

**ALBERDI: LA CONSTITUCIÓN COMO  
PROGRAMA DE GOBIERNO:  
LA POLÉMICA CON VÉLEZ SARSFIELD**

*Comunicación del académico Juan Vicente Sola  
en sesión privada de la Academia Nacional de  
Ciencias Morales y Políticas, el 22 de setiembre de 2010*



# ALBERDI: LA CONSTITUCIÓN COMO PROGRAMA DE GOBIERNO: LA POLÉMICA CON VÉLEZ SARSFIELD

por el académico DR. JUAN VICENTE SOLA

Alberdi fue un polemista y la mayor parte de sus obras fueron de oportunidad. Por ejemplo en Bases utilizó escritos ya publicados en el Dogma Socialista de Echeverría y preparó la obra rápidamente para ofrecérsela al general Urquiza vencedor de Rosas que había ya convocado a una convención constituyente; los “*Estudios de la Constitución argentina de 1853*” respondió al libro “*Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*”<sup>1</sup> de Sarmiento, y su obra final “*La República Argentina consolidada en 1880 con la ciudad de Buenos Aires por capital*”<sup>2</sup> era una justificación del golpe de estado y guerra civil de 1880<sup>3</sup>. Por ese

---

<sup>1</sup> “Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina con numerosos documentos ilustrativos del texto” por D.F. Sarmiento. Santiago de Chile Setiembre de 1853.

<sup>2</sup> Editada por Pablo Coni, en Buenos Aires en 1881. La guerra civil de 1880 previa a la capitalización de Buenos Aires, dejó más de dos mil muertos, y fue el episodio más sangriento de nuestras guerras civiles.

<sup>3</sup> El académico Rosendo Fraga considera equivocada la mención a un golpe de estado en 1880. Sin embargo estimo que el hecho que la división de la Provincia de Buenos Aires y la creación de la Capital Federal en la ciudad fuera efectuada, por un Congreso reunido sin el quórum en la Cámara de Diputados y sin la representación de la Provincia, fue una violación muy importante de la Constitución. Al mismo tiempo existió una guerra civil que cobró aproximadamente dos mil muertos.

motivo, muchos escritos están cargados de fuerte polémica y sus adversarios lo calificaron hasta el final de su vida como “panfletario”. Sin embargo, aun en sus obras “panfletarias” y teniendo en cuenta sus contradicciones, hay en ellos una visión sobre la Argentina que es útil aun para comprender el presente. Creo por eso también innecesario ingresar en la polémica sobre si las obras de Alberdi tuvieron una influencia directa en la Constitución de 1853 o si ésta en realidad tiene otras fuentes. Simplemente para adelantar mi opinión, creo que tanto el libro Bases, como su Proyecto de Constitución que acompaña la segunda edición de aquella obra de julio de 1852, tuvieron muy poca influencia en la Constitución finalmente adoptada. Creo por el contrario que la utilidad en la lectura de Alberdi radica en su visión de lo que debiera ser el país y esa interpretación es válida hasta el presente.

### **La Constitución como programa de gobierno**

Alberdi sostenía que la Constitución de 1853 incluía un plan de gobierno que cambiaría la estructura jurídica y económica colonial española en una sociedad moderna en gran medida basada, aun cuando no exclusivamente, en los Estados Unidos. Este acercamiento a los Estados Unidos, a pesar de la innegable influencia recibida de Europa y particularmente de Francia, se basa fundamentalmente en que la Argentina luego de la Constitución de 1853 era una sociedad republicana, alejada de la monarquía española y que debía tomar sus fundamentos de otra sociedad republicana y federal. Ello hacía que su perspectiva fuera hacia Estados Unidos lo que incluía el estudio de los gobiernos de los estados parte de esa federación, y también de Suiza. Todo ello sin negar su gran formación francesa y la pasión por su cultura, al extremo que todo su lenguaje está plagado de galicismos. Tenía una visión sin duda

francesa de los Estados Unidos y otros sistemas federales como el suizo, es por ello que aparece también una comparación inevitable con Tocqueville. Esta idea, que la Constitución incluye un programa de gobierno, es importante para entender la visión alberdiana de cómo debía configurarse el nuevo gobierno constitucional y republicano.

He elegido tres de sus obras que reflejan claramente este punto y cuyo contenido tiene una enorme actualidad. La primera es “*Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853*” publicada en Valparaíso en 1854. La segunda es su libro “*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 tiene párrafos escritos hacia fines de 1874. Finalmente la polémica con Vélez Sarsfield a raíz del proyecto de Código Civil, a partir del escrito que 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*”.

