritu de un gobierno fuerte, en palabras de Portales, o de un gobierno regular posible, como lo calificaba Alberdi, fue mantenido y acrecentado a lo largo del siglo XX, lo cual quedó de manifiesto en la pretensión permanente de los presidentes de la República, entre 1925 y 1973, por obtener mayores potestades y desligarse, cada vez más, de controles y contrapesos. Aquel fue el espíritu y objetivo reiterado de varias de las reformas constitucionales introducidas a la Carta Fundamental de 1925: «*Las reformas introducidas a la Constitución de 1925 reflejan la convicción de los gobernantes y dirigentes de partidos políticos que los problemas que aquejaban al régimen político chileno podían resolverse aumentando las atribuciones del Presidente de la República en desmedro del Congreso Nacional, especialmente en los aspectos económicos, financieros y sociales*»⁶.

En efecto, una somera y esquemática revisión de las reformas introducidas a la Constitución de 1925 permite confirmar cuanto viene siendo explicado:

«*La (primera) reforma⁷ persiguió tres objetivos básicos:*

Disminuir el ámbito de la libertad de iniciativa legislativa confiada a los parlamentarios y entregar a la exclusividad del Presidente de la República las proposiciones de ley en materias de alteración de la división política o administrativa, creación de nuevos servicios públicos o empleos rentados y concesión o aumento de sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública.

a) Dar jerarquía constitucional a la Contraloría General de la República

b) Extirpar la extendida corruptela de permitir al Presidente de la República el giro de gastos no amparados por autorización legal, sustituyéndolo por la facultad que se le otorgó de que, en determinadas situaciones y cumpliendo ciertos requisitos, pudiera decretar pagos no autorizados por ley y hasta por el 2% del presupuesto de gastos aprobados.

La cuarta reforma⁸ fue propuesta por Jorge Alessandri a fin de llevar a ejecución la Ley N° 15.020, de 27 de noviembre de 1962, que declaraba de utilidad pública, y por lo tanto expropiables, los predios que se necesitaran para realizar la Reforma Agraria

El propósito de la quinta reforma⁹ fue, a su vez, hacer posible la ejecución del plan del presidente Frei tendiente a efectuar una reforma agraria mucho más extensa e intensa que la dispuesta con anterioridad

La séptima reforma¹⁰ (se extendió a las siguientes materias):

b) Facilitar la salida del presidente de la República y de los ministros de Estado fuera del territorio nacional

c) Permitir al presidente dictar decretos con fuerza de ley, previa delegación de facultades por el legislador

d) Entregar a la exclusividad del presidente de la República la iniciativa legal en materia económica y social

f) Crear un Tribunal Constitucional

g) Permitir al presidente de la República, en materia de reforma constitucional, consultar a los ciudadanos en plebiscito»¹¹.

La línea progresiva en orden a aumentar las potestades presidenciales, en todo caso, se vio alterada por la reforma constitucional introducida en 1971¹², denominada *Estatuto de Garantías Constitucionales*, convenido entre la Democracia Cristiana y Salvador Allende, candidato de la Unidad Popular, como condición para que el Congreso Pleno lo ratificara como presidente de la República¹³.

Con todo y a pesar de la progresión en el aumento de potestades en el presidente de la República y la morigeración, desfiguración o, incluso, desaparición de los controles, subsistió, permanentemente, el clamor

presidencial por aumentar aquellas y disminuir éstos: «¿*Cómo teniendo poder el presidente de la República, los presidentes de los últimos períodos anteriores al 11 de septiembre de 1973, en sus Mensajes al Congreso Pleno y en declaraciones a la opinión pública, se quejaban de que no habían podido gobernar ?*»¹⁴.

III. Constitución de 1980

1. Espíritu

No cabe duda que aquel progresivo aumento en las potestades presidenciales, a la par que la desarticulación de los controles a que podía verse sometido, alcanza su punto culminante con la Constitución de 1980, llegando incluso a facultarse al presidente de la República, en su texto original, para disolver la Cámara de Diputados¹⁵: «*La idea implícita en la Constitución de 1980 era que el presidente de la República no tuviera contrapesos de poder democráticos, sino que ellos estuvieran en las Fuerzas Armadas y en el Poder Judicial, esto es, en órganos burocráticos que, como es obvio, no son -ni deben ser- generados por la voluntad popular.*

Los órganos políticos a través de los cuales el poder militar y el Poder Judicial ejercitaban su enorme influencia eran el Tribunal Constitucional y el Consejo de Seguridad Nacional. En contraste con esta enorme influencia y **como prueba de la muy desmejorada posición del Parlamento**, este último, **el órgano de representación popular por excelencia**, tenía derecho a un representante en el Consejo de Seguridad Nacional -el presidente del Senado- y a designar por mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Senado a un abogado, que no podía ser parlamentario, para que se desempeñara como miembro del Tribunal Constitucional. El Consejo de Seguridad Nacional y el Poder Judicial, en cambio, tenían derecho a nombrar a cuatro y tres miembros del Senado, respectivamente, vale decir, en conjunto algo más del 25 por ciento del total de senadores democráticamente electos

Para completar esta arquitectura constitucional, el articulado permanente de la Carta de 1980 aseguraba esta destrucción del principio de control civil, creando un poder militar semiautónomo respecto del sistema político. En efecto, la Constitución establecía que los comandantes en Jefe de las tres ramas de la Defensa Nacional y el general director de Carabineros serían designados por el Presidente de la República de entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad, «durarán cuatro años en sus funciones, no podrán ser nombrados para un nuevo período y gozarán de inamovilidad en su cargo». De esta manera, los jefes militares podían, eventualmente, proponer y aprobar «representaciones» a las más variadas autoridades, incluidos el presidente, sus ministros y el Congreso, sobre «hechos, actos o materias» de orden político contingente, sin que el jefe de Estado pudiera removerlos de sus cargos»¹⁶.

Aquella percepción acerca del poder presidencial en la actual Carta Fundamental no desaparece, aunque pueda mitigarse, con posterioridad a las reformas que se le han introducido a la Constitución: «*La ecuación o fórmula política de la nueva Carta Fundamental consiste en vigorizar las potestades del Presidente de la República, tanto en el Gobierno Interior como en la Administración Pública, Central o Descentralizada; en disminuir las atribuciones colegisladoras y las exclusivas de cada rama del Congreso; y en erigir controles técnicos más eficaces sobre el desempeño de las facultades por el Primer Mandatario o privarlo de algunas de sus atribuciones. Aquí surgen, v. gr., la Potestad Monetaria y cambiaria del Banco Central Autónomo, la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y el Consejo de Seguridad Nacional.*

Sorprendentemente, empero, no descubrimos órganos y procedimientos, únicamente democráticos, que se caractericen por ser novedosos, expeditos y eficientes, es decir, proporcionados o simétricos a tal incremento de potestades presidenciales. Tal sería el caso de una regionalización integral y de municipios efectivamente autónomos, dispersándose así, funcional y territorialmente, el Poder hoy centralizado, más que en nadie, en el Primer Mandatario»¹⁷.

Mayor sorpresa aún se advierte cuando las palabras pronunciadas por Diego Portales en 1833 o por Arturo Alessandri en 1920 se repiten, en su espíritu y queja, por quien ocupó la primera magistratura en la segunda parte de la década de los '90: «*El Poder Ejecutivo requiere, simultáneamente, de un fortalecimiento de sus atribuciones*

de decisión y de una flexibilización de sus capacidades operativas. Observando la tendencia de estas últimas décadas, nos encontramos con una evolución distante de esta propuesta, e incluso contraria a ella. A menudo, los presidentes se ven obstaculizados en la ejecución de sus programas, al ser impedido de tomar decisiones por redes de disposiciones legales y administrativas anacrónicas y superpuestas, cuya reforma o derogación tomaría tanto tiempo como los mandatos presidenciales mismos. En verdad, cuando se habla de Reforma del Estado, estas materias debieran lograr principal atención, pues de ellas deriva gran parte de la ineficiencia e ineficacia del funcionamiento público»¹⁸.

2. Estatuto

Un panorama de la regulación dispuesta por la Constitución de 1980 respecto del presidente de la República exige revisar someramente, su *naturaleza, función, deberes, prohibiciones, elección, subrogación y reemplazo* y, enseguida, resumir sus principales atribuciones constitucionales para advertir cómo ellas se caracterizan por hacer del presidente de la República un órgano omnipresente, ya que las potestades que le han sido conferidas abarcan, prácticamente, la totalidad de asuntos relevantes normados por la Constitución.

A. Naturaleza, función, deberes, prohibiciones, elección, subrogación y reemplazo

El presidente de la República, conforme al *art. 24* de la Constitución es el *jefe del Estado y del Gobierno*, extendiéndose su autoridad a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Para ser elegido presidente de la República, el *art. 25 inc. 1*, requiere que el postulante haya nacido en el territorio de Chile, que tenga cumplidos *cuarenta años de edad*, y que posea las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Conforme al *art. 25 inc. 2*, dura en el ejercicio de sus funciones el término de *6 años* y *no puede ser reelegido* para el período siguiente.

Entre sus deberes, el *art. 24 inc. 2* ya referido lo obliga a *conservar el orden público interior y la seguridad exterior* de la República; el *inc. 3* del mismo artículo dispone que debe *dar*, a lo menos una vez al año, *cuenta al país* del estado administrativo y político de la Nación, conforme; el *art. 25 inc. 4*, en tercer lugar, le impone *comunicar al Senado*, con la *debida anticipación*, su *decisión de ausentarse* del territorio nacional y *los motivos* que la justifican, pero no se requiere, salvo que se ausente por más de treinta días o en los últimos noventa de su mandato, que el Senado lo autorice; y, finalmente, para asumir el cargo de presidente de la República, se le impone la obligación de *prestar juramento o promesa*, al tenor del *art. 27 inc. 4*.

Asimismo, la Constitución impone algunas escasas *prohibiciones* al presidente de la República. Así y tal como ya se adelantó, el jefe del Estado *no puede salir del territorio nacional por más de treinta días ni en los últimos noventa días de su período, sin acuerdo del Senado*; y, según también se dijo, *no puede postular a la reelección*, en el período inmediatamente siguiente al suyo.

En cuanto a la elección del presidente de la República, ésta se realiza, conforme al *art. 26 inc. 1*, es elegido en *votación directa*, por la *mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos* y en un sistema a *dos vueltas*, correspondiendo su calificación, según el *art. 27 inc. 1*, al *Tribunal Calificador de Elecciones*.

En cuanto a la *subrogación del presidente en ejercicio*, corresponde, según señala el *art. 29 inc. 1*, con el título de *vicepresidente de la República, el ministro titular a quien corresponda de acuerdo con el orden de precedencia legal* y, a falta de todos ellos, le subrogarán sucesivamente el *Presidente del Senado, el presidente de la Corte Suprema y el presidente de la Cámara de Diputados*.

En cambio, si lo que se produce es la *vacancia* en el cargo de presidente de la República, el *art. 29 inc. 2*, señala que mientras ella se provee, se producirá la subrogación como si fuera un impedimento temporal, y *se elegirá un sucesor* en conformidad a las reglas siguientes:

Primero, si la vacancia se produjo faltando *menos de dos años para la próxima elección general de parlamentarios*, entonces, el presidente de la República *será elegido por el Congreso Pleno* y durará en el cargo hasta noventa días después de esa elección general. Juntamente con esta elección general, agrega la norma, se efectuará una nueva elección presidencial; y

Segundo, si la vacancia se produjo faltando *dos o más para la próxima elección general de parlamentarios, el vicepresidente*, dentro de los diez primeros días de su mandato, *convocará a los ciudadanos a elección presidencial*. El presidente que resulte elegido asumirá su cargo el décimo día después de su proclamación y *durará en él hasta noventa días después de la segunda elección general de parlamentarios que se verifique durante su mandato*. En esta elección general se hará también una nueva elección presidencial.

B. Atribuciones

El *art. 24 inc. 2* consagra la *atribución base o genérica* del presidente de la República, al señalar que *su autoridad se extiende a todo cuanto tenga por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, pero de acuerdo con la Constitución y las leyes*. Aquella *atribución genérica se especifica* en diversas *atribuciones precisas, unas dispersas* a lo largo del Código Político y *otras reunidas* en el *art. 32*.

Entre las primeras, o sea, las que *no aparecen sistematizadas en el art. 32*, pueden mencionarse la de otorgar la carta de nacionalización -*art. 10° N° 4°*-; privar de la nacionalidad chilena en caso de prestación de servicios, durante una guerra exterior, a enemigos de Chile o de sus aliados -*art. 11 N° 2°*- o por cancelación de la carta de nacionalización -*art. 11 N° 4°*-; arrestar personas durante el estado de sitio -*art. 19 N° 7° letra c* en relación con el *art. 41 N° 2°*-; el otorgamiento de contratos especiales de operación y de concesiones mineras - *art. 19 N° 24° inc. 10°*-; disponer el término de esos contratos y concesiones cuando se trate de yacimientos en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional -*art. 19 N° 24° inc. 10°*-; y, conforme al *art. 95*, integrar y presidir el Consejo de Seguridad Nacional.

Por su parte, en el *art. 32* se encuentran las *atribuciones* que el Poder Constituyente denomina *especiales*, siendo *su característica más notable* que ellas *abarcan, prácticamente, todos los ámbitos de la vida nacional*, pues se hallan en dicho precepto atribuciones *normativas* -N^{ros} 1°, 2°, 4°, 8° y 17°-; *políticas en el orden interno* -N° 7°- y *en el orden internacional* -N^{ros} 10° y 17°-; *nombramientos y designaciones* -N^{ros} 6°, 9°, 10°, 12°, 14° y 18°-; otras atribuciones *vinculadas con la función jurisdiccional* -N^{ros} 14°, 15° y 16°-; con las *fuerzas dependientes del Ministerio de Defensa Nacional* -N^{ros} 18°, 19°, 20° y 21°-; y en los numerales 13° y 22°, atribuciones en *materia económica*.

Más concretamente, en el *art. 32* se consignan como atribuciones especiales del presidente de la República:

1) Concurrir *a la formación de las leyes* con arreglo a la Constitución, *sancionarlas y promulgarlas*;

2) *Convocar al Congreso a Legislatura Extraordinaria y clausurarla*;

3) *Dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley* sobre las materias que señala la Constitución;

4) *Convocar a plebiscito*, en los casos del *art. 117*, esto es, cuando, *en el contexto de un proyecto de reforma constitucional*, el presidente *rechaza totalmente* el proyecto aprobado por el Congreso y éste *insiste*, en su totalidad, por las *dos terceras partes* de los miembros en *ejercicio* de cada Cámara, facultándose *al presidente para promulgar* el proyecto o consultar a la ciudadanía mediante *plebiscito*; y cuando el presidente *rechaza parcialmente* un proyecto aprobado por el Congreso y éste *insiste* por los *dos tercios* de sus miembros en *ejercicio*, pudiendo *el presidente promulgar* lo insistido o convocar a *plebiscito*;

5) *Designar*, de conformidad con el *art. 45* de la Constitución, *a dos integrantes del Senado, un ex Ministro de Estado* que halla ejercido el cargo por *más de dos años continuos*, en

un período presidencial *distinto* de aquél que corresponde al Presidente que lo esta designando y *un ex rector de universidad estatal o reconocida por el Estado* que haya desempeñado el cargo por un período no inferior a dos años continuos;

6) *Declarar los estados de excepción constitucional*, en los casos y formas que se señalen en la Constitución;

7) *Ejercer la potestad reglamentaria autónoma o extendida en las materias que no sean propias del dominio legal y la subordinada o de ejecución*, en virtud de la cual le corresponde *dictar* los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;

8) *Nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores; y designar a los embajadores, ministros diplomáticos y a los representantes ante organismos internacionales, todos los cuales son de la confianza exclusiva del Presidente de la República;*

9) *Nombrar al Contralor General de la República con acuerdo del Senado;*

10) *Nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza y proveer los demás empleos civiles de conformidad a la ley;*

11) *Conceder jubilaciones, montepíos, retiros y pensiones de gracia con arreglo a las leyes;*

12) *Nombrar a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia y a los jueces letrados, a proposición de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, respectivamente; al miembro del Tribunal Constitucional que le corresponde designar; y al fiscal nacional, a proposición de la Corte Suprema y con acuerdo del Senado;*

13) *Velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial y requerir, con tal objeto, a la Corte Suprema para que, si procede, declare su mal comportamiento, o al Ministerio Público, para que reclame medidas disciplinarias del tribunal competente, o para que, si hubiere mérito bastante, entable la correspondiente acusación;*

14) *Otorgar indultos particulares* en los casos y formas que determine la ley;

15) *Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales; y llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados* que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso, conforme a lo prescrito en el art. 50 N° 1°;

16) *Designar y remover a los comandantes en Jefe del Ejército, Armada y de la Fuerza Aérea y al general director de Carabineros, de conformidad con el art. 93; y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de carabineros, en la forma que señala el art. 94;*

17) *Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas* de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional;

18) *Asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas;*

19) *Declarar la guerra*, previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional; y

20) *Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley. Además, con la firma de todos los ministros de Estado, puede decretar pagos no autorizados por ley, en los casos previstos en el art. 32 N° 22, pero el total de los giros que se hagan con estos objetos no puede exceder anualmente del dos por ciento del monto de los gastos que autorice la ley de presupuestos.*

IV. Evaluación

Con motivo de una polémica surgida, a comienzos de 2002, entre el Gobierno y el Congreso, se ha publicado en la prensa:

«Que Chile tiene un sistema presidencial en el que el Primer Mandatario cuenta con amplias facultades y muchísimo poder, para nadie es novedad. La evidencia más clara ocurrió la semana pasada, cuando el Gobierno retiró de la legislatura extraordinaria el proyecto de ley que elimina los fotorradars y el Protocolo

Facultativo de la Convención Internacional contra todas las formas de discriminación de la Mujer porque no contaba con los votos necesarios para conseguir un resultado que satisficiera sus intereses.

La movida del Ejecutivo despertó la irritación de senadores y diputados que se sintieron 'basureados' y 'pasados a llevar'»¹⁹.

En el mismo artículo de prensa recién citado, manifiestan su opinión dos especialistas, el primero de los cuales reconoce que:

«La Constitución del '80 es exacerbadamente presidencialista, pero el problema es que durante los últimos 12 años, el Parlamento ha aceptado usos e interpretaciones de la Constitución que han exacerbado el presidencialismo más allá de lo que estaba previsto. Como el Gobierno ha tenido mayoría en el Congreso, sus propios parlamentarios han actuado con solidaridad política sin velar por sus propias prerrogativas»²⁰.

El segundo de los especialistas mencionados, sin embargo, *considera que el régimen parlamentario es el más apto para Chile:*

«... ya que es un sistema que *representa a la sociedad civil de una manera más perfecta, es muy flexible, el poder está mejor canalizado a través de los partidos y le da gran estabilidad al Gobierno*»²¹.

Tenía razón Alberdi cuando alababa la Constitución de 1833, por cuanto Chile había optado *entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial por un gobierno regular posible, consistente en un presidente constitucional, el cual podía asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedeciera como presidente republicano.* De esta forma, afirmaba el ilustre jurista argentino, si bien había que *dar al presidente todo el poder posible, era menester hacerlo por medio de una Constitución.*

Ciertamente, *la fórmula de Alberdi resultaba y sigue siendo sensata.* Mas no me atrevo a afirmar que aquél fuera el modelo realmente seguido por la Constitución de 1833 y menos puedo sostenerlo respecto de la actual Constitución de 1980, ya que si bien se ha dado al presidente de la República todo el poder posible y aún más, cuando Alberdi exigía hacerlo *por medio de la Constitución* no estaba señalando una obviedad, esto es, que el poder presidencial fuera otorgado a través del texto constitucional, mediante potestades que le son expresamente asignadas, sino *que la Constitución fuera la medida y tasa o el ámbito máximo dentro de cual operaran dichas potestades,* lo cual supone controles y frenos o contrapesos efectivos.

Lo que ha ocurrido, en cambio, en Chile como en otros países de América Latina es que *por medio de la Constitución se ha dado un inmenso poder al presidente de la República, pero sin contemplar,* al mismo tiempo, *limitaciones, controles y frenos efectivos,* pues el Congreso carece de verdaderas atribuciones de fiscalización y los denominados controles técnicos terminan cediendo a la fuerza presidencial, sea que ella provenga y usualmente así es, de la propia Constitución que terminan moderando o anulando esos controles; o porque a las potestades constitucionales del presidente de la República, de hecho, se añade el poder real que le confiere su posición dominante dentro del sistema político.

Para qué agregar a lo expuesto, fenómenos que aparecen cíclicos y sin solución aparente en Latinoamérica, como el caudillismo, la ingobernabilidad y la corrupción. Decía Alberdi en sus *Bases:* **«La mejor política, la más fácil, la más eficaz para conservar la Constitución, es la política de la honradez y de la buena fe; la política clara y simple de los hombres de bien, y no la política doble y hábil de los truhanes de categoría»²².**

En este sentido, no está de más recordar que el mismo Alberdi reconocía su fórmula como transitoria, alabando nuevamente el modelo contenido en la Constitución de 1833: **«Pero el camino es largo y hay mucho que esperar hasta llegar a su fin. ¿No habría en tal caso un gobierno conveniente y adecuado para andar este período de preparación y transición? Lo hay, por fortuna, y sin necesidad de salir de la república**

Esa solución tiene un precedente feliz en la República sudamericana y es el que debemos a la sensatez del pueblo chileno, que ha encontrado en la energía del poder del Presidente las garantías públicas que la monarquía ofrece al orden y a la paz, sin faltar a la naturaleza del gobierno republicano»²³.

Por ello y acercándome al fin de estas reflexiones, reiterando mis agradecimientos a quienes, con justicia, han organizado este homenaje al sesquicentenario de las imperecederas

Bases de Alberdi, me pregunto, en los términos que lo hace Cea Egaña, a propósito de la crisis institucional ocurrida en Chile en 1973, pero aplicable a situaciones complejas y difíciles que se viven periódicamente en América Latina: «¿Fue acaso la crisis y colapso de nuestra democracia en esa fecha (1973) provocada, principalmente, por el poder excesivo del Congreso, de modo que se justificaba la reducción drástica de sus facultades?, ¿o ella fue, por el contrario, secuela del poder desmesurado y discrecional, radicado en el presidente de la República?, ¿quedó compensada esa merma de potestades parlamentarias con los frenos y balances técnicos contemplados en la Constitución de 1980?, ¿debe ser ahora enfocado el tema en ligamen con fenómenos nuevos, v. gr., la modernización de la Sociedad estatal, la descentralización integral de ella, la globalización y el Estado de Equidad?»

La respuesta no es pacífica, menos todavía cuando se avanza desde el análisis jurídico-formal del texto constitucional a su evaluación jurídico-sociológica y de política real.

En esta segunda perspectiva, **resurgen los partidos** como protagonistas decisivos de nuestro proceso democrático, aunque a veces ello ocurra mediante órdenes, designaciones, nominaciones, influencias y otras decisiones de corte oligárquico?»²⁴.

Pienso que en esto último, más allá de fórmulas presidenciales o parlamentarias o de estructuras más o menos desequilibradas en la relación gobierno-Congreso, se encuentra *gran parte de los vicios y debilidades del régimen político* chileno y latinoamericano, más allá de las bondades que, en su época, pudo reconocerle Alberdi²⁵. Es en los partidos donde cabe introducir reformas modernizadoras que, manteniendo su esencia y causa de origen, los depuren de prácticas que tanto daño les causan a ellos mismos y a todo el sistema político: «**El problema del gobierno posible en la América antes española no tiene más que una solución sensata, que consiste en elevar nuestros pueblos a la altura de la forma de gobierno que nos ha impuesto la necesidad; en darles la aptitud que les falta para ser republicanos; en hacerlos dignos de la república, que hemos proclamado, que no podemos practicar hoy ni tampoco abandonar; en mejorar el gobierno por la mejora de los gobernados; en mejorar la sociedad para obtener la mejora del poder, que es su expresión y resultado directo**»²⁶.

Notas:

- Miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

¹ Carta de Diego Portales a José Manuel Cea (marzo de 1822) reproducida en *Chile. Discursos con historia*, Santiago, Ed. Los Andes, 1998, pág. 35.

² Eduardo FREI MONTALVA *et al.*, *Reformas constitucionales de 1970*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, pág. 20.

³ Juan Bautista ALBERDI, *Bases...*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, págs. 135 y 136.

⁴ LUZ BULNES ALDUNATE, «Forma de gobierno o régimen político en la Constitución de 1980» en Enrique Navarro Beltrán (editor): *20 años de la Constitución chilena*, Santiago, Conosur, 2001, págs. 93-107.

⁵ Discurso de Arturo Alessandri Palma agradeciendo su designación como candidato a la Presidencia de la República, pronunciado en la Convención Presidencial el 25 de abril de 1920, reproducido en Arturo ALESSANDRI, *Recuerdos de Gobierno*, Santiago, Ed. Universitaria, 1952, pág. 432.

⁶ Francisco CUMPLIDO CERECEDA, «Análisis del presidencialismo en Chile» en Oscar Godoy (editor), *Cambio de régimen político*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1992, pág. 129.

⁷ Ley N° 7727, publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 1943.

⁸ Ley N° 15.295, publicada en el Diario Oficial el 8 de octubre de 1963. *La segunda reforma*, contenida en la ley N° 12.548, publicada en el Diario Oficial el 30 de septiembre de 1957 tuvo por finalidad facilitar la adquisición de la nacionalidad española, sin perder la chilena, y creó el recurso de reclamación para someter a la Corte Suprema la cancelación de la carta de nacionalización; y *la tercera reforma*, contenida en la ley N° 13.296, publicada en el Diario Oficial el 2 de marzo de 1959, extendió el mandato de los regidores de tres a cuatro años.

⁹ Ley N° 16.615, publicada en el Diario Oficial el 20 de enero de 1967.

¹⁰ Ley Nº 17.284, publicada en el Diario Oficial el 23 de enero de 1970. *La sexta reforma*, contenida en la ley Nº 16.672, publicada en el Diario Oficial el 2 de octubre de 1967 aumentó a diez las circunscripciones senatoriales.

¹¹ Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *III Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997, págs. 139, 140, 142-143.

¹² Ley Nº 17.398, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 1971.

¹³ Las últimas dos reformas introducidas a la Constitución de 1925 se encuentran contenidas en la ley Nº 17.420, publicada en el Diario Oficial el 31 de marzo de 1971, en virtud de la cual se da derecho a los extranjeros mayores de 18 años en las elecciones de regidores; y en la ley Nº 17.450, publicada en el Diario Oficial el 16 de julio de 1971, por la cual se procedió a la nacionalización de la Gran Minería del Cobre.

¹⁴ FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA, ob. cit., pág. 127.

¹⁵ Esta atribución fue derogada en la reforma introducida en 1989, mediante ley Nº 18.825, publicada en el Diario Oficial el 17 de agosto de 1989.

¹⁶ Genaro ARRIAGADA, *Por la razón o la fuerza. Chile bajo Pinochet*, Santiago, Sudamericana, 1998, págs. 115-116. Véase el *Informe con ideas precisas* evacuado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, reproducido en VIII Revista Chilena de Derecho Nº 1-6, 1981, págs. 149- 158 y 240-242 y el *Informe del Consejo de Estado*, publicado en la misma Revista, pág. 397.

¹⁷ José Luis CEA EGAÑA, *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1999, pág. 206.

¹⁸ Eduardo FREI RUIZ-TAGLE, *Gobernabilidad democrática*, Santiago, Ed. Andrés Bello, 1997, pág. 81.

¹⁹ «El Mercurio» de Santiago, publicando un artículo que titula «Parlamentarios: Frente a abuso de poder del Ejecutivo: Resueltos a limitar atribuciones del Presidente», en su edición correspondiente al 30 de enero de 2002, pág. C 3.

²⁰ Axel Buchheister, director del Programa Legislativo del Instituto Libertad y Desarrollo en «El Mercurio» de Santiago citado en *supra* nota 19, pág. C 3.

²¹ Oscar Godoy, profesor titular del Instituto de Ciencia Política de la Universidad Católica, en «El Mercurio» de Santiago citado en *supra* nota 19, pág. C 3.

²² Juan Bautista ALBERDI, *Bases...*, cit. *supra* nota 3, pág. 192.

²³ Juan Bautista ALBERDI, *Bases...*, cit. *supra* nota 3, pág. 49.

²⁴ José Luis CEA EGAÑA, *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica* citado *supra* nota 17, págs. 79-81. Del mismo autor, léase «El parlamentario en la Constitución» en Enrique Navarro Beltrán (editor): *20 años de la Constitución chilena* cit. *supra* nota 4, págs. 501-516.

²⁵ Bernardino BRAVO LIRA, *Régimen de Gobierno y Partidos Políticos en Chile. 1924 - 1973*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1986, págs. 55-88.

²⁶ Juan Bautista ALBERDI, *Bases...*, cit. *supra* nota 3, pág. 49.

JUAN BAUTISTA ALBERDI Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL URUGUAYO

por HÉCTOR GROS ESPIELL *

I

En el examen que Alberdi realizó en su libro *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, publicado en 1852, de «las más conocidas constituciones ensayadas o vigentes en Sud América»¹, dedicó en el muy breve Capítulo VIII, tres páginas a la de la República Oriental del Uruguay.

No es un examen general de todo el texto constitucional uruguayo. Trata sólo algunos temas relativos a población, naturalización, domicilio, extranjeros, inmigración, comercio, educación y progreso en su regulación constitucional².

Pero ese análisis parcial es al mismo tiempo general, puesto que de él resulta el juicio global de Alberdi sobre la Constitución uruguaya de 1830 y su criterio respecto de los «defectos que hacen peligrosa su imitación».

II

Al comienzo de su obra, en el Capítulo I (Situación Constitucional del Plata), destaca la diferencia existente en 1852 entre Montevideo y Buenos Aires, luego de la caída de Rosas y del fin de la Guerra Grande³.

Mientras en Montevideo y en el Uruguay existía y regía entonces una Constitución -que era la de 1830-, cuya aplicación en todo el territorio oriental había hecho desaparecer lo que para él era «el mal anterior», la República Argentina carecía en ese momento «de gobierno, de Constitución y de las leyes generales que hagan sus veces»⁴.

Contraponía así la situación de Buenos Aires, y de las Provincias Unidas, a la de Montevideo y, en consecuencia, a la del Uruguay, en base a la existencia o no, en el momento, de una Constitución jurídica formal, de un texto escrito de jerarquía normativa suprema.

Era una visión «juridicista», exclusivamente formal, fundada en la apreciación de que la existencia o no de una Constitución, tomada la palabra en la acepción antes indicada, era la clave, el solo y único elemento determinante de la institucionalidad y el progreso⁵.

Visión no coincidente, por no decir contradictoria, con la apreciación historicista, fundada en la existencia de una Constitución real, sociológica y fáctica, que Alberdi había encarado años antes en su *Fragmento preliminar al estudio del derecho*⁶.

III

El análisis del régimen constitucional uruguayo está efectuado por quien en el momento que lo hacía vivía en Chile, que tenía entonces una Constitución en la que Alberdi encontraba también «defectos que hacen peligrosa su imitación»⁷, desde la perspectiva de la «inconstitución argentina de aquel momento».

Esta Constitución chilena de 1833 fue también objeto del análisis crítico de Alberdi, estudio paralelo del que realizó de la Constitución uruguaya de 1830.

IV

Alberdi había estado muy ligado al Uruguay, al Uruguay de la «Defensa» de Montevideo, ciudad en la que vivió exilado entre 1838 y 1843 ⁸. En esos años, vinculado con los círculos juveniles argentinos, integrados por refugiados, Alberdi compenetrado entonces con las ideas liberales predominantes en la plaza sitiada por las fuerzas del presidente legal Manuel Oribe ⁹, vivió bajo un régimen de facto, ya que tanto en Montevideo, como en todo el interior del país, en que actuaba el del gobierno del Cerrito ¹⁰, la Constitución de 1830 estaba de hecho suspendida. No regía, pero se la invocaba en ambos campos y los dos luchaban, a su entender, para restablecer su plena vigencia. Esta situación de facto era una realidad desde la Revolución de Rivera en 1838 que desalojó del gobierno al legítimo presidente Oribe.

Durante sus años montevideanos no sólo Alberdi tuvo una intensa actividad periodística en «El Iniciador» y en «La Revista del Plata» ¹¹, sino que además recibió aquí su título de abogado.

Pero además Alberdi estuvo muy ligado a la revolución de Rivera que derrocó al gobierno constitucional de Oribe. Pivel Devoto ha puesto de manifiesto que Alberdi fue el redactor del Manifiesto de Rivera del 24 de febrero de 1839, justificativo de la rebelión armada contra el gobierno legal. Pivel Devoto recuerda que el propio Alberdi se atribuyó la redacción de ese documento en el tomo 15, páginas 511-514, de sus *Escritos póstumos* ¹².

V

Alberto Demichelli ha puesto de manifiesto, de manera necesaria y correcta, no sólo la admiración de Alberdi por Artigas y su carácter de «*primer vindicador histórico de la personalidad del general José Artigas*», sino también el paralelismo de muchas de las ideas constitucionales de Alberdi, con los principios sostenidos por Artigas en sus proyectos constitucionales, en las Instrucciones del Año XIII y en sus más importantes documentos políticos ¹³.

