

Juan Vicente Sola

La constitución como programa de gobierno

De *Juan Bautista Alberdi y la Independencia argentina. La fuerza del pensamiento y de la escritura*. Bajo la dirección de Diana Quattrochi-Woisson, Editorial Universidad Nacional de Quilmes, 2012.

Alberdi fue un gran polemista y la mayor parte de su obra es meramente circunstancial. Muchos de sus escritos están signados por la controversia y sus adversarios lo calificaron hasta el final de su vida de autor "panfletario". Sin embargo, y aun teniendo en cuenta sus contradicciones, los textos de Alberdi denotan una visión de la Argentina que todavía resulta útil para comprender el presente. Por este motivo nos parece innecesario ahondar en la discusión sobre la influencia directa de las obras de Alberdi en la Constitución de 1853. La utilidad tanto del libro *Bases* como de su *Proyecto de Constitución* que acompaña la segunda edición de aquella obra de julio de 1852, radica en que su visión de lo que debiera ser el país conserva aún gran actualidad.

La Constitución como programa de gobierno

Alberdi sostenía que la Constitución de 1853 incluía un plan de gobierno que transformaría la estructura jurídica y económica colonial española en una sociedad moderna basada en gran medida, aunque no exclusivamente, en el modelo de los Estados Unidos. Luego de 1853, la sociedad argentina era una sociedad republicana, alejada de la monarquía española, que debía extraer sus fundamentos de otra sociedad republicana y federal. Eso explica el acercamiento a los Estados Unidos, a pesar de la innegable influencia de Europa, y particularmente de Francia, en la Argentina. Sin renegar de su formación francesa, ni de la admiración cultural que el país de Voltaire le seguía inspirando, Alberdi comienza a estudiar las constituciones de diferentes estados americanos y de Suiza. Alberdi tenía una visión sin duda francesa de los Estados Unidos y de otros sistemas federales, por lo que aparece una comparación inevitable con Tocqueville. La idea según la cual la Constitución establece un programa de gobierno es importante para entender la manera en que Alberdi piensa la formación de un nuevo gobierno constitucional y republicano.

Comentaremos tres de sus obras que dan cuenta todavía de una enorme actualidad: *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853*, publicada en Valparaíso en 1854; *La política exterior de la República Argentina según su Constitución de 1853. Aplicable a las Repúblicas de Sudamérica*, iniciada en 1854 —Alberdi la continuó más tarde, y alguno de sus párrafos fueron escritos a fines de 1874—; finalmente la polémica con Vélez Sarsfield a raíz del proyecto de Código Civil, a partir del escrito *El Proyecto de Código Civil para la República Argentina y las conquistas sociales del Brasil, carta dirigida a sus compatriotas y amigos*, redactado por Alberdi en noviembre de 1867.

Sistema económico y rentístico

En esta obra, Alberdi señala:

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, y ratifica la ley natural de equilibrio que preside el fenómeno de distribución de la riqueza.

Probablemente sea una forma extrema de economía normativa la que se escribe en la Constitución. Alberdi sostiene, de esta manera, que la obra no se refiere a la economía pura, sino a la economía aplicada y que *sometió el estudio de las reglas y de los principios de la ley constitucional argentina al desarrollo concreto de la riqueza del país*. Al mismo tiempo que un plan de gobierno, la Constitución contiene un gran sistema derogatorio que elimina todas las normas provenientes del monopolio español y que establece un nuevo conjunto de principios para una sociedad abierta. Alberdi consideraba que, de continuarse aplicando las normas del derecho civil, aquellas impedirían la aplicación de las normas de la Constitución y mantendrían vigentes las prácticas coloniales. En esto se producía una diferenciación con la Constitución de los Estados Unidos: aquella había sido la consecuencia de una emancipación dentro de un sistema colonial que mantenía formas de apertura económica y permitía la evolución de las instituciones jurídicas. Por el contrario, el sistema colonial español, con el monopolio en el comercio, requería de un sistema de legislación civil absolutamente centralizado, del cual ni los jueces ni los gobernantes ni los habitantes podían apartarse.¹ Eso explica la importancia de la Constitución como derogación de la legislación colonial. Esta perspectiva se pondrá en evidencia años más tarde, durante la pelea pública con Vélez Sarsfield acerca del proyecto de Código Civil argentino.

Alberdi escribió y actuó en tanto jurista, pero fue también un economista reconocido, lo que lo transforma en un precursor del análisis económico del derecho. Como miembro de la Société d'Economie Politique de París, tuvo oportunidad de relacionarse con algunos importantes economistas franceses de la época. El autor más profundamente ligado con la escuela de libertad de Alberdi era Jean Baptiste Say. Alberdi decía de él que era el "apóstol más lúcido [de la escuela de la Constitución], su expositor más brillante [...] cuyos escritos conservan esa frescura imperecedera que acompaña a los productos del genio".² Al fallecer Alberdi en 1884, la revista *Journal des Économistes* (del 15 de julio) incluye una nota necrológica; su autor, T. Mannequin,³ escribe:

Atento a los acontecimientos de su país, la caída del dictador Rosas, al comienzo de 1852, le dio inspiración

¹ Por ejemplo las normas de derecho indiano determinaban como debían construirse las casas según la jerarquía social.

² Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, <www.eumed.net/cursecon/textos/2004/alberdi-sistema.pdf>, p. 4.

³ "Necrología; Juan Bautista Alberdi", *Journal des économistes*, París, julio de 1884, pp. 96-100. Fuente: <gallica.bnf.fr>, Bibliothèque Nationale de France

para el primero de sus trabajos económicos y políticos que han hecho su reputación de pensador claro, práctico y responsable, las *Bases* [...] Una prosperidad, incomparable en la América española, ha confirmado admirablemente la política basada en las ideas de Alberdi [...].

En *Sistema económico y rentístico*, Alberdi resume y explica con detalles técnicos las ideas económicas básicas que respaldan la Constitución, deseando que la independencia y el progreso del país fueran consolidados a través del desarrollo económico. Afirmaba que "la constitución federal argentina contiene un sistema completo de políticas económicas". Así, la Constitución planteaba un nuevo camino para el país. Alberdi se pregunta:

¿Qué ha hecho la Constitución para establecer los deseados avances económicos? Estudiar y darse cuenta de los manantiales de la riqueza y guiada por los consejos de la ciencia [...] [ha buscado] rodear de garantías y seguridades el curso espontáneo y natural de aquellos manantiales.

En suma, "la riqueza es hija del trabajo, del capital y de la tierra". Dentro de este contexto, la obra mencionada hacía amplias referencias a tres grandes temas: la producción, la distribución y el consumo. Respecto del primero de ellos, insistía en que "de los tres agentes de las fuerzas de producción que reconoce la riqueza creada; tierra, capital y trabajo, se puede decir que la Confederación solo posee el primero, en la época presente". Con referencia a la distribución señalaba que "para proteger mejor el fin social de la riqueza, he preferido la distribución libre a la distribución reglamentaria y artificial". En lo que se relaciona con el consumo, dividía al mismo en consumo privado y público. Respecto del primero aseguraba la libertad. Respecto del segundo, la idea era que lo que se procuraba era "no tanto que la riqueza pública sea grande, sino bien distribuida, bien nivelada y repartida". En materia de educación, el gasto público podía tener importante presencia. Respecto del comercio internacional, señalaba que la "aduana proteccionista es opuesta al progreso de la población, porque hace vivir mal [...] Las aduanas interiores no pueden existir".

Un problema central, afrontado por Alberdi, era que el país solo disponía con amplitud de tierras y recursos naturales, careciendo de los demás factores importantes de producción: capital y trabajo experimentado. Planteaba, entonces, que una salida exitosa para estas dificultades era lograr la atracción de dichos factores del resto del mundo, especialmente de Europa. La clave de la atracción y de su aplicación fructífera para el desarrollo de la "riqueza" argentina reposaba, según él, en lograr una organización adecuada apoyada en la libertad, el orden y la seguridad.

Un tema recurrente en la obra de Alberdi es la manera en que la reglamentación puede evitar la aplicación del programa constitucional:

El libro más importante en economía política aplicada no está escrito todavía. Sería aquel que tuviese por objeto estudiar y exponer la incoherencia de nuestra legislación civil de origen greco-romano, con las leyes naturales que

rigen los hechos económicos y los medios prácticos de ponerla en consonancia con ellas.⁴

Las consecuencias de esta doctrina serían la base de la polémica con Vélez Sarsfield, en ocasión del proyecto del Código Civil. Alberdi temía que la regulación funcionara como una "expropiación regulatoria". Según él, la única fórmula positiva de libertad industrial era la de dejar hacer:

Si no hay para su régimen más principios y garantías que los ya mencionados de propiedad, libertad, igualdad, seguridad e instrucción, que la Constitución concede a todos los modos de producción, se deduce que todo el derecho constitucional agrícola de la República Argentina se reduce a la no intervención reglamentaria y legislativa, o, lo que es lo mismo, al régimen de dejar hacer, de no estorbar, que es la fórmula más positiva de la libertad industrial.

En términos que prefiguran la obra de James Buchanan y la doctrina de *Public Choice*⁵ dice con respecto al abuso tributario:

Después de ser máquinas del fisco español, hemos pasado a serlo del fisco nacional: he ahí toda la diferencia. Después de ser colonos de España, lo hemos sido de nuestros gobiernos patrios: siempre estados fiscales, siempre máquinas serviles de rentas, que jamás llegan, porque la miseria y el atraso nada pueden redituár. El sistema económico de la Constitución argentina hiere a muerte a este principio de nuestro antiguo y moderno aniquilamiento, colocando la Nación primero que el gobierno, la riqueza pública antes que la riqueza fiscal.

Al describir el derecho constitucional de la protección de la propiedad, asocia a la propiedad con el trabajo:

La libertad de usar y disponer de su propiedad es un complemento de la libertad del trabajo y del derecho de propiedad; garantía adicional de grande utilidad contra la tendencia de la economía socialista de esta época, que, con pretexto de organizar esos derechos, pretende restringir el uso y disponibilidad de la propiedad.

