

Los discursos alberdianos o la gran plasticidad del orden jurisdiccional tradicional

Alberdi's Discourses or the Great Plasticity of Traditional Jurisdictional Order

Les discours d'Alberdi ou la grande plasticité de l'ordre juridique traditionnel

Mélanie Sadler



Edición electrónica

URL: <http://journals.openedition.org/rhj/805>

DOI: 10.4000/rhj.805

ISSN: 0719-4153

Editor

ACTO Editores Ltda

Referencia electrónica

Mélanie Sadler, « Los discursos alberdianos o la gran plasticidad del orden jurisdiccional tradicional », *Revista Historia y Justicia* [En línea], 7 | 2016, Publicado el 02 noviembre 2016, consultado el 20 abril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/rhj/805> ; DOI : 10.4000/rhj.805

LOS DISCURSOS ALBERDIANOS O LA GRAN PLASTICIDAD DEL ORDEN JURISDICCIONAL TRADICIONAL

Mélanie SADLER (*)

En este artículo se propone demostrar que dos culturas en tensión han penetrado los discursos de Juan Bautista Alberdi: por una parte, la cultura jurisdiccional característica del orden tradicional de Antiguo Régimen y por otra, la cultura que emergió después de las independencias que solemos llamar “moderna” (aunque esta categoría tendría que ser cuestionada), una cultura estatal. En los escritos del publicista argentino se observa una verdadera ‘metabolización’ de los principios que se impusieron, durante la Independencia, mediante la cultura jurisdiccional, tal como lo veremos con el tratamiento que hace de conceptos como los de “constitución” o de “código”.

Palabras Clave: Río de la Plata, siglo XIX, Juan Bautista Alberdi, cultura jurisdiccional, cultura estatal

Alberdi's Discourses or the Great Plasticity of Traditional Jurisdictional Order

This article argues that two cultures in tension have shaped the discourses of the Argentinian lawyer, statesman, and political theorist Juan Bautista Alberdi: on the one hand, the jurisdictional culture that characterises the traditional order of the Ancien Régime, and on the other, the state culture that emerged after Independence, which is generally considered as “modern” (even though this category should be discussed). In the writings of this Argentinian political theorist, we perceive a ‘metabolization’ of the principles that emerged from Independence through the jurisdictional culture, as we will see in his treatment of concepts such as “constitution” or “code”.

Keywords: Río de la Plata, XIXth century, Juan Bautista Alberdi, jurisdictional culture, state culture

Les discours d'Alberdi ou la grande plasticité de l'ordre juridique traditionnel

Cet article propose de démontrer que deux cultures en tension ont pénétré les discours de Juan Bautista Alberdi: d'une part, la culture juridictionnelle caractéristique de l'ordre traditionnel de l'Ancien Régime et, d'autre part, la culture qui émerge à la suite des indépendances communément appelée « moderne » (bien que cette catégorie doive être interrogée), une culture étatique. Dans les écrits du publiciste argentin, on observe une véritable « métabolisation » des principes qui furent imposés, au cours de l'Indépendance, au moyen d'une culture juridictionnelle. C'est ce que nous verrons avec l'examen de concepts tels que « constitution » ou « code ».

Mots clé: Rio de la Plata, XIXe siècle, Juan Bautista Alberdi, culture juridictionnelle, culture étatique

Recibido: 7 de junio de 2016 / Aceptado: 11 de octubre de 2016

(*) Doctora en Civilización Hispanoamericana, Universidad Bordeaux Montaigne. Profesora categoría ATER en la Universidad París 3 Sorbonne Nouvelle. melaniesadler9@gmail.com

Los discursos alberdianos o la gran plasticidad del orden jurisdiccional tradicional

Mélanie SADLER

Introducción

Mucho se ha dicho sobre los escritos de Juan Bautista Alberdi¹.

Aquí, siguiendo a los historiadores del derecho A. M. Hespanha, B. Clavero y C. Garriga – que postulan la idea clave de que el orden hispánico decimonónico es fundamentalmente un orden tradicional, que, empero, absorbe novedades–, estudiaré la propuesta constitucional alberdiana para completar, o matizar, los numerosos y valiosos análisis hermeneúticos relativos al publicista tucumano².

¹ Esta investigación deriva de mi tesis de doctorado, titulada “Juan Bautista Alberdi: un discurso entre cultura jurisdiccional y cultura estatal”, defendida el 21 de octubre de 2015 en la Universidad Bordeaux Montaigne (Francia), calificada con mención “Très Honorable avec Félicitations du jury”. Los miembros del jurado fueron Dardo Scavino (UPPA, presidente del jurado), Darío Barrera (Universidad de Rosario, Argentina), Pilar González Bernaldos de Quirós (Universidad París 7 Diderot), Françoise Martínez (Universidad de La Rochelle) y François Godicheau (director de la tesis, Universidad Toulouse II Jean Jaurès). La investigación de doctorado fue financiada por un contrato doctoral de l'École Normale Supérieure de Lyon, desarrollado en la Universidad de Bordeaux Montaigne; por un contrato de Profesora ATER en la misma universidad; y por otro contrato de Profesora ATER en la Universidad París 3 Sorbonne Nouvelle. Esta investigación también integra el proyecto franco-argentino ECOS-Sud / MINCyT: “Orden público y organización del territorio: Francia, España, Cuba y el Río de la Plata (siglos XVIII-XIX)”, coordinado por Darío Barrera y François Godicheau (proyecto que integro desde 2014).

² El listado de trabajos dedicados a la Joven Generación o exclusivamente centrados en Alberdi es larguísimo y no pretendo ser exhaustiva aquí. No obstante, con respecto a la bibliografía tradicional relativa a la Generación del 37 podemos citar por supuesto, entre otros, los trabajos de Ingenieros, *La evolución de las ideas argentinas* y de Korn, *El pensamiento argentino*. Sin embargo, los dos autores revelan una voluntad sistemática de analizar el pensamiento de la Joven Generación en términos de “influencias”, lo que resulta problemático. Entre los trabajos más recientes que se enfocan en dicha Generación, se pueden consultar el famoso *Una nación para el desierto argentino* de Halperín Donghi, *Revolución, república, confederación (1806-1852)* de Goldman, *La generación del '37 en el Río de la Plata* de Olsen Ghirardi, “La revolución de las ideas: la generación romántica de 1837 en la cultura y en la política argentinas” de Jorge Myers, “La generación de 1837 y el proceso de construcción de la identidad nacional argentina” de Wasserman, la tesis de Betria Nassif, *Pensar la política: la generación de 1837 y la institución del orden político moderno 1830-1853. Las miradas de Echeverría y Alberdi*, “La generación del 37: diversas visiones de la revolución francesa de 1848” de Gorayeb de Perinetti, *El momento romántico. Nación, historia y lenguajes políticos en la Argentina del siglo XIX* de Palti, *Una mirada sobre la Nueva Generación Argentina y las doctrinas políticas francesas* de Alejandro Herrero. Por otro lado, muchos análisis dedicados al propio Alberdi marcaron verdaderos hitos en la reflexión en torno al publicista. No podemos citarlos todos pero a continuación menciono un par de ellos (por orden alfabético): *El orden conservador* y *La tradición*

En los escritos de Alberdi, una pregunta acuciante es la del orden que debe restablecerse en la República, después de la revolución y las guerras intestinas entre las provincias. Pienso que este orden se basa en gran parte en principios tradicionales del orden de Antiguo Régimen: Alberdi se sitúa entre cultura jurisdiccional y cultura estatal, como muestra la tensión constante en sus discursos, entre principios jurisdiccionales y principios que se impusieron con la independencia. Según mi estudio, en los discursos alberdianos se observa claramente cómo la cultura tradicional y jurisdiccional de Antiguo Régimen metabolizan los principios nuevos, provenientes de lo que la historiografía suele llamar “la modernidad”. En otros trabajos sobre el pensamiento de Alberdi estudié el papel fundamental de la costumbre en las constituciones provinciales, y su propuesta de “ciudadano”, que coincide globalmente con la figura tradicional excluyente del “vecino”.

Aquí analizaré los sentidos alberdianos para términos como “constitución” o “código”, que son claves para ponderar la vigencia del orden tradicional. Intentaré mostrar además que Alberdi utiliza el concepto “constitución” en su acepción moderna, para favorecer los intereses del pequeño grupo de los ciudadanos. Esta constitución, en su búsqueda primordial de orden, antepone el poder ejecutivo, correspondiendo así al modelo de “constitucionalismo de poderes” definido por Clavero; veremos también que, a escala nacional, Alberdi busca establecer una justicia de leyes, y ya no de jueces –característica del Antiguo Régimen. Sin embargo, esta voluntad de promover un paradigma legalista choca con las lógicas fomentadas a escala local³ y, en cierta medida, incluso con el rol que cumple, a escala nacional, la Corte Suprema. La tensión es constante.

republicana: Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo de Botana, *Constitución y revolución* de Canal Feijóo, *El pensamiento filosófico de Alberdi* de Ciapusio, “Juan Bautista Alberdi: Constitución y revolución” de Centeno de Hoyos, “Alberdi y Sarmiento. Dos proyectos de nación” de Ferreyra Leandro, “Orígenes. Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución Federal en el tiempo” de Feyrera. Por supuesto tenemos que citar *Alberdi, Sarmiento y Mitre: tres proyectos de futuro para la era constitucional* de Halperín Donghi. También son valiosos los trabajos de Haro: “El pensamiento de Juan Bautista Alberdi en las ‘Bases’”, “El pensamiento de Juan Bautista Alberdi y el derecho público provincial”, “Una perspectiva del pensamiento federalista alberdiano” y de Herrero: “Juan Bautista Alberdi y las ideas políticas francesas. En busca de un orden alternativo al orden rosista (1835-1852)”. Asimismo podemos citar “Juan Bautista Alberdi y el plan de estudios de derecho” de Levaggi. Es imprescindible mencionar la obra detalladísima de Mayer: *Alberdi y su tiempo*. Otros trabajos muy útiles son los de Negretto: “Repensando el republicanismo liberal en América latina. Alberdi y la constitución argentina de 1853”, de Pérez Guilhou: *El pensamiento conservador de Alberdi y la constitución de 1853*, de Seghesso de López “El municipio de Alberdi”. Muy esclarecedores son también las obras de Terán como los *Escritos de Juan Bautista Alberdi, el redactor de la Ley*, y sus prólogos a *Alberdi póstumo* y *Política y sociedad en Argentina*. Citaré además el artículo de Zimmermann: “Liberalismo y conservadurismo en el pensamiento político de Juan B. Alberdi”.

³ Escala que no tendremos el tiempo de estudiar en el marco de este análisis pero que en la cual se enfoca una parte entera de mi tesis de doctorado: “Juan Bautista Alberdi: un discurso entre cultura jurisdiccional y cultura estatal”.

Por último, comentaré los límites de la acción derogatoria de la constitución⁴, propuesta por Alberdi, entendiendo que el principio de una cláusula derogatoria es una de las condiciones *sine qua non* para pasar de un derecho tradicional a un derecho formulado legalmente, según los postulados de historiadores como Carlos Garriga.

1. Alberdi: entre dos concepciones del derecho

1.1 Indisponibilidad del derecho o voluntarismo jurídico

Ante todo, es necesario situar a Alberdi en el contexto jurídico de la época, que consideraba indisponible al derecho⁵. El poder legislativo está limitado por la división de los poderes y también por dicha indisponibilidad del derecho. Alberdi tiene conciencia de la resistencia del derecho tradicional que sigue organizando *de hecho* a la sociedad, y que permite mantener cierto orden, cierta cohesión. Debido a ello, afirma varias veces que la legalidad escrita sólo debe garantizar una ley preexistente. Los “hechos” sobre los cuales tienen que basarse toda ley o constitución abarcan tanto las realidades naturales, los acontecimientos históricos que esculpieron el país como las costumbres de sus habitantes (el derecho consuetudinario será una fuente fundamental de la ley en la concepción tradicional de Alberdi⁶). Para el tucumano, se trata ante todo de reorganizar el país, de volver a darle cierto

⁴ Derogatoria, entendida como “la acción para abrogar de la constitución”. Empleamos los términos “derogación”, “derogatorio” como Carlos Garriga, en un “sentido amplio, inclusivo tanto de la *abrogatio –id est prior lex tollitur–* como de la *derogatio –id est pars primae legis tollitur–* latinas, porque así aparecía consolidado a estas alturas en nuestra lengua, diferente en este punto de otras lenguas romances, como la francesa y la italiana (que, manteniendo la distinción romana, generalizaron el uso de *abrogare* en sus derivados). *El Diccionario de Autoridades* considera que *abrogación* es “lo mismo que derogación y revocación”, y entiende por *derogar* “abolir, anular la ley, o alguna de sus cláusulas”. Garriga, Carlos, “Constitución política y orden jurídico en España: el efecto ‘derogatorio’ de la Constitución de Cádiz” en Chust, Manuel (coord.), *Doceañismos, constituciones e independencias*, Fundación Mapfre, Madrid, 2006, p. 35.

⁵ Garriga define la “indisponibilidad del derecho” como “incapacidad creativa del orden jurídico”. Precisa: “Esta concepción, que con toda razón podemos llamar concepción jurisdiccionalista del poder político, responde a una arraigada cosmovisión de base religiosa que se expresa en la idea de *ordo* (orden), con consecuencias decisivas para la comprensión de ‘lo jurídico’ y ‘lo político’. El imaginario del antiguo régimen está dominado por la creencia –largamente consensuada– en un orden divino –y por tanto, natural e indisponible– que abarca todo lo existente asignando a cada parte una posición y destino en el mundo, que desde luego puede ser descubierto y en cualquier caso debe ser universalmente respetado. La cultura del Antiguo Régimen es, así pues, una cultura de orden revelado”. Este orden será ante todo revelado por la tradición, añade. Garriga, Carlos, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, *Istor*, n°16, marzo de 2004, p. 5, p. 12.