## **El Sistema Económico y Rentístico**

### **El conflicto entre la Constitución y el derecho civil**

Esta obra intenta desarrollar la política económica que impone la Constitución de 1853 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, ratifica la ley natural de equilibrio que preside el fenómeno distribución de la riqueza, y encierra el límite secretos y justos los actos que tienen relación con el fenómeno los consumos públicos....*” Es una forma probablemente extrema de la

economía normativa, la que se escribe en la Constitución. De esta manera sostiene Alberdi que la obra no se refiere a la economía pura sino a la economía aplicada y que lo ha “*contraído al estudio de las reglas y principios señalados por la ley constitucional argentina al desarrollo de los hechos que interesan a riqueza del país...*” Al mismo tiempo que un plan de gobierno, la Constitución contiene un gran sistema derogatorio que elimina todas las normas que provenían del monopolio español y que establecía un nuevo conjunto de principios para una sociedad abierta. Consideraba que las normas del derecho civil de continuarse aplicando, impedirían la aplicación de las normas de la Constitución y mantendrían la vigencia 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<sup>4</sup>. De allí la importancia que la Constitución fuera una forma de derogación de legislación colonial. Esta visión de Alberdi aparece en forma más evidente muchos años más tarde en su polémica con Vélez Sarsfield y la sanción del Código Civil.

Alberdi escribió y actuó como un jurista, pero también tuvo un reconocimiento como economista, lo que lo transforma en un precursor del análisis económico del derecho. Como miembro de la *Société d'Économie Politique* de París, tuvo oportunidad de relacionarse con algunos importantes economistas franceses de la época. Al fallecer en 1884, la revista *Journal des Économistes* (15 Juillet) incluye una nota *Nécrologique*. Allí decía, su autor,

---

<sup>4</sup> Por ejemplo las normas de derecho indiano determinaban cómo debían construirse las casas según la jerarquía.

T. Mannequin<sup>5</sup>: “Atento a los acontecimientos de su país, la caída del dictador Rosas, al comienzo de 1852, le dio inspiración para el primero de sus trabajos económicos y políticos que han hecho su reputación de pensador claro, práctico y responsable, las Bases”. Más adelante agregaba: ... “Una prosperidad, incomparable en la América española, ha confirmado admirablemente la política basada en las ideas de **Alberdi**”.

El autor más profundamente ligado con la escuela de libertad de **Alberdi** era Jean Baptiste Say. De él, decía **Alberdi**, 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*”<sup>6</sup>.

Alberdi, en el Sistema Económico y Rentístico, resume y explica con detalles técnicos las ideas económicas básicas que respaldan la Constitución. La nueva etapa que Alberdi procuraba concretar, se relacionaba con la posibilidad de lograr que la independencia y el avance del país fueran ligados y consolidados a través del posible desarrollo económico. Como hemos señalado, decía en la Introducción que “*La constitución federal argentina contiene un sistema completo de políticas económicas...*” Así, la Constitución planteaba al país un nuevo camino: “*Nuestra Constitución es la proa al puerto de salvación*”. 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... (Alberdi 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, el Sistema Económico hacía amplias referencias a los tres grandes

---

<sup>5</sup> Estudios Económicos (**Alberdi**; Escritos Póstumos). “Necrologie; Juan Bautista **Alberdi**”; *Journal des économistes*; París, Juillet, 1884.

<sup>6</sup> “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853.” [www.eumed.net/cursecon/textos/2004/alberdi-sistema.pdf](http://www.eumed.net/cursecon/textos/2004/alberdi-sistema.pdf). pag. 4.

temas de su obra: Producción, Distribución y 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 sólo 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 que se fue planteando **Alberdi**, en forma persistente, era que el país sólo disponía con amplitud de tierras y recursos naturales y carencia de los demás importantes factores de la producción: capital y trabajo experimentado. Se 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 en lograr una organización adecuada apoyada en la libertad, el orden y la seguridad.

Un tema recurrente en la obra de Alberdi es cómo la reglamentación puede evitar la aplicación del programa constitucional.

*El libro más importante en economía política aplicada no está hecho 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 eco-*



*nómicos y los medios prácticos de ponerla en consonancia con ellas*<sup>7</sup>.

La continuación de esta doctrina sería la base de la polémica con Vélez Sarsfield en ocasión del proyecto del Código Civil.

También le preocupaba que la regulación funcionara como una expropiación regulatoria. De esta manera, Alberdi nos previno contra la apropiación de la producción agrícola en nuestro país.

*La agricultura es la industria por excelencia para la República Argentina de la época presente, por la aptitud prodigiosa de sus tierras para la producción agrícola en todos los ramos. Sin embargo, ella no ha sido objeto de especiales garantías constitucionales. ¿Por qué razón? Porque habiendo sido la agricultura la única industria permitida bajo el antiguo régimen, no ha tenido el moderno que emanciparla de las trabas que mantuvieron encadenado a nuestro antiguo comercio, colonial y monopolista por esencia.*

*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.*<sup>8</sup>

En términos que prefiguran la obra de James Buchanan y la doctrina de *Public Choice*<sup>9</sup> dice con respecto al abuso tributario:

---

<sup>7</sup> Alberdi, J.B. "Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853". Buenos Aires, 1954, Editorial Luz del Día.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Geoffrey Brennan - James Buchanan. "The power to tax". Analytical Foundations of a Fiscal Constitution. Cambridge University Press.

