

Anuario de Filosofía Jurídica y Social

ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO COMPARADO

SECCIÓN TEORÍA GENERAL

11

LA CONSIDERACION SOCIOLOGICA DEL DERECHO

MARTÍN LACLAU: *La sociología del derecho como disciplina científica en Eugen Ehrlich* • ALFREDO E. VES LOSADA: *Emile Durkheim y la sociología del derecho* • JUAN CARLOS AGULLA: *Max Weber: Sociología del derecho* • JULIO C. CUETO RÚA: *Karl L. Lewellyn* • FELIPE FUCITO: *El organicismo sociológico jurídico* • GLADYS J. MACKINSON: *Theodor Geiger y la sociología del derecho*.

ARTICULOS VARIOS

DANTE CRACOGNA: *Derecho y moral en la Teoría Ecológica del Derecho* • PABLO LÓPEZ RUF: *Moral y derecho en Dworkin* • EDGARDO ALBIZU: *Elementos definidores del concepto "ideología"* • DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO: *El pensamiento de Alberdi en torno al derecho* • SILVIA JABIF: *Sistema jurídico, discriminación y cultural* • HUGO BLIFFELD: *El derecho comparado. Una caracterización metodológica desde la Teoría General* • MARTÍN LACLAU: *La experiencia filosófica en Francisco Romero*.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Director

MARTÍN LACLAU

Secretarios de Redacción

DANTE CRACOGNA

GUIDO M. PINCIONE

Dirección Postal

ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO COMPARADO
SECCION TEORIA GENERAL

Chacabuco 78 — Piso 1º — Oficina 9
1069 - Buenos Aires
Argentina

AÑO 1991

BUENOS AIRES

ABELEDON-PERROT

EL PENSAMIENTO DE ALBERDI EN TORNO AL DERECHO

DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO

I. *El Derecho*

Pueden apreciarse en la concepción alberdiana del derecho dos etapas claramente diferenciadas, más allá de las constantes que se detectan. En el *Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho*, una obra de juventud, redactada en 1837 cuando aún no había terminado sus estudios universitarios, Alberdi aparece grandemente influido por las ideas imperantes en la Europa de principios de siglo. Desde el comienzo advierte el autor que a partir de la lectura de la obra de Lermínier, concibe al derecho como un “fenómeno vivo que era menester estudiar en la economía orgánica del Estado”¹. Esta visión del derecho como elemento dinámico y consustanciado con la sociedad histórica, se agrega a una visión distinta de la ciencia del Derecho: “la ciencia del Derecho, como la física, debía volverse experimental”².

Por otro lado, en el resto de las obras de Alberdi hay una vuelta a concepciones más tradicionales para la época. Sólo en algunos aspectos —como el de la historicidad del derecho— se siguen los principios esbozados en el *Fragmento Preliminar* ...; en lo demás hay un retorno a la idea clásica del Derecho Natural.

De haber seguido en el derrotero que marca el *Fragmento Preliminar* ..., probablemente, Alberdi hubiera jugado para la

¹ *Fragmento Preliminar al Estudio del derecho*, Hachette, Buenos Aires, 1955, (texto tomado de la edición de 1837, imp. en La Libertad, Buenos Aires), pág. 42.

² *Fragmento Preliminar*..., cit., pág. 42.

ciencia jurídica argentina un papel similar al que desempeñara Savigny en Europa. Sin embargo, el plan que detalla Alberdi al final de esta obra de juventud no alcanzaría posterior desarrollo. Nuevas inquietudes, las circunstancias de su vida de exilio y la preeminencia de su vocación de político sobre la de científico, marcan definitivamente su obra.

Antes de señalar las diversas vestiduras con que el fenómeno cultural jurídico aparece en la obra de Alberdi, destaquemos las notas que el autor atribuye al "derecho" en sf.

a) *Esencia del derecho*. Cuando el lector termina su recorrida por la obra de Juan B. Alberdi, no puede dudar en cuanto a la esencia del derecho, según el autor de "Bases". Este núcleo central que conforma el ser mismo del derecho no es otro que el límite entre los diversos intereses, límite que de ser respetado garantiza una convivencia armónica en todos los órdenes. El derecho es condición indispensable para el logro de la paz en la sociedad, tanto de los hombres personalmente considerados, como de los Estados. El derecho señala, pues, el punto en que las esferas de libertad de los miembros de la comunidad se cierran. La regla fundamental que rige la conducta humana es el "derecho social", "límite común que los individuos están moralmente obligados a respetar mutuamente; trinchera racional que designa el límite en el cual cesa la acción legítima de un individuo sobre otro individuo"³.

Esta idea de demarcación de las correspondientes esferas de libre acción responde a las concepciones tradicionales en cuanto a la formación del Estado como medio de organizar el caos de la sociedad natural. En sus diversas vertientes, la teoría afirma que el hombre delega parte de su libertad absoluta en aras de la paz y la armonía, abdica su licencia para ganar su libertad, con lo cual "mi derecho termina donde empieza el de mi semejante". La convicción de Alberdi está teleológicamente influida ya que esa idea de limitación no es valiosa por sf, sino como medio para el logro de la armónica convivencia. Se trata de la ley natural mediante la cual "se producen y equilibran las facultades de que

³ *Fragmento Preliminar...*, cit., pág. 128.

cada hombre está dotado para proveer a su existencia. El derecho de cada hombre expira donde empieza el derecho de su semejante"⁴.