⁶ Chiaramonte explica con precisión la expresión de antigua constitución: “En este uso de los términos constitución y constitucionalismo se hace referencia a un conjunto de textos y costumbres de imprecisa determinación, comúnmente aludidos mediante expresiones como ‘antigua constitución’, ‘constitución consuetudinaria’, ‘constitución histórica’ o ‘leyes fundamentales’. En la variada comprensión de este concepto –costumbres, normas prescriptas por el poder legislativo, o un cuerpo de principios inmutables más allá del alcance de alguna institución gubernamental–, sobresalía su también variada relación con el *common law* y, de mayor importancia, con el derecho

orden después de la conmoción de la independencia y de las décadas de guerras civiles que desgarraron las provincias. Por eso debe reorganizarse su legislación, esto es, seleccionar, redactar, abrogar o sobre todo derogar varias leyes. La abrogación de *ciertas leyes* es necesaria para la eficacia de la administración de justicia (en mi tesis de doctorado demuestro que la administración de justicia sigue siendo uno de los pilares del edificio organizacional alberdiano) y para facilitar actividades como el comercio (otro elemento fundamental en los discursos del autor). Pero, en la conciencia que tiene Alberdi del “espacio jurídico conflictual”⁷ que sigue siendo la República argentina, se inscriben también dinámicas de Antiguo Régimen.

Se comprueba aquí también la influencia de su experiencia en Chile, donde vivió en exilio: Alberdi reflexionó mucho sobre la Constitución conservadora de 1833, por ejemplo, le dedica largos párrafos en *las Bases*. Se muestra muy crítico sobre elementos de economía política y comercio, pero reconoce que es la Constitución que originó el país más estable de Sudamérica, al mantener una serie de dinámicas tradicionales:

“Se atribuye a Bolívar este dicho profundo y espiritual: “Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes”. Chile ha resuelto el problema sin dinastías y sin dictadura militar, por medio de una Constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma: ley que anuda a la tradición de la vida pasada la cadena de la vida moderna. La república no puede tener otra forma cuando sucede inmediatamente a la monarquía; es preciso que el nuevo régimen contenga algo del antiguo; no se andan de un salto las edades extremas de un pueblo. La República francesa, vástago de una monarquía, se habría salvado por ese medio; pero la exageración del radicalismo la volverá por el imperio a la monarquía”⁸.

natural. Se trataría, se ha observado, de una *customary law*, expresión en la que no debe confundirse *customary* con *unwritten*, pues, además de que la costumbre y la práctica eran fuentes centrales de autoridad para la *fundamental law* en los siglos XVII y XVIII, existían también una variedad de materiales escritos, incluyendo la *Magna Carta*, la Biblia, leyes claves como la *Declaration of Rights* de 1689 y el *Act of Settlement* de 1701, tratados prominentes, particularmente los de ‘Vattel, Pufendorf, and Grotius’ y trabajos filosóficos, entre los cuales los de Locke eran probablemente los más importantes”. Chiamonte, José Carlos, “La antigua constitución luego de las independencias”, *Desarrollo económico*, vol. 50, n° 199, octubre-diciembre de 2010, p. 335.

⁷ Según la expresión de Garriga. Garriga, Carlos, “Constitución política y orden jurídico: el efecto *derogatorio* de la Constitución de Cádiz” en Garriga Carlos & Lorente Sariñena Marta (coords.), *La constitución jurisdiccional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

⁸ Alberdi, Juan Bautista, *Bases y punto de partida para la organización de la República Argentina*, 1852, <http://www.hacer.org/pdf/Bases.pdf>, consultado el 26 de febrero de 2016. Esta tensión entre tradición e introducción de dinámicas nuevas vuelve a aparecer en el debate en torno a la reforma de la Constitución de 1833 después de las conmociones de la revolución francesa de 1848. *El Comercio de Valparaíso*, periódico que contó con la participación regular de Alberdi, se pronuncia a favor de reformas “administrativas” que tendrían que favorecer el desarrollo económico pero aboga en contra de reformas políticas: “Las reformas que *El Comercio de Valparaíso* propuso fueron de carácter administrativo y no políticas. Consideró que estas últimas fueron hechas en 1810 al

La tensión entre las dos culturas aparece claramente en su balance chileno y nutrirá una parte importante de los discursos que dedica a la organización argentina.

Suprimir leyes permitiría lanzar asimismo un proceso que limite progresivamente las posibilidades de reclamaciones contra decisiones jurídicas, ya que disminuiría el número de leyes legítimas reconocidas por la Constitución, fuente principal y fundamental de derecho en cuanto a la *organización política* de la República. Una vez establecida esta Constitución, Alberdi estima necesario prohibir toda reforma de ésta durante diez años, para asegurar su estabilidad e impedir la aparición de nuevos contenciosos sobre la legitimidad de las leyes. En ello sigue el modelo de la Constitución de Cádiz, que proyectaba la interdicción de reforma del texto fundamental durante un periodo de ocho años. Pero, dado que la posibilidad de una imperfección de la ley no puede erradicarse, ¿cómo proceder sin esta margen de acción? Alberdi precisa en sus *Bases*:

“El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Estas, pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública, más o menos grave. [...] La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. Remedemos sus defectos, no por la abrogación, sino por la interpretación”⁹.

Es decir, el publicista reitera el esquema tradicional de la interpretación de la ley, alejándose de la idea del juez como mera “boca de la ley”, de Montesquieu. La buena interpretación, zócalo de todo el edificio contencioso del Antiguo Régimen, todavía tiene voz y voto –si puedo expresarme así– en la concepción alberdiana.

Retomemos “la indisponibilidad del derecho” en el sistema del tucumano. Para pensadores precursores como Blackstone, el derecho indisponible –considerado como “natural” o hasta “divino”– es un campo en el cual el legislador tiene que abstenerse de intervenir. La concepción alberdiana, posrevolucionaria, es en ello más compleja. Por una parte, otorga un poder creador al legislativo; por otra, vuelve a menudo sobre la divinidad de la ley. Ciertamente deben considerarse las distintas escalas (nacional/ local), que no implican siempre las mismas dinámicas para el tucumano. En cuanto al tema que nos ocupa aquí, en la escala nacional, la división de los poderes, el potencial creador del derecho (que se opone al

independizarse de España y reafirmadas en la Constitución de 1833. Por lo tanto, ‘...aquí necesitamos reforma administrativa en lo comercial, en lo económico, en lo civil, en lo penal, no reforma constitucional’. Según este criterio, *El Comercio de Valparaíso* solicitó: 1. La reforma de legislación de hacienda y finanzas en la parte antigua, que es contraria al espíritu y principios de la revolución de Septiembre. 2. La reforma de los procedimientos judiciales y de la organización de los juzgados en materia comercial. 3. La reforma de la legislación de comercio. 4. La reforma del código civil y el código penal. 5. La reforma en general de todo nuestro mecanismo administrativo en lo tocante a otros muchos ramos del servicio público, en que la obra de la revolución está recién por empezar”. *El Comercio de Valparaíso*, Lunes 12 de Junio de 1848, n°175, Año I, citado por Alvarado G., Pablo *et al*, “La prensa chilena y la revolución francesa de 1848”, *Anuario de Peregado*, 2004, p. 4-5.

⁹ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

ius-dicere de Antiguo Régimen) aparecen en textos tan importantes como las *Bases* (“Hoy debemos constituirnos, si nos es permitido este lenguaje, para tener población, para tener caminos de fierro, para ver navegados nuestro ríos, para ver opulentos y ricos nuestros Estados”). Pero, incluso aquí, la visión historicista del derecho permanece y matiza el voluntarismo jurídico:

“El Congreso Argentino constituyente no será llamado a hacer la República Argentina, ni a crear las reglas o leyes de su organismo normal; él no podrá reducir su territorio, ni cambiar su constitución geológica, ni mudar el curso de los grandes ríos, ni volver minerales los terrenos agrícolas. Él vendrá a estudiar y a escribir las leyes naturales en que todo eso propende a combinarse y desarrollarse del modo más ventajoso a los destinos providenciales de la República Argentina”¹⁰.

Esta tensión en el seno de un mismo texto se resuelve, historiográficamente hablando, por un dato que Palti subrayaba en *El tiempo de la política*. La generación romántica, en efecto, no se limitó a recuperar un lenguaje y concepciones tradicionales, sino que los reinventó en un contexto nuevo, al verse confrontada con interrogantes inéditos¹¹.

1.2 La ley natural como poder constituyente

En efecto, la generación romántica se enfrenta con la problemática del poder constituyente que parece aporética:

“Aquello que no se deja nombrar, que aparece simplemente como imposible de definir, no es sino la idea de un *poder constituyente*. Esta laguna conceptual, sin embargo, no se debería ya simplemente a la persistencia de imaginarios tradicionales, de un lenguaje que no contenía nombres para expresarlo. La propia idea de un acto instituyente que no reconoce ninguna legalidad preexistente, de un Congreso que habla en nombre de una voluntad nacional que dice representar, pero a la cual, sin embargo, a él mismo le toca constituir como tal, que no acepta, por lo tanto, ninguna autoridad por fuera de sí mismo, pero cuya legitimidad depende del postulado de la preexistencia de una soberanía de la que emanen sus prerrogativas [...], en suma, una entidad a la vez heterónoma y autocontenida [...] parecía conducir a paradojas irremediables”¹².

Para resolver dicho problema del poder constituyente, esta Nueva Generación suprime la idea de un pacto convencional de lo social para retomar la ley natural que rige la formación de los cuerpos sociales, descartando en ella la concepción fixista de la naturaleza. La reformulación de Alberdi en las *Bases* constituye una buena ilustración de esta tensión analizada por Palti, la de un “Congreso que habla en nombre de una voluntad nacional” pero

¹⁰ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

¹¹ Palti, Elías José, *El tiempo de la política*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, p. 73.

¹² Palti, E. J., *El Tiempo*, Op. Cit., p. 92.

que conviene sin embargo constituir como tal; se intenta resolver esta tensión por la invocación de una ley natural:

“Nuestra revolución tomó de la francesa esta definición de Rousseau: *la ley es la voluntad general*. En contraposición al principio antiguo de que la ley era la voluntad de los reyes, la máxima era excelente y útil a la causa republicana. *Pero es definición estrecha y materialista en cuanto hace desconocer al legislador humano el punto de partida para la elaboración de su trabajo de simple interpretación, por decirlo así*. Es una especie de sacrilegio definir la ley, la voluntad general de un pueblo. *La voluntad es impotente ante los hechos, que son obra de la Providencia*. ¿Sería ley la voluntad de un Congreso, expresión del pueblo, que, teniendo en vista la escasez y la conveniencia de brazos, ordenase que los argentinos nazcan con seis brazos? [...] Pues la misma impotencia, poco más o menos, le asistiría para mudar y trastornar la acción de los elementos naturales que concurren a formar la constitución normal de aquella nación. “Fatal es la ilusión en que cae un legislador, decía Rivadavia, cuando pretende que su talento y voluntad pueden mudar la naturaleza de las cosas, o suplir a ella sancionando y decretando creaciones”. *La ley, constitucional o civil, es la regla de existencia de los seres colectivos que se llaman Estados; y su autor, en último análisis, no es otro que el de esa existencia misma regida por la ley*”¹³.

La última frase muestra hasta qué punto es laboriosa la pirueta definitoria. La referencia a una ley natural es la única que permite legitimar el poder constituyente. Pero como esta ley natural se refiere ahora –al contrario de las concepciones fixistas– a una naturaleza que *evoluciona*, esta ley podrá así también evolucionar en los textos escritos: “los progresos de su civilización pueden modificarla [la constitución] y mejorarla en el sentido de la perfección absoluta del gobierno libre, pero pactando siempre con los hechos y elementos de su complejidad histórica”¹⁴, señala Alberdi. Es también por eso por lo que concibe la Constitución como una constitución provisoria:

“No se ha de aspirar a que las constituciones expresen las necesidades de todos los tiempos. Como los andamios de que se vale el arquitecto para construir los edificios, ellas deben servirnos en la obra interminable de nuestro edificio político, para colocarlas hoy de un modo y mañana de otro, según las necesidades de la construcción. Hay constituciones de transición y creación, y constituciones definitivas y de conservación. Las que hoy pide la América del Sud son de la primera especie, son de tiempos excepcionales”¹⁵.

1.3 “Divina” o “natural”, la necesidad se impone

¹³ El subrayado es mío. Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

¹⁴ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

¹⁵ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

No obstante, conviene aportar una precisión. Según los casos, Alberdi emplea la noción de ley divina, querida por la Providencia, o la más depurada de ley natural. Enfoquémonos en la primera. Esta necesidad de vincular la ley con un orden divino fue muy bien explicada por Hannah Arendt en *On revolution*, cuando trata el problema del poder constituyente y de la fuente de legitimación de la ley. Vuelve sobre la visión ilustrada –que, aunque es diferente en su concepción de la naturaleza, es absolutamente necesaria para entender la emergencia del pensamiento romántico en este punto¹⁶–: subraya, glosando a Rousseau, que para lograr “colocar la ley por encima del hombre, y establecer así la validez de las leyes hechas por el hombre, se necesitarían Dioses (*“il faudrait des dieux”*)¹⁷. La filósofa nota que casi todos los pensadores prerevolucionarios, con la excepción de Montesquieu, invocaban un principio divino para fundar la ley¹⁸. Esta ley estable e indisponible tenía que vincular –Arendt evoca el primer sentido de “religión” que viene de *religare*¹⁹, ligar– los miembros del cuerpo social²⁰. El publicista argentino entra en esta dinámica²¹. Como en la experiencia gaditana analizada por Marta Lorente, no se trata –en el discurso alberdiano– de fundar la legitimidad de la ley en la “voluntad general”, sino en cierta concepción de lo justo y de lo bueno²². A veces, evoca así dicha “voluntad general” para someterla a la “razón general” (de los capaces), las cuales tienen ambas que someterse a “la razón y voluntad de Dios”²³. La ley tiene que ser justa, natural, y basarse en el orden divino. La ley *buena* es la ley natural dada por Dios²⁴,

¹⁶ Palti, E. J., *El Tiempo*, Op. Cit., p. 156-157.

¹⁷ Arendt, Hannah, *On revolution*, Penguin Book, Londres, 1990, p. 185.

¹⁸ Arendt, H. *On revolution*, Op. Cit., p. 188.

¹⁹ Arendt, H. *On revolution*, Op. Cit., p. 188.

²⁰ Así la divinidad se ve instrumentalizada en cierta medida y puesta al servicio de la permanencia de un orden inmanente –orden inmanente que se impuso con la revolución en el caso francés y que acabó con el orden trascendente de Antiguo Régimen. Esta ruptura entre las dos concepciones de la esencia del orden no es tan tajante en el mundo hispánico del siglo XIX, si seguimos a historiadores como Carlos Garriga.