*Hasta aquí el peor enemigo de la riqueza del país ha sido la riqueza del Fisco. Debemos al antiguo régimen colonial el legado de este error fundamental de su economía española. Somos países de complejidad fiscal, pueblos organizados para producir rentas reales. Simples tributarios o colonos, por espacio de tres siglos, somos hasta hoy la obra de ese antecedente, que tiene más poder que nuestras constituciones escritas. 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 reeditar.*

*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. Pero en economía, más que en otro ramo, es nada consagrar el principio; lo que más importa, lo más arduo es ponerlo en ejecución. No se aniquila un régimen por un decreto, aunque sea constitucional, sino por la acción lenta de otro nuevo, cuya creación cuesta el tiempo mismo que costó la formación del malo, y muchas veces más, porque el destruir y olvidar es otro trabajo anterior. El moderno régimen está en nuestros corazones, pero el colonial en nuestros hábitos, más poderosos de ordinario que el deseo abstracto de lo mejor.*<sup>10</sup>

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*

---

<sup>10</sup> "Sistema Económico y Rentístico...". Editorial Luz del Día. 1954.

*propiedad (cuando no niega el derecho que ésta tiene de existir), y nivelar el trabajo del imbecil con el trabajo del genio.*

*Se ha visto que la riqueza, o bien sea la producción, tiene tres instrumentos o agentes que la dan a luz: el trabajo, el capital y la tierra. Comprometed, arrebatad la propiedad, es decir, el derecho exclusivo que cada hombre tiene de usar y disponer ampliamente de su trabajo, de su capital y de sus tierras para producir lo conveniente a sus necesidades o goces, y con ello no hacéis más que arrebatar a la producción sus instrumentos, es decir, paralizarla en sus funciones fecundas, hacer imposible la riqueza. Tal es la trascendencia económica de todo ataque a la propiedad, al trabajo, al capital y a la tierra, para quien conoce el juego o mecanismo del derecho de propiedad en la generación de la riqueza general. La propiedad es el móvil y estímulo de la producción, el aliciente del trabajo, y un término remuneratorio de los afanes de la industria. La propiedad no tiene valor ni atractivo, no es riqueza propiamente cuando no es inviolable por la ley y en el hecho.*

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.

*Pero no basta reconocer la propiedad como derecho inviolable. Ella puede ser respetada en su principio, y desconocida y atacada en lo que tiene de más precioso –en el uso y disponibilidad de sus ventajas–. Los tiranos más de una vez han empleado esta distinción sofisticada para embargar la propiedad, que no se atrevían a desconocer. El socialismo hipócrita y tímido, que no ha osado desconocer el derecho de propiedad, ha empleado el mismo sofisma, atacando el uso y disponibilidad de la propiedad en nombre de la organización del trabajo. 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 dere-*

*cho amplísimo de usar y disponer de su propiedad, con lo cual ha echado un cerrojo de fierro a los avances del socialismo.*<sup>11</sup>

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. Toda ley, según esto, todo decreto, todo acto que de algún modo restringe o compromete el principio de libertad, es un ataque más o menos serio a la riqueza del ciudadano, al Tesoro del Estado y al progreso material del país. El despotismo y lo tiranía, sean del poder, de las leyes o de los reglamentos, aniquilan en su origen el manantial de la riqueza —que es el trabajo libre—, son causas de miseria y de escasez para el país, y origen de todas las degradaciones que trae consigo la pobreza.*<sup>12</sup>

### **La idea del progreso**

Asocia la idea del progreso con la limitación de los costos de transacción, que son los costos de hacer funcionar el sistema económico. Las transacciones cuestan y su costo positivo es muy elevado. Alberdi fue previsor en la necesidad de reducir los costos de transacción para asegurar el progreso económico. Es contrario 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*

---

<sup>11</sup> Ibídem.

<sup>12</sup> Juan Bautista Alberdi. “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina”. P. 12.

*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. Semejantes medios son la protección dada a la estupidez y a la pereza, el más torpe de los privilegios.*

*Abstenerse de su empleo, estorbarlo en todas las tentativas legislativas para introducirlo, promover la derogación de la multitud infinita de leyes proteccionistas que nos ha legado el antiguo régimen colonial, son otros medios que la Constitución da al Estado para intervenir de un modo negativo, pero eficacísimo, a favor de la industria fabril de la República Argentina.*

*El gobierno no ha sido creado para hacer ganancias, sino para hacer justicia; no ha sido creado para hacerse rico, sino para ser el guardián y centinela de los derechos del hombre, el primero de los cuales es el derecho al trabajo, o bien sea la libertad de industria.*

*Bancos, casas de seguros, ferrocarriles, líneas de navegación a vapor, canales, muelles, puentes, empresas y fabricaciones de todo género, toda cuanta operación entra en el dominio de la industria, debe estar al alcance de los capitales particulares dispuestos a emplearse en la explotación de esos trabajos y empresas verdaderamente industriales, si las libertades concedidas en la Constitución han de ser una verdad práctica y no una ostentación de mentido liberalismo.*

*No hallaréis en toda la Constitución una disposición que atribuya a rama alguna del gobierno la facultad de ejercer el comercio, la agricultura o las manufacturas por cuenta del Estado.*

## **La reforma de la legislación**

La Constitución, desde su redacción en 1853 y hasta el presente, impone la reforma de la legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados. Tarea no cumplida en su integridad. La Constitución debía ser derogatoria de la legislación hispánica existente y orientadora de los Códigos que se sancionarían.