Es necesario destacar este paralelismo, que señala las coincidencias del derecho constitucional promovido por Alberdi con lo que puede considerarse la primera expresión del pensamiento constitucional oriental, origen, fuente y raíz, de todo el posterior derecho constitucional uruguayo.

VI

Es útil, para comprender el pensamiento constitucional de Alberdi en 1852, comparar las críticas que hace a las varias constituciones latinoamericanas que analiza en las *Bases*.

En la imposibilidad de detallar comparativamente tales criterios en este breve trabajo, nos limitaremos a enunciar la esencia de su juicio sobre cada una de estas constituciones, precisado, en cada caso, en una frase que incluyó en el título de cada uno de los correspondientes capítulos.

En efecto, con respecto a la de Chile, Alberdi señala: «los defectos que hacen peligrosa su imitación»; en lo que se refiere a la del Perú, afirma que «es calculada para su atraso»; en el caso de la de Colombia, destaca «los vicios por los que no debe imitarse»; en cuanto a la de México, enumera «los vicios que originan su atraso»; al tratar el caso de la del Uruguay, expresa que contiene «defectos que hacen peligrosa su imitación» y, finalmente piensa que la del Paraguay tiene «defectos que hacen aborrecible su ejemplo».

Basta leer estos juicios y estudiar la explicación y desarrollo de ellos en los capítulos IV, V, VI, VII, VIII y IX, para comprender que hay una graduación en la estimación de los defectos. Todas las constituciones analizadas contienen un juicio negativo ¹⁴. Pero van desde el más absoluto y total, hasta lo más atenuados, que son los que resultan del análisis de las constituciones que, según Alberdi, no es aconsejable tomar como modelo para la institucionalización constitucional de la Argentina, en el momento histórico en que él escribe las *Bases*, pero que, sin embargo, no implican una crítica total, general y absolutamente contraria. Tal es el caso de la de la República Oriental del Uruguay.

VII

Veamos ahora las críticas de Alberdi, en las *Bases*, a la primera Constitución del Uruguay.

Estas críticas fueron hechas en 1852, es decir veintidós años después de su entrada en vigencia, de la Constitución, el 18 de julio de 1830.

Alberdi había vivido, como ya dijimos, en el Uruguay, mejor dicho en el Montevideo sitiado del Gobierno de la Defensa, entre 1838 y 1843. Era una ciudad en guerra, en especial luego del comienzo formal del sitio, en 1842. Era una ciudad poblada en gran parte por extranjeros, argentinos, españoles, italianos y franceses ¹⁵.

En estos cinco años no contempló la aplicación normal de la Constitución de 1830, porque se vivía desde 1838 en una situación de facto, en que la Constitución se invocaba como un ideal en los dos campos. Todo el país menos Montevideo de un lado y en la plaza sitiada del otro, pero en la que la Constitución no regía de hecho y las autoridades no eran las previstas y elegidas constitucionalmente.

Las críticas de Alberdi en las *Bases*, no eran, así, el resultado de la observación de la aplicación uruguaya y de la experiencia que él podría haber tenido entre 1838 y 1843 en un Montevideo viviendo en paz y normalidad constitucional. Estas críticas eran, en cambio, el resultado de la comparación de las ideas de Alberdi con los textos, las normas constitucionales vigentes y aplicadas en el Uruguay luego de terminado «el mal», el vacío constitucional en que la República había vivido entre 1838 y 1851. Alberdi no estaba ya en Montevideo en los años finales de la Guerra Grande, posteriores a 1843. No vio su fin y no vivió tampoco la experiencia individual y política posterior a la paz de 1851, de una paz construida sobre la afirmación aceptada por las dos partes de que no había vencidos ni vencedores.

Sus críticas derivaban, por lo tanto, no de la experiencia uruguaya y de la realidad oriental en 1851 y 1852, que él no conoció y no podía, por ende analizar, sino de la confrontación de algunas de sus ideas constitucionales de por entonces, con las fórmulas que sobre esos puntos había adoptado la Constitución de 1830.

VIII

1. Luego de unas consideraciones generales sobre la relatividad de la influencia de la Constitución en el espíritu de progreso que Alberdi reconoce que existía en Montevideo -sin hacer referencia a todo el Uruguay- de recordar el origen de la Constitución uruguaya y el carácter de fuente que respecto de ella tuvo la Argentina de 1826, que rigió por poco tiempo en la entonces Provincia Oriental, y de estudiar la incidencia de la Convención Preliminar de Paz de 1828 en el proceso constituyente uruguayo, comienza nuestro autor con la exposición de sus críticas.

Lo hace, sin embargo, reconociendo que la Constitución de 1830 posee «ventajas» «que la hacen superior a muchas otras», «pero adolece de faltas que son resabios del derecho constitucional sudamericano de la primera época».

2. La crítica inicial está referida al art. 1º que definía al «Estado Oriental», como la asociación política de todos los (Alberdi dice erróneamente «sus») ciudadanos, comprendidos en los nuevos departamentos actuales de su territorio».

La crítica de Alberdi está dirigida a la utilización del término «ciudadanos». Argumenta en el sentido de que la Constitución debería referirse a los «habitantes», comprendiendo así la realidad de los extranjeros que viven, trabajan y producen en su territorio.

Esta crítica, quizá cierta desde un enfoque económico, sociológico o político, en función de su idea central reiterada y casi obsesiva, de que era preciso atraer e integrar al extranjero, al europeo, y especialmente al anglosajón en estos países casi desiertos, era equivocada e

incorrecta, en términos jurídicos. Desde la concepción contractualista de los constituyentes de 1829, de que la Constitución era «el pacto» en que se fundaba la organización de la República, el Estado era una asociación política de quienes poseían, en cuanto ciudadanos, el derecho a elegir y a ser elegido. Los habitantes del Estado eran una realidad social y económica, podían tener derechos en cuanto seres humanos, pero no eran los pactantes de la asociación política.

La fórmula de 1830 era teóricamente correcta en términos jurídicos y era absolutamente coherente con el pensamiento filosófico y con la doctrina en que nuestra primera Constitución se fundaba.

3. El enfoque de Alberdi, objetado siempre por la mejor doctrina uruguaya ¹⁶, incidió, sin embargo, en la evolución del derecho constitucional uruguayo. Cuando se elaboró la reforma constitucional de 1917, el Dr. Washington Beltrán recordó en la Convención Constituyente, la crítica de Alberdi y propuso la sustitución de la palabra «ciudadanos» por «habitantes» ¹⁷. Esta propuesta, apoyada y criticada especialmente por el Dr. Duvimioso Terra ¹⁸, fue finalmente adoptada y la Constitución de 1918 se refirió en el art. 1º a los habitantes, lo que se mantuvo en 1934, 1942, 1952, 1966 y 1996.

La Constitución uruguaya se adaptaba así, en 1918, a una realidad, pero perdía coherencia teórica y doctrinaria. El art. 1º había abandonado su correcto sentido originario y adquirido un carácter distinto, sin adecuación teórica y con un justificativo sólo político y sociológico.

Luis Arcos Ferrand en su comentario del art. 1º de la Constitución, citó y transcribió en extenso la opinión de Alberdi en las *Bases*, criticándola duramente ¹⁹. Lo mismo hizo, años después, Justino Jiménez de Aréchaga ²⁰.

4. Es necesario distinguir cuidadosamente entre el empleo de la palabra «ciudadanos», como elemento constitutivo de la «asociación política», en el art. 1º de la Constitución uruguaya de 1830 -objeto de la crítica de Alberdi, recogida luego en la modificación introducida al art. 1º en la Constitución de 1918- del uso de esa misma palabra ciudadanos en múltiples artículos de la Constitución, de 1830 referentes a los derechos individuales. Esta utilización, que hemos criticado con dureza ²¹, parcialmente eliminada en 1918 y borrada totalmente en el derecho constitucional uruguayo a partir de 1934, admisible teóricamente en el art. 1º, era inaceptable y contrariaba el fundamento jusnaturalista de la Carta de 1830 en todo lo relativo a los derechos individuales, pues éstos eran patrimonio del ser humano, del hombre, en el caso, del habitante. No constituían, un derecho político atribuido constitucionalmente, sino un patrimonio inmanente, imprescriptible e irrenunciable de los habitantes, en tanto seres humanos, que la Constitución se limitaba a declarar, a proteger y a garantizar.

La Nación podía ser definida como la asociación política de los ciudadanos y al mismo tiempo en esa Nación, constituida en un Estado representativo republicano, los derechos individuales podían y debían ser, de todos los habitantes y no sólo de los ciudadanos.

Alberdi que correctamente entendía que los derechos individuales correspondían a los habitantes ²², acertó en esto, pero erró en la crítica jurídica y conceptual al art. 1º de la Constitución uruguaya de 1830, en que la palabra «ciudadanos» era empleada con otro fin y a otros efectos.

5. La segunda crítica que hace Alberdi a la Constitución uruguaya de 1830, es la consecuencia de la falta de un capítulo, título o sección, dedicado especialmente a los derechos y garantías.

La Constitución uruguaya de 1830 siguió en esto el modelo de la Constitución de Cádiz de 1812.

El tema ya había sido encarado en la Asamblea General Constituyente y Legislativa de 1829 y Ellauri, como miembro informante, lo trató ²³. Carlos María Ramírez, citando a Ellauri, en sus clásicas Conferencias de Derechos Constitucional ²⁴, concluía en 1871 que «*después de todo lo dicho, inútil sería insistir sobre la conveniencia y la necesidad de concentrar en una sola parte la declaración de los derechos reservados a los ciudadanos*» ²⁵.

La Constitución de 1830 incluyó, sin embargo -pese a la inexistencia de una sección especial relativa a los derechos individuales, con una denominación adecuada- múltiples disposiciones sobre los diferentes libertades, por ejemplo los arts. 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115 y 116 (Sección IX, Capítulo VI), 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146 y 147 (Sección XI, Capítulo único). Normas, sin embargo, incompletas y, además, carentes de una plena sistematización formal.

También aquí la crítica de Alberdi, equivocadamente planteada en relación con la Sección II (arts. 6º-12), que trata de una cuestión diferente («De la Ciudadanía y sus Derechos, Modos de Suspenderse y Perdersse»), terminó por ser recibida en el Uruguay. Aunque sin citarlo -y como consecuencia de una evolución conceptual y jurídico positiva en el derecho constitucional- la Constitución de 1918 reunió todas las normas sobre derechos y garantías en una sección Especial (Nº XII), que mejoró, amplió y generalizó los textos de 1830 en esta materia. La Constitución de 1934, en una fórmula que se mantiene hasta hoy, con posteriores alteraciones y mejoras, ubicó como quería Alberdi, la Sección sobre Derechos, Deberes y Garantías, al comienzo del texto Constitucional (arts. 7º-63).

6. La siguiente crítica se refería a la ciudadanía legal, su adquisición y pérdida en la Constitución de 1830. Alberdi dice que en la Constitución oriental «*es difícil y embarazosa para adquirir ciudadanos y pródiga para enajenarlos*». Trató de ejemplarizar esta afirmación, criticando que se exigiera residencia y otros requisitos «*al extranjero que trae riquezas, ideas, industrias, elementos de orden y progreso*»²⁶.

La crítica era infundada. La exigencia de residencia al extranjero para poder llegar a ser ciudadano oriental, era lógica. Si un extranjero no vivía en el país, no podía tener razón, ni mérito ni fundamento para transformarse en ciudadano. «*Los extranjeros que en calidad de oficiales han combatido y combatieren en los ejércitos de mar y tierra de la República*», podían, en la Carta de 1830, ser ciudadanos orientales sin exigirse expresamente que residieran en la República, porque al combatir en los ejércitos nacionales, estaban en el territorio del Uruguay, ya que no era concebible, en general, que los ejércitos nacionales estuvieran actuando en una guerra ofensiva fuera de las fronteras nacionales. Al criticar este texto de la Carta de 1830, Alberdi demostraba desconocer la realidad uruguaya.

Basta leer en su totalidad el art. 8º de la Constitución de 1830 para comprobar la injusticia y la falta general de razón de las críticas de Alberdi a las normas constitucionales de 1830 sobre ciudadanía. Y a esta conclusión puede llegarse sin perjuicio de reconocer otros defectos en este artículo de nuestra primera Constitución²⁷.

Cuando en 1918 se modificó sustancialmente el art. 8º de la Constitución del '30, el nuevo art. 8º mejoró el texto, pero no en el sentido preconizado por Alberdi. En efecto, dispuso que tenían «derecho a la ciudadanía legal» -en vez de «ciudadanos legales son»- los extranjeros con residencia en la República, que cumplieran determinados requisitos fijados constitucionalmente.

El caso de los extranjeros que obtuvieran gracia especial de la Asamblea General «por servicios notables o méritos relevantes», previsto tanto en 1830 como 1918, y que subsiste hoy, es el único en que, con lógica, no se exigió especialmente, ni se exige, la residencia en la República.

En cambio, su crítica a la Constitución uruguaya en cuanto ésta consideraba de manera expresa y excepcional la situación de «los extranjeros que en calidad de oficiales han combatido o combatieren en los ejércitos de Mar y Tierra de la Nación», se tuvo en cuenta, citándose expresamente la opinión de Alberdi, como fundamento para suprimir, en 1918, esta norma de la Constitución de 1830²⁸.

Con carácter general puede decirse que las discrepancias de Alberdi con los arts. 1º, 8º 11 y 12 de la Constitución uruguaya de 1830, respondían a la idea, determinante y central de su pensamiento, relativa a la necesidad de poblar, con población europea, especialmente anglosajona, nuestras ciudades y nuestros campos, condensada en su famosa fórmula de: «gobernar es poblar».

7. El Capítulo XXXI de las *Bases* se titula: «Continuación del mismo asunto. En América gobernar es poblar».

Es esta una recomendación política que debe encontrar proyección y desarrollo jurídico, según Alberdi, en *«todas las Constituciones de Sud América»*. Dice al respecto: *«Las Constituciones de países despoblados no pueden tener otro fin serio y racional, por ahora y por muchos años, que dar al solitario y abandonado territorio la población de que necesita, como instrumento fundamental de su desarrollo y progreso»*. «América del Sur» está «inconstituida nada más que por falta de población». Y termina afirmando rotundamente: *«en América gobernar es poblar»*²⁹.

Es, pues, este criterio sostenido en las *Bases*, no sólo una recomendación para la constitucionalización de la Argentina, sino que está dirigido a toda la América del Sur y, consiguientemente, al Uruguay.

Desde muy antiguo, ya lo hizo Groussac, se criticó este enfoque de Alberdi y se trajo a colación el ejemplo de los Estados Unidos, que recibió una inmensa inmigración sin que la Constitución se refiriera al tema. En efecto, inmigrado llega por razones económicas, sociales y a veces culturales. Quizás tiene en cuenta el orden, la libertad, la seguridad jurídica que, de hecho, pueden existir. Pero no se fija, no podía fijarse, en las normas constitucionales. El Uruguay creció espectacularmente desde el punto de vista poblacional, gracias a la inmigración europea, en los siglos XIX y las dos primeras décadas del XX, sin que hubiera sido necesario modificar la Constitución que Alberdi criticaba, tan injustificadamente, a ese respecto.

Es interesante recordar el comentario y la crítica que, desde otro enfoque, hizo José Enrique Rodó en *Ariel*, a la famosa afirmación de Alberdi.

Dijo así el gran escritor uruguayo en el Capítulo IV de su célebre obra: *«Ha tiempo que la suprema necesidad de colmar el vacío moral del desierto hizo decir a un publicista ilustre que, en América, gobernar es poblar. Pero esta fórmula famosa encierra una verdad contra cuya estrecha interpretación es necesario prevenirse, porque conduciría a atribuir una incondicional eficacia civilizadora al valor cuantitativo de la muchedumbre. Gobernar es poblar, asimilando, en primer término: educando y seleccionando, después. Si la aparición y el florecimiento, en la sociedad, de las más elevadas actividades humanas, de las que determinan la alta cultura, requieren como condición indispensable la existencia de una población cuantiosa y densa, es precisamente porque esa importancia cuantitativa de la población, dando lugar a la más compleja división del trabajo, posibilita la formación de fuertes elementos dirigentes que hagan efectivo el dominio de la calidad sobre el número. La multitud, la masa anónima, no es nada por sí misma. La multitud será un instrumento de barbarie o de civilización según carezca o no del coeficiente de una alta dirección moral»*³⁰.

8. La idea, bastante difundida, de la importancia del ejemplo de los Estados Unidos y de la necesidad de impulsar la inmigración sajona, no era sin embargo, apoyada unánimemente en los años en que aparecieron las *Bases*.

Por ejemplo, Manuel Colmeiro, en un libro publicado en 1858, señaló los peligros políticos de la emigración sajona, punta de lanza *«de la política invasora de los Estados Unidos»* y expresión de una voluntad colonizadora dirigida a esclavizar a la «raza latina»³¹.

9. En el párrafo final del Capítulo VIII de las *Bases* expresa Alberdi: *«La Constitución oriental carece de garantías de progreso material e intelectual. No consagra la educación pública como prenda de adelantos para lo futuro, ni sanciona estímulos y apoyos al desarrollo inteligente, comercial y agrícola, de que depende el porvenir de esa república. La constitución americana que desampara el porvenir, lo desampara todo, porque para estas repúblicas de un día, el provenir es todo, el presente poca cosa»*³².

La crítica, aunque podía contener una verdad política, era constitucionalmente injusta.

La Constitución uruguaya de 1830 siguió en este aspecto las fórmulas prácticamente unánimes del derecho constitucional de la época.

Pero además, se preocupó del «fomento de la ilustración», siendo este objetivo constitucional uno de los que las «leyes» debían tener en cuenta al ejercer sus competencias el Poder Legislativo y el Ejecutivo como colegislador (art. 17,3). Y en la Sección X (Del Gobierno y Administración Interior de los Departamentos), la Carta de 1830 asignó, en el art. 126, a las Juntas Económico Administrativas, la competencia de «velar sobre la educación primaria». ¿Qué más podía decirse en 1830?

En 1918 la nueva Constitución avanzó, con el ritmo de los tiempos, en la materia. Se refirió a la «instrucción pública» entre las competencias del Consejo Nacional de Administración (art. 97) y previó la existencia de consejos autónomos para administrar, entre otras materias, «la instrucción superior, secundaria y primaria».

Y, finalmente, la Constitución de 1934, siguiendo las líneas del nuevo derecho constitucional, encaró las cuestiones de la enseñanza, la educación y la formación en numerosas normas del nuevo Capítulo II de la Sección II que, con cambios de numeración, se mantienen hoy.

IX

Es interesante señalar que durante el proceso de elaboración de la Constitución de 1830, se redactó por Manuel Errazquinn, secretario de la Asamblea General Constituyente y Legislativo del Estado, un proyecto de Constitución del «Estado de Solís»³³. Este proyecto definía al Estado como «la reunión de todos los habitantes de la Provincia, que era una de las antiguas de la Unión Argentina llamada Provincia Oriental del Río de la Plata» (art. 1º, Capítulo 1)³⁴.

De tal modo este texto, conocido, aunque no utilizado por nuestros primeros constituyentes, usaba, en 1829, la palabra habitantes, en vez de ciudadanos, al referirse a la reunión de los mismos constitutiva del Estado, a diferencia de la Constitución de 1830, que definía al Estado como la asociación política de los ciudadanos.

La crítica de la Alberdi, en 1852, al texto constitucional uruguayo de 1830, en cuanto a la definición del Estado, adoptaba así el mismo criterio utilizado por Errazquinn en 1829 al redactar su proyecto de Constitución.

X

En los intentos de reforma de la Constitución de 1830, durante el siglo XIX, no puede asegurarse que las *Bases*, a partir de su publicación en 1852, en los puntos encarados por Alberdi, haya tenido influencia sobre los textos propuestos.

El proyecto de Constitución redactado en 1875 por Jacinto Albistur, precedido de un estudio titulado *La Constitución de la República y la reforma de la misma*, no contiene ninguna referencia a Alberdi y a sus críticas a la Constitución de 1830³⁵.

En lo que se refiere al art. 1º, el proyecto de Albistur mantiene el texto de 1830 y su referencia a «la asociación política de todos los ciudadanos...»³⁶.

En el artículo sobre el ciudadanía legal (art. 8º de la Constitución de 1830 y 26 del Proyecto), igualmente se mantiene la causal de adquisición de esta ciudadanía relativa a los extranjeros que en calidad de oficiales han combatido y combatieren en los ejércitos de la Nación, tan criticada por Alberdi.

En cambio, el proyecto de Albistur incluye una nueva Sección II, denominada «De los Derechos Individuales», siguiendo el criterio sostenido por Alberdi. Pero lo hace sin nombrarlo y posiblemente sin conocer las *Bases*.

La fundamentación general de su iniciativa la hace Albistur de manera amplia y muy correcta³⁷.

XI

Alfredo Vázquez Acevedo, en sus *Memorias*, se refiere a su iniciativa de reforma constitucional presentada al Senado el 15 de abril de 1903. En la amplia fundamentación de su proyecto, dice: «Urge, pues, remediar esas imperfecciones, dando al país una nueva Constitución que responda a las necesidades reales, que se avenga con su índole propia y con su modo de ser peculiar, una Constitución en fin, original, como diría el doctor Alberdi»³⁸.

Años después, en 1916, el proyecto de Constitución que Alfredo Vázquez Acevedo presentó a la Convención Nacional Constituyente, proponía cambiar el art. 1º para denominar al país «Uruguay», pero mantenía la expresión ciudadanos y no la de habitantes, como quería Alberdi³⁹.

XII

El tema relativo al empleo en el art. 1º de la Constitución de los términos ciudadanos, habitantes u hombres, fue encarado en los proyectos de reforma presentados a la Convención Nacional Constituyente de 1916. Ya hemos citado el proyecto de Alfredo Vázquez Acevedo⁴⁰. Hay que agregar que el proyecto de la Corporación de Constituyentes Nacionalistas, mantenía la palabra ciudadanos⁴¹, el de Enrique Azarola presentado por Antonio Ma. Rodríguez, usaba el vocablo habitantes⁴², el de Juan Blengio Roca y el de Horacio Jiménez de Aréchaga utilizaban la palabra ciudadanos⁴³ y el de Emilio Frugoni y de Celestino Mibelli, en cambio, empleaba el término «hombres»⁴⁴.

En 1934, al reformarse nuevamente la Constitución, en la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente, se decidió mantenerse el art. 1º con la formulación que ya tenía desde 1918⁴⁵.

XIII

Las cuestiones planteadas por Alberdi sobre la adquisición de la ciudadanía legal se discutieron ampliamente en ocasión de la reforma de 1918. El tema se analizó, en especial, en el informe de la Comisión de Constitución⁴⁶, aun que ni en el debate ni en el informe escrito, se hizo referencia a las críticas de Alberdi.

XIV

Alberdi en las *Bases* no prestó atención a otras cuestiones constitucionales referentes a la Carta uruguaya de 1830.

Ni la forma de gobierno, ni lo relativo al régimen unitario que ésta establecía, por ejemplo, fueron objeto de su atención. Es cierto que no eran temas vinculados directamente con el objeto de las *Bases*, con la idea matriz que fundaba y motivaba el libro. Pero, pese a esto, no deja de llamar la atención que un asunto tan unido a su pensamiento político y constitucional⁴⁷, como era el relativo al régimen de gobierno-unitario o no, haya estado absolutamente ajeno a las críticas, o al elogio, de una Constitución invocada negativamente, como lo fue la uruguaya, en el Capítulo VIII de las *Bases*.

XV

Las breves páginas que Alberdi dedicó en 1852, en el Capítulo VIII de las *Bases*, a la Constitución uruguaya de 1830, fueron uno de los primeros comentarios que se realizaron sobre nuestra primera Carta.

En efecto antes de 1871, cuando Carlos María Ramírez dictó y luego publicó en «La Bandera Radical», sus Conferencias de Derecho Constitucional, coincidiendo con la creación de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad de la República ⁴⁸ y antes de que Carlos de Castro dictara y publicara su *Curso*, expuesto originariamente en 1863, en la Cátedra de Economía Política de la misma Universidad ⁴⁹, era muy poco lo que se había escrito sistemáticamente sobre la Constitución.

La inestabilidad política, las guerras civiles y los conflictos bélicos internacionales, así como la elementalidad del medio universitario, explican esta carencia.

Sin embargo, existieron algunos trabajos de carácter constitucional, aparecidos en los difíciles años posteriores a 1830, que merecen recordarse.

En 1852, el mismo año de la publicación de las *Bases*, apareció el «Catecismo Político Arreglado a la Constitución de la República Oriental del Uruguay», obra de Eduardo Acevedo. Esta pequeña obra define el Estado como «la asociación política de todos los ciudadanos...». Sigue así la fórmula constitucional tan criticada por Alberdi.

Años después cuando en 1877 se aprobó por el director de Instrucción Pública, José Pedro Varela, para su uso en las escuelas públicas, el libro de José María Vidal, *Principios elementales de gobierno propio*, el informe de Ildefonso García Lagos que recomienda la aprobación, destaca que se funda en la idea de que el ciudadano es miembro de la sociedad política y que esta sociedad política integrada por los ciudadanos, es lo que constituye el Estado.

XVI

En 1858 apareció en Madrid el libro *Derecho constitucional de las repúblicas hispano-americanas* de Manuel Colmeiro, catedrático de Derecho Político y Administrativo de la Universidad de Madrid.

Esta interesante obra, fue quizás el primer intento de escribir un texto de derecho constitucional comparado hispano-americano.

El libro de Colmeiro trata de las constituciones de Chile, Perú, «Méjico», «Confederación Argentina», Buenos Aires, Ecuador y «Nueva Granada». No se refiere, en modo alguno, a la de Uruguay.

Colmeiro no estructuró su obra sobre la base del estudio de las constituciones de cada país, sino que cada capítulo se refiere a un tema o materia y dentro de él pasa revista a las fórmulas constitucionales de diversos países hispanoamericanos.

El libro de Juan Bautista Alberdi, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*, está citado en el Capítulo XII (De la libertad de industria) ⁵⁰, para criticar la opinión del publicista argentino y sostener la contraria.

En cambio puede comprobarse que las *Bases* no están citadas. Sin duda este libro de Alberdi, seis años después de su aparición, no era conocido por la Cátedra de Derecho Político de la Universidad de Madrid.

Colmeiro en su libro se refiere al Estado como «la asociación» de «los ciudadanos» y a los «ciudadanos» como los «miembros de un Estado». Es interesante recordar esta opinión en relación a la crítica hecha por Alberdi al art. 1º de la Constitución uruguaya de 1830 ⁵¹.

XVII

Es curioso observar que si bien Alberdi, a través de sus opiniones expuestas en las *Bases* influyó, como ya se ha señalado, en algunos puntos de la reforma constitucional uruguaya de 1918, nunca la doctrina uruguaya, ni en la cátedra ni en estudios monográficos, prestó atención directa y, en consecuencia no analizó globalmente, el Capítulo VIII de este libro dedicado a la Constitución de 1830. Creo que este trabajo, escrito en el año 2001, es el primero dedicado a tal estudio.

Pero además hay que destacar que las críticas de Alberdi a la Constitución de 1830, no coinciden con las que la doctrina uruguaya, en su línea crítica, hizo a la primera Carta constitucional uruguaya ⁵²

No concuerdan tampoco con algunas observaciones formuladas por la posición más equilibrada y comprensiva, que yo mismo he expuesto ⁵³ -que destaca el carácter docente que sobre la sociedad uruguaya tuvo la Carta de 1830-, ni naturalmente con la absolutamente positiva que otros autores han afirmado ⁵⁴.

Hay que concluir que las críticas de Alberdi quedaron, en general, solitarias y sin continuidad y seguimiento en la doctrina uruguaya, con excepción del punto tenido en cuenta respecto del art. 1º, cuando se reformó la Constitución en 1918.

XVIII

La conmemoración de los ciento cincuenta años de la aparición de las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, ha de permitir no sólo el análisis global del pensamiento constitucional de Juan Bautista Alberdi, y la reafirmación de la influencia fundamental que tuvo en la elaboración de la Constitución argentina de 1853, sino también el estudio comparativo de sus juicios sobre los textos constitucionales entonces vigentes en Latinoamérica. Este ejercicio sobre el derecho constitucional comparado de mediados del siglo XIX, que no es común encontrar en la doctrina de hoy, puede constituir uno de los mejores homenajes a la memoria de un argentino ilustre, cuya personalidad múltiple, polémica y cambiante, nunca dejará de atraer la atención y el interés.

Notas:

* Académico correspondiente en Uruguay.

¹ Argentina, Chile, Perú, Colombia, México, Uruguay, Paraguay (Capítulo III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X). Paul GROUSSAC en su estudio, pasional, polémico y controvertido, *Las Bases de Alberdi y el desarrollo constitucional* (Estudios de Historia Argentina, Buenos Aires, Editor Jesús Menéndez, 1918, págs. 310-312 y pág. 312, nota 1), analiza las críticas de Alberdi a la Constitución de Chile, pero no trata las que éste realiza a otras constituciones sudamericanas, entre ellas la de Uruguay. Sin embargo, en una nota de pie de página, contradice las afirmaciones de Alberdi sobre el progreso material de Montevideo durante la Guerra Grande y su relación con la Constitución de 1830 (pág. 312, nota 1).

² Juan Bautista ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Capítulo VIII, págs. 60-62. Citamos siempre la edición de La Cultura Argentina, Buenos Aires, 1915.

³ Juan E. PIVEL DEVOTO, *El fin de la Guerra Grande*, Montevideo, 1953.

⁴ Juan Bautista ALBERDI, *Bases*, Cap. I, pág. 38.

⁵ Este enfoque fue duramente criticado por Paul Groussac en su estudio *Las Bases de Alberdi y el desarrollo constitucional*, Estudios de Historia Argentina, Buenos Aires, Editor Jesús Menéndez, 1918, pág. 309.

⁶ Juan Bautista ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Buenos Aires, Luz del Día Editor, 1957. Véase Ricardo LEVENE, *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, Kraft, 1958, t. X, págs. 276-292. Levene hace la crítica de esta oscilación, citando a Juan A. García, en la pág. 320.

⁷ Juan Bautista ALBERDI, *Bases*, Cap. IV, «Constitución de Chile. Defectos que hacen peligrosa su imitación».

⁸ Antonio SALVADURES, *Alberdi*, Buenos Aires, Nova, 1948.

⁹ Juan Carlos GÓMEZ HAEDO, «Las ideas políticas de Alberdi», *Revista del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay*, t. III, Nº 2, Montevideo, 1924, pág. 695-716. José Enrique Rodó se refirió reiteradamente al Alberdi bonaerense, anterior a 1838, al montevideano entre ese año y 1843 y al chileno de años después. En sus estudios sobre «Juan Carlos Gómez», «La vuelta de Juan Carlos Gómez», «Juan María Gutiérrez y su Época» y «El Iniciador de 1838», hay incontables referencias a Alberdi, como periodista literato, jurista y pensador, incluso con un

recuerdo a las *Bases* y a su significación (*Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1957). Pero no se encuentra ni una sola línea sobre las críticas de Alberdi a la Constitución de 1830 ni respecto de su posible influencia en el pensamiento constitucional oriental.

¹⁰ Mateo J. MAGARIÑOS DE MELLO, *El gobierno de Cerrito*, Montevideo, 1949, 1954 y 1951; Héctor GROS ESPIELL, *Evolución constitucional del Uruguay*, Montevideo, F. de C.U., 1991, págs 48-49; Héctor GROS ESPIELL, «El modelo político uruguayo. La Constitución de 1830, el gobierno del Cerrito y el gobierno de Montevideo», *Revista Garibaldi*, año 15, Montevideo, 2000.

¹¹ «El Iniciador» comenzó a publicarse el 15 de abril de 1838 (Ver El Centenario de «El Iniciador», *Revista Nacional*, t. II, Montevideo, abril-junio 1938, págs. 149-153) y José Enrique Rodó, «El Iniciador» de 1838, en *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1857, págs. 817-831; Andrés Lamas, «El Iniciador, Periódico de todos y para todos», 15 de abril de 1838, en *Escritos selectos* del Dr. D. Andrés Lamas, Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Tomo I, Montevideo 1922, págs. 9-14. Sobre la relación entre Lamas y Alberdi y su amistad y colaboración en Montevideo, entre 1838 y 1843, véase: Arturo ARDAO, «El encuentro de Lamas y Alberdi», en *Historia*, Boletín Uruguayo de Historia Rioplatense, año I, N° 1, Montevideo, febrero de 1942.

¹² Juan E. PIVEL DEVOTO, *Historia de los partidos políticos en el Uruguay*, Montevideo, Universidad de la República, 1942, t. I, págs. 127-131 y nota 8 en la pág. 148.

¹³ Alberto DEMICHELLI, «Alberdi y Artigas. Sus coincidencias en ideas constitucionales», en *Institución Alberdi, Alberdi y Artigas, confraternidad argentino uruguaya*, Buenos Aires, Depalma, 1964; Alberto DEMICHELLI, «Juan Bautista Alberdi, Primer Vindicatedor de la Personalidad del General José Artigas», en *Institución Alberdi, Alberdi y Artigas, confraternidad argentino uruguaya*, Buenos Aires, Depalma, 1964; Alberto DEMICHELLI, *Formación constitucional rioplatense*, Buenos Aires, Depalma, t. II, págs. 143-144.

¹⁴ Ricardo LEVENE, op. cit., pág. 297.