La regulación es una forma de asignación de recursos y por lo tanto una manera de limitar el derecho de propiedad; sus argumentos son un rechazo de la doctrina dualista, que señala distintos niveles de protección para las libertades civiles económicas.

Teniendo esto en mira y que la propiedad sin el uso ilimitado es un derecho nominal, la Constitución argentina ha consagrado por su artículo 14 el derecho amplísimo de usar y disponer de su propiedad, con lo cual ha echado un cerrojo de hierro a los avances del socialismo.

⁴ Todas las citas son tomadas de Juan Bautista Alberdi, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Buenos Aires, Editorial Luz del Día, 1954.

⁵ Geoffrey Brennan y James Buchanan, *The power to tax. Analytical Foundation of a Fiscal Constitution*, Nueva York, Cambridge University Press, 1980.

Alberdi asociaba al bienestar con la libertad personal y económica:

la libertad considerada por la Constitución en sus efectos y relaciones con la producción económica, es principio y manantial de riqueza pública y privada, tanto como condición de bienestar moral.

¿Cláusula del progreso o del privilegio?

Alberdi asocia la idea del progreso con la limitación de los costos de transacción, o sea los costos de funcionamiento del sistema económico. Las transacciones cuestan y su costo positivo es muy elevado. Alberdi fue previsor en cuanto a la necesidad de reducir los costos de transacción para asegurar el progreso económico. Se opone a los subsidios y a las exenciones impositivas.

Los medios ordinarios de estímulo que emplea el sistema llamado protector o proteccionista, y que consisten en la prohibición de importar ciertos productos, en los monopolios indefinidos concedidos a determinadas fabricaciones y en la imposición de fuertes derechos de aduanas, son vedados de todo punto por la Constitución argentina, como atentatorios de la libertad que ella garantiza a todas las industrias del modo más amplio y leal, como trabas inconstitucionales opuestas a la libertad de los consumos privados, y, sobre todo, como ruinosas de las mismas fabricaciones nacionales, que se trata de hacer nacer y progresar.

La cláusula del progreso, considerada como uno de los fundamentos de la ideología económica de la Constitución, fue tomada de la *General Welfare Clause* de la Constitución de los Estados Unidos. Por la mayor verbosidad que la distingue de su antecedente, se imaginó que impondría a los gobiernos futuros un camino hacia el crecimiento económico. Sin embargo, su interpretación posterior la define como un ejemplo de variación del objetivo constitucional hacia otro, menos ejemplar. El artículo 75, inciso 18, de la Constitución Nacional, determina como facultad propia del Congreso de la Nación la de:

Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.⁶

⁶ Podemos recordar las palabras del texto original de la Constitución de los Estados Unidos, artículo I, sección 8: "El Congreso tendrá facultad: para imponer y recaudar contribuciones, derechos, impuestos y arbitrios; para pagar las deudas y proveer para la defensa común y el bienestar general de los Estados Unidos: pero todos los derechos, impuestos y arbitrios serán uniformes en toda la Nación".

Uno de los primeros comentaristas de nuestra Constitución, Nicolás Calvo, señalaba que su extensión la debilitaba antes que fortalecerla. Lo recuerda Agustín de Vedia:

Comparando la cláusula americana y la argentina, Calvo piensa que la última amplifica y detalla el sobrio concepto de la primera, a riesgo de restringirlo, en vez de extenderlo.⁷

Como veremos más tarde, se utilizó el nombre de Alberdi para contradecir sus ideas.

Esta norma constitucional ha sido fuente de varias interpretaciones con consecuencias disímiles. La primera está asociada al gasto público, es el sentido original que toma en los Estados Unidos, y permite que el gobierno federal tenga una amplia capacidad de gasto en la medida que tenga como objetivo el bienestar general. La Corte Suprema interpreta la *Welfare Clause* de la Constitución de Estados Unidos limitando la competencia de este artículo a la capacidad tributaria y de gasto público del gobierno federal, para obtener el bienestar general de los Estados Unidos.

La segunda interpretación está asociada a la capacidad legislativa, excluida de la Constitución de los Estados Unidos, pero incluida, sin mucho fundamento, en la interpretación de la norma argentina. Es decir, que el Congreso Nacional es competente para legislar en cualquier materia que lleve al bienestar general, incluyendo de esta manera una capacidad casi ilimitada en la legislación nacional.

La tercera es la interpretación que permite los privilegios tributarios. Esta es la verdadera novedad de la *cláusula del progreso* argentina y ha sido fuente de considerables abusos. Esta transformación de la cláusula del progreso en una cláusula del privilegio ocurrió por decisión de la Corte Suprema argentina en el caso Ferrocarril Central Argentino, autorizando los privilegios tributarios extendiéndolos a los impuestos provinciales.