***La Constitución en cierto modo es una gran ley derogatoria, a favor de la libertad, de las infinitas leyes que constituían nuestra originaria servidumbre.***

*Esta mira se encuentra declarada expresamente por la Constitución en su artículo 24, que dispone lo siguiente: “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos”.*

*Cambiar el derecho de los virreyes, es desarmar a los tiranos, y no hay más medio de acabar con ellos. El tirano es la obra, no la causa de la tiranía; nuestra tiranía económica es obra de nuestra legislación de Carlos V y Felipe II, vigente en nuestros instintos y prácticas, a despecho de nuestras brillantes declaraciones de principios.*

***Todas las libertades económicas de la Constitución pueden ser anuladas y quedar reducidas a doradas decepciones, con sólo dejar en pie una gran parte de nuestras viejas leyes económicas, y promulgar otras nuevas que en lugar de ser conformes a los nuevos principios, sean conformes a nuestros viejos hábitos rentísticos y fiscales, de ordinario más fuertes que nuestros principios.***

*Encarnado en nuestras nociones y hábitos tradicionales el sistema prohibitivo, nos arrastra involuntariamente a derogar por la ley, por decreto, por reglamento, las libertades que aceptamos por la Constitución. Nos creemos secuaces y poseedores de la li-*

*bertad económica, porque la vemos escrita en la Constitución; pero al ponerla en ejercicio, restablecemos el antiguo régimen en ordenanzas que tomamos de él por ser las únicas que conocemos, y derogamos así el régimen moderno con la mejor intención de organizarlo.*

Existen también los **peligros de la legislación futura.**

*Si en cada ley suelta existe el peligro de legislar lo desconocido y de poner obstáculos a la libertad, ¿qué no sucedería respecto de los códigos, compuestos de millares de leyes, en que por exigencias de lógica, por no dejar vacíos y con la mira de legislar sobre todos los puntos legislables, se reglan y organizan hechos infinitos, que no han empezado a existir, en pueblos que la España dejó embrionarios y a medio formarse?*

### **Los costos procesales**

Sobre la reforma judicial como garantía constitucional.

*El derecho civil puede ser un medio de alterar el derecho constitucional en sus garantías protectoras de la riqueza. Le bastará para esto conservar su contextura feudal y monarquista sobre la organización civil de la familia, sobre el modo de adquirir y transmitir el dominio, y de obligar el trabajo o los bienes por contratos.*

*También puede ser alterada la Constitución, en cuanto al derecho de propiedad, por las leyes reglamentarias del procedimiento en los juicios. Las leyes judiciales que exigen grandes gastos, gran pérdida de tiempo, multiplicadas tramitaciones para reivindicar la propiedad o conseguir el cumplimiento de un contrato, son contrarias a la Constitución, porque son aciagas a la propiedad y a la riqueza en vez de protegerlas. ¿Qué importa reivindicar una cosa mediante gastos, diligencias y tiempo, que representan un valor doble? Perder otro tanto de lo que se pre-*

*tende, y nada más. El enjuiciamiento expeditivo que se debe a la inspiración del comercio es el tipo del que conviene a esta época industrial en que el tiempo y la atención son especies metálicas.*

En este sentido también apunta la labor de Sarmiento, al incorporar ya en los Comentarios y luego en la reforma de 1860 el control judicial y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos como garantía del cumplimiento efectivo de la Constitución.

### **¿Cláusula del progreso o del privilegio?**

La cláusula del progreso ha sido 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 separa de su antecedente de la Constitución norteamericana se imaginó imponía a los gobiernos futuros un camino hacia el crecimiento económico. Sin embargo, su interpretación posterior la definen como un ejemplo de la variación del objetivo constitucional hacia otro menos ejemplar.

El art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional, 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 éstos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”.*



Podemos recordar las palabras del texto original en la Constitución de los Estados Unidos, El Artículo I, Sección 8: “*The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States.*”<sup>13</sup>

Uno de los primeros comentaristas de nuestra Constitución, Nicolás Calvo, en una opinión previsoramente minoritaria, señalaba que su extensión la debilitaba antes que fortalecerla. Lo recuerda Agustín de Vedia, *Comparando la cláusula americana y la argentina, opina Calvo que la última amplifica y detalla el sobrio concepto de la primera, a riesgo de restringirlo, en vez de extenderlo.*<sup>14</sup> 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 es la asociada al gasto público, es el sentido original en los Estados Unidos, permite que el gobierno federal tenga una amplia capacidad en el gasto en la medida que tenga el objetivo del bienestar general.