²¹ La asamblea constituyente prevé que tendrá por ejemplo que jurar ante Dios. También será el caso del Presidente de la Confederación y de los gobernadores que, según sus estatutos, tendrán que pronunciar las fórmulas siguientes después de haberse comprometido a respetar lo que implican: “Si así no lo hiciera, Dios y la Confederación me lo demanden”, o “Si así no lo hiciera, Dios y la Provincia me lo demanden”. (Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit., y *Obras completas*, tomo 5, Op. Cit., p. 14). Se establece una responsabilidad ante el pueblo y ante “Dios”, lo que permite devolver cierta dimensión trascendental al orden inmanente.

²² Lorente, Marta, *La nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Universidad autónoma de Madrid, Madrid, 2010, p. 255.

²³ Alberdi, J. B., *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Ediciones Pampa y Cielo, Buenos Aires, 1998, http://iphi.org.br/sites/filosofia_brasil/Juan_Bautista_Alberdi__Fragmento_preliminar_al_estudio_del_derecho.pdf, consultado el 03 de septiembre de 2015, p. 50.

²⁴ Son numerosos los fragmentos sobre esta cuestión: “Dios, en efecto, da a cada pueblo su constitución o manera de ser normal, como la da a cada hombre. El hombre no elige discrecionalmente su constitución gruesa o delgada, nerviosa o sanguínea; así tampoco el pueblo se da por su voluntad una constitución monárquica o republicana, federal o unitaria. Él recibe estas disposiciones al nacer: las recibe del suelo que le toca por morada, del número y de la condición de los pobladores con que empieza, de las instituciones anteriores y de los hechos que constituyen

siendo el pueblo solo el intermediario, que delega a sus gobernantes *capaces* el poder de *interpretar* y de aplicar la ley. En efecto, Alberdi comenta en sus *Bases*:

“La interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar los defectos de las leyes. [...] La ley es un Dios mudo que habla por la boca del magistrado. Este la hace ser sabia o inicua. De palabras se compone la ley, y de palabras se ha dicho que no hay ninguna mala, sino mal tomada. [...] Cread la jurisprudencia, que es el suplemento de la legislación, siempre incompleta, y dejad en reposo las leyes, que de otro modo jamás echarán raíz”²⁵.

La insistencia sobre un origen divino de la ley es particularmente pronunciada en los primeros escritos alberdianos, como el *Fragmento preliminar al estudio del derecho*. En los escritos posteriores, la referencia a lo divino se desdibuja con frecuencia, pero la noción de ley “natural”, de ley que tiene que seguir la evolución del organismo social, permanece. De hecho, notamos aquí que, pese a una resemantización perpetua, pese a la evolución de los campos discursivos que permiten anclar la legitimidad de la ley, un principio fundamental perdura: el de cierta necesidad. Sea una necesidad definida como “divina”, en un discurso que sigue apoyándose de manera significativa en concepciones tradicionales todavía muy presentes en las mentalidades, o sea una necesidad *biológica* –expresión que remite al campo discursivo organicista, positivista, cada vez más difundido a lo largo del siglo–, el fondo no cambia realmente: existe cierta necesidad. La necesidad debe fundar la ley, los *dioses* de Rousseau se encarnan en esta necesidad, en esta diosa Necesidad que permite consolidar un orden inmanente²⁶. Este orden inmanente tiene que aparecer como un orden *inmutable* en cierta medida; no es estático, evoluciona, pero mediante leyes intrínsecas que lo gobiernan y no mediante la acción humana voluntarista.

1.4 Código, códigos o constitución

su historia: en todo lo cual no tiene más acción su voluntad que la dirección dada al desarrollo de esas cosas en el sentido más ventajoso a su destino providencial”. (Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.). O: “Los códigos (volveré en la ambigüedad del término) son la expresión de la sociedad, la imagen de su estado social, que resulta esencialmente de la combinación de tres órdenes de hechos, a saber: los hechos morales, los hechos políticos y los hechos económicos. Estos hechos se desenvuelven por leyes naturales, que les son propias. Estas leyes naturales impulsan a los hombres a realizar los cambios involuntariamente y por instinto, mucho antes que los hombres conozcan y sepan formularlos por la ciencia. Así la riqueza es anterior a la ciencia económica; la libertad es anterior a las constituciones, pues ella es quien las escribe. [...] La ley escrita, para ser sabia, ha de ser expresión fiel de la ley natural, que gobierna el desenvolvimiento de estos tres órdenes de hecho”. Alberdi, J. B., *Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina, según su Constitución de 1853*, <http://www.eumed.net/cursecon/textos/2004/Alberdi-sistema.pdf>, 1854, consultado el 3 de septiembre de 2015, p. 62.

²⁵ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

²⁶ “Inmanente”... con todos los límites que evocamos en cuanto al caso hispánico.

En este sentido, Alberdi se opone también a la noción de *códigos* jurídicos. En su proyecto de constitución prefiere atribuir al poder legislativo la capacidad de “legislar en materia civil, comercial y penal”, ya que considera que los códigos son demasiado laboriosos, ineficaces:

“Para obrar estos cambios tan exigidos por nuestro adelantamiento, no es menester pensar en códigos completos. Las reformas parciales y prontas son las más convenientes. Es la manera de legislar de los pueblos libres. La manía de los códigos viene de la vanidad de los emperadores. Inglaterra no tiene un solo código, y raro es el interés que no esté legislado”²⁷.

Hasta pueden revelarse *peligrosos*, contraproducentes, ya que legislarían sobre realidades todavía embrionarias en el Río de la Plata:

“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 legíslables, se reglan y organizan hechos infinitos, que no han empezado a existir, en pueblos que la España dejó embrionarios y a medio formarse?”²⁸.

Además, estima que la Constitución es suficiente: no es artificial, al contrario de los códigos, ya que corresponde supuestamente a la constitución *orgánica* del país y respeta las costumbres: “los derechos civiles relativos no son, ni pueden ser más que el desarrollo, aplicación y derivación, hecha por la legislación civil, de esos derechos absolutos, declarados, no creados, por la Constitución”²⁹. Un código civil que intente reformar el zócalo de la nación amenazaría la única estabilidad existente en el país, según Alberdi: la sociedad civil. Y, en efecto, “en la concepción plena del código se contenía la abolición conceptual del orden social”³⁰ anterior³¹. Ahora bien, es sobre todo en esta sociedad civil que recaen las esperanzas

²⁷ Precisa: “Sabido es que Napoleón I sancionó sus códigos civiles con la alta mira de establecer la unidad o nacionalidad de Francia, dividida antes de la revolución en tantas legislaciones civiles como provincias. ¡Pero los parodistas bonaerenses de Napoleón I destruyen la antigua unidad de legislación civil, que hacía de todos los pueblos argentinos un solo pueblo, a pesar del desquicio, y dan códigos civiles de provincia para llevar a cabo la organización del país! La Confederación debe protestar desde hoy contra la validez de esos códigos locales atentatorios de la unidad civil de la República. No es de creer que Buenos Aires alcance a llevar a cabo ese desorden; pero si tal cosa hiciere, la Nación a su tiempo debe quemarlos en los altares de Mayo y de Julio, levantados a la integridad de la patria por los grandes hombres de 1810 y de 1816. ¿Por qué Buenos Aires no colabora esas reformas con la Nación de su sangre? Si cree que la división es transitoria, ¿por qué la vuelve definitiva, abriéndola en lo más hondo de la sociedad argentina?”. (Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.). Recriminará asimismo contra las provincias, como la de Buenos Aires, que crean un código civil provincial propio, por razones obvias (perjudicará la unidad básica de la nación), pero esto excede nuestro tema presente.

²⁸ Alberdi, J. B., *Sistema económico y rentístico*, Op. Cit., p. 62.

²⁹ Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 7, Imprenta La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1887, p. 92.

³⁰ Clavero, B., “La idea de código en la Ilustración jurídica”, *Historia. Instituciones. Documentos*, 1979, p. 82.

del tucumano, es ella la que tiene que atraer a migrantes y capitales (las condiciones *sine qua non* para que la Argentina avance en el camino del “progreso” y de la “civilización”, metas fundamentales anheladas por Alberdi en un espíritu muy decimonónico), y no la sociedad política, siempre agitada, que no tendría nada atractivo para Europa. Al contrario de la Francia de 1789, que produjo un código civil con el fin de unificar el derecho que organizaría la sociedad, explica el autor, “en el Plata no falta unidad de legislación civil: lo que falta es unidad de legislación política, unidad de Gobierno, unidad de poder”³². Esta pusilanimidad para con la idea de codificación no era personal a Alberdi. Tau Anzoátegui demuestra hasta qué punto el concepto hispánico de “código” era “conservador” al principio del siglo XIX y buscaba “proteger la singularidad histórica y espacial del mundo hispánico”, al mismo tiempo que se proponía crear “un nuevo cuerpo legislativo [...] metódico”, que daría la primacía a la ley como fuente de derecho³³. El publicista tucumano, entre cultura jurisdiccional y cultura estatal, todavía es heredero de esta concepción³⁴.

Así, Alberdi critica con vehemencia el Código civil que propone Vélez Sarsfield –encargado por Mitre en 1864–, y que será sancionado en 1869³⁵. Más allá de las disputas de *ego* entre los dos autores, Alberdi justifica su postura³⁶ con la idea, precisamente, de que es absurdo querer cambiar las leyes y costumbres de un día para el otro, que no funcionará:

“No son Códigos civiles lo que necesitan más urgentemente las Repúblicas de la América del Sud, sino Gobiernos, orden, paz, simple, seguridad para el goce de las leyes uniformes que no les faltan, y que pueden darse bajo el dictado gradual de la experiencia. ¿Qué vale mejorar de un golpe todas las leyes civiles si han de quedar letra muerta? El mal de las leyes actuales no es que son injustas, sino que no se cumplen. Con leyes civiles que no igualan al *Código de las Siete Partidas*, los Estados Unidos hacen respetar la propiedad, la persona, la familia, mejor que los países más bien codificados

³¹ La necesidad de asegurar la estabilidad de este cuerpo se acentúa cuando recordamos que Alberdi quería que se sancionara, con una vigencia de por lo menos diez años, la interdicción de reforma de la Constitución.

³² Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 7, Op. Cit., p. 83.

³³ Según los términos de José María Díaz Couselo. Díaz Couselo, José María, “Recensión de *Casuismo y Sistema: Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano* de Víctor Tau Anzoátegui”, *Revista de Historia de América*, n°114, julio-diciembre de 1992, p. 160.

³⁴ El historiador del derecho Carlos Garriga mostró hasta qué punto la justicia seguía siendo una justicia de jueces, más que de leyes, durante todo el siglo XIX hispánico. Ponencia “Tradición y Constitución: la problemática de la transición del derecho tradicional al derecho legal en la América hispana (siglos XVIII-XIX)”, presentada en el CRALMI, 19 de febrero de 2016, La Sorbonne, París (organización Annick Lempérière).

³⁵ Por un histórico que relata el recorrido de las nociones de los “códigos” en Argentina, ver: Díaz Couselo, J. M., “Pensamiento jurídico y renovación legislativa”, en Tau Anzoátegui, Víctor (dir.), *Nueva historia de la Nación argentina*, tomo 5, Editorial Planeta Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 363-403.

³⁶ Para profundizar esta polémica, ver: Alberdi, J. B. & Vélez Sársfield, Dalmacio, “Polémica Alberdi Sársfield”, http://historia-derecho.com.ar/Fuentes_didacticas/HDA-FEIJ-Polemica-Alberdi-Velez_Sarsfield.pdf, consultado el 06 de enero de 2015.

de Sud-América. [...] En este sentido, Chile y el Brasil han obrado con más juicio que sus imitadores, porque no han pensado en Códigos civiles, sino después de tener gobiernos estables, capaces de hacer de la justicia y de la ley civil una verdad práctica”³⁷.

Cierto es que se puede considerar el Código Civil como la “expresión más clara del absolutismo legal”, citando a Díaz Couselo³⁸ y su análisis del caso argentino. Deja de tomar en cuenta la costumbre como fuente de derecho complementario y sanciona el “reino de la ley”³⁹, pero al contrario de lo que pretende Alberdi, integra elementos del derecho español y de leyes promulgadas desde 1810, lo que Vélez Sarsfield prueba sin dificultades⁴⁰. Es aquí donde se perciben oposiciones personales, ajenas a este trabajo.

En cambio, sorprende observar que en otros escritos de Alberdi, la noción de “códigos” se connota de manera positiva. ¿Cómo definir, entonces, la postura del autor en torno a este tema? Primero se debe semantizar el término “código”, que no tuvo siempre el preciso sentido actual, resumido por Clavero en estas palabras:

“Código es la norma básica por excelencia de cada ramo del derecho, representando en sí un despliegue de su régimen en principio completo. En palabras del historiador que últimamente mejor ha subrayado dicha precisión contemporánea del término: los códigos son libros jurídicos que ‘contienen tan sólo series de normas que vienen concebidos como monumentos unitarios, consideradas dichas normas como coherentes y sistemáticas, que establecen teóricamente una disciplina exhaustiva (salvo leyes tenidas precisamente por especiales) de todas las relaciones pertenecientes a una rama individualizada por la unidad de su materia’ ”⁴¹.

Oponiéndose a esta acepción precisa, el término servía al principio para designar recopilaciones de leyes ya existentes, de carácter más doctrinario que preceptivo⁴²:

“El término ‘código’ no tuvo en principio [...] un sentido jurídico preciso o sustantivo; se refería tan solo, en la antigüedad, a una determinada forma material de colección de textos extensos: la de foliación y cosido que hoy es característica del libro; una forma que, desde luego, se mostró desde sus comienzos particularmente adecuada para el caso de los textos jurídicos [...]. En adelante, en desuso el ‘volumen’, ‘código’ podrá ser

³⁷ Ver sus escritos sobre el Proyecto de código civil. Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 7, Op. Cit., p. 86-87.

³⁸ Díaz Couselo, J. M., “Recensión de *Casuismo y Sistema*”, Op. Cit., p. 378.

³⁹ Díaz Couselo, J. M., “Recensión de *Casuismo y Sistema*”, Op. Cit., p. 387.

⁴⁰ Díaz Couselo, J. M., “Recensión de *Casuismo y Sistema*”, Op. Cit., p. 387.

⁴¹ Clavero, B., “La idea de código en la Ilustración jurídica”, Op. Cit., p. 51. Él mismo cita a Giovanni Tarello, *Storia della cultura jurídica moderna. I Assolutismo e codificaciones del diritto*, Bolonia, 1976, p. 20.