Una cuarta interpretación incluye la acción gubernamental para eliminar los obstáculos al bienestar general; en términos contemporáneos hablaremos de eliminar los costos de transacción. Esta interpretación era la de Alberdi, cuando nos recordaba los problemas a los que se enfrentaba el cumplimiento de la Constitución en una sociedad monopolista, propia del sistema indiano. Teniendo en cuenta su origen histórico y la opinión coincidente de Alberdi y Sarmiento sobre el tema, se podría haber pensado que la cláusula del progreso tendría un destino similar a la de los Estados Unidos, es decir orientar el gasto público hacia el desarrollo de la economía. Sin embargo, en la Argentina, la Corte Suprema le dio a la cláusula del progreso un contenido de competencia del gobierno federal para conceder privilegios fiscales, federales y locales.

Libertades económicas y situación constitucional de las comunidades de interés

Alberdi señalaba que:

⁷ Citado por Agustín de Vedia, *Constitución Argentina*. Buenos Aires, 1907, p. 297

La libertad económica es para todos los habitantes, para nacionales y extranjeros, y así debía de ser. Ceñirla a solo los hijos del país, habría sido esterilizar este manantial de riqueza, supuesto que el uso de la libertad económica, más que el de la libertad política, exige, para ser productivo y fecundo, la aptitud e inteligencia que de ordinario asisten al trabajador extranjero y faltan al trabajador argentino de esta época.⁸

Alberdi criticó desde el inicio la interpretación amplia de la posibilidad de utilizar la reglamentación como límite a los derechos económicos:

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.

Sin duda los jueces perciben que las normas tienen el apoyo de los grupos de interés. Ya en la Constitución se establece el derecho constitucional de petionar, lo que supone la existencia de una legislación que refleje intereses particulares y de grupos de interés que hagan campaña para sostener y defender sus intereses particulares. Lo que podríamos llamar la economía de la legislación es una aplicación de la vieja doctrina sostenida por Adam Smith. Smith percibió que el mercantilismo tenía como objetivo proteger intereses particulares monopólicos. De la misma manera lo percibió Belgrano en la *Representación de los hacendados* y fundamentalmente Alberdi en el *Sistema económico y rentístico*.

Desde aquella época, los debates sobre tarifas, aranceles, cuotas y privilegios tributarios han puesto a los grupos de interés en el centro de la actividad legislativa. Por lo tanto, el argumento central es determinar la manera en que los jueces pueden, de forma ordenada y permanente, analizar las normas sobre la base de los grupos de interés que han influido en su origen. Es decir los jueces deben estar alertas a la naturaleza de intereses privados que establece la legislación y al mismo tiempo utilizar reglas interpretativas apropiadas para reconocerlos. Aunque es posible que la mayoría de los votantes sean los beneficiarios netos de muchas redistribuciones de ingresos, es también cierto que muchos proyectos aprobados públicamente Aparecen como diseñados para asistir a grupos relativamente pequeños.

Finalmente, Alberdi señala las características económicas de la libertad de expresión:

La libertad de publicar por la prensa importa esencialmente a la producción económica, ya se considere como medio de ejercer la industria literaria o intelectual, o bien como garantía tutelar de todas las garantías y libertades, tanto económicas como políticas.

⁸ Juan Bautista Alberdi, *Sistema económico y rentístico*, op. cit.

La política exterior según la Constitución

Alberdi bosquejó un libro sobre el tema de la política exterior y la Constitución de 1853 publicado en sus Escritos póstumos. La política exterior de la República Argentina según su Constitución de 1853. Aplicable a las Repúblicas de Sudamérica. Iniciado en 1854, lo continuó más tarde y algunos párrafos fueron escritos a fines de 1874; nunca lo concluyó.

¿Puede un país naciente y desierto casi tener una política exterior? A esto podría responderse con esta pregunta: ¿Puede un país naciente tener otra política que la exterior? [...] El Pueblo, como el hombre que empieza su vida pública, es el que más necesidad tiene de apoyos externos.⁹

Señalaba entonces que, contrariamente a la opinión habitual según la cual un país recién constituido y alejado de los centros de poder no debía dedicarse a la política exterior, un país en esas condiciones no podía prescindir de ella. Indica además que la Constitución ya esboza una política internacional. Hoy podemos decir que la Constitución establece ciertos principios aplicables a la política exterior como la defensa de los derechos humanos y de las instituciones democráticas y también indica un procedimiento para la toma de las decisiones internacionales con control parlamentario y judicial. Para Alberdi, la política internacional tenía que estar en el centro de toda legislación americana. Advertía a los diplomáticos argentinos contra el peligro de perder la noción del país que representaban y de tratar de imitar a los representantes de las cortes europeas:

He aquí el objeto, la materia de la política exterior americana. [...] Consiste en las reglas, en la legislación, en los actos dirigidos a desarrollar y agrandar más y más la afluencia de capitales, de las poblaciones, del comercio, y de la marina de la Europa, hacia los países nacentes y despoblados de la América del Sur [...] Las Repúblicas podrían tener diplomáticos de carrera o inamovibles como tienen jueces vitalicios e inamovibles, militares de carrera y profesión, a causa de lo técnico y excepcional del saber que el ejercicio de estas funciones necesita [...] Error de los diplomáticos de América de imitar servilmente a los de Europa. Esto los debilita y desconsidera en vez de realzar. Sirven a una diplomacia, que no reconoce pactos de familia. Así es que América, no tiene Embajadores, porque no tiene personas regias a quienes ellos representen. [...] Esta simplicidad les dará más respetabilidad en Europa, que el fasto. Sus esfuerzos de igualar su lujo y boato, los ridiculiza, mas bien que recomienda. Sobre todo, los arruina... distinguir, a este propósito, la diplomacia de parada, de la diplomacia de acción. Los diplomáticos de América no están llamados a entretener relaciones, sino a crearlas a formar el objeto de ellas, a interesar la atención del mundo europeo y empujar sus poblaciones y capitales hacia el nuevo

⁹ Juan Bautista Alberdi, *Política exterior argentina según la Constitución de 1853*,

Escritos postumos, t. III, Imprenta Europea, 1896, p. 10.

mundo, a explicar las cosas de América, para determinar por esa explicación la actitud de Europa hacia ella.¹⁰

Con respecto a los tratados internacionales, el proyecto de Alberdi señala en el artículo 35:

Las relaciones de la Confederación con las naciones extranjeras respecto a comercio, navegación y mutua frecuencia serán consignadas y escritas en tratados que tendrán por base las garantías constitucionales deferidas a los extranjeros. El gobierno tiene el deber de promoverlos.

El Código Civil, la polémica con Vélez Sarsfield

El debate entre Alberdi y Vélez Sarsfield sobre la codificación y la manera en que los códigos pueden frustrar los derechos constitucionales y constituirse en un obstáculo a la evolución del derecho común sigue vigente. Curiosamente, fue el mismo Vélez quien, en octubre de 1866, le envió a Alberdi un ejemplar del primer y segundo libro de su proyecto de Código Civil. Alberdi tuvo una primera reacción contraria al proyecto en circunstancias de la Guerra con Paraguay. Asoció el proyecto de Vélez a una forma de penetración cultural del Imperio del Brasil en los territorios del Plata, por el hecho de que Vélez había utilizado el Anteproyecto de Código Civil del Imperio —o *Esboço*— de un jurista brasileño llamado Augusto Teixeira de Freitas, como fuente principal de su proyecto.¹¹

Alberdi lo considera una institución de penetración cultural brasileña: "Los códigos son las mejores máquinas de conquista. Napoleón llevaba en su uso entre los arzones de sus cañones [...] No teniendo un Código Civil pronto y listo, el Brasil ha mandado a Buenos Aires lo que tiene: una introducción poquísima del señor Freitas [...] que ha comenzado por conquistar al Dr. Vélez¹². En respuesta a los primeros dos libros del proyecto de Vélez, Alberdi redactó en noviembre de 1867 *El Proyecto de Código Civil para la República Argentina y las conquistas sociales del Brasil. Carta dirigida a sus compatriotas y amigos*.¹³

El fundamento de la crítica alberdiana era que si el Código no se separaba de la tradición republicana y democrática de la Constitución, este podía anular los derechos acordados en ella al prolongar la tradición jurídica colonial. Señaló que el Código Civil lo ponía: "Ante la obra destinada a convertirse en la Constitución civil de [su] país [...] Una obra que puede abrazar la reforma entera de la sociedad argentina y los destinos de sus habitantes." Señala el conflicto entre "las declaraciones, derecho y garantías y el Código Civil". También el riesgo de "dejar en pie la antigua ley civil, [...] dejarle el cuidado de deshacer por un lado lo que la revolución fundaba en otro", ya que el derecho civil argentino debía ser como su Constitución, "la expresión y realización de las miras liberales de la revolución de América en los

¹⁰ *Ibidem*, pp. 9,10,12 7 47.

¹¹ Teixeira de Freitas no concluyó su proyecto por desavenencias con el gobierno imperial de Brasil y también porque consideraba que su país no estaba preparado para la codificación, acercándose a la posición de Savigny. El Código Civil brasileño fue adoptado en 1915.

¹² Citado porj. Mayer, *op. cit.*, p. 739.

¹³ Publicado en *Obras completas*, t. VII, 188 7, p. 80.

pueblos del Plata". Recalcó la importancia del artículo 24 de la Constitución de 1853 sobre la renovación de la legislación;¹⁴ así como los derechos individuales del artículo 14 y la relación que tienen con las leyes civiles que reglamentan su ejercicio:

Esas leyes que debían desarrollar y reglamentar el ejercicio de los derechos y garantías declarados por la Constitución como fundamentales de la familia y de la sociedad civil argentinas, no son otras que las leyes civiles, están codificadas o dispersas. Un Código Civil limitaría estos derechos ya que los códigos en Sudamérica "son hijos más bien de la vanidad que de la necesidad [...] son el testamento de un abogado, o el monumento de la vanidad de un Presidente.

Plantea el conflicto aún no resuelto entre una Constitución federal basada en el modelo de los Estados Unidos y una legislación civil de origen europeo. Se ha dicho que nuestra legislación tiene dos caras, como el dios Jano.