¹⁵ En 1843-1844 Montevideo tenía aproximadamente 31.000 habitantes. De estos, sólo 11.000 eran orientales, veinte mil eran extranjeros. De estos extranjeros 15.488, según el censo, se distribuían entre argentinos, franceses, italianos y españoles. En 1848 los defensores de Montevideo eran 2.810 hombres: orientales 630, franceses 1000, italianos 400, negros 560 y 220 extranjeros de otras nacionalidades (J. E. PIVEL DEVOTO y Alicia RANIERI DE PIVEL DEVOTO, *Historia de la República Oriental del Uruguay 1830-1930*, Montevideo, 1956, pág. 124).

¹⁶ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución Nacional*, Montevideo, Editorial Medina, 1946, t. I, págs. 129-130.

¹⁷ Washington BELTRÁN, *En la Constituyente, Discursos e Informes*, Montevideo, 1918, Sesión del 5 de octubre de 1917, págs. 303-305. El texto está, asimismo, en las páginas 455 y 456 del t. IV del Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Dijo Beltrán: «También creo que se debe cambiar una palabra en este artículo, que está mal, y ha sido criticada por Alberdi en sus «Bases». Estudiando el artículo 1º de la Constitución Uruguaya, dice Alberdi lo siguiente: «La Constitución empieza definiendo el Estado Oriental. Toda definición es peligrosa; pero la de un Estado nuevo, como ninguna. Esa definición que debía pecar por falta (si puede serlo bastantemente), es exacta a expensas del Estado Oriental. «El Estado, dice en su artículo 1º, es la asociación política de todos los ciudadanos comprendidos en su territorio». No es exacto; el Estado Oriental es algo más que esto en la realidad. Además de la reunión de sus ciudadanos, es Lanford, es Estévez, verbigracia son los 20.000 extranjeros avecindados allí, que sin ser ciudadanos poseen ingentes fortunas y tienen tanto interés en la prosperidad del suelo oriental como sus ciudadanos mismos».

«No voy a agregar una palabra más a lo dicho con tanta elocuencia por Alberdi. Ya que este artículo ha de quedar subsistente, creo que debe, en síntesis, modificarse, aceptando también la enmienda formulada por el señor constituyente Carlos Arocena, quedando la disposición redactada del siguiente modo: «La República Oriental del Uruguay es la asociación política e todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio».

Además de la referencia a Alberdi antes citada, Beltrán invocó la opinión del escritor argentino en relación a la necesidad del Senado (Sesión del 4 de julio de 1917, op. cit., pág. 160). En general sobre la actuación de Washington. Beltrán en la Constituyente, véase: Héctor GROS ESPIELL, Washington BELTRÁN y la Constitución, en *Estudios Constitucionales*, Montevideo, Ingranussi Ltda., 1988, págs. 271-281.

¹⁸ *Diario de Sesiones de la Honorable Comisión Nacional Constituyente*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1918, t. IV, págs. 456-457. .

¹⁹ Luis ARCOS FERRAND, «La Constitución Nacional», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 3, Montevideo, julio de 1936, págs. 115-151.

²⁰ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, op. cit., t. I, pág. 130.

²¹ Héctor GROS ESPIELL, «El constitucionalismo latinoamericano y la codificación ante el pasaje de la sociedad colonial a la sociedad republicana», en *Historia de América Latina*, París, UNESCO, t. V, en prensa.

²² Olsen A. GHIRARDI, *La filosofía en Alberdi*, 2ª ed. aumentada, Córdoba, Argentina, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2000, vol. IX.

²³ Dijo así en el informe de la Comisión de Constitución: «En cuanto a los derechos reservados a los ciudadanos, ellos se ven diseminados por todo el Proyecto». Y luego pasó a enumerarlos haciendo algunos breves comentarios (Ed. Nava, cit., pág. 7).

²⁴ Carlos María RAMÍREZ, *Conferencias de derecho constitucional*, Montevideo, Ed. J. Cubiló, 1897, págs. 201-203; Ed. Clásicos Uruguayos, N° 103, Montevideo, 1966, págs. 172-174.

²⁵ Carlos María RAMÍREZ, op. cit., ed. 1966, pág. 173.

²⁶ Juan Bautista ALBERDI, *Bases*, págs. 61-62.

²⁷ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución Nacional*, Montevideo, Editorial Medina, 1946, t. II, págs. 202-203.

²⁸ Washington BELTRÁN, op. cit., pág. 143.

²⁹ Juan Bautista ALBERDI, *Bases*, pág. 218.

³⁰ José Enrique RODÓ, *Ariel*, en *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1957, pág. 220.

³¹ Manuel COLMEIRO, *Derecho constitucional de las repúblicas hispano-americanas*, Madrid, 1858, págs. 382-384.

³² Juan Bautista ALBERDI, *Bases*, pág. 62.

³³ Homero MARTÍNEZ MONTERO, «Un antecedente constitucional desconocido», *Revista Histórica*, N° 37, t. XIII, año XXXV, 2ª Época, Montevideo, 1941, págs. 3-48.

³⁴ Homero MARTÍNEZ MONTERO, op. cit., págs. 10 y 18.

³⁵ Héctor GROS ESPIELL, «Un proyecto olvidado de reforma constitucional», *Revista Histórica*, N° 55-57, t. XIX, año XLVII, 2ª Época, Montevideo 1953, págs. 1-145.

³⁶ Héctor GROS ESPIELL, op. cit., pág. 122.

³⁷ Héctor GROS ESPIELL, op. cit., págs. 103, 114, 123-125.

³⁸ María Julia ARDAO, Alfredo VÁSQUEZ ACEVEDO, «Contribución al estudio de su vida y su obra», *Revista Histórica* t. XLIV, año LXVII, 2ª Época, N°s 130-132, Montevideo 1973, pág. 435; *Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores*, t. LXXXI, pág. 73-74, Apéndice, N° 6.

³⁹ María Julia ARDAO, Alfredo VÁSQUEZ ACEVEDO, «Contribución al estudio de su vida y su obra», *Revista Histórica*, t. LXVIII, 2ª Época, t. XLV, N°s 133-135, Montevideo, 1974, pág. 92.

⁴⁰ *Diario de Sesiones de la Honorable Convención Nacional Constituyente*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1918, t. I, págs. 200 y 201,

⁴¹ *Diario de Sesiones de la Honorable Convención Nacional Constituyente*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1918, t. I, pág. 201.

⁴² *Diario de Sesiones de la Honorable Convención Nacional Constituyente*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1918, t. I, pág. 181,

⁴³ *Diario de Sesiones de la Honorable Convención Nacional Constituyente*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1918, t. I, pág. 253.

⁴⁴ *Diario de Sesiones de la Honorable Convención Nacional Constituyente*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1918, t. I, págs. 290 y 440; *Diario de Sesiones de la Honorable Convención Nacional Constituyente*, Montevideo, Impuesto Municipal, 1918, pág. 460.

⁴⁵ *Actas de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1935, pág. 12.

⁴⁶ Comisión de Constitución, Informe, *Diario de Sesiones de la Honorable Convención Nacional Constituyente*, Imprenta Nacional, Montevideo, 1918, t. II, pág. 224, t. III, pág. 27.

⁴⁷ Bernardo CANAL-FEIJÓO, «El federalismo en la doctrina de Alberdi», en *Anuario del Instituto de Investigaciones Históricas*, N° 3, Unidad Nacional del Litoral, Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación, Rosario, 1958.

⁴⁸ Héctor GROS ESPIELL, Carlos María RAMÍREZ, Prólogo a la edición de las *Conferencias de Derecho Constitucional*, Montevideo, Biblioteca Artigas de Clásicos Uruguayos, N° 103, 1966.

⁴⁹ Héctor GROS ESPIELL, «El Curso de Derecho Constitucional de Carlos Castro» en *Revista Nacional*, Montevideo, 1969, t. XIII, y en *Universidad y Derecho Constitucional*, Presidencia de la República, Montevideo, 1988.

⁵⁰ Manuel COLMEIRO, *Derecho constitucional de las repúblicas hispano-americanas*, Madrid, 1858, pág. 51.

⁵¹ Manuel COLMEIRO, op. cit., págs. 16, 17 y 137.

⁵² Juan E. PVEL DEVOTO, *Historia de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1945, pág. 31; Alberto ZUM FELDE, *Proceso Histórico del Uruguay*, Montevideo, 1919.

⁵³ Héctor GROS ESPIELL, *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*, 2ª ed., cit., párrafo 29, págs. 43-46; Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Acerca de nosotros*, Opera Minora, Montevideo, Editorial de la Plaza, 2001, pág. 297.

⁵⁴ Por ejemplo: Juan Andrés RAMÍREZ, *Síntesis de la evolución constitucional*, Montevideo, 1949, pág. 43; José Pedro MASSERA, «Algunas cuestiones relativas a la historia constitucional y política del Uruguay», *Revista Nacional*, N° 125, Montevideo, 1949.

EL DERECHO DE UN ESTADO A RETIRAR UNA DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

por FRANCISCO ORREGO VICUÑA *

SUMARIO: 1. El problema ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. La cláusula opcional en la perspectiva del derecho de los tratados. 3. La cláusula opcional como un acto unilateral. 4. La cláusula opcional como una obligación convencional. 5. La práctica de la cláusula opcional en la Corte Permanente de Justicia Internacional. 6. La práctica relativa a la cláusula opcional en la Corte Internacional de Justicia. 7. La jurisprudencia de la Corte en el caso *Nicaragua*. 8. Consecuencias derivadas del caso *Nicaragua*. 9. El problema de la reciprocidad en relación a la cláusula opcional. 10. La perspectiva del futuro.

Una reciente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha suscitado la discusión acerca del derecho que asiste a un Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ¹ a retirar una declaración por la cual ha reconocido como obligatoria la competencia de esa Corte. Debido a que el mecanismo para aceptar la competencia obligatoria en los términos del art. 62.1 de la Convención se basa en el art. 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el derecho de un Estado parte en este último a retirar una declaración también se ve involucrado en esta discusión. Esta decisión también suscita el tema de la naturaleza jurídica de la Cláusula Opcional y de las consecuencias que de ello pueden derivar para el retiro de una declaración.

Dos escuelas de pensamiento han tradicionalmente intervenido en la búsqueda de una respuesta a estos interrogantes y nuevamente ocupan un lugar central en la discusión. Mientras los realistas postulan que los tribunales internacionales no deben imponer su jurisdicción sobre los Estados en contra de su voluntad y consentimiento, los idealistas piensan que a través del activismo judicial la justicia internacional puede ser desarrollada de manera importante ². Estas visiones se encuentran presentes en el caso de la discusión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en términos similares a los que se han discutido en el ámbito de la Corte Internacional de Justicia. Más aún, esta discusión es relevante para cualquier tribunal internacional cuya jurisdicción se base en el mecanismo de la cláusula opcional.

1. El problema ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con fecha 20 de octubre de 1980, el gobierno del Perú realizó la Declaración prevista en el art. 62.1 de la Convención reconociendo la competencia obligatoria de la Corte. Esta declaración fue hecha por un «plazo indeterminado». El carácter opcional de esta cláusula, como la del art. 45 de la Convención sobre la aceptación de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir comunicaciones de individuos, no suscita dudas y fue expresamente reconocido por el secretario general de la Organización de los Estados Americanos ³.

Después de dos casos en que la Corte se pronunció adversamente respecto del gobierno del Perú ⁴, éste decidió con fecha 8 de julio de 1999 retirar su aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte con efecto inmediato. Entre otros aspectos, el gobierno del Perú había objetado una decisión de la Corte que le ordenaba modificar su legislación, argumentando que la Corte carecía de facultades para ello.

Con ocasión de otros dos casos, tanto la Comisión como la Corte tuvieron ocasión de pronunciarse sobre el retiro del reconocimiento de la competencia obligatoria hecho por el Perú ⁵. En la opinión de la Comisión, dado que el retiro de la competencia no está previsto en la Convención, es incompatible con ella y carece de fundamento jurídico; en cualquier caso, según

la Comisión, el retiro requeriría de una notificación hecha un año antes de que pueda producir efectos, en aras de la seguridad y la estabilidad jurídicas

La Corte, por su parte, fue de la opinión de que la aceptación de la competencia contenciosa no admite otras limitaciones que las expresamente contempladas en la Convención, entre las que no figura el retiro de una Declaración. Como consecuencia de ello, la Corte también opinó que un Estado Parte en la Convención sólo puede desvincularse de la aceptación de la competencia obligatoria mediante la denuncia del tratado como un todo, lo cual exige un aviso anticipado de un año. Aun cuando el retiro fuese posible, considera la Corte que en aplicación del derecho de los tratados de todos modos debiera intervenir una notificación de a lo menos doce meses para que se produjeran efectos.

Siguiendo el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Nicaragua* ⁶, la Corte opinó que el carácter opcional de la declaración de aceptación de la competencia contenciosa no autoriza al Estado a cambiar posteriormente su contenido y alcance. Como se comentará en su oportunidad, sin embargo, la situación de la práctica en la Corte Internacional de Justicia no parece respaldar esa conclusión.

La Corte Interamericana expresó igualmente la opinión de que los tratados sobre derechos humanos tienen un carácter normativo superior al de los tratados comunes, por lo cual no cabría una analogía con la práctica estatal de carácter discrecional que se observa en la Corte Internacional de Justicia. Esta referencia a los derechos humanos como norma de *jus cogens* no parece considerar el hecho de que las normas de ese carácter o las de costumbre internacional no se aplican a los mecanismos de solución de controversias ni a otras cuestiones de procedimiento. Sobre la base de este razonamiento, la Corte declaró inadmisibles el retiro del reconocimiento de la competencia obligatoria.

2. La cláusula opcional en la perspectiva del derecho de los tratados

El primer aspecto que cabe dilucidar es el de la naturaleza jurídica de la cláusula opcional. La similitud del art. 62.1 de la Convención con el art. 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia permite considerar los puntos de vista que se han sostenido respecto de la naturaleza jurídica de la cláusula opcional en ese Estatuto. Esta no es una materia que depende del tipo de tratado o de derechos involucrados en una controversia ante diferentes tribunales sino una que se refiere únicamente a la esencia y funciones de la cláusula.

Tanto la Comisión como la Corte han acogido, al menos en parte, el enfoque de que una declaración de reconocimiento de esta naturaleza se rige por el derecho de los tratados. Este punto de vista fue sostenido por Waldock en un bien conocido artículo publicado en 1955, en el que opinó que «[H]acer una declaración es, como se ha visto, un acto unilateral; ello no significa, sin embargo, que el terminar una declaración sea igualmente un acto unilateral que depende de la libre discreción del Estado concernido» ⁷. Algunas opiniones en el mismo sentido ya se habían expresado con anterioridad ⁸.

Sobre la base de que la Declaración establecía una relación consensual con otros Estados, sostuvo igualmente Waldock que, para aquellos Estados que no hubiesen hecho su declaración por un tiempo determinado, la posición era similar a la de un tratado bilateral de duración indefinida y, por consiguiente, su terminación debía regirse por el derecho de los tratados ⁹. También criticó este autor la práctica que entonces se iniciaba de hacer declaraciones que, sin establecer un plazo determinado, tendrían vigencia hasta que se diese aviso de término ¹⁰.

En la opinión de otros autores, sin embargo, la relación con el derecho de los tratados se refería más a una cuestión de reglas que debían aplicarse por analogía que al convencimiento de que la naturaleza de una declaración fuese idéntica a la de un tratado ¹¹.

Sin embargo, este razonamiento comenzó gradualmente a distorsionarse. Para Hambro, por ejemplo, la terminación de una declaración requeriría del consentimiento de todos los Estados partes en el Estatuto de la Corte, no solamente de aquellos que hubiesen hecho declaraciones de aceptación de la competencia, pues entendía que la obligación asumida mediante la declaración lo era respecto de todos los signatarios del Estatuto ¹², posición de suyo exagerada aun en aplicación del derecho de los tratados. Farmanfarma sostuvo, por su parte, que las declaraciones

debían considerarse como un tratado en relación a otras declaraciones ¹³, ya no siendo entonces una cuestión de aplicación de algunas reglas por analogía. Debbasch, por su parte, ha sostenido que una declaración cuya duración no está establecida en el texto mismo, sino que se determina por un acto ulterior, es contraria al Estatuto de la Corte y ésta debe pronunciarse sobre la nulidad de una terminación unilateral ¹⁴.

Esta última opinión guarda cierta similitud con aquella de la Corte Interamericana en el sentido de declarar inadmisibles el retiro de la Declaración invocado por el gobierno del Perú. Debe observarse al respecto, sin embargo, que esta posición es en sí contradictoria con el derecho de los tratados que se considera aplicable, pues en este último son los Estados Partes los que deben aceptar o no su terminación, en tanto que a la luz de este planteamiento es la Corte la que se sustituye a esos Estados en el ejercicio de la función de rechazo del retiro.

El punto de vista que identificaba la naturaleza de una declaración con la de un tratado, nunca llegó a ser generalizado entre los autores del derecho internacional. Los antecedentes históricos sobre el origen de la cláusula opcional indican claramente que ella tuvo por objeto superar, mediante el consentimiento unilateral de los Estados, las dificultades que había tenido la jurisdicción de los tribunales internacionales basada en tratados bilaterales ¹⁵.

3. La cláusula opcional como un acto unilateral

Rosenne ha observado acertadamente que el hecho de que se utilicen algunos mecanismos propios del derecho de los tratados, como la aprobación parlamentaria, ratificación y depósito, no significa que una declaración sea un tratado ¹⁶. Este autor define la naturaleza jurídica de la declaración *«como un compromiso internacional unilateral de carácter sui generis, una aceptación sui generis de una obligación jurídica en función de normas particulares del derecho internacional; y si bien esa obligación puede tener algunas afinidades con el tipo de obligaciones reguladas por el derecho de los tratados, ello no es exactamente lo mismo»* ¹⁷. Considera igualmente que la asimilación con el derecho de los tratados puede ser *«ir demasiado lejos»* ¹⁸.

Otros importantes autores han destacado la naturaleza unilateral de la declaración relativa a la cláusula opcional y rechazado expresamente su asimilación con el derecho de los tratados. El juez Oda ha sostenido, en este sentido, que la analogía establecida por la Corte con el derecho de los tratados en el caso *Nicaragua*, que se comentará más adelante, *«conduce a error»* ¹⁹ y que la práctica y la experiencia de los últimos cuarenta años confirma que el principio de que la jurisdicción de todos los tribunales internacionales *«se basa en el consentimiento de los Estados soberanos nunca ha cambiado, y que el papel de la Cláusula Opcional nunca debe sobrepasar ese principio sino que debe siempre reafirmarlo»* ²⁰. Sobre esta base, Oda reafirma el derecho de los Estados a denunciar o modificar una cláusula opcional ²¹.

Leo Gross ha destacado la necesidad de adoptar un enfoque cauteloso como el de Rosenne respecto de la analogía con el derecho de los tratados ²², en tanto que Kooijmans, escribiendo antes de ser elegido como juez de la Corte Internacional de Justicia, opinó respecto de la decisión en el caso *Nicaragua*: *«Es innegable que el sistema de la Cláusula Opcional puede crear obligaciones semejantes a las de un tratado. Sin embargo, esto no implica que la declaración misma -un acto unilateral- pueda compararse con un tratado respecto de su inicio o terminación. La formulación de la Corte, sin embargo, parece ser demasiado amplia. Parece ilógico trazar una analogía con el derecho de los tratados, que en principio no permite la denuncia unilateral salvo en circunstancias excepcionales, en tanto que la denuncia unilateral es inherente a las declaraciones unilaterales. La analogía con el derecho de los tratados puede, por consiguiente, considerarse más bien como desafortunada»* ²³.

El propio Waldock, en su función de relator especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Derecho de los Tratados, concluía en 1963 que *«[t]omada como un conjunto, la práctica de los Estados respecto de la cláusula opcional, y especialmente la tendencia moderna a realizar declaraciones que terminan mediante la sola notificación, parece confirmar la clara conclusión que puede extraerse de los tratados de arbitraje, conciliación y solución judicial de controversias, en cuanto que estos tratados son considerados como siendo esencialmente susceptibles de terminación»* ²⁴. Debe también tenerse presente que si bien en un comienzo de sus trabajos sobre el derecho de los tratados, la Comisión de Derecho Internacional

parecía favorecer la asimilación de las declaraciones al régimen de los tratados, en definitiva se abstuvo de apoyar este punto de vista ²⁵.

Brownlie, por su parte, es de la opinión de que el poder de terminación inmediata mediante notificación, si bien debilita el sistema de la jurisdicción obligatoria, parece ser compatible con el Estatuto de la Corte ²⁶.

En definitiva, la doctrina ha rechazado la opinión de que mediante una declaración opcional el Estado se obligue a perpetuidad. Giraud señalaba a este respecto que «*no puede haber razonablemente un compromiso eterno, y el compromiso asumido sin indicación del plazo y de la denuncia, es en realidad el más precario de todos*» ²⁷. En la misma línea de pensamiento, el juez Schwebel ha sostenido que «argumentar, en abstracto, que un Estado al aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte incondicionalmente lo ha hecho a perpetuidad, no es plausible» ²⁸.

Tampoco es lógico sugerir, como lo ha hecho la Corte Interamericana, que el Estado que desea retirar su declaración opcional sólo puede hacerlo mediante la denuncia del tratado que establece ese mecanismo, pues ello es directamente opuesto al propósito de la cláusula opcional y de otros mecanismos que buscan facilitar la participación en los tratados multilaterales.

4. La cláusula opcional como una obligación convencional

Existe todavía una tercera modalidad en cuanto a la naturaleza jurídica de la declaración de reconocimiento de la competencia obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, que es la de una declaración conjunta hecha mediante un tratado o convención. Este es el caso concreto del Pacto de Bogotá, mediante cuyo art. XXXI las partes realizan la declaración prevista en el art. 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, respecto de cualquier Estado Americano, mientras ese tratado esté en vigor.

Como observa Jiménez de Aréchaga, si bien en apariencia la terminología de ambas disposiciones es idéntica, el mecanismo del Pacto de Bogotá tiene una naturaleza jurídica diferente pues transforma la relación entre declaraciones en una relación que nace de un tratado ²⁹. De esta manera, señala el mismo autor, mientras una declaración unilateral puede ser retirada y ser materia de reservas, en el Pacto de Bogotá ella no puede retirarse mientras el tratado esté en vigor, por lo que la única alternativa es la denuncia del Pacto con un año de aviso anticipado de acuerdo a su art. LVI ³⁰. Tampoco pueden introducirse nuevas reservas por los Estados que no las han hecho al Pacto mismo.

Sobre la base de lo expuesto, es posible concluir que también en el caso de la cláusula opcional del art. 62.1 de la Convención Interamericana, las declaraciones tienen un carácter unilateral, siendo por consiguiente susceptibles de retiro o modificación. No es este mecanismo el propio de un tratado como tampoco es un mecanismo de declaraciones convencionales como en el Pacto de Bogotá. El modelo del art. 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia fue el escogido, lo que implica aceptar sus consecuencias jurídicas.

5. La práctica de la cláusula opcional en la Corte Permanente de Justicia Internacional

Durante los primeros años de esta Corte, fue frecuente el caso de Estados que hicieron declaraciones de reconocimiento de su competencia sin especificar su período de duración. Entre ellas se encuentran muchos de los países de América Latina: El Salvador, Costa Rica, Uruguay, Haití, Panamá, República Dominicana, Guatemala, Nicaragua, Paraguay y Colombia ³¹.

Dos de estas declaraciones dieron inicio a la práctica del retiro con efecto inmediato. La primera fue la de Colombia, país que en 1937 sustituyó su declaración original de 1932 para excluir las controversias anteriores a la nueva declaración, lo que equivalía a poner término a la original. Este acto de retiro y sustitución no fue materia de objeciones ³².

Más importante fue el caso del Paraguay, país que en 1938 retiró su reconocimiento de la competencia de la Corte vinculándolo a la decisión de haber procedido en 1935 a su retiro de la Sociedad de las Naciones ³³. En el sistema de la Sociedad de las Naciones, a diferencia de Naciones Unidas, la participación en el mecanismo de la Corte era independiente de la participación en la Organización, lo que permitió a algunos países, entre ellos Chile, Hungría y Perú, retirarse de la Sociedad sin hacerlo de la Corte ³⁴. Con todo, Paraguay prefirió la alternativa del retiro de ambas instituciones.

Seis países hicieron reservas acerca de la validez del paso dado por Paraguay; de ellos, Checoslovaquia y Holanda mencionaron las reglas relativas a la denuncia de tratados, aun cuando este último expresamente indicó que no se oponía a la denuncia hecha ³⁵. Si bien la Secretaría de la Corte mantuvo la Declaración de Paraguay en su listado ³⁶, al cabo de un tiempo ella fue omitida ³⁷.

Otro cambio de importancia había ocurrido ya en 1929 cuando Gran Bretaña y los países de la Comunidad Británica de Naciones introdujeron el concepto de una declaración sujeta a término inmediato mediante notificación ³⁸.

El cambio cualitativo más importante ocurrió en 1939 cuando Gran Bretaña y Francia, seguidos de Nueva Zelandia, Australia, Canadá, Sudáfrica y la India, todos los cuales tenían declaraciones en vigor todavía por un tiempo, introdujeron nuevas reservas para excluir las controversias que surgiesen de las hostilidades de la Segunda Guerra Mundial. Ello equivalía a un término, al menos parcial, de las declaraciones originales con efecto inmediato. Varios países reservaron sus puntos de vista, entre ellos el Perú, no en cuanto al derecho de proceder al retiro sino en cuanto a cómo ello podría afectar los derechos de los países neutrales en el conflicto ³⁹.

Surge de lo anterior, que ya sea que el derecho de poner término a una declaración se hubiese reservado expresamente o no, la práctica determinó que ambas modalidades fueran aceptables, tanto si la declaración en cuestión era seguida de otra o no lo era.

Como ha observado el juez Jennings, el punto importante de este primer período de la práctica «es que las pocas protestas que se hicieron carecieron enteramente de efecto y las declaraciones modificadas permanecieron intactas» ⁴⁰. La propia Asamblea General de la Sociedad de las Naciones aprobó en 1928 una Resolución relativa a la cláusula opcional, en la que destacaba la libertad de los Estados para hacer todas las reservas que estimasen convenientes, tanto en lo que respecta a la duración como al alcance de la cláusula ⁴¹.

6. La práctica relativa a la cláusula opcional en la Corte Internacional de Justicia

Reconociendo esa práctica anterior, el Subcomité que preparó el Estatuto de la Corte en la Conferencia de San Francisco consideró que la interpretación de la cláusula en cuanto a permitir reservas estaba establecida, a partir de lo cual numerosas declaraciones han sido materia de toda suerte de reservas ⁴².

En lo que respecta a la duración de las declaraciones, dos son las situaciones que interesan: la de aquellas que no contienen ninguna referencia a su duración o son hechas por un período de tiempo indefinido o ilimitado; y aquellas que tienen validez hasta que se notifique su término o retiro.

En el estudio realizado por Oda, nueve países figuran con declaraciones de este tipo: Egipto, Honduras, Uganda, Nigeria, Malawi, Suazilandia, Botswana, Togo y Senegal, algunos de ellos habiéndola hecho en más de una ocasión ⁴³.

En el segundo grupo existe una variedad de situaciones adicionales, como la de las declaraciones que prevén un período inicial de validez (diez países) o las que no prevén ese período inicial (diecinueve países). Además, están las declaraciones que permiten ponerle término con aviso dado con una anticipación de seis meses (cuatro países) o un año (dos países), o modificarlas en cualquier momento (veintidós países) ⁴⁴.

La práctica también indica que muchos son los países que han ejercido el derecho de retiro o de ponerle término a la declaración respectiva. Irán, Sudáfrica, Francia, Israel y los Estados

Unidos han procedido al retiro de sus declaraciones sin reemplazarlas por otras. Como observa Rosenne, en la mayoría de estos casos el retiro se ha producido como consecuencia de la insatisfacción de un país por litigios pendientes o por el riesgo de verse arrastrado a situaciones imprevisibles ⁴⁵. Veinticuatro declaraciones fueron retiradas y reemplazadas por otras en diferentes momentos ⁴⁶.

Las objeciones que han tenido lugar durante el período de la actual Corte, han sido escasas. Nicaragua realizó una objeción en el caso *Nicaragua*, que se comentará separadamente, y luego en el caso *Border and Transborder Armed Action*, en que objetó una modificación que Honduras hizo de su declaración original porque esta última no contenía una disposición sobre retiro, pero el punto no llegó a ser conocido por la Corte al establecer su competencia sobre una base diferente ⁴⁷. También Honduras protestó una modificación que hizo El Salvador en su declaración original ⁴⁸, sosteniendo que ello no se podía hacer si el derecho no se había expresamente reservado en la declaración original ⁴⁹, lo que no impidió a Honduras cambiar de posición posteriormente. Otra objeción que ha tenido lugar durante la actual Corte se refiere a una situación diferente. Suecia objetó una Declaración de Portugal por la cual se reservaba el derecho de excluir cualquier categoría de controversias, en cualquier momento durante su vigencia, mediante la sola notificación ⁵⁰.

Esta abundante práctica ha llevado a varios autores a extraer una conclusión significativa. Rosenne ha expresado, respecto de las declaraciones que no prevén expresamente el derecho de retiro, que «sería particularmente irreal aplicarles una norma inflexible que se cree que deriva del derecho general de los tratados y desautorizar el derecho de denuncia unilateral» ⁵¹. En el mismo sentido, Oda ha calificado que es «ilógico» sostener que tales declaraciones no pueden ser materia de retiro o modificación ⁵².

Esta práctica ha sido importante no solamente desde un punto de vista numérico. También lo ha sido desde el punto de vista conceptual. En efecto, en el caso del *Derecho de Paso* la Corte, junto con explicar el «vínculo consensual» que caracteriza a la cláusula opcional ⁵³, destacó «el derecho sostenido por muchos signatarios de la Cláusula Opcional, incluida la India, de terminar sus Declaraciones de Aceptación mediante la simple notificación sin ningún período de aviso obligatorio» ⁵⁴.

También en el caso *Anglo-Iranian Oil Co.* la Corte indicó que «el texto de la Declaración Iraní no es el texto de un tratado que sea el resultado de negociaciones entre dos o más Estados. Es el resultado de la redacción unilateral del Gobierno de Irán» ⁵⁵, rechazando seguidamente un argumento británico que buscaba aplicar a esa declaración el tipo de interpretación propio de los tratados ⁵⁶. El carácter unilateral de la cláusula ha sido señalado por la Corte repetidamente ⁵⁷.

El juez Jennings también ha alcanzado conclusiones significativas al examinar la práctica de la Corte Internacional de Justicia. Así ha señalado que «existe una amplia evidencia de que los Estados que participan en el sistema de la Cláusula Opcional tienen hoy de manera generalizada la expectativa de que pueden legítimamente retirar o modificar sus declaraciones de aceptación en forma libre, siempre que ello se haga antes de que se recurra a la Corte» ⁵⁸. Igualmente opina que esta práctica «apoya la posición de que actualmente este derecho está disponible de manera generalizada, cualquiera que haya sido la situación en un período anterior» ⁵⁹. Este derecho se puede ejercer «con efecto inmediato, y, más aún, incluso en anticipación de un caso particular o de una serie de casos» ⁶⁰.

Como ha señalado Gross, «sin el derecho de retiro probablemente no habría habido Cláusula Opcional» ⁶¹, apreciación que es corroborada por el antecedente histórico de que la cláusula omitió, posiblemente en forma deliberada, el período de denuncia de un año que contenía la Convención de La Haya de 1907 sobre Solución Pacífica de Controversias, para hacerla más aceptable para los Estados que lo que había demostrado ser el sistema de la Corte Permanente de Arbitraje ⁶².

La Corte ha sostenido un punto de vista que confirma lo anterior al tratar de otras materias, como el derecho de recurrir a la Corte y el efecto de las reservas hechas a las declaraciones que se ejercen en los términos de la cláusula opcional. Respecto del derecho a recurrir la Corte ha sostenido en la decisión sobre jurisdicción del caso *Qatar and Bahrein* que, tal como la jurisdicción misma, éste se rige por el principio del consentimiento, lo que debe acreditarse

mediante el examen de la voluntad de las partes ⁶³. Como concluye Weil, este principio asegura a los Estados que «cada uno no se verá expuesto a un recurso unilateral de la otra parte sino en la medida en que haya consentido» ⁶⁴.

El problema de las reservas también se ha discutido en el caso *Canadá-España*, en el que la Corte aceptó la validez de las reservas a las declaraciones a pesar del punto de vista disidente de dos jueces en el sentido de que ello no debía permitirse si el acto o acción excluida es contrario al derecho internacional ⁶⁵. El tema que subyacía a esta discusión era de si debía permitirse una reserva o crear una situación en que uno o más Estados se verían inclinados a denunciar enteramente la cláusula opcional ⁶⁶.

7. La jurisprudencia de la Corte en el caso *Nicaragua*

El caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua* ⁶⁷, es el que se ha referido más directamente al derecho de retirar y modificar las declaraciones relativas a la cláusula opcional. Este caso, como se indicó, fue específicamente citado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los efectos de aplicar a una declaración las normas propias del régimen de los tratados.

A este respecto interesa observar, en primer lugar, que el principal problema que se discutió en el caso fue el de si la declaración hecha por Nicaragua en 1929 había estado alguna vez en vigencia, pues esta declaración nunca fue depositada en la Secretaría de la Sociedad de las Naciones ⁶⁸. Sobre la base de una interpretación extrema del art. 36.5 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, este Tribunal afirmó su validez como título jurisdiccional para conocer de este caso ⁶⁹.