⁴² Clavero, B., “La idea de código en la Ilustración jurídica”, Op. Cit., p. 52.

cualquier libro, y desde luego, cualquier libro jurídico, sin mayor significación respecto a su entidad o tendencia”⁴³.

En esa acepción, precisamente, el término puede aparecer bajo la pluma alberdiana: “desde la formación de nuestras colonias nos ha regido un derecho público español, compuesto de leyes peninsulares y de códigos y ordenanzas hechos para nosotros”⁴⁴. Clavero subraya además que de los dos primeros sentidos del término se puede extraer un tercero, que se cruza claramente con la noción de código constituyente, de constitución: sería un “modelo de futuro derecho”:

“El código que finalmente de este modo se propicia resulta exactamente el género racionalista y preceptivo de cuya definición había de tratarse; resulta el código constituyente y normativo que puede fundar todo un nuevo sistema”⁴⁵.

Alberdi utiliza a veces la acepción de “constitución” por código. Pero su uso, incluso en esos casos, parece coincidir con la acepción más antigua, que remite a una recopilación de leyes más que a una creación racional y voluntarista: el autor no deja de recordar el hecho de que la Constitución –o código– sólo traduce la constitución orgánica del país y que es el argumento con el cual se opone al Código de Vélez Sarsfield. De allí que en sus *Bases* escriba: “la facultad de establecer y reglar la administración general del país bajo el sistema federal, deferida al Congreso argentino por el tratado litoral de 1831, envuelve el poder de expedir el *código o leyes*, del régimen interior general de la Confederación”⁴⁶. Y en sus *Elementos de derecho provincial*:

“Hemos visto en la primera parte de este tratado cuáles son las fuentes o principios de que debe sacar sus disposiciones el derecho público de provincia en la República Argentina, sea que este derecho resida en un código constitucional completo, o bien consista en leyes sueltas de carácter constitucional”⁴⁷.

Aquí, el *código constitucional* debe nutrirse de fuentes tradicionales, no se inscribe en un proceso voluntarista de *creación* de la ley. Visiblemente reaparece –al considerar los distintos usos del término por el tucumano– la tensión entre dos lenguajes políticos, atravesando todos sus textos⁴⁸.

⁴³ Clavero, B., “La idea de código en la Ilustración jurídica”, Op. Cit., p. 49.

⁴⁴ Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 5, Op. Cit., p. 151.

⁴⁵ Clavero, B., “La idea de código en la Ilustración jurídica”, Op. Cit., p. 66-67.

⁴⁶ El subrayado es mío.

⁴⁷ Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 5, Op. Cit., p. 72.

⁴⁸ Clavero muestra bien que para los legisladores españoles en los cuales apoya su estudio, la noción tampoco resultaba siempre clara y rotunda. Evoca por ejemplo una “idea híbrida de ‘código’ –de tendencia metódica pero de sustancia tradicional– [que] también se estimaba como un posible recurso de superación de la crisis evidente de conocimiento y aplicación del derecho establecido, aceptándose con dicha idea ciertas renovaciones [...] dentro del

En esta misma perspectiva, subrayamos otro punto: Alberdi puede defender *ciertos* códigos comprendidos en la acepción moderna. No obstante, pronto notamos que se trata exclusivamente de códigos que organizan la vida económica, son códigos de *economía política*, de *comercio*, estos grandes principios que se encuentran en el meollo de los discursos alberdianos sobre la organización del país. Comenta en efecto en las *Bases* que: “el Código de Comercio es el código de la vida misma de estos países, y sobre todo de la República Argentina, cuya existencia en lo pasado y en la actualidad está representada por la industria mercantil”. Son códigos que no tienen que afectar directamente a la sociedad civil (debido a ello, tendrán por ejemplo que respetar las jurisdicciones provinciales)⁴⁹. La distinción establecida por Carlos Garriga entre dos planos –el plano jurídico y el plano político– es muy útil aquí para entender esta postura⁵⁰. Pero antes de llegar a este punto, todavía tenemos que subrayar una última ambigüedad alberdiana.

1.5 Cuando la polisemia y el voluntarismo jurídico entran en juego

Esta otra “incongruencia” de Alberdi, quien oscila entre historicismo y voluntarismo, no lo convierte en un caso aparte: esta tensión existe también, por ejemplo, en los debates (que conocía el argentino) de los doctrinarios franceses⁵¹. El autor explica que como la ley natural evoluciona, la ley escrita también puede ser modificada (en cuanto respeta la dirección de la evolución natural). Dicha afirmación abre un vasto campo de acción posible al voluntarismo jurídico, que puede modificar la ley legitimando este cambio por la evolución de la sociedad. La creación jurídica se legitimará al argüir que si la ley natural hace evolucionar la sociedad⁵², la ley escrita tendrá desde luego que traducirlo; pero puede

propio sistema” o también el hecho de que el historicismo jurídico no se opone forzosamente a la codificación. Hasta llegan a ensalzar los códigos (entendemos los “códigos históricos” que remiten a la idea primitiva de código y no a la idea más precisa de codificación), al tildar por ejemplo *Las Siete Partidas* de código, de modelo de código. Clavero, B., “La idea de código en la Ilustración jurídica”, Op. Cit., p. 73, 74, 80.

⁴⁹ En las *Bases*, una de las atribuciones del Congreso es en efecto la de “Dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería, *sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales*, correspondiendo su aplicación a los Tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”. La situación es similar a la de España; no hay derogación o abrogación sistemática del derecho anterior por la Constitución de Cádiz.

⁵⁰ Como lo indica además en el caso de la Constitución de Cádiz, esta Constitución era una Constitución *política* que supuestamente tenía que ser completada luego por códigos de distinta índole. De la misma manera, la propuesta de Constitución alberdiana emana de las *Bases y punto de partida para la organización política* (el subrayado es mío) *de la República argentina*.

⁵¹ Ver por ejemplo: Botana, Natalio, *La tradición republicana: Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997.

⁵² Alberdi insiste, en *el Fragmento preliminar al estudio del derecho*, en el hecho de que la dogmática tiene que ser la “hija prudente y docta de la filosofía y de la historia”, que “sabe hermanar el respeto de las leyes existentes con el progreso de las leyes venideras, y conservar de este modo por la antigüedad, una piadosa fidelidad, sin faltar por eso

también invertir, subrepticamente, el vínculo entre causa y efecto. Es aquí donde notamos que el propio término de constitución puede desdoblarse verdaderamente, volverse bisémico, en los escritos del tucumano. Lejos de la constitución orgánica que rige la sociedad por leyes intrínsecas, habría *otra* constitución, una constitución *política*, que Alberdi explicita en estas palabras:

“La Constitución es la ley política, que organiza el gobierno del Estado: no es una ley social. Ella constituye el *estado*, no la *sociedad*. El estado es una parte de la sociedad. La sociedad puede ser mirada como regida por un pacto o contrato *social* entre sus miembros asociados. Pero un estado republicano y democrático, se compone del pueblo contenido en la sociedad, capaz de ejercer y conducir el gobierno de toda ella. El estado puede ser visto como un mandatario respecto de la sociedad, cuyos intereses y destinos representa”⁵³.

Sobre la antigua constitución (la que tiene que regir a la sociedad y sus prácticas), se levanta así una segunda, genuinamente política, que cuestiona un modelo voluntarista. Es interesante esta ambivalencia ya que revela el hecho de que Alberdi tiene conciencia de pertenecer a un período transitorio, todavía moldeado por imaginarios y prácticas tradicionales (indisponibilidad del derecho, operatividad del derecho consuetudinario, etc.). Ese período recupera los lenguajes y vuelve a semantizarlos para dar un sentido al contexto presente. Por otro lado, es un período que se abre a otras perspectivas inéditas, que surgieron con las revoluciones (entre otras, la del rol de la voluntad en la creación de la ley, que nos ocupa aquí). Garriga efectúa una distinción entre el plano jurídico y el plano propiamente político, cuando analiza la Constitución de Cádiz, que convence en el estudio del caso alberdiano:

“Por un lado, la misma Constitución, que ha podido ser vista como la encarnación de un orden superior, de *matrix religiosa*, y por ello, en cierto sentido y aun a riesgo de simplificar, anclada todavía en un modo tradicional –por jurisdiccional– de concebir el derecho. Por otro lado, el programa político que la Constitución incorpora, es decir, el orden jurídico proyectado, que al menos sobre el papel parecía imaginado como legalista, al modo del francés *règne de la loi*”⁵⁴.

En los textos del tucumano, esta concepción legalista pocas veces se ve afirmada⁵⁵, pero, como ya dije, aparece implícita de manera constante. En la cita del publicista, el texto

a las exigencias progresivas de la civilización”. Alberdi, J. B., *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, Op. Cit., p. 71.

⁵³ Esto fue escrito en 1871. Alberdi, J. B., *Obras completas* (tomo 10), Op. Cit., p. 133.

⁵⁴ Ver “Constitución política y orden jurídico”, Op. Cit., p. 135.

⁵⁵ Varios fragmentos ilustran la idea de que la ley tiene que cambiar las costumbres. Por ejemplo: “La nueva política debe tender a glorificar los triunfos industriales, a ennoblecer el trabajo, a rodear de honor las empresas de colonización, de navegación y de industria, a reemplazar en las costumbres del pueblo, como estímulo moral, la

fundamental pretende ser *político* y tiene que organizar el gobierno, el poder. Así, si vinculamos la constitución entendida de manera tradicional con cierto jurisdiccionalismo de derechos, la constitución que evoca aquí Alberdi tiene que ser asociada al constitucionalismo de poderes, para retomar una distinción de Clavero. Se nota en efecto que se trata de un constitucionalismo que depende de un pequeño grupo de ciudadanos, los que constituyen realmente la nación alberdiana; el término “pueblo”, elegido por el publicista, no permite dudas: es ese grupo que existe en el seno de la “sociedad” y que es capaz de organizarla, de gobernarla en su conjunto. Este “pueblo” es aquí sinónimo de “Estado”⁵⁶ (“el estado es una parte de la sociedad”). La sociedad, en la cual caben todos los grupos humanos pero entre los cuales varios se invisibilizan a escala de la Nación, tiene que ser gobernada por los individuos ciudadanos (que corresponden al paradigma del hombre blanco⁵⁷, propietario, jefe de familia). La Constitución es pues el texto de esa minoría que se impone a la mayoría; es el “contrato general de dominación” que nace en los Estados liberales del siglo XIX, que muestra Lutz Raphael⁵⁸. Abriendo un paréntesis, subrayamos que Sarmiento, contemporáneo de Alberdi, reconoce más abiertamente que el constitucionalismo que debe establecerse es un constitucionalismo de poderes, que responde a las necesidades de una pequeña franja de la población, tal como dice sus *Comentarios a la Constitución*:

“Ahora la Constitución no es la regla de conducta pública para todos los hombres. La Constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, los jueces que las aplican y la policía de seguridad. Son las clases educadas las que necesitan una Constitución que asegure las libertades de acción y de pensamiento: la prensa, la tribuna, la propiedad, etc., y no es difícil que éstas comprendan el juego de las instituciones que adopta”⁵⁹.

Ello permite a Clavero afirmar que en estas constituciones se puede considerar que “la exclusión en rigor no existe. La minoría se hace con derechos para sí misma y con poderes respecto a la mayoría, la propia como la ajena. Así es como incluye”⁶⁰.

vanagloria militar por el honor del trabajo, el entusiasmo guerrero por el entusiasmo industrial que distingue a los países libres de la raza inglesa, el patriotismo belicoso por el patriotismo de las empresas industriales que cambian la faz estéril de nuestros desiertos en lugares poblados y animados”. Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit. Sin embargo, la noción de respeto a la constitución orgánica, a las costumbres, es la más reiterada en los escritos del autor.

⁵⁶ El Estado es otra forma de considerar este pueblo, según analizo en mi tesis y siguiendo el estudio de Clavero: Clavero, Bartolomé, “Cádiz 1812: antropología e historiografía del individuo como sujeto de constitución”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°42, 2013. La plasticidad del término “Estado” en la obra del publicista también se desarrolla en la tesis.

⁵⁷ Por ‘blanco’ entendemos el individuo que contesta a los criterios de “civilización” impuestos por Occidente.

⁵⁸ Raphael, Lutz, *Ley y orden*, Siglo XXI, Madrid, 2008, p. 18.

⁵⁹ Sarmiento, Domingo Faustino, *Obras completas*, tomo 8, Matanza, Buenos Aires, 2001, p. 36.

⁶⁰ Ver Clavero, C., “Constitución europea e historia constitucional. El rapto de los poderes”, *Historia Constitucional*, n°6, 2005, p. 392.

2. "Might makes right"⁶¹

“El Estado es incapaz de crear derechos, si por derechos se entiende no una potestad arbitraria, hija de la fuerza (porque, sin duda, el Estado puede crear derechos de esta clase), sino una potestad legítima, racional, moral, inherente al hombre en virtud de las leyes de su constitución natural. En este sentido, decir que el Estado puede crear derechos es decir que el Estado puede invertir la humana constitución. El Estado no hace, ni puede hacer otra cosa que dar una realidad estable y permanente a los derechos y obligaciones, que antes de la sociedad sólo tenían una realidad imperfecta y precaria. Lo único que puede dar es penas y recompensas, y al favor de ellas, realidad completa a los derechos y obligaciones que no él, sino Dios, pudo crear”⁶².

Esta afirmación del publicista, incluida en el *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, bien podría resolver la tensión entre los dos constitucionalismos evocados. Reanuda con la noción de indisponibilidad del derecho, pero obra a favor de los poseedores de los poderes preconstitucionales: el patriarcado y la propiedad. Si el Estado no puede crear nuevos derechos de manera “arbitraria”, es porque este Estado fue concebido para preservar los primeros poderes, para confirmar a la minoría que los posee en su dominación⁶³. Todo derecho que iría en contra de sus intereses sería pues “arbitrario”, no querido por el proceso “natural” o “divino” (es decir preconstitucional). Así, sería por ejemplo “antinatural” otorgar derechos civiles a las mujeres que son, *por naturaleza*⁶⁴, menores. El Estado sólo puede distribuir las “penas” y las “recompensas” en función de la conformidad de las acciones a estos derechos (de hecho, a estos poderes) primeros. Por ejemplo, Alberdi adhería a la idea de que las prerrogativas tradicionales de la policía se detenían en el umbral de la casa⁶⁵ y de la autoridad paterna⁶⁶. El constitucionalismo “artificial” consolida la “constitución orgánica” del país.