Ya que tanto respeto inspiran hoy los Estados Unidos de América ¿por qué no seguimos el ejemplo de su circunspección en legislación civil? Al mismo tiempo que les copiamos su Constitución federal y su descentralización política, imitamos al Brasil y a la Francia sus Códigos unitarios e imperiales; de donde resulta que tenemos la federación en el código político y la unidad en el Código Civil.

Recuerda que el código brasileño es un proyecto que admite esclavos, esencialmente unitario y centralista. En cambio "con leyes civiles que no igualan a las Siete Partidas, los Estados Unidos hacen respetar la propiedad, la persona, la familia, mejor que los países más bien codificados de Sudamérica".

El propuesto "es un código sin patria, sin ley constitucional que lo gobierne".

Luego de señalar el contrasentido de tener una Constitución de raigambre republicana y norteamericana con un código monárquico y europeo, se asocia a la escuela histórica del derecho en la crítica a la codificación. "Es lástima, dice, que el ilustre y grave Savigny [...] no haya servido más bien como guía del autor y de su gobierno." En caso de buscar la codificación, "el Código Civil [...] debe ser la codificación de la revolución de América en lo relativo a la familia y a la sociedad civil", porque "en el nuevo mundo, la sociedad civil tiene mayor importancia que la sociedad política". Este argumento señala que la emancipación americana no es solamente un movimiento político para eliminar el gobierno colonial, sino una revolución en la organización civil. Ello incluye la igualdad del hombre y la mujer en la familia. "El gobierno del hogar tendrá dos cabezas, como el consulado de una república [...] La democracia nace y se forma en la familia".

¹⁴ Según el artículo 24: "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados". Que no se cumplió ya que el proceso en la Argentina no es oral sino escrito siguiendo la tradición colonial española.

Alberdi hace una reflexión sobre el método del proyecto de Código Civil y lo hace desde el punto de vista de la escuela historicista:

Las leyes, como los ríos, se acomodan en su curso al modo de ser del suelo en que hacen su camino. Una vez formado su lecho lo conservan aunque la geometría les demuestre que el camino recto es el más corto.¹⁵

Los códigos de la libertad deben ser cortos. En esto están de acuerdo la Convención francesa y Savigny, es decir, el entusiasmo y la ciencia.

El silencio de la ley es la voz de la libertad. Un grueso código es un catafalco monumental, elevado a la libertad difunta.

Estas expresiones recuerdan el artículo 19 de la norma constitucional que establece la existencia un espacio de libertad ante el silencio de la ley.¹⁶ Alberdi reitera que existe una asociación entre la ley constitucional y la ley civil, "el Código Civil debe ser el contrafuerte democrático de la Constitución política"; de lo contrario, a pesar de la Constitución, permanecerá el derecho colonial español.

Un país gobernado a la antigua española, es decir, por el despotismo ilimitado [...] Dios libre a mi país de la profusión legislativa, es la única riqueza que causa horror a la libertad.

Las fuentes citadas son Lermnier,¹⁷ Montesquieu y Savigny, en contra de la codificación y a favor de la costumbre jurídica. Rechaza a quienes asocian el derecho con el derecho escrito, ya que según Alberdi, la sociedad está "vivificada por el derecho no escrito."

¿El derecho ha muerto, porque han muerto las leyes escritas, que eran su mero desarrollo? No, esos principios, que forman por sí solos todo un derecho público, toda una Constitución, están escritos en la conciencia de los argentinos...

Alberdi critica concretamente algunas disposiciones del proyecto: no daba suficientes derechos a las mujeres, convirtiéndolas en pupilas de su marido como ocurría en Brasil; mantenía el requisito de la tradición para la transmisión de la propiedad, lo cual era incompatible con la variedad de transacciones de la vida moderna y la necesidad de los países americanos; había omitido estatuir sobre el registro de estado civil de las personas y particularmente no había secularizado el matrimonio —medida indispensable para fomentar la inmigración, ya

¹⁵ *El Proyecto de Código Civil para la República Argentina ...*, op. cit. p. 93. El texto recuerda a Oliver Wendell Holmes a quién naturalmente Alberdi no pudo conocer: "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, N° 457, 1897. El camino del derecho es la experiencia y no la lógica.

¹⁶ Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

¹⁷ Eugène Lermnier, París, 1803-1857. Escribió la *Introduction Générale á l'Histoire du Droit* en 1829, fue un expositor sobre las ideas de Savigny en Francia. Tuvo una gran influencia en los románticos argentinos. Cf. Dominique Quentin Mauroy, *La formation de la pensée philosophique et politique de Juan Bautista Alberdi. étude sur l'influence française au Rio de la Plata aux alentours de 1880*. Tesis dirigida por Paul Mérimée, Universidad de Toulouse, 1973, dos tomos.

que algunos de los pueblos que vendrían a la Argentina eran protestantes.