En la cláusula general de bienestar de la Constitución de Estados Unidos (Welfare Clause) Artículo I, Sección 1, fue interpretado por la Corte Suprema limitando la competencia de este artículo a la capacidad tributaria y de gasto público del gobierno federal para obtener el bienestar general de los EEUU.

La segunda es la 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

---

<sup>13</sup> El Congreso tendrá el poder de establecer y recaudar impuestos, tasas, gravámenes y gabelas para pagar las deudas y proveer a la defensa común y al bienestar general de los Estados Unidos, pero todas las tasas, gravámenes y gabelas serán uniformes a través de los Estados Unidos.

<sup>14</sup> Citado por Agustín de Vedia, *Constitución Argentina*. Buenos Aires, 1907 p. 297.

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 la fuente de abusos considerables en el tiempo. 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 que autorizó los privilegios tributarios extendiéndolos a los impuestos provinciales.

Una cuarta interpretación es la que incluye la acción gubernamental para eliminar los obstáculos que impiden el bienestar general, en términos contemporáneos hablaremos de eliminar los costos de transacción. Esta interpretación es la que hacía Alberdi cuando nos recordaba los problemas 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, daría la impresión que la cláusula del progreso tendría un destino similar al 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.

### **Las libertades económicas**

Alberdi señalaba que:

*La libertad económica es para todos los habitantes, para nacionales y extranjeros, y así debía de ser. Ceñirla a sólo 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.*<sup>15</sup>

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

*Conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, es concedido el goce de las libertades económicas. La reserva deja en manos del legislador, que ha sido colono español, el peligro grandísimo de derogar la Constitución por medio de los reglamentos, con sólo ceder al instinto y rutina de nuestra economía colonial, que gobierna nuestros hábitos ya que no nuestros espíritus. 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.*<sup>16</sup>

*La Constitución no se ha contentado con entablar el principio de propiedad, sino que ha dado también los remedios para curar y prevenir los males en que suele perecer la propiedad. El ladrón privado es el más débil de los enemigos que la propiedad reconozca.*

*Ella puede ser atacada por el Estado en nombre de la utilidad pública...*

*Puede ser atacada la propiedad por contribuciones arbitrarias o exorbitantes del gobierno...*

---

<sup>15</sup> Alberdi, "Sistema Económico y Rentístico...". Editorial Luz del Día. 1954.

<sup>16</sup> *Ibídem.*

*La propiedad intelectual puede ser atacada por el plagio, mediante la facilidad que ofrece la difusión de una idea divulgada por la prensa o por otro medio de publicidad...*

*El trabajo y las facultades personales para su desempeño constituyen la propiedad más genuina del hombre. La propiedad del trabajo puede ser atacada en nombre de un servicio necesario a la República...*

*La propiedad puede ser atacada por el derecho penal en nombre de la confiscación.*

*La propiedad suele experimentar ataques peculiares de los tiempos de guerra, que son los ordinarios de la República Argentina, con el nombre de requisiciones y auxilios...*

### **Situación constitucional de los grupos de interés**

Sin duda los jueces perciben que las normas tienen el apoyo de los grupos de interés; nadie llega a su alta posición siendo un ingenuo. Ya en la Constitución, que establece el derecho constitucional de peticionar, supone que existirá legislación que refleje intereses particulares y que haya grupos de interés que hagan campaña para sostener y defender sus intereses particulares. En este sentido 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.

*La libertad o derecho de petición, es una salvaguardia de la producción económica, pues ella ofrece el camino de obtener la ejecución de la ley, que protege el capital, la tierra y el trabajo, sin cuya seguridad la riqueza carece de estímulo y la producción de objeto.<sup>17</sup>*

---

<sup>17</sup> Ibídem.

*Para destruir la obra del antiguo derecho colonial, que hizo de nuestro comercio un monopolio de la España, la Constitución argentina ha convertido en derecho público y fundamental de todos los habitantes de la Confederación el de ejercer el comercio y la navegación. Todos tienen el derecho de navegar y comerciar, según el art. 14.*

*Y para que la libertad de navegación y comercio, declarada en principio constitucional, no corra el riesgo de verse derogada por reglamentos dictados involuntariamente por la rutina que gobierna las nociones económicas de todo legislador ex colono, la Constitución ha tenido el acierto de sancionar expresamente las demás libertades auxiliares y sostenedoras de la libertad de comercio y de navegación.*

*El derecho de comerciar y navegar ha sido y podía ser atacado por excepciones que excluyesen de su ejercicio a los extranjeros. También por restricciones excepcionales puestas a la libertad de salir y de entrar, de permanecer y de circular en el territorio, que no es más que un accesorio importantísimo de la libertad comercial.*

*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. Semejantes medios son la protección dada a la estupidez y a la pereza, el más torpe de los privilegios.*

*Abstenerse de su empleo, estorbarlo en todas las tentativas legislativas para introducirlo, promover la derogación de la mul-*

*titud infinita de leyes proteccionistas que nos ha legado el antiguo régimen colonial, son otros medios que la Constitución da al Estado para intervenir de un modo negativo, pero eficacísimo, a favor de la industria fabril de la República Argentina.*