⁶¹ “El poder hace el derecho”, traducido y comentado por Clavero a partir del *Moby-Dick* de Melville. Clavero, B., “Constitución europea”, Op. Cit., 2005, p. 393.

⁶² Alberdi, J. B., *Fragmento preliminar*, Op. Cit., p. 53.

⁶³ Esta afirmación consolida el análisis de Lutz Raphael quien ve en las constituciones de los Estados liberales del siglo XIX un “contrato de dominación”. Raphael, L., *Ley y orden*, Op. Cit., p. 18.

⁶⁴ “Los *menores* y las *mujeres* deben ser protegidos en su *incapacidad natural* (el subrayado es mío) por la ley civil protectora de la riqueza pública, no por la concesión de privilegios e hipotecas, que destruyen las garantías de *igualdad civil ante la ley*, dada por el art.16 de la Constitución” (Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 4, Imprenta La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886, p. 212-213). Es interesante notar que se considera la incapacidad física de la mujer –al estilo de la Constitución de Cádiz– como “natural”, y no como civil, lo que es extremadamente importante. Clavero muestra en efecto que la incapacidad de la mujer en el código napoleónico en Francia es una cuestión civil, lo que deja un margen de evolución posible, ya que se puede *a priori* modificar la ley. En cambio, definir su estatus de subordinación como natural la reduce a la impotencia. Es un supuesto estado de hecho, estado natural, una ley inmutable que no puede ser cuestionada.

⁶⁵ Zamora, Romina Noemí, “Sobre la función de policía y el orden económico en San Miguel de Tucumán a fines del siglo XVIII. De presuntos delincuentes, acaparadores y monopolistas”, *Revista Historia y Memoria*, n°8, enero-junio de 2014, p. 186.

¿Cuáles son, entonces, las formas que toma este constitucionalismo en el proyecto de Alberdi? Recordemos el famoso artículo XVI de la *Déclaration des Droits de la Révolution française*: “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*”. El proyecto alberdiano responde a estas dos exigencias, tal como lo estipula en la introducción a su *Constitución*:

“He seguido el método más simple, el más claro y sencillo a que naturalmente se prestan los objetos de una constitución. ¿Qué hay, en efecto, en una constitución? Hay dos cosas: 1.º, los principios, derechos y garantías, que forman las bases y objeto del pacto de asociación política; 2.º, las autoridades encargadas de hacer cumplir y desarrollar esos principios. De aquí la división natural de la Constitución en dos partes. He seguido en esta división general el método de la Constitución de Massachusetts, modelo admirable de buen sentido y de claridad, anterior a las decantadas Constituciones francesas, dadas después de 1789, y a la misma Constitución de los Estados Unidos. [...] He dividido la segunda parte, que trata de las autoridades constitucionales, en dos secciones, destinadas, la primera a exponer la planta de las autoridades nacionales, y la segunda a la exposición de las autoridades de provincias o interiores. He subdividido la sección primera en tres capítulos expositivos de las tres ramas esenciales del gobierno: poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. La Constitución no contiene más”⁶⁷.

Dicha división del poder en varios poderes es la “primera garantía” contra los excesos de su ejercicio, precisa Alberdi, agitando el espectro de la experiencia rosista y la concentración de la “suma total de los poderes públicos” entre las manos del gobernador de Buenos Aires⁶⁸. Pero veamos cómo se distribuyen, se organizan, estos tres poderes recién creados. Alberdi, como en numerosas otras constituciones⁶⁹, parece dar la prioridad al legislativo, (empezando por el sitio inaugural que le reserva en su texto). Y es comprensible en el marco del siglo XIX: conforme avanza la centuria, derecho y leyes se asocian cada vez más, en una deriva que acaba por hacer depender los derechos de las leyes⁷⁰. Esto es, exactamente lo contrario de la tendencia dominante durante el Antiguo Régimen, que consideraba a “la ley como *justicia*, es decir la justicia como causa de la ley”, concepción que podía resumirse por la expresión “*causa legis* (...) entendida justamente por la adecuación de la ley a la equidad o la

⁶⁶ En su “Examen de la Constitución Provincial de Buenos Aires”, cita en efecto el artículo 160: “La casa de un ciudadano es un asilo inviolable, y solo podrá entrarse a ella en virtud de orden escrita de juez o autoridad competente” antes de comentarlo en una nota en pie de página donde se indigna por el hecho de que en esta primera versión de esta Constitución, dicha inviolabilidad no se extendiera a los hogares de los extranjeros. Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 5, Imprenta La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886, p. 245.

⁶⁷ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

⁶⁸ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

⁶⁹ Clavero, B., *El orden de los poderes*, Trotta, Madrid, 2007.

⁷⁰ Clavero, B., *El orden de los poderes*, Op. Cit., p. 31.

justicia”⁷¹. El ejecutivo sigue, en el orden de enunciación, el judicial cierra el todo. La relegación del poder judicial en este proyecto de alcance nacional⁷² –ausente en las dinámicas que el autor promueve a nivel local–, merece varios comentarios. Ante todo, es el único poder que no depende del sufragio: no es *stricto sensu representativo* y pierde entonces en legitimidad ante los dos otros, que son la expresión de la “voluntad general”, de la voz del pueblo (pueblo cuya definición es muy restringida, como subrayé). El riesgo de deriva es real, dado que, como subraya Clavero:

“Tratándose de la justicia, tiene su importancia. Implica que carece de capacidad de juzgar a los otros poderes, los representativos, el legislativo y el ejecutivo. Es consecuencia que la Constitución extrae expresamente. Este régimen profundamente desequilibrado de poderes se entiende que responde a la quintaesencia del principio de separación precisamente por separarlos de forma tan tajante. Así se posibilita la existencia, bajo veste constitucional, de poder sin control, el bloque, sin contrapeso, de legislativo y ejecutivo”⁷³.

En efecto: en el texto alberdiano, el poder judicial está *in fine* muy limitado, se ve condicionado por el legislativo que fija todas sus prerrogativas, sus campos de acción, los procedimientos:

“Art. 96. Las leyes determinan el modo de hacer efectiva esta responsabilidad [de los jueces], el número y calidades de los miembros de los tribunales federales, el valor de sus sueldos, el lugar de su establecimiento, la extensión de sus atribuciones y la manera de proceder en sus juicios”⁷⁴.

Podemos pensar que los tribunales federales no tendrán otra función que la del “control de la legalidad”⁷⁵. Conviene citar un fragmento del autor, que no aparece sino en una nota de pie de página en sus *Elementos de derecho público provincial*, pero que se revela muy esclarecedor en cuanto a sus motivaciones. En ese texto, Alberdi empieza por comentar el poder legislativo, luego se enfoca en el poder judicial y por fin en el ejecutivo. Este último, en una configuración pensada a escala local, lo estudio en otros trabajos. En cambio, lo que expresa el autor en cuanto a la posición de lo judicial permite entrever su concepción de los poderes:

“Explicaré el motivo que me ha determinado a colocar el Poder judicial después del legislativo contra el uso rutinario. Interesa tanto al método como a la libertad. He creído que el Poder judicial debía tener en la Constitución el mismo lugar que tiene en la

⁷¹ Garriga, C., “Constitución política y orden jurídico”, Op. Cit., p. 125.

⁷² Otra vez, en este tema, estoy en deuda de los trabajos de Clavero que alimentaron mi reflexión y que me proporcionaron valiosas herramientas de análisis.

⁷³ Clavero, B., “Constitución europea”, Op. Cit., 2005, p. 386.

⁷⁴ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

⁷⁵ Clavero, B., “Constitución europea”, Op. Cit., 2005, p. 386.

filiación lógica de los poderes. A la operación de dar la ley, se sigue la de resolver las dudas que su aplicación hace nacer; y a esta la de ejecutar lo establecido por el legislador y declarado por el juez. Las Constituciones monárquicas, que han servido ordinariamente de modelo de redacción para las nuestras, invertían este orden por una causa que importa explicar en el interés de la libertad. Ellas colocan el Poder judicial después del Poder ejecutivo, porque lo consideran subdivisión o rama accesoria de este último. El derecho monarquista no ve en la sociedad sino dos poderes elementales o esenciales: el que *hace* la ley y el que la *ejecuta*. Considera el poder de *aplicar* las leyes como parte del poder de *ejecutarlas*, y de ahí viene el axioma: *Toda justicia emana del rey, y se administra en su nombre por jueces que él elige*. De ahí viene el uso de dar al Ejecutivo la facultad de nombrar los jueces. Pero en nuestro sistema democrático, en que todo poder emana del pueblo y se administra en su nombre, por delegados que él elige como soberano, el poder judicial, hermano no hijo de los otros poderes, debe tener el rango que le da su filiación natural, después del poder que *hace* la ley y antes del que la *ejecuta*. Y esto explica el principio democrático que da al pueblo la elección de los alcaldes o jueces de primera instancia, en el sistema de la presente Constitución, art. 51, inciso 3. –Si el Gobierno elige al juez, el Gobierno administra justicia, pues indirectamente hace la justicia quien hace al juez”⁷⁶.

Alberdi intenta legitimar este sitio al remitir a principios modernos; colocar la justicia directamente después del ejecutivo desembocaría en una postura de dependencia del poder judicial para con el ejecutivo, sería volver a principios de Antiguo Régimen, período en el cual la actividad del rey se resumía sobre todo por la fórmula del *ius dicere*. No obstante, el publicista vuelve a leer este pasado reciente con herramientas modernas, al hablar de la justicia como un *poder* distinto del ejecutivo (incluido en el ejecutivo pero identificable⁷⁷). Dicha presentación es por supuesto errónea, ya que la justicia era entonces la “única función jurídicamente ‘visible’, hasta el grado de que, en el lenguaje legal, la noción misma de *potestas publica* se expresaba a través del término *iurisdictio*”⁷⁸, pero es muy hábil. Su argumentación es útil porque intenta convencer al lector de que el sistema que propone preservará la justicia de mejor manera que en tiempos del Antiguo Régimen. Sin embargo, pronto se entiende que, en realidad, este esquema busca imponer los poderes por sobre los derechos, tanto más porque el autor no desarrolla su lógica hasta el final. De hecho, precisa que dicha dependencia tradicional de la justicia para con el ejecutivo autoriza al ejecutivo a nombrar jueces. De allí que, por el contrario, Alberdi proponga que el pueblo elija a sus alcaldes y jueces de primera

⁷⁶ *Elementos de Derecho Público Provincial Argentino*. Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 5, Op. Cit., p. 136.

⁷⁷ Ver Clavero, B., *El orden de los poderes*, Op. Cit., p. 31. Insiste el historiador sobre el hecho de que, antes de los poderes constituyentes, no existían poderes *stricto sensu* sino potestades.

⁷⁸ Mannori, Luca, “Justicia y administración entre antiguo y nuevo régimen” en Romanelli R. (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bolonia, 1997, traducido al español por Agüero Alejandro & Solla Julia, http://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4581/30550_A6.pdf?sequence=1, p. 131-132, consultado el 29 de febrero de 2016.

instancia (la importancia capital –de corte tradicional– de la justicia en la esfera local es un pilar del edificio social alberdiano). Pero, ¿*quid* de los Jueces de la Corte Suprema, que el Presidente puede nombrar sin siquiera consultar el acuerdo del Senado? Si se preserva cierto jurisdiccionalismo de derechos a escala local, lo que se intenta construir a escala nacional es obviamente un constitucionalismo de poderes.

La relegación de la justicia a escala nacional es, por lo tanto, evidente. Pero la anteposición del legislativo pretendida por Alberdi no es tan clara. Se sabe, por ejemplo, que se le prohíbe al Presidente de la República, al ejecutivo, interferir con la justicia (si silenciemos el hecho de que nombra a los magistrados de la Corte Suprema): “En ningún caso el Presidente de la República puede ejercer funciones judiciales, avocarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”⁷⁹. En cambio, observamos cierta colusión con el legislativo puesto que en el párrafo “Del modo de hacer las leyes”, se precisa:

“Art. 71. Las leyes pueden ser proyectadas por cualquiera de los miembros del Congreso o por el Presidente de la Confederación en mensaje dirigido a la legislatura. Art. 72. Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Confederación para su examen, y si también obtiene su aprobación, le sanciona como ley”⁸⁰.

El Presidente es responsable y se compromete a publicitar las actas del gobierno (en esto, el proyecto alberdiano responde a criterios “modernos”), pero parece disponer del poder más importante en esta división tripartita a escala nacional (en ello, hace eco a la constitución conservadora chilena de 1833, que ya comentamos). Como indica Gabriel Negretto, el Presidente alberdiano tiene un poder de nombramiento consecuente⁸¹ ya que puede por ejemplo nombrar Jueces sin el acuerdo del Senado⁸² (y retoma aquí, en consecuencia, con el débil poder de lo judicial, en el contexto de dicho orden de poderes). Además, el ejecutivo tiene derecho a declarar el estado de sitio en caso de sublevación, y derecho de resistencia, de veto, que es fundamental según la precisión que aporta el tucumano en su *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*:

⁷⁹ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

⁸⁰ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

⁸¹ Ver Negretto Gabriel L., “Repensando el republicanismo liberal en América latina. Alberdi y la constitución argentina de 1853”. Sólo pude consultar la versión francesa, “*En repensant le républicanisme libéral en Amérique Latine. Alberdi et la constitution argentine de 1853*”, en Aguilar Rivera J. A. & Rojas Rafael (coords), *El republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política*, FCE, México, 2002, p. 234.

⁸² Ver el artículo 85, inciso 5 del proyecto de constitución: “5.ª Nombra los magistrados de los tribunales federales y militares de la Confederación con acuerdo del Senado de las Provincias, o sin él, hasta su reunión, si está en receso”.

“La demagogia [...] también es capaz de cultura. Ha de seguir al orden legal en todos los terrenos. La revolución, la conspiración desde lo alto de la tribuna legislativa ha de suceder a la conspiración armada, con el objeto de preparar el regreso de ésta y mantener al país en el círculo vicioso del atraso de cuarenta años. Para contener este mal, es el veto o derecho de resistencia que la Constitución ha puesto en manos del Poder ejecutivo, haciéndole partícipe de la formación de las leyes y encargándole de su sanción y promulgación. (Art. 83, inciso 4, y artículo 66 y 69)”⁸³.