Alberdi acusa a Vélez de establecer textos completos y excluyentes que impiden el desarrollo del derecho y de hablar de materias nuevas muy importantes, que se hallarán completamente legisladas en el Código. Aquello impide conocer el crecimiento del derecho en la sociedad. Acusa a Vélez de dejar la legislación del Registro Civil entre las manos de la Iglesia, de manera que un extranjero protestante deba ir a un párroco católico para inscribir a sus hijos. Esta crítica es particularmente cierta ya que estos conflictos solo se solucionarán años más tarde con la creación de los registros civiles provinciales. Además, la omisión del matrimonio secular limita los derechos de los inmigrantes. Alberdi consideraba que la obra de Vélez no era nada excepcional y que hubiera sido preferible tomar fuentes francesas, o aun el proyecto de Andrés Bello, para luego ajustarlas a las necesidades del país:

No son códigos civiles lo que necesitan más urgentemente las repúblicas de América del Sur, sino gobierno de orden, paz y simple seguridad [...] el mal de las leyes actuales no es que son injustas sino que no se cumplen.

Consideraba que la utilización de un proyecto que permitía la esclavitud era antirrepublicana y que de esa manera se desechaban las normas básicas del régimen constitucional y los antecedentes legislativos patrios. Como el proyecto de Vélez estaba basado en el *Esboço* de Teixeira de Freitas, Alberdi consideraba al proyecto como parte de la intromisión brasileña en el Río de la Plata. Si bien Vélez reconoció que había tomado muchísimos artículos de Freitas, disimuló la verdadera influencia del jurista brasileño. En las citas que acompañan el proyecto no menciona íntegramente los casos en que Freitas fue la fuente. Solo se demostraría mucho más tarde su importancia, con los trabajos de la escuela exegética y en particular de Lisandro Segovia.¹⁸

La respuesta de Vélez publicada en el diario *El Nacional* el 25 julio de 1868 era descalificante desde su título: "El folleto del Dr. Alberdi"; contenía expresiones particularmente despectivas, y hasta presentaba algunas falsedades:

Lo que dijera de mis trabajos poco cuidado me daba [...] El folleto del Dr. Alberdi no es el espíritu de un jurisconsulto [...] No conoce mi trabajo. [...] No critica ni recomienda disposición alguna de las contenidas en el Código.¹⁹

Vélez analiza solo en un párrafo los argumentos de Alberdi en apoyo de la escuela histórica y señala que aquel simplemente repite los argumentos de Savigny. Remite como respuesta a los argumentos del "señor Thibaud [sic], jefe de la escuela filosófica cuyas contestaciones podría ponerle al doctor Alberdi, recomendando la codificación de la legislación civil", en referencia a la polémica Thibaut-Savigny. Antón

¹⁸ Lisandro Segovia, *El Código Civil argentino anotado*, F. Lajouane, Buenos Aires. 1894. Dirá que la fuente principal sería Freitas en los primeros libros y Aubry y Rau en los finales. José Olegario Machado señaló que algo menos de la mitad de los artículos del Código Civil argentino fue tomado directamente de Freitas.

¹⁹ Véase texto completo en Dalmacio Vélez Sarsfield, *Páginas magistrales*, segunda edición, Buenos Aires 1944, p. 174.

Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) fue un jurista y músico alemán. Profesor de derecho romano en la Universidad de Heidelberg escribió rápidamente un panfleto promoviendo la codificación del derecho civil de la misma manera que los franceses lo habían hecho en 1804. Los argumentos fueron expuestos en un libro sobre la *Necesidad de un derecho civil general para Alemania*. Savigny escribió una réplica en la que sostuvo que la codificación era prematura ya que el derecho civil alemán carecía de un fundamento estable que pudiera ser codificado. Su obra se llamó *Sobre la vocación de la legislación y jurisprudencia de nuestra Época* y es la que cita Alberdi en su opúsculo. Savigny opinaba que el derecho estaba basado en costumbres que evolucionaban lentamente y que no podían ser fácilmente redactadas. Consideraba que el Código francés había sido sancionado con apuro y no era otra cosa que un código de derecho romano redactado en francés.

En su respuesta, Vélez también ignora uno de los argumentos importantes de Alberdi y de Savigny, según el cual el derecho es parte de la experiencia y como tal no debe cristalizarse en una norma. Considera por el contrario que no codificar es aferrarse al pasado. Incluye además falsedades, mencionando la existencia del "Código de Nueva York, [...] un grueso volumen, donde está reunido el derecho civil y el derecho mercantil por artículo enumerados" que en la realidad nunca fue sancionado.