*Se puede decir que en este ramo toda la obra del legislador y del estadista está reducida a proteger las manufacturas nacionales, menos por la sanción de nuevas leyes, que por la derogación de las que existen. Derogar con tino y sistema nuestro derecho colonial fabril, es el modo de introducir la lógica y la armonía entre la Constitución sancionada y nuestra legislación industrial, que, mientras esté vigente, mantendrá como en encantamiento a la Constitución, señora del país de las ideas, en tanto que las leyes coloniales conservan el señorío de los hechos.*

*Tal es la obligación política que nace del artículo 28, que dice: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por leyes que reglamenten su ejercicio”. Este artículo habla de las leyes pasadas, lo mismo que de las leyes futuras: a las unas les prohíbe nacer, a las otras les ordena desaparecer. Lo que quiere es que no haya leyes, viejas o nuevas, que alteren los principios, garantías y derechos constitucionales con motivo de reglamentar u organizar su ejercicio.*

Desde aquella época tan lejana 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 tam-

bién cierto que muchos proyectos aprobados públicamente aparecen como diseñados para asistir a grupos relativamente pequeños.

### **El mercado de ideas**

Las características económicas de la **libertad de expresión** fueron señaladas por Alberdi.

*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. La experiencia acredita que nunca es abundante la producción de la riqueza, en donde no hay libertad de delatar y de combatir por la prensa los errores y abusos que embarazan la industria; y, sobre todo, de dar a luz todas las verdades con que las ciencias físicas y exactas contribuyen a extender y perfeccionar los medios de producción.*<sup>18</sup>

### **La Política Exterior según la Constitución**

Alberdi bosquejó un libro sobre el tema de la política exterior y la Constitución de 1853 que aparece 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 tiene párrafos escritos hacia fines de 1874. Nunca fue concluido.

*“¿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?”*

---

<sup>18</sup> Ibídem.

*“El Pueblo, como el hombre que empieza su vida pública, es el que más necesidad tiene de apoyos externos.”*<sup>19</sup>

Señalaba entonces que contrariamente a lo dicho habitualmente, de que 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.

*“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 nacientes y despoblados de la América del Sur.”*<sup>20</sup>

En las palabras de Alberdi:

*“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 (sic. ‘sc’) del saber que el ejercicio de estas funciones necesita.”*<sup>21</sup>

La Constitución de 1853-60 que sólo menciona a Ministros Plenipotenciarios y Encargados de Negocios. En esto aparece la

---

<sup>19</sup> Cf. Alberdi, J.B. “Política Exterior Argentina según la Constitución de 1853”, en *Escritos Póstumos de...* Imprenta Europea. 1896. T. III p. 10.

<sup>20</sup> Cf. Alberdi, J.B. “Política Exterior...” op.cit. p. 12.

<sup>21</sup> Alberdi, J.B. “Política Exterior de la República Argentina según su Constitución de 1853. Aplicable a las Repúblicas de Sud-América.” en *Escritos Póstumos de...* Buenos Aires, Imprenta Europea, 1896. T.III, p. 47.



concepción de Alberdi que se oponía a la designación de Embajadores a quienes asociaba a las monarquías,

*“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.”*<sup>22</sup>

Alberdi prevenía a los diplomáticos argentinos de que perdieran la noción del país a que representaban y trataran de imitar a los representantes de cortes europeas,

*“Esta simplicidad les dará más respetabilidad en Europa, que el fasto. Sus esfuerzos de igualar su lujo y boato, los ridiculiza, más 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 mundo, a explicar las cosas de América, para determinar por esa explicación la actitud de Europa hacia ella.”*<sup>23</sup>

Con respecto a los tratados internacionales el Proyecto de Alberdi señala: en el art. 35 dice:

*“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.”*

---

<sup>22</sup> Alberdi, J.B. Política Exterior de la República Argentina. op.cit. p. 9.

<sup>23</sup> Cf. Alberdi, J.B. Política Exterior de la República Argentina según su Constitución de 1853, en Escritos Póstumos.. op. cit. T.III p. 10.

## El Código Civil, la polémica con Vélez Sarsfield

Es necesario señalar una coincidencia básica entre Alberdi y Vélez con respecto a su visión del derecho, ambos conocían de economía y la aplicaban en la interpretación jurídica. Vélez había sido profesor de Economía Política de la Universidad de Buenos Aires y utilizaba como texto *Los Elementos de Economía* de James Mill en su edición de Buenos Aires de 1823<sup>24</sup>.

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 continúa hasta el presente.

Curiosamente, fue el mismo Vélez quién le envió a Alberdi un ejemplar del primer y segundo libro de su proyecto de código civil en octubre de 1866. Alberdi tuvo una primera reacción inicial contraria al proyecto en circunstancias de la Guerra con Paraguay y asoció el proyecto de Vélez como una forma de penetración cultural del Imperio del Brasil en los territorios del Plata. Ello en razón que Vélez había utilizado a un jurista brasileño como principal fuente de su proyecto al anteproyecto de Código Civil para el Imperio, llamado *Esboço*, de Augusto Teixeira de Freitas<sup>25</sup>.