Como indica Negretto, para Alberdi un “autoequilibrio” de los poderes es una “ficción”, y es por lo tanto indispensable instituir a un “guardián de la Constitución”, que será el Presidente⁸⁴. Es interesante notar que la Constitución promulgada en 1853⁸⁵, que sigue las indicaciones de Alberdi en muchos puntos, restringe sin embargo las prerrogativas “monarquizantes”⁸⁶ que el autor atribuye al ejecutivo, mientras que, a veces, refuerza sus aspectos centralizadores⁸⁷. Se debe tomar en cuenta dichas prerrogativas monarquizantes (que aseguran al Presidente la total impunidad durante su mandato) al momento de entender el peso del ejecutivo en el sistema alberdiano. Primero, si el autor limita el mandato presidencial a seis años sin posibilidad de reelección inmediata en su proyecto de constitución –sin duda para evitar derivas como las que ocurrieron bajo el régimen rosista–, vuelve sobre su postura cuando escribe a Urquiza en 1861:

“¿Quién podría desear con más sinceridad que yo que Vucelencia continuase en la presidencia por uno o dos períodos más? Basta decir que yo considero una desgracia el que la Constitución no lo permita. Si cuando yo escribía el proyecto en Chile hubiese estado seguro que Vucelencia sería electo presidente, no me habría atrevido a proponer el principio de no reelección”⁸⁸.

A continuación, la misiva establece la estrategia que tendría que seguir el Presidente saliente, Urquiza, para mantenerse en el poder. Alberdi lo previene contra la idea de hacerse reelegir a pesar de todo directamente, porque tal proceso podría ser interpretado como un acto revolucionario. En cambio, le propone hacer elegir en su lugar a un “vecino honrado, militar o civil, aunque no fuese conocido sino como hombre honesto”, que permitiría a

⁸³ Alberdi, J. B., *Sistema económico y rentístico*, Op. Cit., p. 184.

⁸⁴ Negretto Gabriel L., “*En repensant le républicanisme libéral en Amérique Latine*”, Op. Cit., p. 235.

⁸⁵ Para una comparación entre las propuestas de la Constitución de 1853 y las que conforman el proyecto alberdiano, ver Feyrreira, Raúl Gustavo, “Orígenes. Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución Federal en el tiempo”, *Academia, revista sobre enseñanza del derecho*, año 10, n°19, s.f., Buenos Aires, s.f., p. 143-228.

⁸⁶ Resuena con la idea, que formulo en mi tesis, de que Alberdi no es un partidario del centralismo a cualquier precio, y que deja un margen de prerrogativas importantes a las provincias.

⁸⁷ Negretto Gabriel L., “*En repensant le républicanisme libéral en Amérique Latine*”, Op. Cit., p. 237.

⁸⁸ Citado entre otros por H. Petrocelli. Petrocelli Héctor, “Presidencia del Gral. Justo José de Urquiza”, http://argentinahistorica.com.ar/intro_libros.php?tema=44&doc=98&cap=596, s.f., consultado el 05 de mayo de 2015.

Urquiza seguir orquestando el gobierno y, bajo esta presidencia ficticia, promover una reforma de la Constitución para autorizar la reelección. Luego, podrá volver a ser electo... de manera constitucional. Alberdi subraya además que poco importa el hecho de que la presidencia del títere interino parezca una farsa. Lo que prima es el respeto de la Constitución. Después de dichas afirmaciones, ya no es posible negar el vínculo intrínseco entre constitucionalismo y poder, con una predominancia del poder ejecutivo en el discurso alberdiano.

El ejecutivo tiene que ser consolidado por todos los medios; no se le puede poner en tela de juicio para asegurar el orden, orden que Alberdi pone en inmediata relación con la civilización cuando comenta en su punto XXVI de las *Bases*:

“La Constitución da, en efecto, el medio sencillo de encontrar siempre un hombre competente para poner al frente de la Confederación. Ese medio no consiste únicamente en elegirle libremente, aunque esta libertad sea el primer resorte de una buena elección: consiste mayormente en que una vez elegido, sea quien fuere el desgraciado a quien el voto del país coloque en la silla difícil de la presidencia, se lo debe respetar con la obstinación ciega de la honradez, no como a hombre, sino como a la persona pública del Presidente de la Nación. No hay pretexto que disculpe una inconsecuencia del país a los ojos de la probidad política. Cuanto menos digno de su puesto (no interviniendo crimen), mayor será el realce que tenga el respeto del país al jefe de su elección; como es más noble el padre que ama al hijo defectuoso, como es más hidalgo el hijo que no discute el mérito personal de su padre para pagarle el tributo de su respeto. Respetad de ese modo al Presidente que una vez lo sea por vuestra elección, y con eso sólo seréis fuertes e invencibles contra todas las resistencias a la organización nacional; porque el respeto al Presidente no es más que el respeto a la Constitución en virtud de la cual ha sido electo: es el respeto a la disciplina y a la subordinación, que, en lo político como en lo militar, son la llave de la fuerza y de la victoria. El respeto a la autoridad, sobre todo, es el respeto del país a sus propios actos, a su propio compromiso, a su propia dignidad. Una simple cosa distingue al país civilizado del país salvaje; una simple cosa distingue a la ciudad de Londres de una toldería de la Pampa: y es el respeto que la primera tiene a su gobierno, y el desprecio cínico que la horda tiene por su jefe”⁸⁹.

En suma, el ejecutivo es el poder que lidera, que sobrepasa a los dos otros... Y advertimos de nuevo los riesgos –mencionados por Clavero– que conllevan ciertas divisiones de poderes que relegan al poder judicial, el que, supuestamente, tendría que ser el primero, para asegurar a todos garantías de derechos y no proteger prerrogativas de poderes. Asume totalmente el autor la orientación que eligió, cuando afirma en las *Bases*:

⁸⁹ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

“No: en vez de dar el despotismo a un hombre, es mejor darlo a la ley. Ya es una mejora el que la severidad sea ejercida por la Constitución y no por la voluntad de un hombre. Lo peor del despotismo no es su dureza, sino su inconsecuencia, y sólo la Constitución es inmutable. Dad al poder ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una constitución”⁹⁰.

Y aquí podemos volver también sobre el orden de presentación, no casual, de los distintos derechos y poderes en el proyecto de constitución de Alberdi. En el proyecto que sigue a las *Bases* se desarrollan los derechos y sus garantías, antes que los poderes; pero ello no es así en otros escritos. Me refiero precisamente a un esquema, una trama sinóptica que el publicista había escrito y que se encuentra en el tomo IX de sus *Obras completas*: “Sinopsis del proyecto de Constitución para la República argentina”⁹¹. Primero, esta trama empieza por “los fines de la Constitución”, “carácter y forma del gobierno general”, las cuestiones de “culto y tolerancia”, la de la “relación del Estado con las Provincias y de éstas entre sí”, la “declaración de las leyes supremas” y el “asiento de las autoridades generales”. Es verdad que luego pasa a los derechos, enunciados antes de introducir los artículos que se refieren al poder, pero no deja de ser obvio que las problemáticas de forma y de organización política de la autoridad constituyeron el primer interés del autor. Es como si dicha dimensión le pareciera más fundamental y que, en una sinopsis, un borrador antes de la verdadera redacción, pudiera permitirse ese orden, esa articulación, antes de volver a fundirlos en un modelo más coherente con su idea de libertad como fin de la Constitución⁹², lo que le lleva por lo tanto a colocar la enunciación de los derechos antes de la de los poderes. Subrayamos también que en esa sinopsis Alberdi introduce la institución del Senado antes que a la Cámara de Diputados. Ahora bien, el Senado aparece como la institución que cumple el rol de conservar un Estado de propietarios⁹³.

⁹⁰ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

⁹¹ Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 9 (Escritos póstumos: ensayos sobre la sociedad, los hombres, las cosas de Sud-América), Imprenta Cruz Hermanos, Buenos Aires, 1899, p. 128-133.

⁹² No tenemos aquí espacio suficiente para desarrollar este aspecto de los escritos alberdianos.

⁹³ La noción “Estado de propietarios” se analiza en mi tesis; menciono aquí por ejemplo el importante rol del capital en el proyecto del tucumano. En cuanto al papel del Senado, que acabo de mencionar, es significativo ver que en el proyecto alberdiano se exigía una renta anual mínima de mil *pesos fuertes* para ser diputado y de dos mil *pesos fuertes* para ser senador. Esta suma era considerable, si remitimos a los patrones de referencia que generosamente me proporcionó Martín Cuesta. Aunque es difícil evaluar con exactitud estas cifras, si tenemos en mente la anarquía monetaria de la época, que pone en evidencia Panettieri por ejemplo, Martín Cuesta (apoyándose en cifras proporcionadas por Fernando Barba) elaboró puntos de comparación que permiten evaluar la importancia de dicha suma: un portero del gobierno de la provincia de Buenos Aires en 1862 cobraba 266 pesos en moneda corriente (en billetes), lo que representa 16 pesos fuertes (\$f) mensuales, es decir apenas 192 \$f al año. En cuanto al gobernador, ganaba 10 000 pesos papel, o sea 601 \$f por mes. Aparece la imagen de un Senado excluyente, una institución “fuerte” que debe asegurar la estabilidad de este Estado de propietarios. Esta concepción no es en absoluto original si seguimos el análisis de Arendt en *On revolution*. Evoca en efecto la “predilección de los hombres de las Revoluciones por el “Senado””, término utilizado para una gran variedad de instituciones que, aunque no

El Senado es favorecido en la trama de constitución del tucumano, lo que confirma esta voluntad suya de que prime el control ejercido por el pequeño grupo de *ciudadanos* sobre la sociedad.

Esta misma voluntad de control a escala nacional conduce a Alberdi a no proponer la instauración del jurado como contrapeso a la Corte Suprema. Sabemos hasta qué punto esta institución y sus virtudes fueron debatidas desde el siglo XVIII⁹⁴, y es sorprendente (o más bien, significativo), que Alberdi no hable del tema. Ahora bien, el tucumano conocía muy bien el tema, si remitimos por ejemplo a su texto *Legislación de la prensa en Chile, o sea manual del escritor, del impresor y del jurado* de 1846. Allí explicita el sentido preciso de dicha institución:

“Llámase aquí jueces *de hecho* a los jurados⁹⁵. Jurado dice Merlin, es aquel que, no poseyendo carácter público de magistratura, es llamado ante el tribunal para dar, sobre un hecho, una declaración, en virtud de la cual pronuncia luego el tribunal de conformidad con la disposición de la ley aplicable al hecho tal cual ha sido declarado. La reunión de los jurados llamados para deliberar y hacer su deliberación sobre los hechos, compone el *Jury*. La denominación de *Jurado* y de *Jury* deriva del juramento que se exige en justicia a los jurados, por el que prometen declarar por su honor y conciencia. –Llámase también este sistema de enjuiciamiento, según Blackstone, *exámen per país*, o por el país, porque es realmente el tribunal compuesto de un grupo de ciudadanos. Este mismo autor halla identidad entre el jurado moderno, y esos tribunales de doce hombres buenos, *boni homines*, conocidos en los primeros tiempos de los pueblos modernos de Europa, y hasta el día de hoy en nuestra legislación española”⁹⁶.

tenían relación con los modelos romano o veneciano “no dejaba de seducirlos” por la estabilidad que simbolizaba, una estabilidad “fundada sobre la autoridad”. Por ejemplo, los “Padres fundadores” de los Estados Unidos –dice la autora, que los caracteriza por su “odio a la democracia”– consideraban que el Senado era *la* institución clave. Había sido creado para “combatir el reino de la opinión pública o de la democracia”, el riesgo de un “gobierno desprovisto de sentido cívico y amenazado por las ‘pasiones’ unánimes”, temidos como fuente de inestabilidad. Tiene el mismo papel regulador en los escritos de Alberdi, y participa claramente en la consolidación de esa nación de propietarios. Arendt, H., *On revolution*, Op. Cit., p. 226 y siguientes.

⁹⁴ Podemos pensar, entre otros, en los escritos de Blackstone, Beccaria, Montesquieu, o también en los “padres fundadores” norteamericanos que se hicieron la misma pregunta en el momento de proponer una Constitución, en *El Federalista*. Ver por ejemplo las reticencias expresadas por Hamilton en su artículo del 7 de marzo de 1788 en el *Courrier de New-York*. (Hamilton, Alexander & Jay, John & Madison, James, *Le fédéraliste*, Economica, Paris, 1988). Según Clavero, fue sin embargo en los Estados Unidos donde se realizó verdaderamente la constitución del jurado tal como fue ideado por Blackstone. Clavero, B., *Happy Constitution*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 65.

⁹⁵ Sobre esta denominación de Blackstone, ver el análisis de Clavero en *Happy Constitution*: “Los jurados son *judges of fact* ‘juges de faits’, para el caso y respecto a hechos. *La matter of law*, ‘matière de droit’ o cuestión de derecho, habría de corresponder en general al parlamento, que allí existía, y en particular a los jueces guiados a su vez también por la jurisprudencia, la que allí se daba. Pero es ésta entre el hecho y el derecho una distinción que no acaba de formularse en tales precisos términos”. Clavero, B., *Happy Constitution*, Op. Cit. p. 61.

⁹⁶ Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 3, Imprenta La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886, p. 122.

Destacamos la lectura detallada que Alberdi hace de Blackstone: lo cita varias veces en el texto, nota las referencias (se funda en los *Comentarios on the Laws of England*⁹⁷), se refiere con frecuencia a la situación francesa con precisión⁹⁸: definitivamente estudió la problemática. Pero no parece seguir a Blackstone, quien concibe el jurado como el mejor amparo contra lo arbitrario⁹⁹ o a Smith (a quien se refiere tantas veces en otros temas), a quien erige como el instrumento idóneo para preservar la libertad¹⁰⁰. La institución no aparece en el proyecto constitucional del tucumano¹⁰¹, decisión que consolida la idea de que a escala nacional, el derecho tiende a depender de la Ley y no de la Justicia –al contrario de lo que ocurre a escala local. Esta subordinación de lo judicial al ejecutivo por un lado y al legislativo por otro, fue, en cierta medida, una realidad en la Argentina del siglo XIX, más allá del proyecto alberdiano: Eduardo Zimmermann nota en efecto que “tanto como los jueces de paz de la primera mitad del siglo, las justicias provinciales y la justicia federal compartían el mismo vicio de subordinación a los poderes políticos, convirtiéndose frecuentemente en sus instrumentos”¹⁰². Pero relativiza también el juicio que llevaría a presentar a la justicia como verdaderamente sometida a los otros poderes, ya que afirma que si “entre 1863 y 1880, prácticamente todos los jueces designados [en la justicia federal] habían ocupado cargos políticos a nivel provincial o nacional antes o después de su designación como juez federal”, esta realidad, lejos de ser considerada como problemática “era interpretada como un rasgo necesario de la justicia federal: el jurista como hombre público, el compromiso político como

⁹⁷ Por ejemplo, Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 3, Op. Cit., p. 130.