Independientemente de las críticas que se han hecho a este razonamiento de la Corte ⁷⁰, que incluyen el problema de que la Corte actuó de manera politizada ⁷¹, el punto que interesa retener es que si acaso se admite la validez de un instrumento que nunca fue depositado, ello no resulta claramente compatible con las normas sobre el derecho de los tratados que, paralelamente, la Corte declaraba aplicables. El carácter excepcional de la posición de Nicaragua en que la Corte fundamentó su decisión, no es convincente, pues todo caso tiene elementos excepcionales ⁷².

Enseguida cabe observar que el caso se refería, en lo que respecta a terminación de las declaraciones, a una que expresamente previó un aviso de seis meses, como era la de Estados Unidos. El caso no se refirió a una declaración que guarde silencio sobre su retiro, como era la de Nicaragua. Las observaciones sobre este último caso fueron más bien marginales y tuvieron la naturaleza de *obiter dicta* ⁷³. Igualmente, como se verá, el caso se refirió principalmente a cuestiones de reciprocidad.

Es en este contexto que la Corte rechazó la modificación que Estados Unidos hizo de su declaración «con efecto inmediato» ⁷⁴, considerando que si bien este país mantenía el derecho de modificar o poner término a su declaración por ser un «poder inherente a cualquier acto unilateral de un Estado», estaba obligado por su propia declaración que establecía formal y solemnemente un aviso de seis meses ⁷⁵. La Corte equiparó así la modificación con el término de una declaración ⁷⁶.

En relación a lo anterior, debe observarse que la Corte, lejos de desconocer el derecho de un Estado a poner término a su declaración, lo reafirma expresamente. El problema radicaba entonces únicamente en determinar si ese Estado estaba obligado por un plazo, como era la situación del demandado, y cuál debiera ser este plazo. De ahí pasa la Corte a considerar en términos muy generales y no concluyentes el criterio de plazo o tiempo «razonable», limitándose a declarar que un plazo de tres días no es razonable ⁷⁷.

Con el carácter de *obiter dicta* ya indicado, la Corte señala entonces, a propósito del argumento basado en la reciprocidad de que si Nicaragua podía poner término a su Declaración en cualquier momento también Estados Unidos tendría este derecho, que «[e]l derecho de poner fin inmediatamente a declaraciones con duración indefinida encuéntrase lejos de estar establecido. La exigencia de la buena fe parece imponer que se debería aplicar a ellas por

analogía el tratamiento previsto por el derecho de los tratados, que requiere un plazo razonable para el retiro o la denuncia de tratados que no contienen disposición alguna sobre la duración de su validez»⁷⁸.

Cabe tener presente que si la práctica de la propia Corte y de este caso ha sido sistemáticamente la de reconocer el derecho de un Estado a retirar su declaración opcional, y que si todo el problema radica en el plazo razonable, este es un aspecto que no se relaciona con la naturaleza de la cláusula ni del retiro. Es un problema de carácter procesal y no sustantivo, que como tal puede estar sujeto a consideraciones diversas de urgencia, oportunidad o relativas a lo excepcional de las circunstancias.

Aun dentro de este aspecto parcial, la decisión de la Corte en el caso *Nicaragua* es contradictoria con lo que ha sido la práctica establecida, la que, como se vio anteriormente, admite el derecho a retiro o modificación inmediata de aquellas declaraciones que así lo han indicado expresamente, como también de aquellas que han guardado silencio sobre su duración. En este sentido, lo que en realidad se encuentra lejos de estar bien establecido no es esta práctica, sino los esfuerzos destinados a comprometer a los Estados que han hecho una declaración opcional más allá de lo que es su voluntad real.

8. Consecuencias derivadas del caso *Nicaragua*

Como Fitzmaurice escribió en una oportunidad, «*Nada socava la confianza en el proceso judicial internacional en forma tan rápida y completa como el sentimiento de que los tribunales internacionales pueden aceptar su jurisdicción en casos que no están realmente cubiertos por el alcance que se pretendía dar a sus consentimientos*»⁷⁹.

Ello es lo que ocurrió precisamente como consecuencia del caso *Nicaragua*. Los controvertidos aspectos de este caso llevaron a diversas reacciones en el plano político y jurídico. En lo primero, Estados Unidos decidió primero su retiro del procedimiento y enseguida el retiro de la cláusula opcional que lo vinculaba con la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia⁸⁰.

En el plano jurídico han proliferado las propuestas destinadas a que se abandone el mecanismo de la cláusula opcional y de la competencia obligatoria de la Corte⁸¹ y que éste sea sustituido por una exigencia de consentimiento expreso al momento de someterse el controversia a la Corte⁸². Igualmente se ha planteado la interrogante de si acaso la Corte excedió su competencia al decidir este caso y de que ello podría justificar la decisión unilateral de los Estados Unidos⁸³.

En una perspectiva más técnica, se han sugerido numerosas modificaciones a las declaraciones de reconocimiento de la cláusula opcional, con el fin de evitar demandas sorpresivas, evitar la aceptación de la competencia sólo para el efecto de una controversia puntual, evitar demandas seguidas de un retiro de la cláusula por el demandante y otras anomalías procesales que pueden producirse dentro del actual sistema⁸⁴.

Las decisiones que se han comentado de la Corte Interamericana en el caso del retiro del reconocimiento de la competencia por el Perú, guardan un estrecho paralelismo con el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua*, aun cuando en las primeras podría entenderse que se ha ido todavía más lejos pues sus conclusiones no tienen el carácter de *obiter dicta* sino que forman parte de la decisión sustantiva.

Varias declaraciones hechas bajo la cláusula opcional en el caso de la Corte Interamericana podrían verse afectadas por esta interpretación. Varias de ellas lo son por tiempo indefinido sin referencia a su duración (por ejemplo Argentina, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela) o sujeta al retiro del reconocimiento cuando el Estado lo estime conveniente (Ecuador) o reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno (Colombia)⁸⁵.

9. El problema de la reciprocidad en relación a la cláusula opcional

Las declaraciones hechas en los términos de la cláusula opcional en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia están normalmente sujetas a la condición de reciprocidad, tal como lo permite el art. 62.2 de la Convención Americana. Por esta razón, interesa examinar cuál ha sido la práctica de la Corte Internacional de Justicia en relación al punto específico de la reciprocidad respecto del retiro de una declaración ⁸⁶.

Waldock ⁸⁷ y otros autores ⁸⁸, han sido de la opinión de que probablemente la condición de reciprocidad establecida en una declaración de cláusula opcional le otorga a ese Estado el derecho de aplicar los límites de tiempo contenidos en la declaración de otro Estado. Ello era una manera de impedir la desigualdad que existe entre los Estados que han hecho una declaración sujeta a un plazo determinado y otros que no han establecido plazo o han hecho reserva de la posibilidad de ponerle término por su sola notificación.

Este planteamiento fue el que hizo Estados Unidos en relación a Nicaragua, sosteniendo que si este último país, por no contener su Declaración plazo alguno, podía ponerle término en cualquier momento, también Estados Unidos podía modificar la suya en cualquier momento y no verse sujeto al plazo de seis meses que contenía su propia declaración.

La Corte, no obstante, ha sostenido sistemáticamente un punto de vista diferente. En el caso *Nicaragua*, la Corte especificó que la «noción de reciprocidad se refiere al alcance y la sustancia de los compromisos que se han adquirido, incluyendo las reservas, pero no a las condiciones formales de su creación, duración o extinción» ⁸⁹. Además, citando su opinión en el caso *Interhandel*, sostuvo que la reciprocidad permite invocar las reservas hechas por la otra parte, pero que «[a]hí termina el efecto de la reciprocidad. No puede justificar que un Estado, en este caso los Estados Unidos, invoque una restricción que la otra parte, Suiza, no ha incluido en su propia Declaración» ⁹⁰. En el caso del *Derecho de Paso* la Corte ya había implícitamente demostrado su renuencia a aplicar la reciprocidad a los problemas de plazos, duración y terminación de las declaraciones ⁹¹.

El problema en realidad se suscita más bien antes de que se presente la demanda, como ocurrió en el caso *Nicaragua*, pues una vez presentada quedará fijada la competencia de la Corte en los términos que se examinarán más adelante, lo que haría inoperante la reciprocidad o ineficaz el retiro respecto de esa controversia ⁹².

La opinión de la Corte en cuanto a restringir los alcances de la reciprocidad a las reservas de carácter sustantivo, encuentra también respaldo en parte de la doctrina ⁹³. Pero igualmente encuentra una importante opinión de discrepancias fundamentadas en que un plazo es tan importante como cualquier otra condición o reserva ⁹⁴.

Los alcances de la reciprocidad en el caso de la Convención Americana no son diferentes de los que tiene el tema en la Corte Internacional de Justicia. La manera como los Estados partes en la Convención han hecho reserva de reciprocidad y las varias condiciones con que acompañan sus declaraciones así lo indican. Aun en los casos en que no se haya hecho reserva expresa de reciprocidad ella será aplicable por ser inherente al sistema de la cláusula opcional.

Una diferencia importante que sí cabe tener presente es que, como observa Gros Espiell, la reciprocidad no opera respecto de la Comisión ⁹⁵. La razón de que ello sea así es que el vínculo de la Comisión con la competencia obligatoria de la Corte es de naturaleza convencional, esto es, está establecido en el art. 61.1 de la Convención, en tanto que el vínculo de los Estados con esa competencia está contenido en las declaraciones unilaterales que cada uno realiza, las que sí están sujetas al mecanismo de la reciprocidad.

Sin embargo, esta diferencia es más aparente que real pues la Comisión, como parte de la institucionalidad del sistema, deberá observar más escrupulosamente que nadie los términos en que los Estados han aceptado la competencia obligatoria de la Corte.

La competencia de la Corte Internacional de Justicia para decidir sobre su propia jurisdicción está claramente establecida en el art. 36.6 del Estatuto, pero aun si la Corte guardara silencio sobre ello, el mismo principio se aplicaría a la luz del derecho internacional, según lo declaró la propia Corte en el caso *Nottebohm* ⁹⁶. Aun cuando la competencia de la Corte Interamericana para decidir sobre su propia jurisdicción no está prevista en la

Convención, esa competencia podrá siempre ejercerse de acuerdo al derecho internacional dentro de los límites del marco jurídico que la rige.

10. La perspectiva del futuro

No obstante el progreso que caracteriza la solución pacífica de controversias y los muchos cambios que todavía se encuentran en marcha, el problema de la jurisdicción obligatoria de una corte que trata de materias generales del derecho internacional no pareciera que va a cambiar en el futuro previsible. Ello bien puede ocurrir en el marco de jurisdicciones especializadas, como inversiones, comercio y otras materias, pero no donde los intereses políticos de los Estados son más prominentes.

La alternativa más cercana es entonces el presente mecanismo de la cláusula opcional, que ha demostrado ser una transacción aceptable, aun cuando tenga deficiencias. Sin embargo, si el mecanismo habrá de perdurar debe respetarse cuidadosamente su esencia, que es la de una decisión unilateral de los Estados, sujeta a aquellas condiciones que consideren apropiadas. De otro modo, los Estados rehusarán de participar en un mecanismo que pueda llevarlos más allá de su consentimiento expreso.

Ello es particularmente claro en el contexto de la terminación de las declaraciones hechas al amparo de este mecanismo. El derecho de los Estados de poner término a esas declaraciones no puede ser restringido pues, si se hace, habría que pagar el precio de que se alejen más aún de la jurisdicción de la Corte.

Notas:

* Académico correspondiente en Chile.

¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969. En lo sucesivo citada como Convención.

² Prosper WEIL, «Le principe de la juridiction consensuelle à l'épreuve du feu: à propos de l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c/Canada)*», en Prosper WEIL, *Ecrits de droit international*, 2000, 117-139, pág. 117.

³ Organización de los Estados Americanos, Acta de Depósito del Instrumento de reconocimiento por parte del Gobierno de la República del Perú de las Cláusulas Facultativas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 21 de enero de 1981.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 11319, *Castillo Petruzzi y otros contra el Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999. Para la influencia de este caso en la decisión de retirar el reconocimiento de la competencia obligatoria por el gobierno del Perú, véase American University, Center for Human Rights and Humanitarian Law, *Human Rights Brief*, vol. 7, Issue 1, Fall 1999, pág. 15. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 11154, *María Elena Loayza Tamayo contra el Perú*, 17 de septiembre de 1997.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 11762, *Ivcher Bronstein contra Perú*, Competencia, N° 54, sentencia del 24 de septiembre de 1999. Caso N° 11760, *Tribunal Constitucional contra Perú*, Competencia, N° 55, sentencia del 24 de septiembre de 1999.

⁶ International Court of Justice, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, sentencia del 26 de noviembre de 1984, *ICJ Reports*, 1984, 392, pág. 418, 420. En lo sucesivo citado como *Nicaragua*.

⁷ C. H. M. WALDOCK: «Decline of the Optional Clause», *British Year Book of International Law*, vol. 32, 1955-1956, 244-287, pág. 263. En lo sucesivo citado como Waldock.

⁸ Véase, por ejemplo, Alexander FACHIRI, «Repudiation of Optional Clause», *British Year Book of International Law*, 1939, 52-57.

⁹ WALDOCK, pág. 264.

¹⁰ *Ibid.*, págs. 265-270.

¹¹ R. P. ANAND, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, 1961. En lo sucesivo citado como ANAND; Herbert W. BRIGGS, «Reservations to the acceptance of compulsory jurisdiction of the International Court of Justice», *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, vol. 93, 1958-I, 223-363.

¹² Edvard HAMBRO, «Some observations on the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice», *British Year Book of International Law*, vol. 25, 1948, 133-157, pág. 143.

¹³ Ali Naghi FARMANFARMA, *The Declarations of the members accepting the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice*, 1952, pág. 67. En lo sucesivo citado como FARMANFARMA.

¹⁴ Charles DEBBASCH, «La compétence 'ratione temporis' de la Cour Internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 64, 1960, 230-259, pág. 251. En lo sucesivo citado como DEBBASCH.

¹⁵ Ruth C. LAWSON, «The problem of the compulsory jurisdiction of the World Court», *American Journal of International Law*, vol. 46, 1952, 219-238, pág. 221. Véase también Lorna LLOYD, «A springboard for the future, a historical examination of Britain's role in shaping the optional clause of the Permanent Court of International Justice», *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, 28-51.

¹⁶ Shabtai ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, Jurisdiction, 1997, Chapter 12, pág. 823. En lo sucesivo citado como Rosenne.

¹⁷ ROSENNE, págs. 830-831.

¹⁸ ROSENNE, pág. 830.

¹⁹ Shigeru ODA, «Reservations in the Declarations of acceptance of the optional clause and the period of validity of those declarations, the effect of the Schultz letter», *British Year Book of International Law*, vol. 59, 1988, 1-30, pág. 18. En lo sucesivo citado como ODA.

²⁰ ODA, pág. 22.

²¹ ODA, págs. 17-19.

²² Leo GROSS, «Compulsory jurisdiction under the optional clause, history and practice», en Lori Fisler DAMROSCH, *The International Court of Justice at a crossroads*, 1987, 19-57, pág. 30. En lo sucesivo citado como GROSS.

²³ Peter H. KOOIJMANS, «Who tolled the death-bell for compulsory jurisdiction? Some comments on the judgment of the International Court of Justice in the Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application)», en *Realism in Law-Making, Essays of International Law in honour of Willem Riphagen*, 1986, 71-87, pág. 77. En lo sucesivo citado como KOOIJMANS.

²⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, pág. 68, y comentarios del juez Stephen M. Schwebel en su opinión disidente en el caso *Nicaragua*, pág. 621.

²⁵ ROSENNE, pág. 824.

²⁶ Ian BROWNLIE, *Principles of International Law*, 1999, pág. 723. En lo sucesivo citado como BROWNLIE.

²⁷ E. GIRAUD, «Observations sur le rapport de W. Jenks sur la compétence obligatoire», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1957, t. I, pág. 281, según citado por Debbasch, pág. 248.

²⁸ Stephen M. SCHWEBEL, opinión disidente en el caso *Nicaragua*, pág. 623. En lo sucesivo citado como SCHWEBEL.

²⁹ Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «The compulsory jurisdiction of the International Court of Justice under the Pact of Bogotá and the Optional Clause», en *International Law at a time of perplexity, Essays in Honour of Shabtai ROSENNE*, 1989, 356-360, págs. 356-357. En lo sucesivo citado como JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA.

³⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, pág. 357.

³¹ ODA, pág. 28.

³² ODA, pág.11.

³³ FARMANFARMA, págs. 79-81.

³⁴ FARMANFARMA, págs. 81-83.

³⁵ ODA, pág. 11.

³⁶ WALDOCK, pág. 264.

³⁷ ROSENNE, pág. 817, nota 186.

³⁸ ODA, pág. 10.

³⁹ ODA, págs. 12-13.

⁴⁰ JENNINGS, opinión separada en el caso *Nicaragua*, pág. 550. En lo sucesivo citado como JENNINGS.

⁴¹ ODA, págs. 5-6.

⁴² ODA, págs. 7-9.

⁴³ ODA, pág. 29.

⁴⁴ ODA, págs. 29-30.

⁴⁵ ROSENNE, pág. 821.

⁴⁶ ODA, pág. 15.

⁴⁷ J. G. MERRILLS, «The Optional Clause revisited», *British Year Book of International Law*, vol. 64, 1993, 197-244, pág. 208. En lo sucesivo citado como MERRILLS.

⁴⁸ JENNINGS, pág. 552.

⁴⁹ George F. JONES, «Termination of Declarations under the Optional Clause, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua», *Texas International Law Journal*, vol. 20, 1985, 557-581, págs. 570-571. En lo sucesivo citado como JONES.

⁵⁰ ODA, págs. 16-17.

⁵¹ ROSENNE, pág. 820.

⁵² ODA, págs. 17-18.

⁵³ International Court of Justice, *Right of Passage over Indian Territory*, ICJ Reports, 1957, 125, pág. 146, y comentarios de GROSS, pág. 29. En lo sucesivo citado como *Derecho de Paso*.

⁵⁴ *Derecho de Paso*, pág. 143, y comentarios de JENNINGS, pág. 550.

⁵⁵ International Court of Justice, *Anglo-Iranian Oil Co.*, ICJ Reports, 1952, 93, pág. 105 y comentarios de GROSS, págs. 30-31.

⁵⁶ GROSS, pág. 31.

⁵⁷ Veáse, por ejemplo, International Court of Justice, *Certain Norwegian Loans*, Judgment, ICJ Reports, 1957, págs. 9, 23; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections*, Judgment, ICJ Reports, 1964, págs. 6, 29, y comentarios de SCHWEBEL, pág. 620.

⁵⁸ JENNINGS, pág. 550.

⁵⁹ JENNINGS, pág. 551.

⁶⁰ JENNINGS, pág. 553.

⁶¹ GROSS, pág. 28.

⁶² FARMANFARMA, págs. 77-78.

⁶³ Prosper WEIL, «Compétence et saisine, un nouvel aspt du principe de la juridiction consensuelle», en op. cit., nota 2 *supra*, pág. 115-116.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 116.

⁶⁵ WEIL, loc. cit., nota 2 *supra*, pág. 138.

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 138.

⁶⁷ Veáse nota 6 *supra*.

⁶⁸ Rudolf OSTRIHANSKY, «Compulsory jurisdiction of the International Court of Justice in the dispute between Nicaragua and the United States», *Hague Yearbook of International Law*, 1988, 3-15, pág. 4. En lo sucesivo citado como Ostrihansky. Veáse también Edward McWHINNEY, «Acceptance, and withdrawal or denial, of World Court jurisdiction, some recent trends as to jurisdiction», *Israel Law Review*, vol. 20, 1985, 148-166.

⁶⁹ KOIJMANS, pág. 73.

⁷⁰ OSTRIHANSKY, págs. 13-14.

⁷¹ United States Department of State, Statement on «U. S. withdrawal from the proceedings initiated by Nicaragua in the International Court of Justice», sin fecha, mimeo, pág. 2.

⁷² OSTRIHANSKY, págs. 11-13.

⁷³ MERRILLS, págs. 208-209.

⁷⁴ Para el texto de la enmienda a la Declaración de los Estados Unidos presentada por el secretario de Estado mediante Carta del 6 de Abril de 1984, veáse ICJ Reports, 1984-1985, pág. 100, y comentarios de ODA, pág. 2.

⁷⁵ *Nicaragua*, par. 61.

⁷⁶ MERRILLS, págs. 210-212.

⁷⁷ Veáse, sin embargo, el comentario de SCHWEBEL, págs. 624-625, en cuanto a que Indonesia se retiró en 1965 de las Naciones Unidas con un aviso anticipado de 24 horas, lo que también tuvo efecto respecto de la Corte Internacional de Justicia.

⁷⁸ *Nicaragua*, par. 63.

⁷⁹ Según citado por WEIL, nota 2 *supra*, págs. 138-139.

⁸⁰ Veáse en general Herbert W. BRIGGS, «*Nicaragua v. United States*, Jurisdiction and Admissibility», Editorial Comment, *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, 373-378; Thomas M. FRANCK, «Icy Day at the ICJ», *Ibid.*, 379-384; Keith HIGHET, «Litigation implications of the United States withdrawal from the Nicaragua case», *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, 992-1005; Richard N. GARDNER, «U. S. termination of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 24, 1986, 421-427; Michael J. GLENNON, «Constitutional issues in terminating U. S. acceptance of compulsory jurisdiction», en DAMROSCH, op. cit., nota 48 *supra*, 447-458.

⁸¹ Gary L. SCOTT and Karen D. CSAJKO, «Compulsory jurisdiction and defiance in the World Court, a Comparison of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 16, 1988, 377-392.

⁸² G. L. SCOTT and C. L. CARR, «The International Court of Justice and compulsory jurisdiction, the case for closing the clause», *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, 57-76. Veáse también en general Niklas Kebbon, «The World Court's Compulsory

Jurisdiction under the Optional Clause-Past, Present and Future», *Nordic Journal of International Law*, vol. 58, 1989, 257-286.

⁸³ W. M. REISMAN, «Has the International Court exceeded its jurisdiction?», *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, 128.

⁸⁴ Anthony D'AMATO, «Modifying U. S. acceptance of the compulsory jurisdiction of the World Court», *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, 385-405.

⁸⁵ Para los textos de las declaraciones hechas en la Corte Interamericana, veáse Héctor GROS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, 1991, 257-265. En lo sucesivo citado como GROS ESPIELL

⁸⁶ Veáse en general Edith BROWN WEISS, «Reciprocity and the optional clause», en DAMROSCH, op. cit., nota 22 *supra*, 82-105.

⁸⁷ WALDOCK, pág. 265.

⁸⁸ ANAND, pág. 180.

⁸⁹ *Nicaragua*, par. 62.

⁹⁰ International Court of Justice, *Interhandel case*, *ICJ Reports*, 1959, pág. 23, citado en *Nicaragua*, pág. 419.

⁹¹ BRIGGS, pág. 276.

⁹² DEBBASCH, pág. 253; Briggs, pág. 276; Kooijmans, págs. 78-79.

⁹³ DEBBASCH, pág. 252.

⁹⁴ Schwebel, págs. 625-627; Oda, págs. 19-21.

⁹⁵ GROS ESPIELL, pág. 175.

⁹⁶ International Court of Justice, *Nottebohm Case*, Preliminary Objection, *ICJ Reports*, 1953, 119-120, y análisis de Brownlie, pág. 715. Veáse también Ibrahim F. I. SHIHATA, *The power of the International Court to determine its own jurisdiction*, 1962.

JUAN BAUTISTA ALBERDI, SUS BASES Y LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1833

por EDUARDO SOTO KLOSS *

SUMARIO: Introducción. 1. La Constitución chilena de 1833. 2. Alberdi y la Constitución de 1833. 3. La Constitución de Chile de 1833 en el Proyecto de Constitución alberdiano de sus *Bases*. 4. Conclusión.

Introducción

Al llegar a la hermosa ciudad de Valparaíso viniendo desde Santiago por la bajada llamada Santos Ossa, y arribar al plano, se encuentra el viajero con la avenida Argentina y a poco andar hacia el mar verá un monumento. Aunque agotado, tal vez, por el viaje no podrá menos que detenerse un instante siquiera para saciar la curiosidad, y advertirá que está dedicado a Juan Bautista Alberdi (1810-1884), que le recibe a la entrada misma de la capital de la actual Quinta Región ¹.

¿Qué ha sucedido para que allí esté ese recuerdo? ¿Qué razones hay para ese homenaje?

Para un argentino pareciera forzoso unir Alberdi y Valparaíso, ya que basta tomar en sus manos sus célebres *Bases* para leer en su Introducción que ellas fueron datadas precisamente en Valparaíso, con fecha 1º de mayo de 1852, hace exactos ciento cincuenta años, fecha que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ha querido recordar señeramente a través de este libro homenaje al cual van dirigidas estas líneas ².

La primera vez que tomé contacto con las *Bases* alberdianas fue en Córdoba, y con la edición Plus Ultra (Buenos Aires, 1981) que la Universidad Católica de Córdoba, a través del decano de su Facultad de Derecho, nos regalara a los académicos chilenos recién designados académicos correspondientes allá en 1987, cuando visitáramos aquella casa de estudios superiores. No es que antes no conociéramos la figura de Alberdi, estudiada ya en los años de colegio al explicársenos los gobiernos de los presidentes Bulnes y Montt (1841-1851, y 1851-1861, respectivamente) cuando en la presidencia del primero llegaron desde Argentina algunos intelectuales jóvenes no conformes con el gobierno de Juan Manuel Rosas que regía los destinos en ese país ³. Así fue como llegaron, entre otros, Alberdi, Sarmiento y Ocampo, que tuvieron lucida figuración, y que en Chile pudieron aquilatar lo que era un país en orden, con un régimen político que ya se asentaba con firmeza, un grupo dirigente en general homogéneo y unido con ideales comunes, y una Constitución que regía y se amoldaba muy certeramente a la realidad existente. Alberdi, espectador lúcido y ya con una formación intelectual nada despreciable para su época, lo tendría muy en cuenta al escribir sus *Bases* y recalcaría su admiración por ella; no en vano la propia Carta argentina de 1853 tomaría más de algún precepto de la Constitución de 1833.

Es a este último punto, Alberdi y la Constitución de 1833, al que dedicamos esta breve exposición.

Cuando llega Alberdi a Chile en 1844, «la República en forma» que ideara el genial Diego Portales y se plasmara en la Constitución de 1833, se encontraba en una situación privilegiada en el concierto americano: estabilidad política, gobierno respetado, progreso en el campo cultural, educativo, desarrollo incipiente ya en lo económico, tranquilidad social, y un grupo dirigente en el que si bien habían dos corrientes contrapuestas (pelucones/conservadores, pipiolos/liberales), sus diferencias no alteraban ni el orden ni las libertades ciudadanas.

Ese es el ambiente que recibe al grupo de argentinos que llega a Chile, y que encuentra una cordial acogida en estas tierras, otorgándoseles trabajo y la correspondiente integración a la sociedad de entonces ⁴.

No es objetivo relatar aquí la vida de Alberdi en nuestra patria ⁵, sino mostrar su percepción del régimen político instaurado en Chile por la Carta de 1833, y la influencia que pudo ejercer ella en su pensamiento al escribir sus celebérrimas *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la ley que preside al desarrollo de la civilización en la América del Sud*, como reza su título en la edición de 1852.

Para ello veremos en un vistazo rápido el origen y el régimen instaurado por la Constitución de 1833 (en adelante CP); luego las menciones que hace Alberdi a esta Carta y su contexto, para, finalmente, consignar qué incidencia tuvo en su pensamiento su experiencia vivida en Chile.

1. La Constitución chilena de 1833

Luego del ensayo liberal de 1828, cuya Constitución, remedo de ideología afrancesada (vía Cádiz 1812), fue de imposible aplicación práctica y llevó a una reacción violenta con el fin de imponer orden y hacer gobernable el país, se impuso por las armas, con la victoria de Lircay (1830), el grupo pelucón/conservador, que llamó de inmediato a una Convención para proceder a la inmediata reforma de aquella Carta de 1828 y asegurar así -según creencias de la época- la estabilidad gubernativa, la tranquilidad ciudadana, el sometimiento de los uniformados a la Constitución y al gobierno legítimo, y promover el desarrollo económico e industrial del país.

Fruto de esa Convención, llamada por la ley del 1/10/1831 a reformar o adicionar la CP de 1828, en que se designara a lo más granado del ambiente político de la época y a connotados juristas (destacándose en este aspecto don Mariano Egaña con la proposición de lo que se llamara el «voto particular», es decir un proyecto de Constitución), resultó la Constitución de 1833 que si bien aparece como reforma de aquélla, da un vuelco total en lo que concierne al régimen de gobierno y permitirá ya en el primer decenio de su aplicación (1833/1843) la estructuración de una «república en forma», estable, de progreso y tranquilidad interna ⁶.

Ahora bien, si quisiéramos resumir en pocas palabras, o aun más, en una sola, la característica de esta Constitución, se dirá que es «realista». Nada más alejado su texto de esas ensoñaciones románticas tan en boga en la América de la época, y en que el ideario liberal, tomado de los revolucionarios franceses, y de los del Cádiz español, parecía a través de textos normativos crear una república ideal, que no se avenía ni mínimamente con la realidad de nuestros territorios, y con las costumbres, usos y tradiciones hispánicas que conformaron el alma nacional de cada uno de sus habitantes.

Ese ideario radicaba en el típico «legalismo» racionalista del iluminismo dieciochesco francés, de creer que es la ley la que regula todo y que basta con leyes para hacer cambiar la realidad y hacer la felicidad de los pueblos, idea por desgracia tan presente aún hoy en nuestra América, y que lleva al desprestigio no sólo de los políticos sino de la ley y del derecho.

La CP de 1833 trató de plasmar en sus preceptos un principio fundamental que era el que se requería en aquel tiempo luego de la ingobernabilidad a que había conducido la CP liberal de 1828 (impracticable en la época), principio que se traduce en lo que fuera el ideario portaliano: «la libertad dentro del orden». Y es muy cierto porque, ¿qué libertad puede haber en la anarquía, en la intranquilidad, en la violencia?

De allí que siguiendo el mismo esquema indiano, Dios, patria, rey, se modificara sólo este último, colocándose «ley», esto es derecho, y así será el imperio del derecho el baluarte de las libertades ciudadanas, derecho al cual están sujetas todas las autoridades no teniendo éstas «ni siquiera a pretexto de circunstancias extraordinarias» más autoridad que aquella que se le haya expresamente conferido por la Constitución y las leyes (art. 160: es lo que hace ya muchos años (1972) he llamado «la regla de oro del derecho público chileno» ⁷).

Asentado ello firmemente para asegurar el orden en el quehacer gubernativo, legislativo y judicial, y establecida la sedición, como delito constitucional para evitar, además, alzamientos inopinados de algún jefe militar, y disponiéndose la nulidad de pleno derecho de todo acto contrario a la Constitución, la CP de 1833 radica «el resorte principal de la máquina» en el

presidente de la República, verdadero continuador del gobernador (del reino de Chile) indiano, y a quien se le provee de todos los medios necesarios para asegurar la tranquilidad pública, y promover el progreso de la industria y el comercio, que tan importante aparecía ya en esa época, de clara raigambre agrícola.

El presidente de la República es el jefe supremo de la Nación y gobierna y administra extendiéndose su autoridad a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad exterior de la República, guardando y haciendo guardar la Constitución y las leyes (art. 81).

Concentra él la suma de las potestades de gobierno y administración, pero no para ejercerlas a su arbitrio o capricho sino *de acuerdo con la Constitución y las leyes*, siendo responsable por las actuaciones en el ejercicio de su función, y pudiendo ser acusado por el Congreso al término de su período (sólo en el año inmediato) si hubiere comprometido gravemente el honor o la seguridad del Estado, o infringido abiertamente la Constitución (art. 83).

La CP de 1833 le ha conferido, asimismo, la calidad de colegislador junto al Congreso Nacional en cuanto concurre a la formación de las leyes, ya en su iniciativa (a través de «mensajes»), en su discusión por medio de sus ministros, en el veto presidencial, y mediante la sanción y promulgación de ellas (art. 82 N° 1); de igual modo, se le ha dado la facultad de prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso, y de convocarlo a sesiones extraordinarias (con acuerdo del Consejo de Estado esto último).

Y siguiendo la tradición hispánica sinodal, se establece un Consejo de Estado que, compuesto por ministros del Despacho, miembros de la Corte Suprema, altos funcionarios o ex funcionarios, y una dignidad eclesiástica, asesora al presidente, que lo preside, en variadas materias, sin perjuicio de atribuírsele facultades jurisdiccionales (v.gr. en materia de contratos de las autoridades gubernativas), y ser la jurisdicción resolutoria de contiendas de competencia entre las autoridades judiciales y administrativas (art. 104).

Siendo Chile un Estado unitario, es el presidente de la República en quien se radica el gobierno y administración interior, en las provincias, a través de los intendentes, «ojos y oídos suyos» y «brazo ejecutor de sus órdenes e instrucciones» (art. 116); respecto de las municipalidades, existentes en las capitales de departamento, si bien se componen de regidores elegidos en votación directa, están sujetas al gobernador del departamento (que es subordinado del intendente) que las preside (art. 127).