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. Vélez.”*<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Ver Abel Chaneton. *Historia de Vélez Sarsfield*. Eudeba. P. 79.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Citado por Mayer, “Alberdi y su tiempo” Buenos Aires 1963 páginas 739.

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.”*<sup>27</sup> si bien señaló que no buscaba analizar cada artículo del proyecto sino su espíritu, dice: *“ocuparme del espíritu del Código proyectado... las fuentes y modelos en que se ha inspirado el autor, con el sistema de gobierno del país en que debe ser aplicado, con la vocación comercial de los pueblos del Plata...”* y analiza las fuentes y los modelos que en que se había inspirado el autor, aunque también analizó algunas normas en detalle.

El fundamento de la crítica alberdiana era que el Código, si se separaba de la tradición republicana y democrática de la Constitución, podía anular los derechos acordados en ella al continuar la tradición jurídica colonial. Señaló que el Código Civil lo ponía *“Ante la obra destinada a convertirse en la Constitución civil de mi 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, era 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 pueblos del Plata”*.

Recalcó la importancia del art. 24 de la Constitución de 1853 sobre la renovación de la legislación<sup>28</sup>. También 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*

---

<sup>27</sup> Aparece publicado en las “Obras Completas”, Buenos Aires, 1887, T. VII página 80.

<sup>28</sup> 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.

*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 brasileño es un proyecto de código que admite esclavos. Un código, señala es 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 para ser fiel a un instituto, 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 a 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.”**

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.*<sup>29</sup>

*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 cumplimiento de la norma constitucional en el artículo 19 que existe un espacio de libertad ante el silencio de la ley<sup>30</sup>. Reitera que existe una asociación entre la ley constitucional y la ley civil, *“el Código Civil debe ser*

---

<sup>29</sup> Op.cit. p. 93. El texto hace recordar a Oliver Wendell Holmes a quién naturalmente Alberdi no pudo conocer. The Path of the Law. 10 Harvard Law Review 457 (1897). El camino del derecho es la experiencia y no la lógica.

<sup>30</sup> Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

*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 Lerminier<sup>31</sup>, Montesquieu y Savigny, en contra de la codificación y a favor de la costumbre jurídica. Rechaza quienes asocian el derecho con el derecho 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... La sociedad está vivificada por el derecho no escrito*".

Criticó concretamente algunas disposiciones concretas del proyecto. No daba a las mujeres derechos suficientes, convirtiéndolas en pupilas del marido como ocurría en Brasil. Mantenía la transmisión de la propiedad, el requisito de la tradición, que era incompatible con la variedad de transacciones de la vida moderna y la necesidad de los países americanos. Había omitido estatuir sobre registro de estado civil de las personas y particularmente no había secularizado el matrimonio medida indispensable para fomentar la inmigración, ya que algunos de los pueblos que vendrían a la Argentina eran protestantes.

**Se opone a las innovaciones de Vélez en textos completos y excluyentes que impiden del desarrollo del derecho. "Vélez habla de materias nuevas muy importantes, que se hallarán completamente legisladas en el Código." Lo que impide conocer el crecimiento del derecho en la sociedad.**

---

<sup>31</sup> Eugène Lerminier. 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, que no podían leer directamente la obra de Savigny en su original alemán.

Acusa a Vélez de dejar la legislación del Registro Civil a la Iglesia, de manera que un extranjero protestante deba ir a un párroco católico para inscribir a sus hijos. Esta crítica de Alberdi es particularmente cierta ya que estos conflictos solo se solucionarían con la creación de los registros civiles provinciales años más tarde. También la omisión del matrimonio secular “*se abstiene de secularizar el contrato matrimonial*”. Reitera los derechos de los inmigrantes frente a un código religioso.

Consideraba que la obra era nada excepcional y que haya sido preferible tomar fuentes francesas o aun el proyecto de Andrés Bello y ajustarlo necesidades del país. Decía: “*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.*” Y consideraba que era antirrepublicana la utilización de un proyecto que permitía la esclavitud y de esta manera se desecharon 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 se mencionan íntegramente los casos en que Freitas fue la fuente. Solo se demostraría su importancia mucho más tarde con los trabajos de la escuela exegetica y en particular de Lisandro Segovia<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> 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 et 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.

### La respuesta de Vélez

La respuesta de Vélez fue publicada en el diario El Nacional el 25 julio de 1868; era descalificante desde el título: “*El folleto del Dr. Alberdi*”, hay expresiones particularmente despectivas: “*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.*”<sup>33</sup> **Y dice algunas falsedades: “No critica ni recomienda disposición alguna de las contenidas en el Código....”** solamente en un párrafo analiza los argumentos de Alberdi en apoyo de la escuela histórica, y señala que 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. Anton Friedrich Justus Thibaut (4 de enero de 1772 - 20 de marzo de 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 al que sostuvo que era prematura la codificación 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 Epoca* 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 era en realidad un código de derecho romano redactado en francés.**

<sup>33</sup> Ver texto completo en Dalmacio Vélez Sarsfield “Páginas Magistrales” segunda edición Buenos Aires 1944, página 174.