⁹⁸ Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 3, Op. Cit., p. 123, 124, 125 y 129. “Nota –El primero se llama impropriamente juicio, pues es un acto para el que no se cita al acusado ni hay audiencia de partes. En otro tiempo, en Francia, se distinguían los jurados en jurados de acusación y jurados de fallo: los primeros se llamaban para decidir si una acusación debía ser admitida; los segundos para juzgar si la acusación era fundada. El *Código de instrucción criminal* de 1808, dejó solo los jurados de fallo, suprimiendo los de acusación, cuyas antiguas atribuciones delegó a las Cortes Reales”.

⁹⁹ “La administración imparcial de justicia que asegura tanto nuestras personas como nuestras propiedades, constituye el objetivo mayor de la sociedad civil. Si el mismo se confía a la magistratura, a un cuerpo selecto de hombres, a quienes designa generalmente el monarca o quienes se benefician de los oficios superiores en el estado, los mismos, a pesar de su propia integridad natural, sufrirán frecuentemente desviaciones a favor de los de su rango y dignidad. No cabe esperar de la naturaleza humana que la minoría esté permanentemente atenta hacia los intereses de la mayoría. Por otro lado, si el poder de juzgar estuviera aleatoriamente entregado en manos de la multitud, sus decisiones serían bárbaras y caprichosas, y una nueva forma de proceder se introduciría cada día en nuestros tribunales”. Blackstone, *Comentarios of the Laws of England*, citado por Clavero. Clavero, B., *Happy Constitution*, Op. Cit. p. 61-62.

¹⁰⁰ En cuanto al juicio de Smith sobre este tema, Clavero, B., *Happy Constitution*, Op. Cit. p. 64.

¹⁰¹ En la Constitución de 1853, se prevé un establecimiento futuro del jurado (“Art. 24. El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados”). Distintas propuestas de leyes fueron formuladas en relación con el tema durante las décadas siguientes, sin éxito (por ejemplo la que redactaron Florentino González y Victorino de la Plaza bajo la presidencia de Sarmiento).

¹⁰² Zimmermann, Eduardo, “En tiempos de rebelión. La justicia federal frente a los levantamientos provinciales, 1860-1880”, en Bragioni, B. & Míguez, E. (coords.), *Un nuevo orden político*, Biblos, Buenos Aires, 2010, p. 248.

experiencia necesaria para el mejor juzgamiento de las cuestiones políticas y constitucionales”¹⁰³.

3. ¿Una constitución derogatoria?

Sin embargo, la omnipotencia del ejecutivo es una idea ambigua en el discurso del publicista. Algunos fragmentos parecen relativizarla, devolverla finalmente al paradigma jurisdiccional que permitía al rey disponer de capacidades extraordinarias, concebibles en su aplicación sólo para restablecer un orden ordinario. Si el Presidente es el “guardián de la constitución”, y puede, por ejemplo, declarar el estado de sitio, estas prerrogativas deben considerarse como un amparo para preservar el *buen orden* querido por la Constitución. El propio Alberdi lo estipula cuando indica en las *Bases* que el Presidente: “expide los reglamentos e instrucciones que son necesarios para la ejecución de las leyes generales de la Confederación, cuidando de *no alterar su espíritu* por excepciones reglamentarias [el subrayado es mío]”. El “espíritu de la constitución” tuvo un lugar capital en períodos transicionales, como el de Cádiz analizado por Garriga¹⁰⁴, y ese “espíritu” tenía que conciliar antiguo y nuevo orden. El proyecto alberdiano puede inscribirse en esta misma dinámica, tanto más cuanto, si seguimos el análisis de Alberto R. Dalla Vía, la Constitución de Cádiz influyó claramente la obra del publicista tucumano¹⁰⁵. La voluntad de conservar el espíritu de la constitución (“la letra no es la ley, pero la prueba, la fija y la conserva”¹⁰⁶) explica que la empresa alberdiana –tal como pudo enunciarlo el constitucionalismo gaditano¹⁰⁷– se ocupa sobre todo de abrogar (o más bien derogar, si remitimos a la distinción original entre estas dos nociones) leyes. Más que de crear leyes –el arsenal legislativo ya está demasiado pesado, alimentado de leyes y principios diversos que entran a veces en tensión–, se trata de efectuar una selección, abrogaciones:

“La Constitución es la piedra fundamental de la organización, pero no es la organización; es el cimiento, el fundamento del edificio orgánico, no es el edificio mismo. La organización más propiamente reside en las leyes orgánicas de la Constitución; es decir, en las leyes que rigen los hechos, no en la ley que rige a las leyes. Son leyes orgánicas de un país, todas las que forman el cuerpo de su legislación general,

¹⁰³ Zimmermann, E., “En tiempos de rebelión”, Op. Cit., p. 254.

¹⁰⁴ Ver Garriga, C., “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, *Istor*, nº16, marzo de 2004, p. 13-44, http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier1.pdf, consultado el 10 de julio de 2015.

¹⁰⁵ Dalla Vía, Alberto Ricardo, “La Constitución de Cádiz como antecedente constitucional argentino”, Sesión pública conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Ciencias Morales y Políticas, el 16 de agosto de 2012: “Doscientos años de la promulgación de la Constitución de Cádiz”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, tomo 34, Buenos Aires, 2012, p. 14, 15 y 16.

¹⁰⁶ Alberdi, J. B., *Obras completas*, tomo 5, Op. Cit., p. 62.

¹⁰⁷ Garriga, C., “Constitución política y orden jurídico”, Op. Cit., p. 123.

en que se comprenden sus códigos civil, industrial, penal, administrativo, etc. En este sentido, las actuales leyes orgánicas de la República Argentina, las leyes en que vive hoy su organización práctica, las que reglan la propiedad y todos los derechos e intereses civiles y comerciales de sus habitantes, las que rigen sus herencias y contratos y sirven a los tribunales para fundar sus decisiones, son las leyes contenidas en los siguientes códigos: Fuero Juzgo, Reales Cédulas, Fuero Real, Ordenanza de Minas, Leyes del Estilo, Ordenanzas de Bilbao, Siete Partidas, Ordenanza de Intendentes, Ordenamiento de Alcalá, Leyes Nacionales o Patrias. Ordenamiento Real, Nueva Recopilación, Recopilación de Indias. Se ve que no nos falta organización, sino que tal vez nuestra desgracia consiste en que tenemos organización de sobra, estamos organizados más de lo necesario”¹⁰⁸.

Es verdad que, después de esta enumeración, Alberdi dice que se debe *cambiar estas leyes* porque no corresponden a los objetivos de la revolución (libertad, igualdad, etc.) y “promulgar otra legislación en su lugar”¹⁰⁹. Pero pocas veces en su obra afirma abiertamente esta idea de *creación* de leyes. Al contrario, insiste en que el mínimo de leyes sería lo mejor para el desarrollo de las libertades en el país:

“Promover la derogación de la multitud infinita de leyes proteccionistas que nos ha legado el antiguo régimen colonial, [es] otro medio que la Constitución da al Estado para intervenir de un modo negativo, pero eficacísimo, en favor de la industria fabril de la República Argentina”¹¹⁰.

Por lo tanto, se debe abrogar leyes (definidas según el sentido tradicional de “ley”), pero con “juicio” y “sistema”, para armonizar la constitución con la legislación industrial y comercial¹¹¹:

“Por consiguiente, las garantías y declaraciones contenidas en los art. 14, 16, 18, 26 y 28 de la Constitución, que trazan los límites del poder de la ley y del legislador en la manera de reglar el ejercicio de los derechos económicos, no sólo prohíben la sanción de nuevas leyes capaces de alterar la libertad económica concedida por la Constitución, sino que imponen al legislador, y a todos los poderes creados para hacer cumplir la Constitución, el deber de promover la derogación expresa y terminante de todas nuestras leyes y reglamentos anteriores a 1853 que de algún modo limitaren o alteren los principios del nuevo sistema constitucional. El enemigo más fuerte de la Constitución no es el derecho venidero, sino el derecho anterior; porque como todo nuestro derecho, especialmente el civil, penal y comercial, y lo más del derecho administrativo, es hispano-colonial de origen y anterior a la sanción de la Constitución, mas ha tenido ésta

¹⁰⁸ Alberdi, J. B., *Sistema económico y rentístico*, Op. Cit., p. 60.

¹⁰⁹ Alberdi, J. B., *Sistema económico y rentístico*, Op. Cit., p. 61.

¹¹⁰ Alberdi, J. B., *Sistema económico y rentístico*, Op. Cit., p. 24.

¹¹¹ Alberdi, J. B., *Sistema económico y rentístico*, Op. Cit., p. 24.

en mira la derogación del derecho colonial, que altera el ejercicio de los nuevos principios de libertad económica, que no el que debe promulgarse en lo futuro. La Constitución en cierto modo es una gran ley derogatoria, en favor de la libertad”¹¹².

Notamos que tanto aquí como en la cita anterior el argentino no habla de “abrogación” sino de “abrogación” sino de “derogación”, siguiendo la terminología castellana apuntada por Garriga (que no establece distinción entre abrogación y derogación) que coentamos previamente. Sin embargo, las derogaciones explícitas (en el sentido de revocaciones, *abrogaciones*) son escasas. No se trata de hacer borrón y cuenta nueva, de hacer desaparecer todo el derecho anterior sino de modificarlo. La derogación permite interpretar: en este punto, aun a escala nacional, permanecen huellas de la justicia de jueces que caracterizó el orden tradicional. Además, Alberdi es consciente de que la suma del derecho no podría cambiarse de un día para el otro, en particular porque el derecho consuetudinario tiene un peso significativo sobre la organización de la sociedad:

“La Constitución sabía que lo que ha existido por tres siglos no puede caer por la obra de un decreto. Muchos años serán necesarios para destruirlo. Se puede derogar en un momento una ley escrita, pero no una costumbre arraigada: un instante es suficiente para derrocar a cañonazos un monumento de siglos, pero toda la pólvora del mundo sería impotente para destruir de un golpe una preocupación general hereditaria. Así la costumbre, es decir, la ley encarnada, la ley animada por el tiempo, es el único medio de derogar la costumbre. Un siglo de libertad económica, por lo menos, será necesario para destruir del todo nuestros tres siglos de coloniaje monopolista y exclusivo”¹¹³.

Sobre todo, el publicista insiste en la supresión de leyes que impedirían las libertades de comercio, de empresa. Además, el derecho consuetudinario que rige a la sociedad no le parece problemático: en la última cita se expresa en términos muy tradicionales, puesto que, más que proponer un código de comercio, señala que el arraigo de *la costumbre* de libertad económica debería desplazar viejas costumbres¹¹⁴. Incluso afirma que la redacción de las constituciones provinciales tiene que inspirarse fuertemente en su derecho tradicional, ya que, entiende Alberdi, una sociedad civil estable permitirá un mayor desarrollo. La única condición que dichas leyes deben respetar es no estorbar, *no derogar* los principios orgánicos de la Constitución nacional.

En los debates, la cuestión de la abrogación y derogación de las leyes en Cádiz fue abordada pusilánimemente¹¹⁵. Alberdi demuestra más voluntarismo. El contexto no es el

¹¹² Alberdi, J. B., *Sistema económico y rentístico*, Op. Cit., p. 40.

¹¹³ Alberdi, J. B., *Sistema económico y rentístico*, Op. Cit., p. 39.

¹¹⁴ En cuanto a este proceso de derogación de las costumbres, ver por ejemplo a Tau Anzoátegui, Víctor, *El poder de la costumbre*, Buenos Aires, Instituto de investigación de historia del derecho, 2001.

¹¹⁵ Clavero cita a F. Suárez sobre el tema: “De (la) vicisitud política entre nosotros dimana la multitud de códigos: que unas provincias se hayan gobernado por fueros peculiares y que algunas poblaciones conserven aún leyes

mismo y no estableceremos paralelismos caricaturales. No obstante, aparece una lógica similar, menos pronunciada en el caso alberdiano, pero que se impone: Garriga afirma que el constitucionalismo gaditano “fue historicista porque quiso ser legalista... con las únicas leyes a la sazón disponibles, que eran las viejas leyes de la Monarquía católica” y podríamos aplicar dicha reflexión al tucumano. Alberdi quiso crear principios de libertad, legislar para promover el comercio, pero sin disponer, en el arsenal de leyes antiguas, de material jurídico conveniente. Así, fue historicista al retomar la antigua legislación para depurarla de todas las leyes contrarias al *espíritu de la constitución*, por un lado, y por otro, al mantener un zócalo de legislación civil tradicional. *In fine*, aunque sin compararse con Cádiz –cuyas Cortes frenaron mucho el proceso de abrogación–, en los escritos de Alberdi también “el derecho viejo no derogado (o que no se percibía como derogado, o sea, incompatible con el nuevo sistema) hubo de ser asumido como propio y pasó a formar parte –aunque sólo fuese *en calidad de por ahora*– del orden constitucional”¹¹⁶.

En la dinámica de reforma deseada por Alberdi, éste deja un margen de iniciativa a la población, por el derecho de petición:

“El derecho de petición ejercido colectivamente con los fines de obtener la abrogación de instituciones malas y la sanción de otras buenas, es el medio de iniciativa para la reforma de la legislación más alto, más digno de un pueblo que quiere cambiar su ley sin salir de la ley, y el más fecundo en resultados, pues deja en manos del país la facultad de colaborar en la obra de su legislación, ejerciendo un medio de soberanía que se reservó constitucionalmente al delegarla en los poderes que le representan. ¿A qué autoridad argentina corresponde pronunciar la necesidad de la reforma? ¿Cuál es el tribunal llamado a procesar y juzgar las malas leyes? ¿Cuál el llamado a decidir entre las leyes que desea el pueblo, y las que da el Congreso; entre las leyes que ponen realmente la Constitución en ejercicio, y las que la infringen y destruyen con pretexto de organizarla? –La Corte suprema, delegataria de la soberanía del pueblo argentino, para juzgar en los asuntos federales, es el tribunal a quien corresponde el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución”¹¹⁷.