Pero sin duda la diferencia entre Vélez y Alberdi no concierne solo la codificación o no del derecho civil, sino fundamentalmente su contenido ideológico. Vélez pretende descalificar Alberdi señalando que su crítica no tiene contenido jurídico:

El doctor Alberdi no da al método importancia en la legislación, lo cual es *muy* conforme a todo lo demás que escribe sobre códigos. Dice que los derechos democráticos no tienen jerarquía porque todos son iguales y hermanos a los ojos de la ley. Más de un abogado se le ha de reír en su cara al oírle hablar de derechos democráticos, de códigos de libertad, expresión están usadas en su folleto.²⁰

En este sentido reconoce indirectamente la validez del argumento de Alberdi, según el cual la obra del Código Civil no tenía el carácter republicano y democrático que imponía la Constitución Argentina. Pero nada contesta sobre la crítica acerca de la inexistencia del matrimonio civil y de la manera en que trata a las mujeres en la familia. Recordemos que Vélez hizo en su Código distinciones verdaderamente odiosas, por ejemplo, en los distintos tipos de hijos: legítimos, naturales, incestuosos, sacrilegos y adulterinos, creando discriminaciones que la sociedad argentina tardaría, en algunos casos, hasta cien años en superar.

En cuanto a la propuesta de Alberdi relativa a la existencia de una legislación laica sobre el matrimonio y al principio paritario en la familia para que la mujer no fuera una pupila del marido, Vélez contesta:

Al matrimonio, fundamento de la familia, le conservamos su carácter religioso que ha tenido de los más antiguos tiempos. [...] Veamos a la mujer. Nosotros partimos de la

²⁰ Op.at., p. 190.

observación en la historia de la humanidad, que cada paso del hombre hacia la civilización, la mujer adelanta al igualdad con el hombre.

También señala que le da a la mujer viuda los mismos derechos que los del padre sobre sus hijos y sobre los bienes de estos. Desarrolla luego un largo párrafo para señalar que no existen los "códigos de libertad" mencionados por Alberdi, "ni Cusás [sic], ni Savigny han oído hablar de ellos". Sigue en cambio una tradición que va desde Justiniano hasta el código de Napoleón y dice:

Ni en Roma, ni en Constantinopla, ni en París, los profesores de la ciencia jamás evocaron que hubiese algún tratado de obligaciones democráticas, de contrato democrático, de códigos democráticos o de códigos de libertad.

En este punto, la crítica de Alberdi parece nuevamente acertada, ya que no podía imaginarse normas de derecho privado, basadas exclusivamente en sociedades autoritarias o de la antigüedad, que pudieran cumplir con los principios democráticos de la Constitución. Termina descalificando una vez más a Alberdi: "El doctor Alberdi ha escrito sobre mi proyecto de código, por solo la manía con que nació de escribir folletos." Sin embargo el llamado "folleto de Alberdi" tiene mucha razón. Fue el primero que señaló la importancia que la legislación civil esté de acuerdo con la Constitución, relativamente a los derechos y garantías que contiene y en cuanto al control ejercido por los jueces acerca de la constitucionalidad de todas las normas inferiores a ella. De ninguna manera la tradición del Código Civil está por encima de la Constitución. Alberdi vislumbra el conflicto que se plantearía por mucho tiempo entre las normas civiles y las normas constitucionales, y la manera en que muchas instituciones autoritarias sobrevivieron gracias al Código Civil y a la práctica judicial a la cual dio lugar.

El segundo punto que también señala Alberdi, rescatando la opinión de Savigny, es que un código cristalizaba la legislación y dificultaba los cambios legales en el tiempo. De esta manera, muchas de las dificultades existentes en el Código Civil, por ejemplo la responsabilidad de las personas jurídicas, la desigualdad entre el hombre y la mujer, el tratamiento discriminatorio de los hijos, tardaron muchos años en repararse. El pensamiento de Alberdi tiene una objeción ideológica correcta al Código Civil, ya que no aplica los derechos civiles existentes según la Constitución. Al mismo tiempo, plantea una objeción técnico-jurídica señalando que el Código legisla con rapidez instituciones que no se han desarrollado plenamente y que cristaliza una legislación que resuelve mal los conflictos que se plantearían en el futuro. Quién legisla lo hace en un marco de incertidumbre y con información incompleta hacia la mejor manera de resolver casos futuros. Por lo tanto, las soluciones propuestas por el Código Civil no deben en algunos casos aplicarse en forma rígida.

En la actualidad hay una legislación dispersa que reforma y cambia en gran parte el Código Civil, pero se llegó a ella luego de un siglo de aplicación a rajatabla de una norma inconveniente. También se vislumbra que Alberdi previó el *restatement*, es decir una práctica proveniente de los Estados Unidos en la que una ley o un organismo especializado redacta los principios e ideas establecidos en las decisiones judiciales anteriores, de manera que puedan ser fácilmente consultados y conocidos; sin la incertidumbre de un derecho pura-

mente disperso y sin caer en la rigidez de las normas incluidas en un Código Civil.

Conclusión

La concepción alberdiana de la Constitución suponía que esta contenía un programa de gobierno. Desarrolló este programa en varias de sus obras, que mantienen hoy en día toda su vigencia. Fue un precursor del análisis económico del derecho público y comprendió que la política exterior debe concentrarse en la actividad comercial, como forma de afianzar la amistad entre las naciones. Defendió la idea según la cual el derecho civil no podía surgir de una tradición contraria a la de la república democrática establecida en la Constitución. Cristalizar ese derecho civil en un código antes que se conformara la tradición jurídica republicana fue una rémora para nuestro desarrollo jurídico que subsiste hasta el presente.