En su respuesta, Vélez también ignora uno de los argumentos importantes de Alberdi, y también de Savigny, que el derecho es parte de la experiencia y como tal no debe cristalizarse en una norma codificada. Considera por el contrario que no codificar es aferrarse al pasado. Dice por ejemplo: *“La Inglaterra, la tierra clásica de los precedentes, y que en su superstición por el pasado día inicia hasta la incertidumbre de su legislación, es el mejor ejemplo de la necesidad de que un pueblo tiene la más de las veces de darse códigos.”* Incluye además el falsedades menciona la existencia del *“Código de NewYork, que es un grueso volumen, donde está reunido el derecho civil y el derecho mercantil por artículo enumerados”* que en la realidad nunca fue sancionado. Hace luego Vélez una descripción sobre el comportamiento de Alberdi en el proceso que dio lugar a la Constitución de 1853 como crítica política.

Pero sin duda la diferencia entre Vélez y Alberdi no es sólo sobre la codificación o no del derecho civil sino y fundamentalmente sobre su contenido ideológico. Vélez pretende descalificar Alberdi señalando que su crítica no tiene contenido jurídico y dice para demostrarlo:

*“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.”* (pág. 190.)

En este sentido reconoce indirectamente que había razón en el argumento de Alberdi que la obra del código civil no tenía el carácter republicano y democrático que imponía la Constitución Argentina. En particular nada contesta sobre la crítica por 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, sacrílegos y adulterinos, creando discriminaciones que la sociedad argentina tardarían en algunos casos hasta cien años en superar.

En su respuesta a la necesidad sostenida por Alberdi que existiera una legislación laica sobre el matrimonio y que la familia debía tener dos cabezas y que la mujer no fuera una pupila del marido. Dice a este respecto Vélez: *“al matrimonio, fundamento de la familia, le conservamos su carácter religioso que ha tenido de los más antiguos tiempos...”* y sobre la mujer señala: *“Veamos a la mujer. Nosotros partimos de la observación en la historia de la humanidad, que cada paso del hombre hacia la civilización, la mujer adelanta al igualdad con el hombre.”* Y señala que le da a la mujer viuda los mismos derechos que tenía el padre sobre sus hijos y los bienes de éstos.

Desarrolla luego un largo párrafo para señalar que no existen los *“códigos de libertad”* mencionados por Alberdi, *‘ni Cusás, 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 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 sólo la manía con que nació, escribir folletos.”***

## **Alberdi y la evolución del derecho privado**

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, en cuanto los derechos y garantías que contiene y también cuanto al control de los jueces hacen de la constitucionalidad de todas las normas inferiores a ella. De ninguna manera la tradición del Código civil está por encima de la Constitución. **Vislumbra Alberdi el conflicto que se plantearía por mucho tiempo entre las normas civiles y las normas constitucionales y de qué manera muchas instituciones autoritarias sobrevivieron dentro del código civil y de la práctica judicial a que éste 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, muchos 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, entre muchos otros, 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 de técnica jurídica que señala 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 planteen 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 del 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 redactan los principios e ideas establecidos en las decisiones judiciales anteriores de manera que puedan ser fácilmente consultados y conocidos. Sin la incertidumbre que tendría un derecho puramente disperso y al mismo tiempo sin caer en la rigidez de las normas incluidas en un código civil.

## Conclusión

La concepción constitucional del Alberdi suponía que la Constitución contenía un programa de gobierno. Desarrolló este programa en varias de sus obras, que son las que mantienen la mayor actualidad. Fue un precursor en la utilización del análisis económico al derecho público. También en comprender que la política exterior debe concentrarse en la actividad comercial como forma de afianzar la amistad entre las naciones. Asimismo y particularmente en la idea que el derecho civil tenía una tradición contraria al 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.

Alberdi terminó en gran medida su carrera política y diplomática luego de Pavón, a pesar de ello algunas de sus obras, en sus escritos póstumos, continuaron considerando a la Constitución como un programa de gobierno. Su actividad como diputado luego del '80 no tuvo trascendencia y volvió a su exilio.

Alberdi recibió muchas ideas a través de autores de segunda mano, si la excepción es Say, la confirmación es Lerminier.

Me recuerda el cuento de Borges “*La memoria de Shakespeare*”<sup>34</sup> donde los recuerdos son pueriles o aun horribles y solo la grandeza del escritor los transforma en textos memorables. A pesar de lecturas de autores inferiores y de experiencias tristísimas, dejó ideas memorables que hacen que doscientos años después sigamos hablando de él.

---

<sup>34</sup> Jorge Luis Borges, “La memoria de Shakespeare” 1983. “*El gran río de Shakespeare casi anegó mi modesto caudal... Ya que la identidad personal se basa en la memoria temí por mi razón. Mis amigos venían a visitarme; me asombró que no percibieran que estaba en el infierno.*”