Esta consideración es totalmente pragmática; todavía se perciben remanencias del “debate jurídico ilustrado” que se interrogaba sobre “las posibilidades y los límites de la

municipales, para ellas de rigurosa observancia. El sistema de esta variación imposibilita tomar conocimientos exactos de la ciencia lega, y nos parece que el primero y más esencial medio de mejorar nuestra legislación es simplificarla, reduciéndola a un solo Código con el menor número posible de estatutos, reglas o leyes, pero generales a toda la nación española en cuantas provincias forman el recinto de la Península...”. Clavero toma este fragmento de los *Informes oficiales sobre Cortes. Andalucía y Extremadura* de M. Artola. Clavero, C., “La idea de código en la Ilustración jurídica”, Op. Cit. p 86.

¹¹⁶ Garriga, C., “Constitución política y orden jurídico”, Op. Cit., p. 158.

¹¹⁷ Alberdi, J. B., *Sistema económico y rentístico*, Op. Cit., p. 64.

reforma” de la legislación, un “terreno en el que las cosas no se planteaban en términos de poder sino como cuestión de historia”¹¹⁸. Es verosímil que Alberdi tenga en mente el proceso gaditano, que cuestionó a las Cortes constantemente en su legitimidad para abrogar leyes; las cuales fueron además presionadas por requerimientos¹¹⁹. Aquí el autor argentino deja un espacio para que la población se exprese, porque es un espacio incompresible. Pero se apresura a canalizar dicha posibilidad, al reafirmar el poder último que tendrá que pronunciarse sobre estas preguntas: la Corte Suprema. Permanecemos con ello en esta ambigüedad alberdiana, entre cultura jurisdiccional y cultura estatal, ya que si bien la Corte Suprema tiene la última palabra –lo que evoca directamente la justicia de jueces tradicional– sabemos que los jueces dependen directamente del ejecutivo, que puede nombrarlos sin el acuerdo del Senado¹²⁰, lo que remite al fuerte presidencialismo alberdiano... y no aparece la justicia de leyes moderna. Además, Alberdi precisa cuáles son los *buenos requerimientos* que puede formular el pueblo para participar en la legislación de su país (proponer la abrogación de instituciones *malas* y la sanción de instituciones mejores). *In fine*, el publicista coloca el principio de legitimidad de la abrogación de leyes en el hecho de que toda abrogación tiene que obrar por la recuperación de libertades originarias, por la supresión del despotismo, que es otra característica heredada de Cádiz¹²¹.

Consideraciones finales

En 1839 Alberdi afirma: “la Revolución de Mayo, en la imaginación del pueblo, es una epopeya: en la realidad histórica, no es, por su forma, más que una *evolución parlamentaria* [el subrayado es mío], como las que se hacen todos los días en Inglaterra y los Estados Unidos”¹²². Este comentario revela hasta qué punto el autor, que se concebía como heredero de esta revolución, consideraba que se trataba en gran parte de “constitucionalizar” el orden tradicional (para retomar una expresión de Garriga), limpiándolo de las leyes que estorbaban los grandes fines comerciales y de civilización que deseaba para el país. Y lo vimos: esta derogación de las viejas leyes incompatibles tenía ante todo que concretarse mediante la inculcación de buenas *costumbres* de libertad, que vendrían a reemplazar a las antiguas. Ello se inscribe en un esquema tradicional, en el cual la costumbre tiene un papel fundamental, tiene fuerza de ley, es a menudo más fuerte que algunas leyes.

Se nota sin embargo que el autor está en un período transicional ya que ciertas medidas van en el sentido de la implantación de una “justicia de leyes” moderna, en la división

¹¹⁸ Garriga, C., “Constitución política y orden jurídico”, Op. Cit., p. 161.

¹¹⁹ Garriga, C., “Constitución política y orden jurídico”, Op. Cit., p. 186.

¹²⁰ Alberdi, J. B., *Bases*, Op. Cit.

¹²¹ Garriga, C., “Constitución política y orden jurídico”, Op. Cit., p. 163.

¹²² Alberdi, J. B., *La Revolución de Mayo. Crónica Dramática*, Honorable Concejo Deliberante, Buenos Aires, 1960, p. 126.

tripartita de los poderes, en una lógica de constitucionalismo de poderes a escala nacional, que intenta relegar a la justicia a un tercer lugar. Esas medidas entran en total tensión si se considera que la elección de la abrogación de ciertas leyes corresponde en última instancia a la Corte Suprema, instancia judicial. Por eso entendemos también el rechazo del tucumano a la noción de código (en su sentido moderno), su valoración de la acepción tradicional de la “constitución”, y su concepción eventualmente moderna de ésta, y solo si coincide con la constitución política del pequeño grupo de ciudadanos, una constitución que preserve sus derechos tradicionales (en otros términos, si se trata de una constitucionalización de derechos jurisdiccionales).

Fuentes

Alberdi, Juan Bautista, *Alberdi póstumo*, Puntosur, Buenos Aires, 1988.

_____, “Autobiografía”, en Palcos, Alberto (ed.), *Grandes escritores argentinos*, tomo 10, Jackson Editores, Buenos Aires, s.f., p. 27-64.

_____, *Bases y punto de partida para la organización de la República Argentina, 1852*, <http://www.hacer.org/pdf/Bases.pdf>, consultado 26 de febrero de 2016.

_____, “Carta sobre los estudios convenientes para formar un abogado con arreglo a las necesidades de la sociedad actual en Sudamérica escrita por el abogado Alberdi a un joven compatriota suyo, estudiante de Derecho en la Universidad de Turín, en Italia”, *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, n°15, 2010, p. 167-176.

_____, *Cartas inéditas a Juan Manuel Gutiérrez y a Félix Frías*, Luz del Día, Buenos Aires, 1953.

_____, *De los abusos y víctimas del crédito público sud-americano*, Imprenta El Siglo, Montevideo, 1876.

_____, “Defensa del Mercurio” en Alberdi, Juan Bautista, *Obras selectas*, tomo 9, vol. 2, Librería “La Facultad” de Juan Roldán, Buenos Aires, 1920.

_____, “Doble armonía entre el objeto de esta institución con una exigencia de nuestro desarrollo social; y de esta exigencia con otra general del espíritu humano”, en *Discursos pronunciados el día de la apertura del salón literario fundado por D. Marcos Sastre*, Imprenta de la Independencia, Buenos Aires, 1837, p. 29-42.

_____, *El crimen de la guerra*, 1870, <http://www.hacer.org/pdf/Guerra.pdf>, consultado el 19 de junio de 2015.

_____, *Epistolario inédito (1864-1883)*, Academia Paraguaya de la historia, Asunción, 2006.

_____, *Escritos póstumos*, Editorial Puntosur, Buenos Aires-Montevideo, 1988.

_____, *Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*, W. M. Jackson Inc., Buenos Aires, s.f.

_____, *Fragmento preliminar al estudio del derecho, Ciudad Argentina*, Buenos Aires, 1998, disponible en http://iphi.org.br/sites/filosofia_brasil/Juan_Bautista_Alberdi_Fragmento_preliminar_al_estudio_d_el_derecho.pdf, consultado 3 de agosto de 2015.

_____, *Ideas para presidir a la confección del curso de filosofía contemporánea, 1842*, <http://www.hacer.org/pdf/Ideas.pdf>, consultado el 10 de marzo de 2015.

_____, *La barbarie histórica de Sarmiento*, Ediciones Pampa y Cielo, Buenos Aires, 1964.

_____, *La monarquía como mejor forma del gobierno en Sud América*, A. Peña Lillo Editor, Buenos Aires, 1970.

_____, *Las cartas rosistas de Alberdi 1810-1884*, Politeia, Buenos Aires, 1970.

_____, *La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual, 1880*, disponible en <http://clubdelalibertad.org/2014/02/15/juan-bautista-Alberdi-la-omnipotencia-del-estado-es-la-negacion-de-la-libertad-individual/>, consultado el 8 de marzo de 2014.

_____, *Memorias e impresiones de viaje*, Luz del Día, Buenos Aires, 1953.

_____, *Memoria sobre la conveniencia de un congreso general americano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.

_____, *Obras completas*, tomos 1-8, Imprenta La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886-1887.

_____, *Obras completas, Escritos póstumos: ensayos sobre la sociedad, los hombres, las cosas de Sud-América*, tomos 9-11, Imprenta Cruz Hermanos, Buenos Aires, 1899-1900.

_____, *Obras selectas, Del gobierno en Sud-América*, tomo 13, Librería “La Facultad”, Juan Roldán, Buenos Aires, 1920.

_____, *Obras póstumas, ‘Escritos Económicos’*, tomo 1, Imprenta Europa, Buenos Aires, 1895.

_____, *Obras póstumas*, tomos 2-8, Imprenta Europa, Buenos Aires, 1895-1899.

_____, *Obras póstumas*, tomos 12-16, Imprenta Europa, Buenos Aires, 1900-1901.

_____, *Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina, según su Constitución de 1853*, <http://www.eumed.net/cursecon/textos/2004/Alberdi-sistema.pdf>, 1854, consultado el 3 de septiembre de 2015.

Alberdi Juan Bautista & Benites Gregorio, *Epistolario inédito*, tomos 1-3, San Martín, Asunción, 2006.

Alberdi Juan Bautista & Sarmiento Domingo Faustino, *La gran polémica nacional (Las cartas quillotanas y las ciento y una)*, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 2005.

Alberdi Juan Bautista & Vélez Sársfield Dalmacio, “Polémica Alberdi Sársfield”, http://historia-derecho.com.ar/Fuentes_didacticas/HDA-FEIJ-Polemica-Alberdi-Velez_Sarsfield.pdf, consultado el 06 de enero de 2015.

Bibliografía

Alvarado G., Pablo & Ibarra C., Claudia & Zúñiga E., Cristóbal, “La prensa chilena y la revolución francesa de 1848”, *Anuario de Pregado*, Universidad de Chile, 2004.

Arendt, Hannah, *On revolution*, Penguin Book, Londres, 1990.

Botana, Natalio R., *La tradición republicana: Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997.

Bragoni, Beatriz & Míguez, Eduardo (coords.), *Un nuevo orden político*, Biblos, Buenos Aires, 2010.

Chiaromonte, José Carlos, “La antigua constitución luego de las independencias”, *Desarrollo económico*, vol. 50, n°199, octubre-diciembre de 2010, p. 331-361.

_____, *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Sudamericana, Buenos Aires, 2004.

Chust, Manuel (coord.), *Doceañismos, constituciones e independencias, La Constitución de 1812 y América*, Fundación Mapfre, Madrid, 2006.

Clavero, Bartolomé, “Cádiz 1812: antropología e historiografía del individuo como sujeto de constitución”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°42, 2013, p. 201-279.

_____, “Constitución europea e historia constitucional. El rapto de los poderes”, *Historia Constitucional*, n°6, 2005, p. 377-394.

_____, *El orden de los poderes*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

_____, *Happy Constitution*, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

_____, “La idea de código en la Ilustración jurídica”, *Historia. Instituciones. Documentos*, 1979, p. 49-88.

Dalla Vía, Alberto Ricardo, “La Constitución de Cádiz como antecedente constitucional argentino”, *Revista Pensamiento Constitucional*, vol.17, n°17, 2012, p.95-106.

Díaz Couselo, José María, “Recensión de Casuismo y Sistema: Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano de Víctor Tau Anzoátegui”, *Revista de Historia de América*, n°114, 1992, p. 154-162.

Feyrreira, Raúl Gustavo, “Orígenes. Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución Federal en el tiempo”, *Academia, revista sobre enseñanza del derecho*, año 10, n°19, Buenos Aires, s.f., p. 143-228.

Garriga, Carlos, “Constitución política y orden jurídico: el efecto derogatorio de la Constitución de Cádiz”, en Garriga, Carlos & Lorente Sariñena, Marta (coord.), *La constitución jurisdiccional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2007, p. 119-168.

_____, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, *Istor*, n°16, 2004, p. 13-44, http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier1.pdf, consultado 10 julio 2015.

Garriga, Carlos & Lorente Sariñena, Marta, *La Constitución jurisdiccional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Hamilton, Alexander & Jay, John & Madison, James, *Le fédéraliste*, Economica, Paris, 1988.

Lorente, Marta, *La nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2010.

Mannori, Luca, “Justicia y administración entre antiguo y nuevo régimen” en Romanelli R., (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bolonia, 1997, p. 39-65, traducido al español por Agüero Alejandro & Solla Julia, <https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/1>

0486/4581/30550_A6.pdf?sequence=1, p.131-132, consultado 29 febrero 2016.

Negretto, Gabriel L., “En repensant le républicanisme libéral en Amérique Latine. Alberdi et la constitution argentine de 1853”, en Aguilar Rivera, J. A. & Rojas Rafael (coords.), *El republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política*, FCE, México, 2002, p. 210-243.

Palti Elías, José, *El tiempo de la política*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.

Panettieri, José, “La Ley de Conversión monetaria de 1864 y la Oficina de Cambio de 1867. Causas y consecuencias económico-sociales”, *Desarrollo Económico*, vol. 20, n° 79, octubre-diciembre de 1980, p. 383-412.

Petrocelli, Héctor, “Presidencia del General Justo José de Urquiza”, http://argentinahistorica.com.ar/intro_libros.ph

p?tema=44&doc=98&cap=596, s.f., consultado 05 mayo 2015.

Raphael, Lutz, *Ley y orden*, Siglo XXI, Madrid, 2008.

Sarmiento, Domingo Faustino, *Obras completas*, tomo 8, Matanza, Buenos Aires, 2001.

Tau Anzoátegui, Víctor, *El poder de la costumbre*, Instituto de investigación de historia del derecho, Buenos Aires, 2001.

Zamora, Romina Noemí, “Sobre la función de policía y el orden económico en San Miguel de Tucumán a fines del siglo XVIII. De presuntos delincuentes, acaparadores y monopolistas”, *Revista Historia y Memoria*, n°8, 2014, p. 175-207.

Zimmermann, Eduardo, “Liberalismo y conservadurismo en el pensamiento político de Juan B. Alberdi”, en Quattrocch-Woisson, Diane, *Alberdi et l'indépendance argentine. La forcé de la pensée et de l'écriture*, Presses de la Sorbonne Nouvelle, Paris, 2011.