No estaría completo el cuadro si no se agregara que la CP de 1833 establecía la atribución presidencial de «declarar en estado de sitio» uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior, por un tiempo determinado, y con acuerdo del Consejo de Estado (art. 81 N° 20 inc. 1°); como, asimismo, y por un tiempo determinado, en caso de conmoción interior si el Congreso no se hallare reunido, pero con acuerdo del citado Consejo, ya que dicha potestad la Constitución la radicaba en el Congreso; de allí que tal declaración de estado de sitio se convirtiera en proposición de ley si subsiste aún el momento de reunirse el Congreso (ídem, inc. 2°). El texto de 1833 disponía (art. 161) que por esa declaración se suspendía el imperio de la Constitución en el territorio declarado como tal, prohibiéndose al presidente de la República «condenar por sí, ni aplicar penas», no pudiendo éste adoptar medidas que excedan «de un arresto o traslación a cualquier punto de la República»⁸.

El Congreso, por su parte, además de legislar -junto con el presidente como colegislador- asumía una función fiscalizadora, tanto respecto de los ministros del despacho a quienes podía acusar, y perseguir así su responsabilidad política destituyéndolos, como en cuanto a la aprobación o reprobación de la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debía cada año presentarle el gobierno (art. 36 N° 1) y a la fijación anualmente de los gastos de esa administración (art. 37 N° 2), como también la fijación cada dieciocho meses de las fuerzas de mar y tierra que han de mantenerse en pie, y de las contribuciones correspondientes (art. 37 N° 3). En receso del Congreso tocaba a la «Comisión Conservadora» velar por la observancia de la Constitución y las leyes y dirigir al Presidente de la República «las representaciones a este efecto» (art. 58 N°s 1 y 2)⁹.

Es este «eje de la máquina» republicana, el mecanismo central del régimen portaliano, plasmado por Mariano Egaña en la CP de 1833 que, además, extendía su influencia en la composición del Congreso, y también velaba por la pronta y cumplida administración de justicia

y sobre la conducta ministerial de los jueces, a quienes nombraba, si bien sobre la presentación que el Consejo de Estado le hace de los nombres más idóneos, previa propuesta del tribunal que la ley señale (art. 104 N° 2). Con todo, debe señalarse que la CP de 1833 era tajante en prohibir de manera expresa al presidente de la República (y al Congreso), «en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos» (art. 108), precepto que se insertaba en nuestra tradición puesto que la primera Constitución del Chile republicano (1818) la preveía expresamente (Título IV, Cap. II art. 1°) ¹⁰.

Resumiendo, la Constitución de 1833 vino a poner coto al caos reinante y a establecer un gobierno fuerte como medio necesario para salir de aquel desorden y guiar a la República por una senda de progreso especialmente material, con una acusada reciedumbre moral de quienes asumieran la tarea de gobernar ¹¹.

«Autoridad, orden, disciplina, rigor en la sanción son términos que tienen visos de conocidos. Corresponden, en efecto a lo más íntimo del sistema del Chile monárquico anterior a la independencia» ¹². Ello hizo posible restablecer la austeridad, la disciplina, la responsabilidad, los hábitos de trabajo y la jerarquía, elementos indispensables para un gobierno estable y emprendedor, que unificara el esfuerzo de todos y lograra ordenar las finanzas de la República, bien escuálidas por aquel tiempo, e impulsar la actividad económica de los gobernados, muy deteriorada por el desorden político reinante hasta 1830 ¹³.

Eso fue lo que se logró plasmar fecundamente en la CP de 1833, y permitió una estabilidad de gobierno ejemplar en el siglo XIX en la América hispana, azotada por una anarquía y luchas de partidos o facciones que ciertamente impidieron su desarrollo y progreso ¹⁴.

2. Alberdi y la Constitución de 1833

Aparece el nombre de Alberdi en Chile ya en 1842, como colaborador en la *Revista de Valparaíso*, cuyo primer número es de febrero de ese año, publicación editada por Vicente Fidel López y con la colaboración de varios emigrados, especialmente argentinos, algunos de ellos muy jóvenes y otros menos, quienes habían dejado su patria; unos, dada la situación de anarquía, otros por su automarginación de la vida política contraria a sus ideas, otros, en fin, para salvar la vida de represalias de los gobernantes respectivos. En el caso de Alberdi se trata de un exilio voluntario que había iniciado años antes en Uruguay, luego en Europa y que continuaría después en Chile para luego, en tiempos de Mitre en 1861 ¹⁵, partir a París y terminar allí sus días (1884).

Cuando en 1852 da Alberdi a conocer sus *Bases* (con dos ediciones en Valparaíso, según él mismo dice), llevaba ya cerca de una década en Chile, con una intensa actividad periodística ¹⁶, de abogado, de publicista, de amigo de gobernantes y políticos chilenos y con varios libros ya editados por las prensas chilenas ¹⁷.

Conocía ya de años la Constitución de 1833, y no sólo por haberla estudiado, aplicado en su ejercicio intenso como abogado, y abogado de prestigio ¹⁸, sino muy en especial, en su aplicación práctica en la vida política, y en la conversación con los políticos de su época. Por ello, al concebir un proyecto de organización política de su Argentina natal tiene muy en cuenta el ejemplo de Chile como régimen de gobierno y alaba a éste, sin ambages, en este aspecto ¹⁹.

Cierto es que la finalidad de su *Bases*, repetida varias veces a través de sus 35 capítulos ²⁰, es alcanzar el progreso económico de su país, en la industria y en el comercio, haciendo continua alabanza de lo inglés y norteamericano, llegando incluso a pretender como ideal ser, en ese aspecto emprendedor, verdaderos «yankees hispanoamericanos» (Cap. 13, pág. 77) ²¹.

Pero para alcanzar ese progreso material que tanto ocupaba el pensamiento de Alberdi admirando a los pueblos de origen angloamericano, era necesario un gobierno que diera estabilidad política, tranquilidad para trabajar y emprender con provecho, respeto de los derechos y libertades de los individuos, y asegurar el orden interno y la paz pública.

Es en este aspecto en donde Alberdi alaba claramente la Constitución de 1833, y en el Capítulo XXV cuando habla sobre el «papel y misión del poder ejecutivo en la América del Sur» coloca a Chile como un ejemplo. Este capítulo me parece de una lucidez y realismo extraordinarios y recuerda punto por punto las ideas de Portales, aplicadas por él cuando ministro (1830-31), plasmadas en la Constitución portaliana (1833) y reiteradas en 1835-1837 cuando vuelva a ser ministro. Alberdi no conoció a Portales, asesinado en junio de 1837, pero sí

conoció a Mariano Egaña, que intervino activamente en la Gran Convención de 1831-1833, y cuyas ideas fueron recogidas en dicha Carta, ideas que no eran otras que la de un gobierno fuerte (y centralizador, en Chile, que es unitario), radicado en el presidente de la República -gobernador indiano pero republicano-, verdadero eje o «resorte principal» de la máquina estatal²².

El ejemplo indiano -al igual que a Portales y a Egaña- lleva a Alberdi 15 a 20 años después de estos próceres chilenos de la República naciente, a meditar sobre su eficacia. Recuerda, al efecto, el art. 2º de la Ordenanza de Intendentes para el Virreinato de Buenos Aires (de 1782), cuyo precepto «Ha de continuar el virrey de Buenos Aires con todo el lleno de la superior autoridad y omnímodas facultades que le conceden mi real título e instrucción, y las leyes de las Indias», le hace decir que «*Tal era el rigor del poder ejecutivo en nuestro país, antes del establecimiento del gobierno independiente*» (págs. 179-180), no para restablecerlo, ciertamente, pero para «*poner alguna atención en el modo como se había organizado aquél para llevar a efecto su mandato*» (pág. 180)²³.

Afirma Alberdi, en este sentido, que «*el poder ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para que es instituido. De otro modo, habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y no existiendo gobierno, no podrá haber ni orden ni libertad, ni Confederación Argentina*» (pág. 180).

Y agrega, «*Chile empleó una constitución en vez de la voluntad discrecional de un hombre; y por era constitución dio al poder ejecutivo los medios de hacerla respetar con la eficacia de que es capaz la dictadura misma*». «*Chile ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano*» (pág. 181)²⁴.

Y en este mismo punto, Alberdi es reiterativo: «*Yo no vacilaría en asegurar que de la constitución del poder ejecutivo, especialmente, depende la suerte de los Estados de la América del Sur*». «*Dad al poder ejecutivo el poder posible, pero dádselo por medio de una constitución*» (pág. 182).

Las palabras alberdianas son de antología por lo certeras. «*Las garantías individuales... se convertirán en palabras vanas, en mentiras relumbrosas, si no se hacen efectivas por medio de las garantías públicas. La primera de éstas es el gobierno, el poder ejecutivo revestido de la fuerza capaz de hacer efectivos el orden constitucional y la paz, sin los cuales son imposibles la libertad, las instituciones, la riqueza, el progreso. La paz es la necesidad que domina todas las necesidades públicas de la América del Sur*» (pág. 183). «*Pero no lo olvidéis: la paz viene por el camino de la ley. La Constitución es el medio más poderoso de pacificación y de orden*» (pág. 184).

Y él, que decía en sus últimos años, que todas sus lecturas y estudios no le sirvieron «*sino para enseñarme a leer en el libro original de la vida real, que es el que más he hojeado*»²⁵, con una sagacidad notable, escribía que «*No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias*» (Cap. XXXIII, pág. 247).

Y añade: «*Ese deber de política fundamental es de trascendencia decisiva para la vida de la Constitución*» (idem pág. 251). Tan importante es esto que Alberdi volverá dos años después sobre el tema desarrollando ampliamente los «*Escollos y peligros a que están expuestas las libertades productoras de la producción*», en el Capítulo III, arts. I y III de la Primera Parte de su célebre *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853* (Imprenta del Mercurio, Valparaíso, 1854, 40-133), en donde describe la forma como las garantías de propiedad, seguridad personal y libertades de trabajo, de industria, y derechos económicos, pueden ser vulnerados por las leyes o medidas administrativas. Páginas actualísimas a siglo y medio de distancia²⁶.

Que se me perdone el entusiasmo al transcribir estas páginas luminosas del prócer tucumano; y es debido a que resuenan en esas ideas lo mejor del ideario portaliano, que hizo de Chile una república en forma mucho antes que sus hermanas salidas de la matriz hispánica²⁷.

Con cuánta razón exclama Alberdi: «*Chile debe la paz a su Constitución, y no hay paz duradera en el mundo que no repose en un pacto expreso, conciliatorio de los intereses públicos y privados*» (pág. 184). Y «*esa paz, añade, de diez y ocho años continuos en medio de*

las tempestades extrañas, que le ha hecho honor de la América del Sur, no viene de la forma del suelo, ni de la índole de los chilenos, como se ha dicho, viene de su Constitución». Ella «ha dado el orden y la paz, no por acaso, sino porque fue ése su propósito, como lo dice su preámbulo»²⁸. Lo ha dado por medio de un poder ejecutivo vigoroso, es decir, de un poderoso guardián del orden, misión esencial del poder, cuando es realmente un poder y no un nombre. Este rasgo constituye la originalidad de la Constitución de Chile, que a mi ver, es tan original a su modo como la de los Estados Unidos. Por él se llegó a su base histórica el poder en Chile, y recibió de la tradición el vigor de que disfruta. Chile supo innovar en esto con un tacto de Estado, que no han conocido las otras Repúblicas» (pág. 184)²⁹. Lo que Alberdi llama «innovación» no es sino tomar lo mejor de lo antiguo, y de la tradición, que los románticos afrancesados parecían desconocer enteramente en su odiosidad iconoclasta frente al pasado hispánico. Una vez más resulta tan certero aquello de que «lo que no es tradición es plagio» (E. D'Ors)³⁰.

Ese poder ejecutivo fuerte, radicado en un presidente de la República «forma la originalidad y excelencia de la Constitución vigente de Chile, ilustrada por veinte años de paz, debidos a sus arts. 82 (incs. 1º y 20 especialmente) y 161³¹, «hablo así de su Constitución por la necesidad que tengo de proponer a mi país en el acto de constituirse», «lo que la experiencia ha enseñado como digno de imitación en el terreno del derecho constitucional sudamericano» (pág. 185)³².

Fue así como Alberdi al acompañar sus *Bases* con un «Proyecto de Constitución concebido según las bases desarrolladas en este libro» (Cap. XXXVII, págs. 285-305), concreta en precisas disposiciones sus ideas referentes a erigir un Ejecutivo fuerte que permitiera la estabilidad del gobierno, el orden ciudadano y el progreso material a través de la sujeción a la Constitución de todos los poderes o funciones del Estado.

3. La Constitución de Chile de 1833 en el Proyecto de Constitución alberdiano de sus Bases

No hay idea más insensata que pretender originalidad en todo lo que se diga o se escriba; como recordaba Bernard de Chartres, «somos como enanos sentados en los hombros de gigantes» y si vemos más que quienes nos preceden en el tiempo no es que nuestra vista sea más penetrante que la de ellos sino «porque ellos nos han ayudado a elevarnos y nos alzan con toda su gigantesca estatura»³³.

De allí que el *Proyecto* de Alberdi contenga variadas normas que estaban en la Constitución chilena de 1833 y que él estimó muy conveniente recoger dada su pertinencia, aunque no se haya referido expresamente a esa recepción, como hizo con algunas y así lo señaló en nota³⁴.

1. Su Capítulo II referido a los derechos de los individuos (libertad de trabajo e industria, igualdad, propiedad, seguridad) lo denomina «Derecho público argentino», al igual que el Capítulo V de la CP de 1833, denominación que en ésta es nueva si se revisan las constituciones precedentes (1818, 1822 y 1828).

- La inviolabilidad de la propiedad está concebida en términos semejantes, si bien Alberdi especifica casos aquí que en la CP de 1833 están desperdigados en otros artículos del Cap. X (arts. 148-152).

- El art. 19 alberdiano reúne bajo el término «seguridad» lo que la CP de 1833 desarrolla en su Capítulo X como «De las garantías de la seguridad y propiedad» (arts. 132-152). Su inc. 1º es idéntico al art. 133; su inc. 2º acerca de la prohibición de las llamadas «comisiones especiales» es idéntico al art. 134, originalidad que venía de la CP de 1822 (art. 199). Su inc. 3º es resumen del art. 144. Su inc. 4º recoge el art. 135. Su inc. 5º resume en una frase el art. 143 mucho más detallado. Su inc. 6º es el art. 142. Su inc. 7º repite el art. 145 y lo detalla. Su inc. 8º resume en una frase el art. 146 idéntico, y su inc. 9º y final recoge el art. 147, detallando la inviolabilidad de los libros de comercio.

2. El Capítulo IV del Proyecto alberdiano sobre «Garantías públicas de orden y de progreso» (arts. 24-39) contiene varios preceptos análogos o semejantes a la CP de 1833.

El art. 25 recoge con otros términos el art. 157 de la CP de 1833, que establecía que la fuerza pública («fuerza armada» en dicho proyecto) es esencialmente obediente, y «ningún cuerpo armado puede deliberar», que Alberdi receipta idéntico.

El art. 26 que establece la «sedición» no es sino el art. 159 de la CP de 1833 casi textual.

El art. 27 no es sino abreviado el famoso art. 160 de la CP de 1833 con expresiones agregadas del art. 158 («es nula de derecho y no puede producir efecto alguno») que Alberdi cambia por «es nula de derecho y carece de eficacia».

El art. 28 es copia del art. 161 de la CP de 1833, como lo reconoce expresamente el propio Alberdi en nota, agregando que ya se encontraba en la «constitución unitaria»³⁵.

3. De la Segunda Parte, Sección Primera del Proyecto, «Autoridades generales» y de su Capítulo Primero «Del poder legislativo», al regular las atribuciones del Congreso (arts. 67-71), ordena las atribuciones por «ramos» (a la usanza indiana), y en sus disposiciones hay recepciones textuales de la CP de 1833, como las del art. 67 N° 2 con la del art. 37 de la CP de 1833 N° 10 y su N° 7 con la del 36 N° 6; las del art. 69 N° 1 y 2 con la del art. 36 N° 1 CP de 1833, y N° 7 con la del art. 37 N° 6 de la CP de 1833; y las del art. 70 N° 2, 3 y 4 con las de los arts. 37 N° 3, 36 N° 2, y 37 N° 7 y 9 de la CP de 1833 respectivamente.

De su Capítulo II «Del poder ejecutivo» (arts. 77 a 86), llaman la atención por su identidad y semejanza con normas de la CP de 1833, ya su art. 77 inicial y su art. 85 N° 1, que recuerdan intensamente al art. 59 chileno que los resume. Pero es el art. 85 del Proyecto alberdiano, sobre las atribuciones del Presidente de la Confederación, en donde se encuentran claras recepciones, como v. gr. N° 2 (art. 82 CP de 1833 N° 2), N° 4 (82 N° 1), N° 7 (82 N° 15), N° 8 (82 N° 11), N° 9 (82 N° 8), N° 18 (82 N° 16 y 17), N° 21 (82 N° 18), N° 22 (82 N° 20).

Respecto de los ministros de Estado, idéntico es el art. 89 alberdiano con el art. 87 de la CP de 1833, y muy semejante el art. 88 con el art. 86 de la CP de 1833.

De su Capítulo III «Del poder judicial» (arts. 93 a 98, su primer artículo (93) recoge en su frase segunda, la frase segunda del art. 108 de la CP de 1833 que prohíbe tajantemente al presidente erigirse en juez («en ningún caso»)³⁶.

4. Conclusión

Muchas de las disposiciones que hemos indicado del Proyecto de Alberdi pasaron a la Constitución de 1853, e incluso hoy son preceptos vigentes, así como muchos de los preceptos de la CP de 1833, que sirvieron de inspiración al prócer tucumano, son hoy también disposiciones vigentes en la Constitución chilena de 1980.

Y es que la buena tradición es siempre signo de estabilidad y de progreso, y antídoto contra la utopía y las ideologías. No hay que olvidar que *el buen derecho nace viejo*, esto es, fruto de las mejores prácticas, usos y costumbres propias de un pueblo.

Tener la lucidez de advertirlo es signo del genio, como lo tuvieron en Chile Portales y los que recogieron su herencia, y como lo tuvo Alberdi, artífice de la Constitución argentina, aquel joven tucumano, llegado de 33 años a Chile, en cuya estadía dejó un recuerdo de hombre de bien, prestigioso abogado y defensor de nota, fino y prolífico escritor, de gran prudencia y tacto, y de un señorío que lo hizo distinguirse notoriamente dentro del grupo de argentinos avocados en el Chile de la República naciente.

¿No será necesario hoy un «volver a Alberdi» y a los principios que él preconizaba para hacer producir ese feraz suelo argentino y obtener la riqueza que sólo el trabajo honesto y el ahorro depara? ³⁷ ¿No son aún tan actuales sus palabras postreras de «*La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual*» (1880)? ¿O aquellas de qué alicientes para trabajar en la adquisición de bienes va a existir si se ha de estar a la merced de los pícaros? ³⁸

Que estas líneas sean homenaje al Alberdi constitucionalista egregio.

Anexos **

Anexo 1. Disposiciones de la Constitución de Chile 1833 y Proyecto de Alberdi que presentan semejanzas

I. CP 1853 Primera Parte, Capítulo II «Derecho público argentino» (arts. 16 a 20) *
CP 1833 Capítulo V «Derecho público de Chile» (art. 12 con siete numerales)

II. Inviolabilidad de las propiedades

CP 1853, art. 18: La propiedad es inviolable. Nadie puede ser privado de ella sino en virtud de una ley o de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de pública utilidad debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone contribuciones. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de la ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o descubrimiento. La confiscación y el decomiso de bienes son abolidos para siempre. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios. Ningún particular puede ser obligado a dar alojamiento en su casa a un militar.

CP 1833, art. 12 N° 5: La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: N° 5. La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, i sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombre buenos.

Art. 148: Solo el Congreso puede imponer contribuciones directas o indirectas, i sin su especial autorizacion es prohibido a toda autoridad del Estado i a todo individuo imponerlas, aunque sea bajo pretesto precario, voluntario, o de cualquiera otra clase.

Art. 149: No puede exigirse ninguna especie de servicio personal, o de contribucion, sino en virtud de un decreto de autoridad competente, deducido de la lei que autoriza aquella exaccion, i manifestándose el decreto al contribuyente en el acto de imponerle el gravámen.

Art. 150: Ningun cuerpo armado puede hacer requisiciones , ni exigir clase alguna de auxilios, sino por medio de las autoridades civiles, i con decreto de éstas.

Art. 152: Todo autor o inventor tendrá la propiedad esclusiva de su descubrimiento, o producción, por el tiempo que le concediere la lei; i si ésta exijiere su publicacion, se dará al inventor la indemnizacion competente.

III. Seguridad

CP 1853, art. 19 inc. 1° : Nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

CP 1833, art. 133 : Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, i en virtud de una lei promulgada ántes del hecho sobre que recae el juicio.

CP 1853, art. 19 inc. 2° : Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, ni sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

CP 1833, art. 134 : Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la lei, i que se halle establecido con anterioridad por ésta.

CP 1853, art. 19 inc. 3°: Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

CP 1833, art. 144 : En las causas criminales no se podrá obligar al reo a que declare bajo juramento sobre hecho propio, así como tampoco a sus descendientes, marido o mujer, i parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, i segundo de afinidad inclusive.

CP 1853, art. 19 inc. 4° : No es eficaz la orden de arresto que no emane de autoridad revestida del poder de arrestar y se apoye en una ley.

CP 1833, art. 135 : Para que una orden de arresto pueda ejecutarse, se requiere que emane de una autoridad que tenga facultad de arrestar, i que se intime al arrestado al tiempo de la aprension.

CP 1853, art. 19 inc. 5° : El derecho de defensa judicial es inviolable

CP 1833, art. 143 : Todo individuo que se hallase preso o detenido ilegalmente por haberse faltado a lo dispuesto en los artículos 135, 137, 138 i 139, podrá ocurrir por sí, o cualquiera a su nombre, a la majistratura que señale la lei, reclamando que se guarden las formas legales. Esta majistratura decretará que el reo sea traído a su presencia, i su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detencion. Instruida de los antecedentes, hará que se reparen los defectos legales, i pondrá al reo a disposicion del juez competente, procediendo en todo, breve i sumariamente, corrigiendo por sí, o dando cuenta a quien corresponda corregir los abusos.

CP 1853, art. 19 inc. 6° : Afianzado el resultado civil de un pleito, no puede ser preso el que no es responsable de pena afflictiva.

CP 1833, art. 142 : Afianzada suficientemente la persona o el saneamiento de la accion, en la forma que segun la naturaleza de los casos determine la lei, no debe ser preso, ni embargado, el que no es responsable a pena afflictiva o infamante.

CP 1853, art. 19 inc. 7° : El tormento y los castigos horribles quedan abolidos para siempre y en todas circunstancias. Quedan prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego. Las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruidas. La infamia del condenado no pasa a su familia.

CP 1833, art. 145 : No podrá aplicarse tormento, ni imponerse en caso alguno la pena de confiscacion de bienes, Ninguna pena infamante pasará jamas de la persona del condenado.

CP 1853, art. 19 inc. 8° : La casa de todo hombre es inviolable.

CP 1833, art. 146 : La casa de toda persona que habite el territorio chileno es un asilo inviolable, i solo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la lei, i en virtud de orden de autoridad competente.

CP 1853, art. 19 inc. 9° : Son inviolables la correspondencia epistolar, el secreto de los papeles privados y los libros de comercio.

CP 1833, art. 147 : La correspondencia epistolar es inviolable. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos, sino en los casos espresamente señalados por la ley.

IV. Garantías públicas de orden y progreso

CP 1853, art. 25 : La fuerza armada no puede deliberar; su papel es completamente pasivo.

CP 1833, art. 157 : La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningun cuerpo armado puede deliberar.

CP 1853, art. 26 : Toda persona o reunión de personas que asuma el título o representación del pueblo, se arroge sus derechos o peticiones a su nombre, comete sedición.

CP 1833, art. 159 : Ninguna persona o reunión de personas puede tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos, ni hacer peticiones a su nombre. La infraccion de este artículo es sedicion.

CP 1853, art. 27 : Toda autoridad usurpada es ineficaz; sus actos son nulos. Toda decisión acordada por requisición directa o indirecta de un ejército o de una reunión de pueblo, es nula de derecho y carece de eficacia.

CP 1833, art. 158 : Toda resolucion que acordare el Presidente de la República, el Senado o la Camara de Diputados a presencia o requisicion de un ejército, de un jeneral al frente de fuerza armada, o de alguna reunion de pueblo, que, ya sea con armas o sin ellas desobedeciere a las autoridades, es nula de derecho, i no puede producir efecto alguno.

CP 1853, art. 28 : Declarado en estado de sitio un lugar de la Confederación, queda suspenso el imperio de la Constitución dentro de su recinto. La autoridad en tales casos ni juzga, ni condena, ni aplica castigos por sí misma, y la suspensión de la seguridad personal ni le da más poder que el de arrestar o trasladar las personas a otro punto dentro de la Confederación, cuando ellas no prefieran salir fuera.

CP 1833, art. 161 : Declarado algun punto de la República en estado de sitio, se suspende el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaracion; pero durante esta suspension, i en el caso en que usare el Presidente de la República de facultades extraordinarias especiales, concedidas por el Congreso, no podrá la autoridad pública condenar por sí, ni aplicar penas. Las medidas que tomare en estos casos contra las personas, no pueden exceder de un arresto o traslacion a cualquier punto de la República.

V. Segunda Parte, Sección Primera, «Autoridades generales»

Capítulo Primero «Del poder legislativo»

CP 1853, art. 67 N° 2: Corresponde al Congreso, en el ramo de lo interior: 2° Crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, conceder amnistías generales.

CP 1833, art. 37 N° 10: Solo en virtud de una lei se puede: 10. Crear o suprimir empleos públicos; determinar o modificar sus atribuciones; aumentar o disminuir sus dotaciones; dar pensiones, i decretar honores públicos a los grandes servicios.

CP 1853, art. 67 N° 7: Corresponde al Congreso, en el ramo de lo interior: 7° Dar facultades especiales al Poder Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley, en los casos exigidos por la Constitución.

CP 1833, art. 36 N° 6: Son atribuciones exclusivas del Congreso: 6. Autorizar al Presidente de la República para que use de facultades extraordinarias, debiendo siempre señalarse espresamente las facultades que se le conceden, i fijar un tiempo determinado a la duracion de esta lei.

CP 1853, art. 69 Nros 1 y 2: En el ramo de rentas y de haciendas el Congreso: 1° Aprueba y desecha la cuenta de gastos de la administración de la Confederación; 2° Fija anualmente el presupuesto de esos gastos.

CP 1833, art. 36 N° 1: Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1. Aprobar o reprobado anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el Gobierno.

CP 1853, art. 69 N° 7: En el ramo de rentas y de haciendas el Congreso: 7° Fija la base de las pesas y medidas para toda la Confederación.

CP 1833, art. 37 N° 6: Son atribuciones exclusivas del Congreso: 6. Fijar el peso, lei, valor, tipo i denominacion de las monedas; i arreglar el sistema de pesas i medidas.

CP 1853, art. 70 Nros 2, 3 y 4: Son atribuciones del Congreso en el ramo de guerra: 2° Fijar cada año el número de fuerzas de mar y tierra que han de mantenerse en pie. 3° Aprobar o desechar la declaración de guerra que hiciese el Poder Ejecutivo. 4° Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Confederación y la salida de las tropas nacionales fuera de él.

CP 1833, art. 37 N° 3, 36 N° 2 y 37 Nros 7 y 9: Solo en virtud de una lei se puede: 3. Fijar igualmente en cada año las fuerzas de mar i tierra que han de mantenerse en pié en tiempo de paz o de guerra (art. 37 N° 3). Son atribuciones exclusivas del Congreso: 2. Aprobar o reprobado la declaracion de guerra, a propuesta del Presidente de la República (art. 36 N° 2). Solo en virtud de una lei se puede: 7. Permitir la introduccion de tropas extranjeras en el territorio de la República, determinando el tiempo de su permanencia en él. 9. Permitir la salida de tropas nacionales fuera de la República, señalando el tiempo de su regreso (art. 37 Nros. 7 y 9).

Capítulo II «Del poder ejecutivo»

CP 1853, art. 77: Un ciudadano con el título de Presidente de la Confederación Argentina desempeña el Poder Ejecutivo del Estado.

Art. 85 N° 1: El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: 1ª Es el jefe supremo de la Confederación y tiene a su cargo la administración y gobierno general del país.

CP 1833, art. 59: Un ciudadano con el título de Presidente de la República de Chile administra el Estado, i es el Jefe Supremo de la Nacion.

CP 1853, art. 85 N° 2: El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: 2ª Expide los reglamentos e instrucciones que son necesarias para la ejecución de las leyes generales de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu por excepciones reglamentarias.

CP 1833, art. 82 N° 2: Son atribuciones especiales del Presidente: 2. Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la ejecucion de las leyes.

CP 1853, art. 85 N° 4: El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: 4ª Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las sanciona y promulga.

CP 1833, art. 82 N° 1: Son atribuciones especiales del Presidente: 1. Concurrir a la formacion de las leyes con arreglo a la Constitucion; sancionarlas i promulgarlas.

CP 1853, art. 85 N° 7: El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: 7ª Concede indultos particulares, en la misma forma [con acuerdo del Senado].

CP 1833, art. 82 N° 15: Son atribuciones especiales del Presidente: 15. Conceder indultos particulares con acuerdo del Consejo de Estado. Los Ministros, Consejeros de Estado, miembros de la Comisión Conservadora, Jenerales en jefe, e Intendentes de Provincia, acusados por la Cámara de Diputados, i juzgados por el Senado, no pueden ser indultados sino por el Congreso.

CP 1853, art. 85 N° 8: El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: 8ª Concede jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos, conforme a las leyes generales de la Confederación.

CP 1833, art. 82 N° 11: Son atribuciones especiales del Presidente: 11. Conceder jubilaciones, retiros, licencias i goce de montepío con arreglo a las leyes.

CP 1853, art. 85 N° 9: El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: 9ª Presenta para los arzobispados, obispados, dignidades y prebendas de las iglesias y catedrales, a propuesta en terna del Senado.

CP 1833, art. 82 N° 8: Son atribuciones especiales del Presidente: 8. Presentar para los Arzobispados, Obispados, Dignidades i prebendas de las Iglesias catedrales, a propuesta en terna del Consejo de Estado.- La persona en quien recayere la eleccion del Presidente para Arzobispo u Obispo, debe ademas obtener la aprobacion del Senado.

CP 1853, art. 85 N° 18: El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: 18. Es comandante en jefe de las fuerzas de mar y tierra de la Confederación.

CP 1833, art. 82 N°s 16 y 17: Son atribuciones especiales del Presidente: 16. Disponer de la fuerza de mar i tierra, organizarla i distribuirla, segun lo hallare por conveniente. 17. Mandar personalmente las fuerzas de mar i tierra, con acuerdo del Senado, i en su receso con el de la Comisión Conservadora. En este caso, el Presidente de la República podrá residir en cualquiera parte del territorio ocupado por las armas chilenas.

CP 1853, art. 85 N° 21: El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: 21. Declara la guerra con aprobación del Congreso, concede patentes de corso y cartas de represalia.

CP 1833, art. 82 N° 18: Son atribuciones especiales del Presidente: 18. Declarar la guerra con previa aprobacion del Congreso, i conceder patentes de corso i letras de represalia.

CP 1853, art. 85 N° 22: El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: 22. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Confederación en caso de ataque exterior, por un término limitado y con acuerdo del Senado de las provincias.

CP 1833, art. 82 N° 20: Son atribuciones especiales del Presidente: 20. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior, con acuerdo del Consejo de Estado, i por un terminado tiempo (inciso 1°).

CP 1853, art. 89: El ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas.

CP 1833, art. 87: Cada Ministro es responsable personalmente de los actos que firmare, e in sólido de los que suscribiere o acordare con los otros Ministros.

CP 1853, art. 88: El ministro refrenda y legaliza los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia; pero no ejerce autoridad por sí solo.

CP 1833, art. 86: Todas las órdenes del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro del departamento respectivo; i no podrán ser obedecidas sin este esencial requisito.

Capítulo III «Del poder judicial»

CP 1853, art. 93: El Poder judicial de la Confederación es ejercido por una Corte Suprema y por tribunales inferiores creados por la ley de la Confederación. En ningún caso el presidente de la República puede ejercer funciones judiciales, avocarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

CP 1833, art. 108: La facultad de juzgar las causas civiles i criminales pertenece esclusivamente a los tribunales establecidos por la lei. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos.

Anexo 2. Obras jurídicas publicadas por Alberdi en Chile (1844-1853)

1. *Memoria sobre la conveniencia y objeto de un Congreso General Americano*, Santiago de Chile, Imprenta El Siglo, 1844 (46 págs.).
2. *De la Magistratura y sus atribuciones en Chile*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1846 (102 págs.).
3. *Legislación de la prensa en Chile*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1846 (63 pp. + apéndice de págs. 26).
4. *Manual de ejecuciones y quiebras*, Valparaíso, Imprenta Europea, 1848 (será reeditado en 1856).
5. *Índice alfabético del Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del gobierno de Chile*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1848.
6. *Carta sobre los estudios convenientes para formar un abogado con arreglo a las necesidades de la sociedad actual en Sudamérica*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1850 (14 págs.).
7. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la lei que preside al desarrollo de la civilización en la América del Sud*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1852 (183 págs., edición sin el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina).
8. *Elementos de derecho público provincial para la República Argentina*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1853 (175 págs.).
9. *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Valparaíso, Imprenta y Librería del Mercurio, 1854 (475 págs. + apéndice págs. 459-499).

Notas:

* Académico correspondiente en Chile.

¹ Se dice que Alberdi vivió en una casa en donde actualmente está el Seminario San Rafael (vid. L. SÁEZ GODDY, *Valparaíso. Lugares, nombres y personajes. Siglos XVI-XXI*, Edición de Universidades de Playa Ancha/Valparaíso, y de Santiago de Chile, 2001; vid. reseña en *El Mercurio/Santiago de Chile*, domingo 23/12/2001. E-6, columna 2).

² Su *Introducción* fue fechada por Alberdi, «Valparaíso, 1º de mayo de 1852». En el Cap. 35 Alberdi habla de dos ediciones en 1852 (269). El que Alberdi fechara las *Bases* un 1/5/1852 me da la impresión -aunque no lo dice expresamente, salvo error en que yo pudiere haber incurrido- que ha sido para fijar esa fecha en recuerdo de aquel 1/5/1852 en que el general Urquiza, ya depuesto Rosas del Gobierno de Buenos Aires, y habiendo designado un febrero de ese año a Vicente López y Planes como gobernador provincial, la legislatura le confirma ese primero de mayo. Premonitoriamente, el 1º de mayo del año siguiente, 1853, se sanciona la Constitución de la Confederación Argentina, luego de la Nación y aún vigente, con numerosas reformas.

He tenido en mis manos un ejemplar de esa primera edición (Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica de Chile/Campus San Joaquín, de Santiago de Chile), editada por Imprenta del Mercurio, Valparaíso, Calle de la Aduana N^{ros} 22 y 24/Santos Tornero i Ca. editores, 183 páginas, edición que no contiene un proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, como le agregaría en edición posterior. En el Capítulo XXXV de las *Bases* (pág. 269), Alberdi habla de dos ediciones hechas en Valparaíso ese año de 1852; no he encontrado esa «segunda edición» como tal; pudiera ser que sea una segunda «tirada» de aquella y a lo mejor en esa «segunda» (edición o tirada) se acompaña como capítulos XXXVI y XXXVII, ese Proyecto. Ha de ser esa segunda edición (o tirada) la que le enviaría Alberdi al general Urquiza con carta de 30/5/1852 desde Valparaíso y que se tendría en cuenta para la aprobación de la Constitución de 1853 (vid. Carlos PEREYRA, *El pensamiento político de Alberdi*, Madrid, Editorial América, 1919, 191); el mismo Urquiza le respondería agradeciéndole el envío (22/7/1852) diciéndole que su libro «no podía haber sido escrito y publicado en mejor oportunidad» (PEREYRA cit., 192). El que fuera editada en *Valparaíso* no debe extrañar puesto que dicha ciudad -principal puerto del país y en gran expansión por ser el puerto del océano Pacífico- era la sede editorial de Chile, gracias a la labor de dos españoles que promovieron la industria gráfica de modo notable como fueron Manuel Rivadeneira y Santos Tornero. Cabe recordar que Alberdi, que ejerció activamente el periodismo, en «El Mercurio» y también «El Comercio», de Valparaíso (vid. v.gr. Gustavo SARRÍA, *Alberdi en Chile y la revolución francesa de 1848*, Córdoba, La Ley, 1994), publicó en las prensas chilenas muchas obras, además de sus *Bases* (entre varias otras, *Legislación de la prensa en Chile*, *Biografía del General Bulnes*, *Sobre la conveniencia de un Congreso General Americano*, *La República Argentina*. Treinta y

siete años después de la revolución de mayo, y Veinte días en Génova; vid. listado en Anexo). También a Sarmiento se le publicó en Chile su conocido *Facundo*, y a Mitre su novela *Soledad*; no se olvide que emigraron a Chile desde Argentina, Félix Frías, D. Rodríguez Peña, Juan María Gutiérrez, Vicente Fidel López, y varios otros que tuvieron una importante figuración política en su patria.

³ Se hacía realidad en este acogimiento de opositores políticos de repúblicas vecinas (Argentina y Bolivia) lo que la Canción Nacional de Chile, conserva hasta hoy como coro, sus hermosos últimos versos «Que o la tumba será de los libres, o el asilo contra la opresión».

⁴ Alberdi, que había nacido el 29/8/1810 en Tucumán, de padre vizcaíno y madre argentina, llega a Chile de 33 años, y a pocos meses de su llegada a Chile y para ayudarlo en su subsistencia, el gobierno del presidente Bulnes (casado con Enriqueta Garmendia, nacida en Tucumán y de familia tucumana) a través de su ministro Manuel Montt Torres, le designa secretario de la Intendencia de Concepción (la segunda ciudad chilena de importancia política), ciudad a la que llega a fines de enero de 1845, y en la cual se sintió tan deprimido que estuvo sólo dos meses ejerciendo el cargo, habiendo renunciado a él, y volviendo a Valparaíso a comienzos de abril. También se le incluyó en 1845 en la redacción de «La Gaceta de los Tribunales», publicación de jurisprudencia pero que contenía también artículos de política. Valga señalar que siendo abogado con título obtenido en el Uruguay (1840) aprovechando la validación de grados que la ley chilena de 19/11/1842 disponía, solicitó su revalidación presentando como Memoria una referente a *La conveniencia y objeto de un Congreso General Americano* (Imprenta El siglo, Santiago de Chile, 1844, 46 págs.), siendo aprobado el 14/11/1844. Su grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile le fue conferido en sesión del Consejo de la Universidad el 16 del mismo mes, y se le extiende el título de licenciado con fecha 24/11/1844, firmado por Andrés Bello, rector, y Salvador Sanfuentes, secretario general. El documento se encuentra publicado en p. CV de la noticia preliminar de Jorge Cabral Texo al *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, reedición facsimilar de la de 1837/Buenos Aires, Imprenta de La Libertad, publicada por el Instituto de Historia del Derecho Argentino. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1942. En este mismo volumen, págs. CVI a CXII, se transcriben las piezas para la obtención del título de abogado que obtuvo Alberdi luego de aprobar los exámenes prácticos ante la Corte de Apelaciones de Santiago ante los letrados Fernández Recio, Antonio García Reyes y Pedro Palasuelos (en vez de Juan Egaña, que había sido designado originariamente. Ha de tratarse de Mariano y no Juan, ya que éste falleció en 1836). Da sus exámenes el 20 y 21/12/1844, y el 26 del mismo mes se le hizo relatar una causa ante el Tribunal, siendo aprobado y juramentado en el mismo acto; firman el regente y ministros Sres. Mancheño, Palma y Bernales. La información de buena conducta y honorabilidad la expiden Gabriel Ocampo, Pedro Garmendia y Barros de Pazos. En el excelente estudio que hizo Alberdi sobre los tribunales en Chile y su organización existente, describiendo el sistema chileno («*De la magistratura i sus atribuciones en Chile; o sea de la organización de los tribunales i juzgados según las leyes que reglan al presente la administración de justicia*», Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1846/102 págs.), se dice «por D. J. B. Alberdi, abogado en las Cortes de Chile i del Uruguai», edición original que he tenido a mi vista, Biblioteca de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile).

⁵ Lo ha hecho muy rigurosamente Jorge M. MAYER en *Alberdi y su tiempo*. Buenos Aires, Eudeba, 1963, Cap. VIII, 299-397.

⁶ Hemos estudiado detenidamente la génesis de la CP de 1833 en *El origen de la regla de oro del derecho público chileno*, en Homenaje al profesor Alamiro de Avila Martel. Anales de la Universidad de Chile. Quinta Serie, Nº 20/1989, 803-833, ahora en mi *Derecho administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996 (2 vols.) t. 2º, 115-145. La CP de 1833 fue jurada y promulgada el 25/5/1833; es de gran interés la breve pero densa en su contenido, *proclama* del presidente Prieto a los pueblos, que precede su texto (puede verse en Ramón Briseño, *Memoria histórico-crítica del derecho público chileno desde 1810 hasta nuestros días*, Santiago (de Chile), Imprenta de Julio Belin i compañía, 1849, 489).

⁷ Vid. nuestro «El tribunal constitucional ¿es poder constituyente?», en *Revista de Derecho Público* (Santiago de Chile) 13, 1972, 129-251, la cita en 251.

⁸ Dado el rigor de esta disposición, ella fue sustituida por las reformas constitucionales de 1874 (ley de 24.10), derogándose la suspensión de la Constitución, y reduciendo el campo de aplicación del arresto (en sus casas o en lugares que no sean cárceles) y del traslado (en el continente y entre lugares que se indican).

⁹ Esta fiscalización parlamentaria será con posterioridad, décadas después, un medio para contrarrestar el poder presidencial y convertir el régimen en uno parlamentario de hecho, teniendo un 1891 su punto culminante al no aprobarse la ley de presupuesto de ese año como manera de repudiar la forma en que el presidente Balmaceda gobernaba, lo que significó su destitución por el Congreso al colocarse al margen de la Constitución.

¹⁰ Esta disposición, que es fundamental para la independencia de la función judicial y el efectivo control jurídico de los actos, hechos u omisiones de las autoridades y funcionarios gubernativos/administrativos, ha atravesado incólume la reforma de 1925, y es hoy art. 73

de la Constitución de 1980. Será art. 92 en la Constitución argentina de 1853, y 95 en el texto vigente antes de las reformas de 1994, pasando hoy a ser el art. 109, con idéntico contenido.

Sobre la CP de 1833 y el régimen que establece, hemos escrito *El Estado en la Constitución de 1833*, con motivo del sesquicentenario de esta Carta, en *Revista de Derecho Público* 33/34 (1983) 53-70, ahora en mi *Derecho administrativo cit.*, t. 1º, 329-346.

¹¹ Cómo no recordar la famosa carta del ministro Diego Portales a su socio José Manuel Cea: «La **república** es el sistema que hay que adoptar, pero ¿sabe cómo yo la entiendo para estos países? Un gobierno fuerte, centralizador, cuyos hombres serán verdaderos modelos de virtud y patriotismo, y así enderezar a los ciudadanos por el camino del orden y de las virtudes» (en D. PORTALES, *Epistolario 1821-1837* (3 vols.), Editor E. de la Cruz/G. Feliú Cruz, Santiago de Chile, Imprenta de Prisiones, 1936/37, vol. 1, 176, carta fechada en Lima, marzo de 1822).

¹² F. SILVA VARGAS, «La organización nacional», 453-578, en *Historia de Chile* (4 vols.) de S. Villalobos, O. Silva, F. Silva y P. Estellé, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1974-1976, vol. 3 (1976), la cita en 535. En igual sentido, B. BRAVO LIRA, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, en la 1ª ed. 1986, 134-137 y 139-145. Lo reconocía Alberdi en sus *Bases* (Cap. XII) recordando a Bolívar en frase textual que cita: «Los nuevos estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes», y agregaba «Chile ha resuelto el problema sin dinastías y sin dictadura militar, por medio de una constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma; ley que anuda a la tradición de la vida pasada la cadena de la vida moderna» (pág. 72 en edic. cit.).

¹³ Ese desorden en lo económico y la inestabilidad de los gobiernos que se sucedieron entre 1823, cuando abdicara don Bernardo O'Higgins y 1831 en que don Joaquín Prieto es elegido presidente (Portales es elegido vicepresidente pero declina la designación y conserva el Ministerio de Guerra y Marina que asumiera en 1830 junto con los de Interior y Relaciones Exteriores), fue particularmente pedagógico para Portales y la actividad de comercio que ejerciera al comienzo de la década de 1820, y su «fracaso» en términos financieros. Sobre Portales, cuya bibliografía es más que abundante, vid. AA.VV. *Portales, el hombre y su obra. La consolidación del gobierno civil* (editor B. Bravo Lira), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

¹⁴ Ese desorden o anarquía -común a la América hispana (Brasil fue excepción ya que allí el propio príncipe regente proclamó la Independencia respecto de Portugal (regía su padre Juan VI), en 1822/«grito de Ipiranga»- fue el fruto del difícil paso de la monarquía al constitucionalismo, ajeno al régimen indiano, de las pasiones y luchas entre facciones, de la ambición de poder de caudillos y, tal vez, de la ausencia de idea de patria y de unidad, que impedía un gobierno estable y realizador; vid. al respecto BRAVO LIRA, *Instituciones cit.*, 114-128, quien ha estudiado lúcidamente el punto.

¹⁵ Don Gustavo SARRÍA en su *Alberdi en Chile* (Córdoba, La Ley, 1994, pág. 35) señalaba que a Alberdi: «lo encontramos en 1844 radicándose en Chile»; por su parte, Francisco Antonio ENCINA, el gran historiador chileno, señala en su *Historia de Chile* (Santiago, edic. Nascimento, t. XII (1949) 427; en edic. Sociedad Editora Revista Ercilla/37 tomos, Santiago de Chile, 1984, t. 24, pág. 17) a Alberdi como colaborador de la citada *Revista de Valparaíso*, Nº 1 de febrero de 1842. No es que Alberdi estuviera en Chile ya en 1842 sino que aparecía como «colaborador» de la revista citada, según afirma Encina. En 1842 Alberdi se encontraba en Montevideo, en donde en 1840 obtuvo su diploma de abogado ante la Academia de Jurisprudencia, que presidía Gabriel Ocampo (el mismo que vendría a Chile tiempo después y sería redactor del Código de Comercio). Debe observarse que Alberdi estuvo poco tiempo en Montevideo, en donde ejerció la profesión de abogado, y partió a Europa hacia abril de 1843, permaneciendo allí casi un año, puesto que en abril de 1844 arriba a Valparaíso, como se lee en *El Mercurio* de esa ciudad del día 16, en que se da noticia de su llegada. Valga señalar que apenas llegado a Valparaíso y presentado a Santos Tornero, dueño a la sazón de *El Mercurio*, de Valparaíso publica en dicho periódico, en el mismo mes de abril (23 y 24) *El imperio del Brasil y las repúblicas hispanoamericanas*, sobre el peligro de su política expansionista.

Tanto V. F. López como J. M. Gutiérrez eran ya doctores en jurisprudencia a esa época, el primero en 1837 y el segundo en 1834 (el dato en H. Corvalán Lima, *Rosas y la formación constitucional argentina*, Mendoza, Idearium, 1979, 137). Sobre el voluntario exilio, o tal vez «vagabundaje» por el mundo civilizado, de Alberdi, lo señalan, entre otros, Armando ALONSO PIÑEIRO en su *Prólogo* a la edición Plus Ultra de las *Bases*, pág. 11 («*Quien había pasado cuarenta años de su vida en calidad de voluntario exiliado en tierras lejanas*»), y CORVALÁN LIMA cit., pág. 146 («*Por esto Alberdi, un autoproscrito según su propia confesión...*»).

¹⁶ En 1847 formará sociedad con Javier Rodríguez y Pascual Esquerra, y creará la Imprenta Europea, que editará *El Comercio*, de Valparaíso, periódico en el que Alberdi colaborará asiduamente y cuyo primer número apareció el 28/8/1847; en sus numerosos artículos escritos entre 1847 y 1849 se perfilará

de modo nítido su pensamiento realista y práctico que volcará en sus *Bases*. Su experiencia de Valparaíso, con su puerto bullente de actividad marítima y comercial, le será fundamental. El se retirará de la referida sociedad en 1849, en que venderá su parte. Los artículos de *El Comercio* que él escribiera son de gran interés para ahondar en los orígenes de muchas ideas que se plasmarán en las *Bases*.

¹⁷ Entre los libros deben mencionarse los indicados en nota 2; como periodista fue redactor de *El Mercurio*, de Valparaíso, fundado en 12/9/1827 (periódico aún el más antiguo de América), y participó con varios artículos en *El Comercio*, diario editado por el librero Pascual Esquerra, y que alcanzará la respetable cantidad de 811 números (ENCINA cit., 53); los redactores eran J. N. Espejo, Mitre y Alberdi; el trabajo de G. Sarfía (vid. nota 15 precedente) versa precisamente sobre el análisis de varios de sus artículos publicados en dicho periódico porteño. Hacia fines de 1846 se haría cargo de la dirección de *El Mercurio*, pero por poco tiempo. Alberdi estará en Chile hasta el 15/4/1855 en que saldrá de Valparaíso -el que había llegado justamente hacia 11 años- a bordo del vapor «Lima» y hacia Panamá, la Habana, Norteamérica y luego a Europa (Londres, Madrid, París en donde se radicará), en misión diplomática; a Valparaíso no volverá más, pero recordará siempre con afecto esa estadía y su vida tranquila (vid. Alberto G. PADILLA, *Alberdi en viaje por América y Europa*, Buenos Aires, Lajouane, 1952, 3).

¹⁸ Alberdi tuvo un ejercicio relevante de la abogacía en Valparaíso, y varias veces litigó en Santiago. Abrió estudio ya en 1846, en la calle del Cabo N° 11 y en 1848 trabajaba con Mariano Sarratea, teniendo a Gabriel Ocampo en Santiago como corresponsal; en 1851 cambia su estudio a calle de la Aduana 62, no lejos de la sede de *El Mercurio*. En 1849 gestiona ante el gobierno, con quien tenía buenas relaciones, la renovación de los privilegios, o concesiones de Guillermo Weelwright, sobre ferrocarriles, provisión de agua a Valparaíso, y de la famosa Compañía de Vapores a rueda (vid. J. M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, 337, 386, 353-354 y 369). En Anexo puede verse listado de obras y opúsculos de Alberdi publicados en Chile. Fue Alberdi particularmente experto en juicios de imprenta; habiendo escrito un opúsculo sobre *Legislación de la prensa en Chile* (Imprenta del Mercurio, Valparaíso, 1846, 63 págs., dedicado a Francisco Antonio Prieto, bajo cuya presidencia fuera dictada la ley de imprenta/1828), fue, tal vez, el mejor abogado defensor en la materia, en su tiempo, tocándole defender en varias ocasiones a *El Mercurio* y también a *El Comercio*. Pero también tuvo destacada actuación en el foro tanto en materia civil, como en materia aduanera, como incluso penal, siendo sus servicios requeridos continuamente, lo que le permitió llevar una vida más holgada, y adquirir una quinta o chacra en las afueras de Valparaíso. El éxito de Alberdi en Chile no sólo se debe a sus relevantes condiciones y tacto social sino también a que llega teniendo contactos muy importantes, puesto que el ex presidente de la República F. A. Pinto, coronel en el ejército de Belgrano, había vivido en Tucumán, había sido amigo de su padre Salvador de Alberdi, y se había casado con Luisa Garmendia, cuya hija Enriqueta Pinto Garmendia era la esposa del presidente Bulnes, de quien Alberdi escribirá una biografía, por encargo, publicada en 1846 por la Imprenta Chilena (un volumen de 84 págs. y que apareció sin nombre de autor) y publicada también por entregas en varios días entre el 25 de junio y el 22 de agosto de ese año en *El Mercurio*. Su labor periodística se vio, asimismo favorecida luego de conocer a Santos Tornero, dueño de *El Mercurio*, y así fue como Alberdi habiendo llegado a Chile en abril de 1844 ya en junio y julio era encargado de redacción. Sus amigos Sarratea, Frías, los hermanos Rodríguez Peña, Piñero y otros, han de haber sido, igualmente, de gran ayuda para introducirlo en el medio.

¹⁹ Este elogio lo hará en las mismas *Bases* como se verá más adelante, y ya lo había hecho con ocasión de los quince años de vigencia de ella el 25/5/1848 en la edición de ese día de *El Comercio*, de Valparaíso.

²⁰ Aunque la edición posterior de las *Bases* posee 37 capítulos, los dos últimos contienen la explicación y el proyecto de Constitución concebido sobre las ideas desarrolladas en sus capítulos precedentes; por ello es que me refiero a 35 en el texto.

²¹ Vid. v.gr. el descuido de lo económico en el período siguiente a la independencia, y del cual depende según Alberdi, «todo el porvenir de la América del Sur» (Cap. II, 25-30, la cita en 27); o al referirse en el Cap. X a cuál debe ser el espíritu del nuevo derecho constitucional en Sudamérica (61-63) en que comienza: «Por la reseña que precede vemos que el derecho constitucional de la América del Sur está en oposición con los intereses de su progreso material e industrial, de que depende hoy todo su porvenir» (61); o aun a su idea de promover la población del inmenso territorio por medio de la inmigración extranjera, para lo cual debía adecuarse la legislación a fin de favorecerla con medidas prácticas (Cap. XVI, 105-110) y en donde con una lucidez extraordinaria y profética, incluye una frase de antología: «Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar y escamotear las libertades y garantías constitucionales» (pág. 106), realidad que es hoy, por desgracia, algo de todos los días en que las libertades y derechos fundamentales garantizados por la Constitución vienen a ser «escamoteados» por las normas administrativas que los hacen ilusorios o letra muerta. El mismo Alberdi lo reiteraría en el magnífico Discurso *La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual*, elaborado para la colación de grados en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, el 24/5/1880, poco antes de su partida definitiva de Argentina, y de su radicación en Francia, en donde moriría en 1884 (en *Estudios Económicos de Juan Bautista Alberdi* (edit. L. V. Anastasia/A. Vegh Villegas),

Fundación Prudencio Vázquez y Vega, Montevideo, Prontografía Ltda., 1989, 232-246). Dicho Discurso no fue leído por Alberdi quien si bien asistió al acto no lo pudo hacer por encontrarse impedido, siendo leído por uno de los laureados: vid. Cabral cit., pág. XX). Vid. a este mismo respecto nuestro *Estado de hecho o Estado de derecho*, en Revista de Derecho /Universidad de Concepción, año 2001, en prensas; también en *Ius Publicum/Universidad Santo Tomás*, Santiago de Chile, 8/2002).

Con claridad meridiana lo señala Alberdi en el Cap. XVIII (121-132) de sus *Bases* sobre «Fines de la Constitución Argentina»: «Los fines políticos eran los grandes fines de aquel tiempo [el derecho constitucional de la época de la independencia]; hoy deben preocuparnos especialmente los fines económicos» (123). Los capítulos X, XV y XXXI, se refieren a lo mismo con detalle (este último con la célebre consigna «gobernar es poblar», 237-239, y el cap. XXXII, 241-245). Clarísimo en este punto es el *Preámbulo* de su Proyecto de Constitución. La preocupación en Alberdi por la riqueza y el progreso económico de su patria y de la América del Sur es constante, y es la razón de ser de sus *Bases*. Su *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853* es una buena prueba de ello; baste leer el inicio de su *Introducción*: «La Constitución Federal Argentina contiene un sistema completo de política económica en cuanto garantiza por disposiciones terminantes la libre acción del trabajo, del capital y de la tierra como principales agentes de la producción; ratifica la lei natural de equilibrio de la distribución de la riqueza, y encierra en límites discretos y justos los actos que tienen relación con el fenómeno de los consumos públicos.// Esparcidos en varios lugares de la Constitución, sus disposiciones no aparecen allí como piezas de un sistema, sin embargo de que le forman tan completo como no lo presenta Constitución alguna de las conocidas en ambos mundos.// Me propongo reunir esas disposiciones en un cuerpo metódico de ciencia, dándoles el sistema de que son susceptibles por las relaciones de filiación y de dependencia mutuas que las ligan, con el fin de generalizar el conocimiento y facilitar la ejecución de la Constitución en la parte que más interesa a los destinos actuales y futuros de la República Argentina. La riqueza importa a la prosperidad de la nación y a la existencia del poder. Sin finanzas no hai gobierno; sin gobierno, sin población, sin capitales no hai estado» (págs. V y VI). Y agrega (XVI): «La Constitución argentina de 1853, es la codificación de la doctrina que acabo de esponer en pocas palabras, y que voi a estudiar en sus aplicaciones prácticas al derecho orgánico, en el curso de este libro». Igualmente los trabajos suyos reunidos en **Escritos económicos** son una buena muestra de su gran interés por la economía y la política económica (dichos **Escritos** constituyen el primer volumen de sus **Escritos póstumos**, conjunto de trabajos que Alberdi dejó a su muerte sin publicar, y que reunidos en 16 volúmenes fueron editados en Buenos Aires por Francisco Cruz y Manuel Alberdi entre 1895 y 1901; hay edición de 1916 con introducción de José Ingenieros. He compulsado la edición original de 1895, y también la edición de la Fundación Prudencio Vázquez y Vega, Montevideo, 1989). En ellos hay páginas tan actuales que no resisto transcribirlas: «La riqueza de las naciones es obra de las naciones, no de sus gobiernos. Si no tuvieran otro fabricante de sus riquezas que sus gobiernos, todas las naciones, sin excepción estarían en la miseria. El gobierno, por su institución y su destino, representa un gasto, un consumo de la riqueza nacional». «Todo lo que el gobierno puede hacer para ayudar a la nación a enriquecerse, toda su economía política, ... está encerrada en estas tres simples cosas que son todo lo que la nación necesita de gobierno para enriquecerse a sí misma, a saber: libertad, seguridad, tranquilidad ... tres minas inagotables de la opulencia nacional, entendidas y mantenidas en toda su extensión e integridad». «La tranquilidad o la paz es la supresión de los pretextos que sirven a los gobiernos para desconocer todas las garantías en nombre del bien público». «La libertad que enriquece a las naciones es la libertad de trabajar y producir; de adquirir y gastar, de ganar y perder, de disponer de su persona, de su tiempo, de sus bienes, de viajar o estarse quieto, de salir del país o volver a él. De contratar, de casarse, de testar, de pensar, de hablar, de escribir, de acusar, de defenderse; en una palabra: la libertad social o civil, la libertad del hombre natural y distintiva del hombre» (págs. 175-176 edic. Fundación cit.).

La evolución del joven Alberdi al autor de las *Bases* muestra un recorrido de la influencia de los enciclopedistas, de los ideólogos de 1789, de Saint-Simon, de la escuela historicista y de los economistas ingleses (Smith, Ricardo, Mill) y de J. B. Say (divulgador de Smith), comparado todo ello con la realidad que vio en sus experiencias viajeras y estancias fuera del país. Se advierte cómo la riqueza de las naciones y esa experiencia le asentaron bien las ideas de tipo libertario en lo económico, y de orden y seguridad en lo político que darían forma a las *Bases*. El mismo Alberdi dirá que las fuentes y orígenes de las *Bases* se encuentran en todas las obras precedentes escritas entre 1837 (*Fragmento preliminar al estudio del derecho*) y 1847 (*La república argentina treinta y siete años después de la revolución de mayo*), vid. sus *Cartas Quillotanas IV*, en *Obras completas*, t. IV, 94. Vid. de interés sobre ello G. SARRIA, *Fuentes ideológicas del Fragmento preliminar al estudio del derecho del Dr. Juan Bautista Alberdi*, Córdoba, Biblioteca del Poder Legislativo, 1988; también *El socialismo saint-simoniano y Echeverría, Alberdi y Fraguero*, Córdoba, 1989, especialmente el Cap. II de su IIª Parte, y su parágrafo 2, Análisis de las *Bases* (fuentes saint-

simonianas), 163-170; O. A. GHIRARDI, *El primer Alberdi. La filosofía de su tiempo*, Buenos Aires, Astrea, 1989; María MARTÍNEZ DE CODES, *El pensamiento económico de Juan Bautista Alberdi y su influjo en la organización nacional argentina*, en *Historia* (Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile) 23 (1988) 205-228.

²² Dirá Alberdi a este respecto que «*Felizmente, la república [forma de gobierno que la necesidad ha impuesto a nuestros pueblos una vez independientes de la monarquía española], tan fecunda en formas, reconoce muchos grados y se presta a todas las exigencias de la edad y del espacio*» [de los pueblos]. «*Saberla acomodar a nuestra edad, es todo el arte de constituirse entre nosotros.// Esta solución tiene un precedente feliz en la República sudamericana, y es el que debemos a la sensatez del pueblo chileno, que ha encontrado en la energía del poder del Presidente las garantías públicas que la monarquía ofrece al orden y a la paz, sin faltar a la naturaleza del gobierno republicano*» (Bases, 72). Y continúa: «*Chile ha resuelto el problema sin dinastías y sin dictadura militar, por medio de una constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma: ley que anuda a la tradición de la vida pasada la cadena de la vida moderna. La república no puede tener otra forma cuando sucede inmediatamente a la monarquía; es preciso que el nuevo régimen contenga algo del antiguo; no se andan de un salto las edades extremas de un pueblo*» (idem).

En cuanto a su trato con Mariano Egaña ha de haber sido breve puesto que este gran jurista murió el 24/6/1846, a los 53 años (vid. ENCINA cit., t. 12, 93); respecto a Juan Egaña, no le conoció, dado que falleció en 1836, si bien ha de haber leído sus escritos desde que lo cita expresamente (Bases, 39-41), controvirtiendo algunas de sus ideas.

²³ No puedo dejar de señalar que Alberdi (contrariamente a los liberales de su época que eran rabiosamente antiespañoles y contrarios a todo lo que «oliera» a la monarquía hispana, y rendían adoración a la Francia y a su revolución de 1789, en un romanticismo carente de toda realidad) tenía un gran sentido común, y un *realismo* no muy frecuente entre sus compatriotas emigrados (vid. espec. el Cap. XVII, 111-119); no en vano difería de Sarmiento y Mitre y polemizó con ellos e incluso estuvo alejado de las diatribas de López y Sarmiento cuando éstos llegaron a Chile, y sus disputas periodísticas con literatos chilenos (vid. ENCINA cit., t. 24, 17-22). Ya lo decía en 1837 en su juventud cuando escribía en su famoso *Fragmento preliminar al estudio del derecho* cit., «*Gobernémonos, pensemos, escribamos, y procedamos en todo no a imitación de pueblo ninguno de la tierra, sea cual fuere su rango, sino exclusivamente como lo exige la combinación de las leyes generales del espíritu humano, con las individuales de nuestra condición nacional*» (vid. Natalio R. BOTANA, *La tradición republicana. Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo*, 2ª ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1997, pág. 296). Y respecto de la imprescindible necesidad de un orden asegurado por una autoridad efectiva, decía Alberdi en 1853: «*Sin la autoridad que da y hace respetar la ley, es imposible la libertad, que no es más que la voluntad ejercida en la esfera de la ley. El principio de autoridad es el símbolo actual de la civilización en Sud América; todo lo que se opone a su establecimiento [es] barbarie y salvajismo dorado*» (vid. BOTANA cit., pág. 350).

Recordemos que Alberdi, luego de hacer una reseña referente a las constituciones de los diversos países del continente sudamericano (Del Plata, Chile, Colombia, México, Uruguay, Paraguay, caps. III al IX de sus Bases), señala (Cap. X, 61-63) cuál debe ser el espíritu del nuevo derecho constitucional en Sud América, ya que éste, cuando él escribe, «*está en oposición con los intereses de su progreso material e industrial, de que depende hoy todo su porvenir*», por lo cual afirma que habiendo «*dejado de estar en armonía con las nuevas exigencias del presente*», «*Ha llegado la hora de iniciar su revisión en el sentido de las necesidades actuales de América*» (61). Y agrega: «*Hoy debemos constituimos, si nos es permitido este lenguaje, para tener población, para tener caminos de hierro [ferrocarriles], para ver navegando nuestros ríos, para ver opulentos y ricos nuestros Estados*» (63). Y es que «*con un derecho constitucional republicano y un derecho administrativo colonial y monárquico, la América del Sur arrebatada por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo*» (126).

²⁴ «*Si el orden, es decir, la vida de la Constitución -continúa Alberdi- exige en América esa elasticidad del poder encargado de hacer cumplir la Constitución, con mayor razón la exigen las empresas que interesan al progreso material y al engrandecimiento del país*» (que es su preocupación fundamental). «*Y no veo por qué en ciertos casos no pueden darse facultades omnímodas para vencer el atraso y la pobreza, cuando se dan para vencer el desorden, que no es más que hijo de aquéllos*» (181). Alberdi tuvo la lucidez de razonar sobre el país real existente, y proponer aplicar medidas prácticas, sin caer en el utopismo tan en boga en los políticos románticos de la época. Es la prudencia política más elemental.

²⁵ Vid. su *Mi vida privada*, Santiago de Chile, Imprenta Stanley, 1944, 106; también en *Estudios póstumos* (1901) t. 15 (Buenos Aires, Imprenta La Europea, 1895-1901).

²⁶ Alberdi en su *Proyecto* incluye al efecto dos disposiciones concordantes con esta idea, como son los arts. 85 N° 2 y 20. El primero, referente a las atribuciones del presidente de la Confederación, decía: «*2º Expide los reglamentos e instrucciones que son necesarias para la ejecución de las leyes generales de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu por*

excepciones reglamentarias», y el segundo, incluido en su Cap. II «Derecho público argentino», decía: «Las leyes regulan el uso de estas garantías de derecho público, pero el gobierno no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia». Valga destacar esto último que no es sino la actual garantía fundamental del respeto del «contenido esencial de los derechos» que trae la Constitución de Bonn (1949, art. 19 Nº 2, luego del desastre de la barbarie del socialismo nacionalista; la *Wesensgehalt der Grundrechte*), y que pasará a las Constituciones de España (1978, art. 53.1) y de Chile (1980, art. 19 Nº 26). Dirá Alberdi en su *Sistema cit.*, «Reglamentar la libertad, no es encadenarla. Cuando la Constitución ha sujetado su ejercicio a reglas, no ha querido que estas reglas sean un medio de esclavizar su vuelo y movimientos, pues en tal caso la libertad sería una promesa mentirosa y la Constitución libre en las palabras sería opresora en la realidad. Todo reglamento, que so pretexto de organizar la libertad económica en su ejercicio la restringe y embaraza, comete un doble atentado contra la Constitución y contra la riqueza nacional, que en esa libertad tiene su principio más fecundo» (7-8).

²⁷ Sobre el ideario del gran ministro Portales vid. la obra conjunta citada en nota 13 precedente, en donde de ahonda su pensamiento y su obra. Sus ideas de orden y de progreso en lo económico, comercial y marítimo, pueden verse plasmadas en su labor administrativa, que he mostrado en detalle en esa obra (*Portales y la administración chilena 1830/1837*, págs. 147-177, con una reseña de los decretos de su firma en materia de orden público, de libertades públicas, educación, salud pública, y organización de las oficinas públicas). Alberdi ha de haber conocido todo ello, puesto que se había adentrado en el derecho público de Chile, y publicó varias obras sobre derecho chileno (vid. *Legislación de la prensa en Chile*, *De la magistratura y sus atribuciones en Chile*, *Manual del subdelegado*, *Manual de ejecuciones y quiebras*, *Una cuestión de derecho penal*, *Sobre abolición de vinculaciones*, etc.).

²⁸ Luego de agradecer el presidente de la República (Joaquín Prieto) a quienes trabajaron en la enmienda del código político, dice que «no ha tenido presente más que vuestros intereses [de los ciudadanos]; i por esto, su único objeto ha sido dar a la administración reglas adecuadas a vuestras circunstancias. Despreciando teorías tan alucinadoras como impracticables, solo han fijado su atención en los medios de asegurar para siempre el orden i tranquilidad pública contra los riesgos de los vaivenes de partidos a que han estado expuestos. La reforma es ... el medio de hacer efectiva la libertad nacional, que jamás podríamos obtener en su estado verdadero, mientras no estuvieses deslindadas con exactitud las facultades del Gobierno, i se hubieses puesto diques a la licencia». Y agrega, «No omitiré jénero alguno de sacrificios para hacerla respetar, porque con su veneración considero que se destruirá para siempre el móvil de las variaciones que hasta ahora os ha mantenido en inquietudes», habiendo afirmado al inicio que «al ejecutar el cargo de promulgarla debo prevenir, que será el más severo observador de sus disposiciones, i el más cuidadoso centinela de su cumplimiento ... mi obligación es guardarla i hacerla guardar», y termina esta proclama afirmando que «las haré cumplir valiéndome de todos los medios que él [el código que se acaba de jurar] me proporciona, por riguroso que parezcan» (en BRISEÑO, *Memoria cit.*, 489).

²⁹ Refiere aquí el antecedente de la Constitución de 1813, obra de Juan Egaña (padre de Mariano, el que intervino en la redacción de la CP de 1833). Lo que Egaña padre vislumbró con agudeza fue que el equilibrio entre legislativo y ejecutivo o división de poderes (a la francesa) originaba un problema sin solución en América hispana, en donde no había legislativo, ya que quien gobernaba (el Rey) concentraba gobierno y legislación; de allí que introducir en el siglo XIX un órgano legislativo que equilibrara al poder ejecutivo era ajeno completamente a la tradición hispana en Indias. Esto lo ha estudiado muy bien BRAVO LIRA en sus *Instituciones cit.*, 122-124 y 143-145, y en *Portales y el tránsito del absolutismo ilustrado al Estado constitucional en Chile*, en PORTALES *cit.*, 342-352 y 360-363; de interés también 368-376 y 407-413.

³⁰ La cita es de Eugenio D'ORS: «Copiará fatalmente quien no supo heredar. Todo lo que no es tradición es plagio» (en Alvaro D'ORS, *Papeles del oficio universitario*, Madrid, Rialp, 1961, 50, quien sabiamente apostilla «Lo que no quiere decir que todo lo que no se hereda es plagiado, sino que quien no sabe heredar algo se condena a la esterilidad. El que sabe heredar, en cambio, puede «inventar»: puede enriquecer su herencia ya valiosa con los propios acrecimientos de su esfuerzo, para dejar a sus hijos un más rico caudal. Este es el secreto vital de la Tradición»).

³¹ El art. 82 de la CP de 1833 contiene las «atribuciones especiales del Presidente» en tanto el art. 81 establecía que «Al Presidente de la República está confiada la administración y el gobierno del Estado; y su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad exterior de la República, guardando y haciendo guardar la Constitución y las leyes» (disposición tomada de la Constitución de Cádiz, de 1812, art. 170, referida al rey).

Alberdi encomia su Nº 2 (le llama inciso) cuyo texto decía: «Concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas», esto es la Constitución establece al Presidente como co-legislador; y su Nº 20: «Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior, con acuerdo del Consejo de Estado

y por un determinado tiempo»; el inc. 2º de este Nº 20 agregaba: «En caso de conmoción interior, la declaración de hallarse uno o varios puntos en estado de sitio, corresponde al Congreso, pero si éste no se hallare reunido, puede el Presidente hacerlo con acuerdo del Consejo de Estado, por un determinado tiempo. Si a la reunión del Congreso no hubiese expirado el término señalado, la declaración que ha hecho el Presidente de la República se tendrá por una proposición de ley» (he usado el texto de Briseño que incluye en su *Memoria cit.*, obra que es de 1849 y que seguramente Alberdi ha conocido; vid. sus págs. 500-501). El art. 161 complementa el Nº 20 referido: «Declarado algún punto de la República en estado de sitio, se suspende el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaración, pero durante esta suspensión, y en el caso en que usase el Presidente de la República de facultades extraordinarias especiales, concedidas por el Congreso [art. 36 Nº 6], no podrá la autoridad pública condenar por sí, ni aplicar penas. Las medidas que tomare en estos casos contra las personas, no pueden exceder de un arresto o traslación a cualquier punto de la República» (en BRISEÑO, *cit.*, 509).

³² Alberdi hace una precisión respecto de esta alabanza de la CP de 1833 en este aspecto de la configuración del poder ejecutivo y de las atribuciones del Presidente en cuanto dicha loa es referente sólo a ello: «Me contraigo a la constitución del poder ejecutivo, no al uso que de él hayan hecho los gobernantes; y así, en obsequio de la institución cuya imitación recomiendo, debo decir que los gobernantes no han hecho al país todo el bien que la Constitución les daba la posibilidad de realizar» (185). Termina el Cap. XXV recordando los grandes defectos en otro orden de cosas- que la Constitución poseía, y que había anotado en el Cap. IV de las Bases (39-41); y las ha señalado -dice- «con el fin útil de evitar que se incurra en la imitación de ella, en puntos en que su reforma es exigida imperiosamente por la prosperidad de Chile» (186); curiosamente en *El Comercio* de Valparaíso de 14/6/1848 escribe un artículo «La constitución chilena no exige reformas» (vid. sus Bases, Cap. XXXIV, espec. 258-262, en edición *cit.*). La crítica se refería a los aspectos económicos, mal comprendidos según Alberdi, que abogaba por la inmigración europea, la población del territorio, y la educación especialmente industrial y comercial. Aunque esto escapa a estas líneas, me parece que Alberdi recarga las tintas y olvida toda la labor de Portales y del ministro Manuel Rengifo, en la promoción del trabajo, de la industria y el comercio, la eclosión económica de Valparaíso, el primer puerto del Pacífico, con un intenso movimiento comercial -en la que Alberdi vivió por 11 años, y que como abogado le permitió adquirir fortuna, además de nombradía-, la política de concesiones y privilegios industriales, la promoción de la educación por el presidente Bulnes, su protector, y su ministro Manuel Montt. La política de poblar el extremo sur por parte de Bulnes, la de inmigración alemana del sur, concretada ya en la presidencia de Montt, etc., etc. Alberdi reconoce su exageración al terminar su Cap. XXXII («Es necesario dar formas exageradas a las verdades que se escapan a vista de los ojos comunes», 245).

³³ Es Juan de SALISBURY (1115-1180, autor del *Policraticus*) quien refiere la frase en su *Metalogicon* III. 4 (Patrolog. Lat./Migne, vol. 199, 900c); la trae también E. GILSON, *La filosofía de la Edad Media* (2 vols.), Madrid, Gredos, 1958, t. 1º, 323.

³⁴ Para Alberdi, con un realismo y prudencia relevantes, la originalidad es fruto del estudio pero también de la observación, «de la armonía con las necesidades del país» (Bases, 35). La Constitución -dice- debe ser la expresión de una combinación especial de hechos, de hombres y de cosas; su originalidad no es la de las bellas artes, sino consiste «en la idoneidad para el caso especial en que deba tener aplicación» (ídem 35-36). De allí que diga más adelante que mientras que en la época anterior, las constituciones tenían por misión asegurar la libertad y la independencia, frente a España, en cambio hoy (1852) «se busca la realidad práctica de lo que en otro tiempo nos contentábamos con proclamar y escribir» (62), con medios que permitan el progreso económico y así el progreso en todo orden de cosas, tales como la libertad de comercio, la industria sin trabas, la construcción de ferrocarriles que supriman las distancias en estos «desiertos» que configuran la geografía nuestra, la navegación por los ríos (62-63). Alberdi era entusiasta de los «caminos de hierro» como llamaba a los ferrocarriles (en traducción literal del francés *chemins de fer*, vid. v.gr. Bases, 62, 63), y conocía por su amigo y cliente, Guillermo Wheelwright, la importancia del este medio de transporte; este empresario propuso la construcción del ferrocarril de Santiago a Valparaíso, cuyo contrato fue firmado con el gobierno el 15/12/1846 y sus trabajos se iniciaron en 1851; el mismo Wheelwright fue el gestor del que uniría Copiapó a Caldera, que servía la zona minera para su abastecimiento y salida de minerales, y que fuera inaugurado un 25/12/1851; el mismo Alberdi escribirá *Vida y trabajos industriales de Williams Wheelwright en la América del Sud*, París, Imprenta Dupont, 1876. Siguiendo a Montesquieu, afirma que «las Constituciones deben ser adecuadas al país que las recibe», ya que ellas no hacen el país ni crean «las reglas o leyes de su organismo normal»; por ello es que el constituyente (el Congreso Argentino) «vendrá a estudiar y a escribir las leyes naturales en que todo eso [su territorio, su constitución geológica, el curso de sus grandes ríos] propende a combinarse y desarrollarse del modo más vertiginoso» para la república (112). Y agrega:

«Esos hechos, esos elementos naturales [que son obra de Dios y existen por la acción del tiempo y de la industria anterior de nuestro país] deberán ser objeto del estudio de los legisladores y bases y fundamentos de su obra de simple estudio y redacción, digámoslo así y no de creación. Lo demás es legislar para un día, perder el tiempo en especulaciones ineptas y pueriles» (ídem.). De allí, también, que sostenga la improcedencia de la monarquía para nuestros pueblos y sí de la república como forma de gobierno, que es la que impuso la necesidad una vez independizados, «si bien debe elevarse la aptitud de ellos para hacerse dignos de ella, mejorando el gobierno a través de la mejora de los gobernados y mejorando la sociedad para obtener la mejora del poder, que es su expresión y resultado directo» (ídem.).

³⁵ Alberdi en su nota (pág. 292 nota 10) menciona que este artículo lo trae el art. 1º Sección 9 de la Constitución de los EE.UU. de América del Norte, pero la referencia no es al estado de sitio sino a que el habeas corpus no se suspende salvo en casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera.

³⁶ En Anexo hemos recogido de modo textual las disposiciones que presentan semejanzas.

³⁷ «El capital, es decir la riqueza acumulada -que tanta falta hace a Sud América para producir y acumular nuevas riquezas- es hijo del ahorro y nieto del trabajo». «Lo que se llama y se mira como crisis meramente económica, es a la vez crisis comercial, crisis financiera, crisis monetaria, crisis política y, en fin, crisis social, porque no hay uno de esos hechos que no afecte y pertenezca al organismo de la sociedad entera. Esto sirve para medir ... toda la responsabilidad de los autores directos o indirectos de ese mal, y de los que, pudiendo prevenirlo, en parte al menos, dejan de hacerlo...». «Si es verdad que a menudo lo hacen de un modo inconsciente, no son menos culpables por su ignorancia en el desempeño de un mandato para hacer lo que no saben. El legislador, el gobernante, el administrador que admite su cargo y obra a ciegas en su desempeño, es como un hombre que, ignorando del todo la medicina, admite el encargo de curar a un enfermo de una afección grave y desconocida. Su responsabilidad en el caso probable de una catástrofe, es la del homicida más o menos voluntario», en *Estudios económicos*, cit., 57-59.

³⁸ Bases cit., 107.

** Hemos utilizado el texto de las Bases publicado por Plus Ultra, Buenos Aires (3ª ed.), 1981, por el cual hacemos todas las citas de este trabajo; también hemos tenido a la vista la edición original de la Imprenta del Mercurio. Valparaíso, 1852, volumen de 183 páginas, que no contiene el *Proyecto de Constitución de la Confederación Argentina* (capítulos 36 y 37 en edición posterior). Para el Proyecto de Constitución de Alberdi hemos utilizado el texto de Plus Ultra cit., 1981.

LIBERTÉ, POUVOIR ET PUISSANCE DANS LE LANGAGE DES SOURCES DU DROIT

par JEAN-MARC TRIGEAUD *

SUMARIO: La médiation des mots. I. La liberté dans l'antécédence. Un présupposé commun. De l'acte au phénoménal. Vertige de la liberté négative. Paidétique d'une «liberté pour». II. Le pouvoir, témoin du lien de droit. Passage obligé par la licéité. Emergence de la relation. Du sujet hors lien de droit. Rénovation du langage: l'ouverture au concret. III. La puissance ou la tentation de l'abstrait. D'une force matérielle à une force morale. La justiciabilité. Le domaine du potentiel. La puissance autonomisée ou l'appel du vide. Perspectives de l'homme situé.

La médiation des mots

Même s'il tend à s'y soustraire, l'univers mental du juriste moderne s'est formé à partir d'une même référence au sujet plutôt qu'à l'objet. D'un réalisme qui l'obligeait à s'interroger sur une chose, une substance ou une essence pourvue de fins publiques ou privées, il a progressivement basculé dans un idéalisme où les seules représentations de la raison abstraite désignent les statuts et les buts nécessaires à rechercher.

Cette démarche ne signifie certes pas une adhésion fondamentale à l'idéalisme; à travers de nouvelles expressions, celui-ci peut d'ailleurs accueillir les exigences d'un réalisme que l'on croyait disparu. Mais, très massivement, le phénomène d'un langage de caractère subjectivant s'est répandu, et il a déterminé un cadre formel au sein duquel les sources du droit présentent un aspect modifié que l'on ne saurait plus méconnaître.

La forme prélude dès lors au fond, et les définitions du droit traduisent l'idéalisme, comme on le voit à l'origine chez Grotius et chez tous ceux qu'il a inspirés dans l'Ecole hollandaise et rhénane jusqu'à Kant. Mais cette forme peut aussi bien faire émerger un fond qui, pour compatible qu'il soit de l'extérieur avec elle, n'en véhicule pas moins le réalisme le plus classique, comme c'est le cas chez Suarez et comme on le relève d'une certaine manière chez Rosmini.

Le langage s'ouvre donc à des possibilités contraires qui montrent l'association permanente de postulations réalistes et idéalistes. Ces postulations sont d'autant plus remarquables qu'elles traversent l'histoire, et qu'elles se situent bien au-delà de ce que les réductions empiristes ont nommé le «positivisme»: elles sont finalement le reflet d'une même structure mentale dont la bipolarité constitutive change simplement de dominante.

Ce n'est pas ainsi s'engager forcément dans un idéalisme qui perdrait de vue le donné ontologique ou l'expérience vivante et organique de la société, que d'analyser la terminologie empruntée à un tel langage devenu le seul langage généralement compris. Il est d'ailleurs le langage que retint Alberdi dans ses *Bases*, en interprète sensible des auteurs français portés par le rationalisme du XVIIIe et nourris de sa critique à l'époque romantique et historicisante.

Prenons l'exemple du droit subjectif où il semblerait que l'idéalisme se soit imposé. Au fond, cet idéalisme est incapable de rendre compte de la variété des nuances qui s'attachent aux mots et, par là, aux composantes de la notion complexe que recouvre l'expression même «droit subjectif» après de multiples de compromis. Force est d'admettre que cette notion a reçu des influences philosophiques qui étaient censées s'exclure et qu'elle a abouti à l'élaboration de termes dont on ne peut jamais préjuger de l'acception majeure.

Considérons une épistémologie des sources de tradition francophone, dérivée de la vieille souche romano-germanique - (mais également étendue aux pays de *common law*, puisque le même registre se retrouve du côté politique et social à défaut d'apparaître toujours sous l'angle «judiciariste» que réclame le strict droit). Pour exposer le vocabulaire central tenant au droit subjectif, la *trilogie liberté-pouvoir-puissance* est sans doute alors la plus appropriée. Et nous pouvons essayer d'en dégager successivement les éléments formateurs du droit en lui-même.

I. La liberté dans l'antécédence

Un présupposé commun

Dire que le droit subjectif exprime une liberté ou soutenir que le droit, du point de vue subjectif, est imputable à un sujet doué de liberté oriente d'emblée dans deux perspectives distinctes.

On le voit bien: pour établir un droit subjectif, il n'est pas indispensable d'en faire la traduction d'une liberté dont il transposerait et adapterait en la limitant la consistance intrinsèque. Le droit peut impliquer la liberté dans la mesure où il est attribué au sujet qui n'est considéré par le droit objectif qu'en tant qu'on le présume libre, sans que la question purement morale de sa *liberté réelle* ait à se poser. C'est d'ailleurs par là que s'affirme la différence entre responsabilité juridique et responsabilité morale dont nous avons déjà traité, la première laissant présager une liberté dont la seconde exige la preuve toujours délicate sous le nom de faute ou de la déviance.

De toutes façons, il n'y a pas de droit sans référence à une liberté qui, au minimum, désigne le sujet d'imputation ou d'attribution individuel de ce droit, qu'il soit réduit à sa teneur objective, sous sa forme légale ou coutumière, et sous l'aspect d'une règle d'égalité et de partage de biens ou d'avoirs, ou qu'il embrasse de tels biens ou avoirs, à travers la formulation «droit subjectif», sous l'angle précis de leur rattachement à leur destinataire.

C'est l'approfondissement de ces catégories qui conduit à faire ressortir une dimension philosophique idéaliste ou réaliste. Et leur point commun demeure situé dans ce réquisit ou dans cette condition de liberté.

De l'acte au phénoménal

Dans l'optique idéaliste, l'on suit la genèse des droits subjectivement parlant à partir d'une liberté prêtée à l'état de nature et contenue ou circonscrite en des bornes de raison. Et l'on disserte à la manière de Locke sur le passage de la liberté de fait à la liberté de droit, de la liberté de nature à la liberté positive, de la possession par exemple à la propriété, ce qui marque en somme la transition d'un contenu à la forme qu'il reçoit et qui l'enferme dans d'inexorables limites.

Mais il faut d'abord montrer que le droit objectif n'a prise que sur une réalité extérieure grâce à laquelle il conçoit une théorie des causes de naissance et de perte des droits subjectifs. Cette réalité extérieure est celle des actes humains manifestables, celle du *facere* ou du *pratein*, et non celle des intentions intériorisées, d'un *agere* ou d'un *poiein*, reflet de l'intimité intellectuelle, morale et créative de chacun.

C'est sur un tel fondement que s'élabore ensuite la distinction, d'ailleurs plus ou moins discutable selon les systèmes de droit, des actes ou des faits juridiques auxquels sont suspendus les droits subjectifs. Les actes et faits prolongent la même acception du *facere*, dont ils participent identiquement de la nature, en se situant à deux degrés séparés d'implication de la liberté interne.

La réalité générique des actes humains révèle en tout cas ainsi ce que l'on assimile à la notion de «nature» elle-même, et elle favorise la confusion de cette nature avec l'ordre des *phénomènes* et proprement des *faits*, comme pour satisfaire l'attente critique des empiristes dénonciateurs de la *naturalistic fallacy*, de Moore à Hart et à Rorty.

S'il n'est pas douteux que la liberté inhérente à cet agir ou à cette *praxis* d'essence relationnelle et sociale constitue l'élément majeur d'une liberté de nature, elle s'enracine plus en profondeur, que ce soit dans l'intériorité pure, pour suivre la voie idéaliste, ou que ce soit, bien au-delà, dans une objectivité ontologique (statut de personne) qui en déborde la simple factualité.

C'est à cet égard qu'un discours sur les droits porteurs de liberté peut profiter aux tendances d'une philosophie politique libérale qui traite la liberté en termes empiristes comme fruits d'une nature rationnelle et abstraite, et rapidement phénoménalisable et quantifiable. D'où les doctrines relatives à diverses formes, jadis d'esclavage et aujourd'hui d'exclusion.... La

liberté peut assumer cet aspect «libéral»; mais elle peut prétendre en même temps le dépasser pour s'élever au sens d'une liberté plus qualitative de la personne, sub-strat ou sous-jacent, vrai «sujet» de la nature, ou présence existentielle irréductible aux canons d'une raison classifiante. L'impensable présence de la personne peut être reconnue susceptible de participer à la distribution objective («égale», partagée) des droits subjectifs, des biens ou avoirs qu'ils traduisent. Sa dignité d'existence paraît suffisante à justifier un allotissement égal. On passe du digne à l'égal. Ce n'est plus, sur la suggestion idéaliste, l'égalisable qui est déclaré digne ou capable par lui seul de déterminer la dignité.

Vertige de la liberté négative

Cette liberté est enfin abordée sur le mode bien connu (emprunté au temps) du fini et de l'infini (emprunté au temps). Elle est symbole de l'infinitude du sujet dont l'action extérieure ne rencontre aucune limite, à l'image d'un prototype divin que l'on sait dessiné au Moyen âge par Occam et Scot, et repris en divers courants (notamment franciscain - comp. L. Parisoli sur l'atemporalité chez Scot: *La philosophie normative de Duns Scot*, Rome, BSC, 2001 - ou même calviniste, in notre *Humanisme...*, t. I).

Une *libertas major* peut ainsi s'arroger la capacité ultime de nier l'action elle-même, de s'ériger en *liberté négative* plus qu'en liberté positive (problème étudié aussi par le Talmud influençant les spéculations médiévales, et magistralement retrouvé par H. Arendt à propos du *deus otiosus* biblique). Une telle conception extrême de la liberté, qui peut s'autoanéantir et refuser l'accomplissement des actes auxquels elle est seule jugée apte, réapparaît en particulier dans l'histoire du droit de propriété: l'article 544 du code civil français a sans cesse soulevé la question de savoir comment interpréter la formule «la plus absolue» appliquée au plus caractéristique des droits subjectifs. Or cette formule lointainement tirée d'Occam (*Breviloquium*) et transmise par la Seconde scolastique espagnole signifie bien que l'«ab-solu», le non-dépendant, typique de la liberté, vaut autant dans le développement externe de l'action, quant à ce que l'on peut faire ou ne pas faire, qu'à l'intérieur même du sujet, dans le tréfonds de son pouvoir de décision, quant à ce qu'il estime devoir faire ou non (visant la possibilité en quelque sorte de se croiser les bras, de ne pas exercer son droit, de ne pas même habiter ou occuper sa maison et de la laisser fermée...). La liberté négative peut alors s'inscrire au coeur des droits modernes lucifériennement inspirée par l'idée d'un Dieu qui aurait cette supériorité sur l'homme de pouvoir suspendre l'acte de la création, et rejoignant par là un vieux mythe mésopotamien..

En tout cas, la liberté qui est à considérer ici négativement comme positivement n'est reliée au droit que pour recevoir de lui les limites qui viennent assortir sa définition. Ce qui ne l'empêche nullement de conserver sa structure libre «absolument» parlant; et l'on peut assumer sans contradiction l'expression «le plus absolu» - 544 est très cohérent, sa formulation est ancienne et traditionnelle -, elle s'applique à la liberté négative et pas seulement positive, dans le respect des limites tracées par un droit objectif, qu'il soit législatif et/ou judiciaire (*common law* oblige).

L'alternative entre *liberty vor* et *liberty from*, rendue familière par Hobbes et reprise par les théoriciens libéraux modernes (Hayek), dévoile la portée de la délimitation imposée par le droit objectif quand il assigne un droit subjectif à un sujet supposé libre. La *liberté de fait ou de nature*, comme «liberté pour», indique des tendances ou reflète des aspirations tournées vers un certain objet semble-t-il inépuisable, d'où l'infinité imputée à ses projets. Mais selon la *liberté du droit*, comme «liberté de», la liberté dérive désormais du seul modèle proposé par un droit objectif, tel qu'il est fixé dans ses limites de contenu et d'objet. De telles limites devront être observées: ce n'est qu'à cette condition que la liberté antérieure qualifiée de liberté de fait ou de nature peut espérer être retrouvée en toute sa richesse, voire dans la capacité négative qui lui reste attachée.

Paidétique d'une «liberté pour»

Cependant, la «liberté pour» sera toujours maintenue comme instrument des revendications au sujet des extensions souhaitées du droit objectif. Et dans une perspective que les philosophies juridiques de la vie ont encouragée (*via* Scheler, Bergson, N. Hartmann, Ortega y Gasset; ainsi Luis Recasens Siches ou surtout Miguel Reale), l'on y verra volontiers un facteur de renouvellement, de revitalisation de la loi écrite ou de la coutume ou du précédent fixé: autrement dit, un élément permettant d'éviter la sclérose de l'objectivisme conceptuel et l'égarement de méthodes d'interprétation qui négligent les sources «réelles», culturelles et sociales, du droit objectif (Duguit, Gény, Ripert, Husson, Batiffol, Terré...) pour ne tenir compte que de la *chose seconde* qu'est la loi, la coutume ou le précédent, sous le prétexte pragmatiste et finalement *nihiliste* de l'efficacité des solutions.

Invoquer la «liberté pour» ne relève pas en ce sens d'une activité politique, qu'elle soit sociale ou d'Etat, qu'elle émane d'un syndicat ou d'une assemblée, ou qu'elle tienne au témoignage solitaire du groupement spontané, d'un «*ius vivens*» diffus. Certes, il est des procédures, *de lege ferenda*, que la constitution d'un pays requiert et qui répartissent les rôles (entre le judiciaire et le législatif et *a fortiori* l'exécutif, même si les gouvernants et l'opinion les ignorent). Mais *de lege ferenda*, le juriste, s'il est d'abord investi d'une fonction universitaire, n'est pas l'équivalent d'un magistrat «lié»: il ne sert aucun droit établi, *de lege lata*, plutôt qu'un autre; son devoir culturel et critique, l'amène à regarder plus librement la référence à une «liberté pour», une liberté qui n'est pas uniquement véhiculée par des courants sociaux ou politiques liés à des circonstances contingentes et frappés de leurs limites: mais une liberté qui pose un problème d'analyse et de compréhension universalisable et internationalisable.

II. Le pouvoir, témoin du lien de droit

Passage obligé par la licéité

De la liberté l'on remonte à la *potestas*, au pouvoir, ce qui met en évidence le lien entre droit subjectif et objectif, puisque le pouvoir est dérivé de l'un par rapport à l'autre (*potestas licita* ou conforme, ou encore «congruente» dans le langage de Leibniz et de Pufendorf, pour éviter toute «*distancia a normis*»), mais ce qui montre aussi, d'une certaine façon, que son titulaire est en présence d'autrui, si ce pouvoir en appelle à une dette ou à un devoir visant à le faire respecter.

Sous le premier aspect, le pouvoir que désigne le droit, prolongeant la liberté, se présente comme une *permission*. Il connote le pouvoir d'agir, le *dürfen* que délègue une instance supérieure. La logique légale de type prédicatif vérifie ce processus par lequel le pouvoir est attribué à un bénéficiaire qui s'en trouve gratifié comme d'une autorisation ou habilitation à agir, en vertu d'une *lex permissiva*. Cette *lex*, droit objectif par essence, établit un ordre extérieur, qui s'impose à la volonté de chacun, qui se trouve littéralement «jeté devant elle» eut dit Marcel («*ob-jectum*») et qui l'investit de la liberté d'agir en tant que pouvoir d'agir, pouvoir permis et donc droit.

Ce schéma devenu relativement familier s'est diffusé à partir des XVI^e et XVII^e. On en doit notamment à Suarez (*De Legibus*) les meilleures formules: en tout cas les plus usitées, quoique son nom soit trop peu cité, et oublié avec Vitoria dans son retentissement international. Un tel mécanisme institue et garantit la distribution des droits subjectifs à partir du droit objectif (représenté par hypothèse comme loi, mais aussi bien comme corps de topiques ou comme ensemble de principes recueillis par expérience doctrinale, - v. la *Magna Glosa* et v. les travaux de P. Landsberg, puis de Fz Wieacker... - ou judiciaire - v. l'*Analytical school* et v. J. Hall, P. Stein...).

Ce qui ne passe pas par ce mécanisme apparaît dévalué: tout prétendu pouvoir obtenu hors du contrôle du droit objectif, et qui ne serait pas assimilable à une permission, figure à titre de

simple «liberté pour», une liberté en partie rapprochée cependant du pouvoir-permission, dans sa corrélation avec autrui, sous la forme de la tolérance ou de la *licencia*. Quiconque ne peut se prévaloir ainsi du droit ou de la permission mais de la seule tolérance ou licence, en risque la révocation à tout instant et dépend de la volonté qui la lui a accordée de sa propre initiative sans être nullement tenue de la lui maintenir.

Au reste, la présence d'un autre sujet de droit témoigne d'une donnée inéliminable qui anticipe sur la réalité intersubjective du droit comme pouvoir en relation avec autrui. Dans le pouvoir-permission, attribué à un sujet, si aucun autre sujet n'entre en scène de manière singulière, c'est l'ensemble de la société, dira-t-on avec Wolf et Kant, qui se profile derrière: elle est obligée et tenue d'avoir à protéger l'exercice d'un tel droit. S'il y a exclusivité du droit dévolu, parce qu'il repose suivant une totale autonomie sur la tête d'un seul, il n'est pas pour autant coupé de la société même que représente le droit objectif. Raisonner qu'adoptera donc l'idéalisme en promouvant la suffisance du droit personnel, mais que l'on peut en simple logique considérer comme fournissant l'explication formelle et cohérente de la genèse de tout droit subjectif.

Emergence de la relation

Sous un deuxième aspect, le pouvoir s'affirme *en relation avec* et renvoie à un autre sujet de droit, de sorte qu'il peut être véritablement l'héritier d'un pouvoir naturel à caractère social, pouvoir tel qu'Alberdi, à l'honneur dans ce recueil, l'a défini.

Il s'agit de rendre une fois de plus le pouvoir solidaire d'un devoir corrélatif et d'analyser la portée de celui-ci dans une ligne qui confirme la suprématie, très néo-kantienne, du droit personnel sur le droit dit «réel». Mais il s'agit également d'assurer au sujet juridique un statut générique qui lui fasse perdre l'individualité que l'on croit abusivement attachée à un état de nature égoïste et anarchique. Cet état est déjà porteur de régulations propres qui orientent vers une coexistence élémentaire. Il n'est guère possible de reconnaître à l'un le même attribut de pouvoir que l'on n'accorderait pas à l'autre, chacun étant «obligé» de se soumettre aux prérogatives d'autrui semblables aux siennes. Le pouvoir licite que traduit le droit subjectif est donc loin d'exprimer les prétentions à la domination ou à l'hégémonie d'une volonté que lui reprocheront à l'envi les tenants de l'école positiviste, dans le sillage *sociologisant* (de Comte et de Duguit qui plaident plus en faveur d'une *fonction* se substituant à l'organe jugé trop individualisé du droit) ou *normativisant* (avec Kelsen qui estime les règles «imputatives» suffisantes à constituer ou à «produire» le droit).

Côté actif, le pouvoir fait émerger *un lien entre sujets* qui se conjugue au singulier ou au pluriel («obligation passive universelle»). Il suppose toujours que le sujet, même naturellement ou factuellement perçu, entre au préalable dans une catégorie rationnelle à laquelle il appartient avec d'autres apparentés à une série identique, et soit ainsi en rapport implicitement créditorial avec une catégorie symétrique.

Du sujet hors lien de droit

Si cette généralisation qui affecte le sujet du pouvoir atteste de sa socialisation contraire à l'idée d'un *self love* qui vicierait le droit subjectif, la réalité profondément spécifique du sujet, à un degré existentiel ou concret, ne saurait pour autant trouver là un prétexte à être niée.

Ce fut la préoccupation d'Alberdi de montrer précisément qu'une zone d'intimité singulière, «inviolable et sacrée», devait subsister sous la notion de pouvoir génériquement compris, cette zone à laquelle a seul accès le «coeur» au sens pascalien (ou l'intuition sympathique au sens de certains Ecossais - Smith notamment) par-delà les facultés d'uniformisation de la raison (v. O. Ghirardi: *El derecho natural en Alberdi*, 1997, p. 131). Une zone que le réalisme classique réservait déjà quand, suivant s. Thomas, il distinguait la personne

«en elle-même» que le droit ne peut viser et qu'il doit donc respecter (en s'abstenant de la définir), personne «sous-jacente», «sub-sistante» ou acte d'exister précédant une «nature», et la personne «*in obliquo*», la personne socialisée, interdépendante, qui relève directement du juridique et que l'on n'a pas attendu la phénoménologie husserlienne ou ortéguienne de l'intersubjectivité pour découvrir.

Dans cet esprit, nous nous sommes employé bien des fois à dissocier la personne (de la relation verticale, du don et du pardon) et le personnage (de la relation horizontale, de l'échange, de la propriété et de la responsabilité), une éthique première en somme et le droit «tout court»...

C'est mettre du coup en évidence la limite constitutive du droit et ce que la philosophie juridique peut appeler *l'injustice*. Cette injustice ne provient pas uniquement de l'atteinte que subit l'homme du fait du comportement des autres et que le droit a vocation à réparer; elle consiste en l'atteinte qu'il peut subir du fait de l'attitude du droit lui-même qui sortirait de ses limites, qui empièterait sur l'homme-personne en le réduisant à l'homme-personnage des rôles standardisés: l'injustice est en ceci que le droit peut priver l'homme de sa plénitude, de sa dimension la plus large, niée, refoulée ou plus souvent récupérée, sous prétexte que, lui échappant, elle se soustrairait à «toute légitimité», et il peut donc l'enfermer dans une dimension partielle et protocolaire.

Voilà à quoi conduit l'idée que l'identité n'est pas un donné ontologique, mais est le résultat d'apprentissages, voire de rites de passage. En dépit des infinies nuances luhmaniennes, c'est bien ce qui est caractéristique des théories systémiques si apparemment généreuses, et même dénonciatrices des aliénations de l'homme par le droit et par les abus de son administration, mais si agressives à l'égard du métaphysique diabolisé, et pénétrées d'un paradoxal et suspicieux esprit de contrôle des comportements avec de terribles menaces de planification du vivant. Ces théories s'engagent dans la fuite du principe de réalité et développent au fond une sorte de «complexe Monsanto» face à l'organicité rebelle et spontanée des formes de la vie sociale et juridique. D'où leur projet globalisant de les «légitimer» en les *procéduralisant* jusqu'à n'en admettre aucun «résidu» réfractaire.

Comme prépare à le comprendre de manière lucide et avisée la théorie alberdienne, l'injustice la plus à craindre, la moins imaginative de toutes, la plus banalement créonienne depuis l'aube des temps, celle que le philosophe du droit est fondé à dénoncer, tient précisément à ce que *le droit lui-même se mêle de définir et d'absorber ce qui le déborde et qu'il s'abstienne de le respecter ou de le laisser-être*. En promouvant des solutions positives dans l'ordre social, le droit favorise *indirectement* le déploiement de l'homme personne singulière qu'il évite de vouloir régir; ainsi est-il la garantie de la liberté, car s'il prétendait se soumettre *directement* cette personne singulière, ce panjuridisme ou ce totalitarisme du droit caractériserait donc l'injustice et sa persistante erreur dans l'acception originellement platonicienne: prendre la partie pour le tout...

Rénovation du langage: l'ouverture au concret

Par sa terminologie subjectivisante, par le recours aux notions de pouvoir et de permission légale, un droit peut certes paraître incliné dans une direction idéaliste qui rend plus facile l'assimilation dénoncée, puisqu'elle émane finalement de l'identification fondamentale de la pensée du réel au réel lui-même. Mais il peut ainsi n'en rien faire et il peut tout au contraire accueillir l'influence d'un réalisme qui contribue à reconnaître chaque ordre à sa place et ménager à la situation de la personne individualisée un respect élémentaire. Il n'est pas nécessaire d'en revenir à des formulations surannées. Il suffit de pratiquer un langage (sur le modèle suarézien éprouvé) dont la forme n'est pas censée préjuger du contenu sémantique au plan philosophique, et de soutenir qu'un personnage n'est pas une personne... A moins d'oser introduire parfois un vocabulaire inédit qui incorpore à ce langage des références telles qu'elles

le contraignent déjà à se dépasser, sur des questions où le risque de généricisme est il est vrai le plus fort.

Alberdi, que nous pouvons une nouvelle fois prendre à témoin, en donne un exemple historiquement exceptionnel lorsqu'il propose de remplacer la formule héritée de la *Déclaration DHC* «tout homme» par «tout habitant» (v. Ghirardi: *La filosofía en Alberdi*, 2^e ed., 2000, pag. 236; et v. la thèse d'A. Zabalza: *La terre et le droit. Du droit civil à la philosophie du droit*, Bordeaux Univ. Montesquieu, 2001): en conservant la dénomination abstraite et en la rattachant au lieu, il rend impossible les discriminations liées aux sous-catégorisations et qui aboutissent à répartir différemment les rôles entre citoyen et non-citoyen, national ou étranger, travailleur ou chômeur, etc. L'«habitant», c'est tout homme, mais en tant qu'il «vit et meurt» en un endroit donné. Quelle meilleure définition qui utilise un genre pour faire échec au généricisme, à l'heure où l'on a habitué les esprits à penser qu'il y avait les peuples «civilisés» ...et les «autres»: préambule de la *Theory of justice* ou Sommet de Gênes !.

La technique de la fiction aura beau s'emparer du vocabulaire du «pouvoir» pour y ajouter de sous-qualifications adaptées aux effets pratiques à obtenir, en jouant sur des identités de convention, jamais cet arrière-plan ne sera perdu de vue (V. surtout J. Dabin (*Le droit subjectif*, Dalloz, 1952), qui d'ailleurs recueille une définition *relationnelle* du droit subjectif comme maîtrise ou pouvoir associé à la notion réaliste d'appartenance de la chose; et v. les réflexions d'A. Mizunami: *La notion de droit. Autour de J. Dabin*, Tokyo, Seibundo, 1986). La fiction fait pénétrer dans une interprétation où règne l'intérêt des solutions; elle n'interdit nullement un autre type d'interprétation, de finalité plus spéculative, qui s'interroge sur le bien-fondé des qualifications premières et qui ne se prononce guère sur les mécanismes subsidiaires de subrogation mutuelle ou de permutation. Il y a en somme l'herméneutique qualifiante et ouverte, heuristique par essence, et l'herméneutique du qualifié, qui procède en circuit clos, et que le besoin de certitude pousse à s'aveugler sur la précédente.

III. La puissance ou la tentation de l'abstrait

D'une force matérielle à une force morale

Liberté et pouvoir ne vont pas enfin sans la puissance, un concept qui achève d'éclairer le sens du droit. La puissance est force, selon l'image la plus frappante qui s'y attache par la mise en scène judiciaire de ses sanctions. Mais elle traduit aussi la potentialité: elle indique que l'acte même qui extériorise le droit et le rend manifeste est suffisamment contenu dans l'investiture initiale qui en renferme la possibilité.

Si la puissance est tout d'abord synonyme de force, si elle correspond à une énergie ou à un dynamisme qui tend à mieux affirmer encore l'idée de liberté, c'est afin de faire ressortir son origine paradoxalement individuelle. Elle marque alors l'intrusion dans l'ordre du droit du sujet particulier saisi comme mouvement de tension vitale ou comme *conatus* spinoziste. Elle reflète ainsi la *potentia* ou le *mögen* lié à des capacités propres, supposées communiquer au droit l'élan qui le conduit à s'établir et à valider en retour ce qu'il a tiré d'une nature turbulente ou dépravée en la disciplinant (v. Machiavel ou Hobbes).

Encore n'est-ce là définir qu'une force matérielle, physique ou corporelle, en se plaçant beaucoup plus du point de vue de son *contenu* que de sa *forme*. Sa forme révèle son lien avec le droit objectif «validateur» et véritable cause de la création des droits. Sous cet aspect formel, la force ou l'énergie change de nature pour devenir morale, intellectuelle ou volontaire. Du moins faut-il comprendre que la «volonté», dans l'esprit des Lumières (ici essentiellement germaniques), a désigné très vite l'expression même de la «raison» en tant qu'elle parvient à *s'universaliser*. Quand le droit cautionne la force matérielle et individuelle en l'accréditant dans sa forme comme force morale, il en fait le témoin de l'universel qui traverse tout homme, et il en appelle à sa *réalisation* ou entrée dans l'existence pour remédier à l'injustice, pour décourager les tentations de substituer les volontés partielles à la volonté totale.

Telle est la *Willensmacht* qui, à partir de la *Rechtslehre* de Koenigsberg envahit tout le XIXe et affecte profondément la dogmatique de l'enseignement des sources (chez les Pandectistes et les Exégètes de la première heure). Elle prétend rétablir la volonté générale à travers la volonté particulière par le biais de la puissance morale inhérente au droit subjectif. Perspective qui offre des développements à l'idéalisme rationaliste résurgent en fin de siècle avec sa doctrine de la «fonction sociale» (où la société s'entend du «règne des fins», c'est-à-dire des exigences de la raison autonomisée par rapport aux éléments empiriques tirés des situations réelles et historiques); perspective qui pourra cependant, sans trop de contradiction, accueillir des références plus incarnées aux attentes des personnes et des groupes, quitte à opérer des modifications de vocabulaire. Chaque pays a fait en ce domaine son expérience, et les efforts d'Alberdi à propos de «l'habitant» cité plus haut attestent qu'il a été un précurseur dans l'univers argentin au regard de la vieille Europe qui était alors en proie aux conflits nationalistes des après-révolutions.

La justiciabilité

Il reste que la *Willensmacht* désignera au plan judiciaire le renforcement procuré par l'action en justice, le «droit sur le pied de guerre» de Jhering; l'action apparaît comme l'ultime puissance formelle par rapport au droit lui-même considéré comme puissance substantielle, et dédoublable à son tour sous le profil du contenu et de la forme, de l'individuel matériel et de l'universel moral.

Le droit est la puissance *légalisée*, couverte de la forme qui la valide et qui authentifie son origine dans la raison justificatrice; l'action est la puissance *judiciarisée* (la *Macht* se convertissant en *Zwangbefugniss*). Et deux écoles de pensée pourront s'emparer de ce critère du droit subjectif dont l'action assure le respect.

Une interprétation marginale détachera le droit de son substrat juridictionnel pour n'y scruter que la capacité sociale à s'imposer et n'y discerner qu'un ressort de réussite de la *praxis*. C'est l'optique du pragmatisme nietzschéen ou jamesien, négateur de vérités ontologiques et relevant la puissance comme *volonté d'elle-même* en vue de soutenir n'importe quel contenu pourvu qu'il soit effectif: *Wille der Macht* et non en toute rigueur *zur Macht* - ce qui pourrait préfigurer le formalisme normativiste ou analytique, indifférent à la matière ou à la valeur signifiante des règles.

Une autre interprétation plus répandue se prévaudra d'un réalisme à caractère sociologique. Elle identifiera le phénomène juridique par cette aptitude latente à déclencher le procès que comporte la puissance ainsi conçue et, - soit elle redécouvrira à travers lui une tradition romaniste où l'action se dissocie du droit qu'elle protège, lequel se définit comme bien ou part à déterminer par la dialectique du juge, - soit elle stimulera une méthode voisine empruntée au *common law* et envisagera de proche en proche le droit comme un donné susceptible d'émerger de l'argumentation en situation, une fois franchi le seuil de la reconnaissance des moyens procéduraux d'introduire sa «cause»; cette cause comme «chose» (en raison de la même étymologie) marque la substantialité d'un droit plus radicalement émancipé que jamais de l'ordre des volontés subjectives (de celle des individus attributaires de puissance comme de celle d'un législateur auteur d'une distribution mythique).

Le domaine du potentiel

Mais la puissance doit en même temps reprendre ici son sens de virtualité de l'action à naître. Quand le droit objectif délivre un droit dit subjectif à son titulaire, il lui remet un titre, il lui accorde une investiture («ensaisinement») du droit haut-féodal lié aux influences des coutumes germaniques, et plus largement de rites importés du moyen-orient ancien). De sorte que s'établit une scission entre le titre et le contenu ou la matière qu'il recouvre, composée, sous le nom de prérogatives ou de facultés, d'un ensemble de pouvoirs précis. Au regard du titre qui

les légitime et les réfère au droit objectif, leur émetteur initial, ces pouvoirs deviennent des «puissances»; ils dénotent une pure et simple possibilité d'action qui n'a nullement besoin en effet de s'accomplir pour faire acquérir ou conserver à celui à qui il profite le droit subjectif dont elles procèdent.

Certes, cette abstraction n'est pas nouvelle. Tout droit la suppose. Et en passant de l'objectif du réalisme d'une nature des choses au subjectif du domaine des volontés, l'on n'a rien fait d'autre, au fond, que d'étendre la même abstraction qui caractérise dès ses origines le droit gréco-latin, ou même le droit suméro-akkadien dont on admet enfin qu'il a été authentiquement fondateur des catégories actuellement utilisées. Dès que le bien, objet de qualification du droit, par exemple un fonds de terre, est perçu dans son aptitude à être approprié (en adéquation avec ses fins écologiques, économiques, esthétiques, sociales), il est aisé de se représenter le corrélat subjectif de la puissance attributive de cette appartenance et tout aussi abstraite qu'elle («chose incorporelle», «chose morale»). Quand le droit a été objectivement établi dans une part provenant d'un échange, spontanément sont apparus de concert et tacitement reliés, et l'appartenance de cette part en tant que droit, et le droit à cette part non encore effective, sous la dénomination d'«obligation».

Mais il est logiquement normal parce qu'*ontologiquement évident* (conforme à l'ordre même de l'être) que le processus de l'abstraction soit empirique et inductif et évolue parallèlement de l'objectif vers le subjectif. Ce mouvement, l'enfant le suit, comme les peuples et les cultures dans l'histoire. On ne découvre alors jamais «après» que ce qui était donné «avant». Ainsi le résultat d'une démarche empirique peut conduire à la révélation d'un élément totalement *apriorique*, indépendant de l'expérience, et attestant sa présence immédiate à la pensée. L'enfant d'homme devient homme: parce qu'il l'était dès le départ. L'on ne devient ici que ce que l'on est, et non un profil d'emprunt modifiable au gré des circonstances.

Constater la puissance au terme des efforts de l'abstraction, et en tant qu'abstraction la plus élevée, c'est constater alors ce à quoi renvoient de l'intérieur et régressivement son objet, son contenu, sa matière, les prérogatives qu'elle désigne à partir de leur objet propre, si l'on cherche à en approfondir le sens. Rien n'est en l'occurrence qui n'ait été donné d'emblée. Et si l'on devait redouter l'idéalisme auquel risque de conduire la notion de puissance isolée des référents qui lui ont permis de s'établir, il n'en faudrait pas moins oublier le réalisme qui s'attache à ceux-ci au point de regarder l'idéalisme en question comme une sorte de conséquence du réalisme lui-même. Il ne se comprend en tout cas qu'en intégrant le prétendu contraire dont il est issu.

La puissance autonomisée ou l'appel du vide

De fait, l'abstraction de la puissance a parfois pris le chemin de l'idéalisme le plus provocateur dans sa négation de la nécessité de l'accomplissement de l'action. Ce qui a pu faire réfléchir de la manière la plus critique sur les implications nominalistes dont a été chargé le droit subjectif dès la crise qui a provoqué la diffusion de ce concept (comp. entr'autres: Cesarini Sforza, D'Ors, Villey, Parisoli); ce qui a pu justifier que l'on cherche à rendre solidaire son histoire de l'histoire même de l'idéalisme philosophique (v. nos développements: V° «Droit subjectif», in *Encycl. univ. de la philo.*, vol. *Notions*, Paris, PUF, 1990, pag. 704 s.) en en venant à lui reprocher ce manquement au réel qui signifie aux temps modernes une indifférence grave aux valeurs de la société et à la situation des plus pauvres.

Autonomisme kantien aidant (v. notre note «Autonomie», dans la même *Encycl. univ. philo.*, *op. cit.*), la puissance a pu devenir en effet ce signe du droit auto-suffisant qui se dispense de toute «réalisation» ou *Wirklichkeit* dans l'existence, en condamnant à un irrémédiable dénuement les exclus de la distribution des droits: ils ont été voués à en assumer le contenu ou la matière sans jouir d'une contrepartie proportionnelle. Néo-féodalisme des droits subjectifs érigeant leur «domaine éminent» dans le rejet de tout «domaine utile», tel qu'on le voit aujourd'hui à l'oeuvre dans le droit des groupes de sociétés commerciales formant les

«multinationales» et incitant au regroupement économique des capitaux: cette pratique se situe au sommet même de *l'abstraction de la puissance* attachée à la personne morale sujet de droit, titulaire d'un patrimoine et d'un passif propre, coupé de la réalité matérielle et humaine de l'entreprise, et facteur d'une paupérisation accrue que l'on a en même temps la bonne conscience de vouloir secourir (l'on sait que les «affameurs» bénéficiaires de monopoles de marché par abaissement programmé des cours des marchandises ou par taxation voire par embargo organisent conjointement l'assistance de leurs victimes, ce qui semble leur procurer autant les avantages de la défiscalisation que ceux d'une apparence internationale de crédibilité morale et juridique)...

A chaque époque, l'on peut se complaire à dénoncer de tels excès de la puissance comprise comme potentialité, comme passivité suprême, renouant avec le thème de la liberté de ne rien faire. Il s'agit du danger même de la décadence qui compromet tout progrès quand il méconnaît de quel mouvement exact il est l'expression historique et quand il prétend introduire des ruptures ou des coupures. Si l'ensemble du passé n'est pas conservé par le progrès lui-même, il ne signifie aucune avancée mais dessine la voie de la déchéance ou de la régression. Si, au contraire, la puissance est conceptuellement saisie *dans son rattachement au sujet, et en bonne harmonie avec tous les autres éléments dont elle est tributaire, du côté objectif ou du côté de son contenu*, alors on peut parler de progrès. La conceptualisation romaine a pu ainsi représenter un progrès par rapport à la mésopotamienne, et la conceptualisation médiévale par rapport à la romaine. Mais si la puissance s'isole et s'autonomise, comme l'ont montré les impérialismes romains ou médiévaux ou renaissants, l'on retombe très vite à un degré qui exige la reconstruction de l'ensemble. Il est en effet facile, en arrivant à la partie la plus haute, *de cesser de voir le tout dont elle est démembrée*. Et c'est à croire que l'injustice atteint sa définition la plus achevée: elle se présente comme la traduction *de l'abstention hypocrite ou de la force d'inertie*. Elle n'est pas uniquement dans la privation de la totalité de l'être, elle est dans l'immuable platonicien, répétant sa morne uniformité, au coeur de toute attitude qui cherche à s'en déprendre ou qui y résiste. Résister au tout, c'est vouloir secrètement le détruire. Le théoricien moral a d'ailleurs su discerner là le nerf de l'injustice: il a dénoncé l'absence d'attachement actif et dynamique à un tel «tout», capté par le premier regard ou par la première connaissance innée de l'esprit, derrière les conformités extérieures et les bonnes intentions ou les vaines sincérités qui les soutiennent.

Perspectives de l'homme situé

En abandonnant toute prévention anti-métaphysique de l'identité perçue *in concreto*, le langage peut seul contribuer à la résurgence de l'essentiel, s'il était encore temps de sauver le discours abstrait constitué et pétrifié qui lui a fait obstacle ou qui l'a habilement masqué.

Ce pourrait être l'exemple d'un Alberdi dans ses fameuses *Bases*, exemple d'un héritier des philosophies dominantes de l'Europe mais qui n'oubliera pas, entre la Cordillère et l'Atlantique, sur sol argentin, ce dont cet héritage était lointainement la conquête afin d'être mieux le possédé (comp. Malraux reprenant le *Faust* de Goethe): *qui n'omettra pas le sens de l'origine ou du «droit premier» dont le patrimoine reçu n'est qu'un développement localement circonscrit à l'intérieur de l'Europe*, et qui, par conscience même de cela, refaçonnera un nouveau langage, en fonction d'autres applications distinctes bien qu'analogues; c'est ce que la référence à «l'habitant» plus qu'à «l'homme» prouve avec une suffisante netteté.

Par-delà le «droit social» où l'homme est en rapport avec son «semblable», il faut admettre le respect inaliénable de l'homme concret comme de chaque société; la pensée du singulier réel l'emporte ainsi sur celle de l'universel idéal. Pas d'abstraction sans référent qui l'individualise dans l'être. Alberdi a ici corrigé Bacon et Descartes par Pascal, affirmant l'unité irréductible de l'homme particulier; il a aussi corrigé Cousin ou Jouffroy par Lamennais en regardant non le

peuple de raison ou l'entité du «tout le monde» des idéologues, mais le peuple vivant, ou, suivant la formule qui a tant plu à Rosmini: «le peuple dans les yeux».

Notas:

* Académico correspondiente en Francia.

SEGURIDAD ALIMENTARIA Y SOLIDARIDAD EN EL DERECHO AGRARIO

por RICARDO ZELEDÓN ZELEDÓN *

1. Uno de los valores más difundidos en los últimos años dentro de la conciencia jurídica del concierto internacional de las naciones es el de la seguridad alimentaria.

Constituye un conjunto de principios generales incorporados en los ordenamientos jurídicos llamados a constituir un eficiente instrumento para integrar un complejo número de normas, cuyo impacto redefine la filosofía de los sistemas jurídicos.

Al igual de cuanto acontece con el desarrollo sostenible, también la seguridad alimentaria es un derecho humano de la tercera generación, de carácter transversal porque afecta todo el ordenamiento jurídico y no constituye en sí una rama independiente del derecho, pero todo lo afecta.

La seguridad alimentaria es un típico derecho de solidaridad, con impacto en los pueblos, los grupos y las personas, con profundo sentimiento social, para la protección de la vida, la salud y la seguridad de las personas, los alimentos vegetales y animales, y el medio ambiente.

El tema surge desde hace varios años en el ámbito de la FAO, se desarrolla con la Cumbre de Naciones Unidas, sobre desarrollo sostenible, de Río, en 1992, y logra su culminación en la Cumbre de Naciones Unidas sobre seguridad alimentaria, celebrada en Roma en noviembre de 1996.

Este Seminario polaco-latinoamericano se inscribe dentro de estos importantes documentos, pero puede proyectarse dentro de las evaluaciones a conocer por el Comité de Seguridad Alimentaria, de la FAO, cuyo 27º período de sesiones citada para Roma la próxima semana (del 28 de mayo al 1º de junio) cuyos resultados serán analizados en la próxima «Cumbre Mundial sobre la alimentación: 5 años después» a celebrarse en Roma entre el 5 y el 9 de noviembre de este año 2001.

2. En el derecho agrario la seguridad alimentaria se ofrece como un instrumento de expansión, pues a los tradicionales institutos les ofrece nuevas opciones, los desarrolla, y les ofrece una profundidad mayor.

Por esta razón al derecho agrario influido por la seguridad alimentaria se le verá como una disciplina rejuvenecida, no sólo limitada al proceso productivo en sí mismo, sino a una productividad más consciente, vinculada a los consumidores, con altos criterios de solidaridad, donde temas como la agricultura orgánica, plurifuncional o ejercida en armonía con la naturaleza, ahora también debe constituirse en un mecanismo de lucha contra el hambre y, en general, para un mundo más justo y humano, no sólo vinculado al mercado.

La seguridad alimentaria marca el tránsito entre el derecho agrario tradicional y el derecho agrario humanista del futuro.

3. El derecho agrario es una disciplina en permanente expansión, en un complejo proceso de ósmosis de sus normas con las de otras ramas jurídicas. No es un derecho estático.

Lo agroalimentario, así como lo agroambiental, son segmentos en expansión del derecho agrario, no le niegan ni le sustituyen.

La seguridad alimentaria se proyecta en lo agroalimentario de la disciplina, ahí se expande el agrario, en el complejo e importante sector de alimentación.

El problema de la alimentación es la doble vertiente ofrecida para su análisis. Una de ellas se vincula con los mercados, a la producción para un consumidor más refinado, donde el producto agrícola es un bien novedoso, sujeto a un régimen jurídico complejo, muy vinculado a la distribución, comercialización y exportación, dentro de una economía globalizada.

La otra vertiente es absolutamente opuesta. No se refiere a la globalización sino a la solidaridad. Aquí es donde ponen su acento las reuniones y los órganos de Naciones Unidas. El tema alimentario se dirige a salvar a 800 millones de habitantes de todo el mundo, flagelados por el hambre, sumidos en la pobreza, la carencia de educación, el atraso cultural, y la ofensa a la humanidad, incapaz de evolucionar con un sector tan grande en las puertas del abandono y la muerte.

El dilema entre globalización y solidaridad puede ofrecer dos ópticas contrastantes, incluso podría acusarse a la globalización de ser causa del empobrecimiento de los pueblos y de grandes sectores dentro de la sociedad, sin embargo conviene tomar acto de ambas concepciones para equilibrar los institutos y la filosofía del derecho agrario.

Aquí el personaje del consumidor agroalimentario requiere un tratamiento diferente. El consumidor con posibilidades de escoger dentro del mercado los productos mejores no es igual a quien tiene cerradas las puertas a la alimentación. No merecen un trato igual porque son abiertamente diferentes. Sobre todo cuando un pueblo, un sector de la población, o el ser humano en particular no cuenta con los requerimientos mínimos de alimentación que exige del concierto de las naciones, de los pueblos, de los demás seres humanos, una respuesta más justa, más solidaria, más humanista.

Este último aspecto, pese a lo social del derecho agrario, no ha sido motivo de sus preocupaciones. Siempre ha parecido más un problema político y no jurídico. Pero la nueva filosofía de la humanidad exige una toma de posición diferente.

Por esta razón cuando el jurista, inconsciente de los sufrimientos de sus pueblos, se convierte en instrumento o cómplice de la fría economía, el concierto de las naciones le quiere alertar, y preguntarle si el desarrollo de temas como el mercado, la desregulación, la privatización, a espaldas del ser humano, o sin medir su impacto negativo en las personas, puede ser argumentos para un derecho agrario sustentable.

4. Jurídicamente, el tema de la alimentación tiene un largo y profundo tratamiento. Seguramente, en muchos países los constitucionalistas no encuentren ningún derecho consagrado en tal sentido, o el operador del derecho quizá no vea un ordenamiento acabado sobre la materia. Pero una impresión reduccionista constituye una visión equivocada. Porque internamente el tema va vinculado a la protección de la vida y la salud de las personas, con normas concretas: incluso como derechos fundamentales de la primera generación. Pero en el ámbito internacional, de los tratados y los convenios, hay un rico conjunto normativo, debidamente integrado en el derecho interno, donde la alimentación pasa a ser derecho de la segunda y hasta tercera generación de los derechos humanos.

La creación de la FAO, en Quebec, Canadá, en 1945, como órgano permanente de las Naciones Unidas, para ocuparse de la alimentación y la agricultura, y la incorporación, en 1948, del derecho a la alimentación dentro de la Declaración Universal de los derechos humanos, constituye la prueba más evidente del interés de la humanidad en el tema, y de su profundidad jurídica.

En 1960 la FAO impulsa la Campaña Mundial contra el hambre, incluyendo a sectores no gubernamentales; en 1962, juntamente con la Organización Mundial de la Salud, crea la Comisión del *Codex Alimentarius*; en 1974 realiza la «*Conferencia Mundial de la Alimentación*» donde por primera vez se adopta un compromiso internacional sobre la seguridad alimentaria del mundo bajo el nombre «*Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición*».

A 20 años de la Conferencia Mundial de la Alimentación, en 1994, después de la Cumbre de Río, la FAO, pone en marcha dos grandes actividades donde hay una compleja línea política de gran impacto en los ordenamientos jurídicos. Se crea el *Programa especial para la seguridad alimentaria* (PESA), dirigido a los países de bajos ingresos y con déficit de alimentos, y el *Sistema de prevención de emergencia de enfermedades y plagas transfronterizas de los animales y plantas* (EMPRES), con el cual se impulsa la prevención, combate y erradicación de enfermedades y plagas.

La FAO incluye el tema de la seguridad alimentaria en varias cumbres de Naciones Unidas, y a su vez éstas redefinen el tema para darle una dimensión mayor a sus programas en un flujo y reflujo de principios y valores. Una comparación entre el documento producido por la «Cumbre Mundial sobre la alimentación», celebrado en Roma, en noviembre de 1996, con la participación de 186 jefes de Estado, respecto de las anteriores cumbres mundiales, ofrece un claro panorama de evolución axiológica, sobre todo con la de Río, de 1992, sobre desarrollo sostenible, la de 1993, de Viena, sobre derechos humanos, la de 1994, de población, en El Cairo, la del desarrollo social, 1994, de Copenhague, y la de las mujeres, de 1995 en Beijing.

De toda esta antigua y reciente normativa internacional emergen fuentes riquísimas para el derecho agrario, tanto de derecho positivo como axiológicas, cuyo impacto en las realidades mundiales tiene una importancia cardinal.

Es una normativa y una filosofía de solidaridad, no de competitividad ni de globalización.

5. Ahora el impacto de los resultados de la solidaridad son sometidos a prueba. No parecen ni tan positivos ni tan estimulantes. En 1996 se planeó, para el año 2015, eliminar la malnutrición en 800 millones de personas provenientes de países subdesarrollados o en vía de desarrollo, debido a la ausencia de acceso a los alimentos adecuados, pero al cumplirse 5 años de la «Cumbre Mundial sobre la alimentación» se piensa que no se llegará siquiera a resolver el problema a 400 millones de personas; además, para cumplir esta meta, será necesario «un nuevo compromiso político» porque las medidas no han sido cumplidas. Particularmente, la ayuda oficial al desarrollo agrario ha sido un fracaso rotundo, y la política de los países desarrollados no ha abierto sus mercados para recibir los productos de exportación de los países subdesarrollados o en vías de desarrollo.

En 1996 la humanidad se comprometió a un mundo sin hambre. Para ello la Cumbre aprobó la «Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial» y el «Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre alimentación». A 5 años de tales documentos el problema se agrava, porque no se ha llegado ni lejanamente a cumplir con la medida de sacar anualmente a 20 millones de personas del hambre. Desgraciadamente, ya se acuña en la misma FAO el término de «inseguridad alimentaria», y los datos oficiales del mismo órgano de Naciones Unidas para 1998, 2000 y 2001, bajo el título «El estado mundial de la agricultura y la alimentación» son alarmantes.

Los países no han conseguido reducir la malnutrición, de los grupos más pobres, no se ha mejorado la distribución de ingresos ni el acceso a los alimentos, convirtiéndose en un obstáculo para el desarrollo, sin haber encontrado respuesta en la agricultura o su economía, quedando en evidencia el poco progreso en la lucha contra el hambre.

En el análisis mundial de la agricultura se concluye la falta de mejoras de los países en vías de desarrollo en el ámbito de la producción. Los efectos de la crisis financiera influyeron negativamente. El aumento del ritmo productivo en los más exitosos es relativamente reducido. Las malas condiciones atmosféricas, los terremotos, la crisis económica en Asia generó una emergencia alimentaria en casi todos los países de la región.

La producción de cereales creció en los países desarrollados no así en los pobres, mientras en productos como trigo, maíz, arroz, azúcar, cacao, café, soja, no parecen obedecer a reglas fijas. Mientras tanto los precios del mercado mundial de acuicultura creció pero fueron los países desarrollados quienes importaron el 80% del total. Igualmente aumentó el precio de los productos forestales, en la misma dirección.

El problema de la alimentación, entonces, sigue vinculado a temas tan generales como los de la deuda externa, porque los países pobres no pueden importar alimentos ni producirlos, creciendo en forma acelerada las ciudades dependientes de una agricultura deprimida, por eso la inseguridad alimentaria crece en las ciudades, donde las familias pobres consumen un alto porcentaje de sus ingresos en alimentos, pues los productos aumentan de precio, como consecuencia de la interposición de los comerciantes entre los productores y los consumidores. Los países pobres son vistos por los ricos como mercados cautivos de grandes cantidades de consumidores, pero quienes no pueden consumir alimentos a los precios de los mercados

internacionales sólo podrán llegar a mercados urbanos, al menoreo, de productos con poca calidad nutritiva.

En esta forma el tema de la solidaridad alimentaria no se está cumpliendo como se previó en 1996, ni como se formularon las estrategias contra el hambre y la malnutrición.

6. Evidentemente, el tema de la seguridad alimentaria, en una visión humanista de solidaridad, ofrece grandes retos al derecho agrario. Son desafíos complejos donde la doctrina y la ciencia de la disciplina deberán reflexionar mucho, porque los instrumentos actuales no son suficiente tecnología jurídica como para darle sentido a las aspiraciones de la humanidad.

En el «Manifiesto de los Consumidores», presentado a la FAO para el análisis de los 5 años después de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación, se plantea la exigencia al «derecho a tener alimentos en todo momento», ello parece constituir un proceso evolutivo incapaz de detenerse, y de subrayar la participación activa y consciente de este importante sector dentro de los mercados agroalimentarios, quienes reclaman una posición cada vez más social de la política y el derecho, así como de su protagonismo dentro del mercado.

Surgen igualmente temas de la más compleja índole sobre un derecho agrario vinculado hacia la bioseguridad, la bioética, la biotecnología en la agricultura, naturalmente en función de la seguridad alimentaria sostenible, y así se ponen en duda las innovaciones de la ingeniería genética de los países ricos dispuesta a crear más vínculos de dependencia de los pobres (particularmente con los transgénicos).

La alimentación como derecho, naturalmente contrasta con las posiciones de la Organización Mundial del Comercio, sufre reveses con problemas complejos de plagas y enfermedades como los dramas europeos, con la pobreza y la malnutrición de los países pobres, pero dentro de estos complejos problemas los agraristas debemos dar respuestas satisfactorias a nuestra ciencia, pero especialmente a las grandes mayorías, a la humanidad, y al futuro.

Notas:

* Académico correspondiente en Costa Rica.