La visión del derecho como límite de acción de cada uno no se circunscribe al tratamiento o enfoque del derecho interpersonal, sino que constituye la base misma de todo el sistema de derecho internacional elaborado por Alberdi. En "El Crimen de la Guerra" aparece desarrollada en plenitud esa teoría; teoría que se levanta sobre las mismas bases que la relativa a las relaciones interpersonales. "La frontera es la expresión geográfica del derecho"⁵. Adviértase la fuerza gráfica de esta expresión que condensa el sentir de Alberdi.

La paz no es otra cosa que la solución de los conflictos por la aplicación de esta ley natural que consiste en limitar el poder de cada uno por el poder de los demás⁶.

Esta forma de ver el derecho lleva implícita la correlación entre los tradicionales términos de una relación jurídica: derecho y deber. En efecto, cada círculo de acción visto hacia el interior contempla las facultades, mientras que visto hacia el exterior se constituye en un haz de deberes, recudibles a uno: respetar la esfera de poder de los demás. A lo largo de sus obras Alberdi insiste, una y otra vez, en este idea de correlatividad derecho-deber; "el deber no es más que el derecho reconocido y respetado, y viceversa"⁷. Esta correspondencia hace que ni los llamados derechos "absolutos o fundamentales" lo sean realmente, pues la limitación de las facultades por las obligaciones constituye la "relatividad esencial"⁸ de los derechos.

También está presente, aunque no explícitamente, en esta concepción del derecho, la ya clásica "alteridad". Alberdi no dedica párrafo alguno en especial al tema, pero su convicción de

⁴ "El Crimen de la Guerra", en *Obras Escogidas*, Tomo XI, Luz del Día, Buenos Aires, 1957, pág. 211.

⁵ "El Crimen ...", cit., pág. 165.

⁶ "El Crimen ...", cit., pág. 95.

⁷ "El Crimen ...", cit., pág. 102.

⁸ Ver "El Proyecto de Código Civil en la República Argentina", en *Obras Completas*, Tomo VII, Imp. de La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1887, pág. 89.

que el derecho es un fenómeno de conducta compartida surge con nitidez, pues es inútil fijar límites sino no hay dos términos contrapuestos o, al menos, diversos. Siempre que se refiere al derecho habla Alberdi de dos hombres, o dos Estados, vinculados. Contribuye a aclarar este punto la distinción que formula entre derecho y moral, reservando para esta última, como finalidad, el bien personal, individual⁹.

Este límite común entre los hombres en sociedad tiene una forma de manifestación normativa concreta: *alterum non laedere*. En efecto, para Alberdi la idea toda de derecho se resume en este precepto al que se pueden reducir los otros dos elementos de los *tria juris praecepta*. "No hacer daño a otro es todo el derecho. Dar a cada uno lo que es suyo es una redundancia del primer precepto, porque hacer daño a otro y no darle lo que es suyo, es todo idéntica cosa"¹⁰.

b) *Unidad del derecho*. Se trata de otra de las características distintivas del fenómeno jurídico para Alberdi. El derecho, así, sin aditamentos, es esencialmente uno, único, aunque presente múltiples caras o direcciones o sea susceptible de manifestaciones concretas e históricas.

Esta unidad del derecho tiene una razón de ser elemental, que es precisamente su objeto: el hombre. El hombre es siempre el término de referencia de todo lo jurídico, ya sea que se lo considere individual o grupalmente. "Ya se considere el hombre ante su semejante aislado e individualmente; ya se considere en masa y colectivamente, el derecho es el mismo, y sus objetos son los mismos"¹¹. Esta llamada de atención sobre el verdadero objeto del derecho internacional constituye —como bien sostiene Palacios¹²— un auténtico aporte de Alberdi. La unidad del género humano trae aparejada la unidad del derecho.

Esto explica que, para Alberdi, el derecho internacional no sea diverso, en esencia, del derecho que rige a los hombres

⁹ *Fragmento Preliminar...*, cit., págs. 114 y 115.

¹⁰ *Fragmento Preliminar...*, cit., pág. 141.

¹¹ "El Crimen ...", cit., pág. 174.

¹² PALACIOS, A., "Alberdi Fundador del Derecho Internacional Iberoamericano", prólogo a "El Crimen ...", cit., pág. 4.

individualmente considerados; el hombre aislado no tiene otro derecho que el hombre colectivo¹³. Es especialmente en "El Crimen de la Guerra" donde el autor hace hincapié en esta idea. Ello no es casual. Se trata, pues, de fundar sobre bases lo más sólidas posibles el derecho de gentes, un moderno criterio de regulación de las relaciones entre naciones que partiera del respeto mutuo y condujera a la paz. El nuevo derecho internacional es la negación del derecho de la guerra, es la "creencia y la idea de que la guerra carece de fundamento jurídico"¹⁴. No hay forma más segura de fundar este derecho internacional, que remitirlo a los principios esenciales del derecho interpersonal cuyo centro consiste en ser límite entre dos esferas de acción. "El derecho de gentes no es más que el derecho civil del género humano"¹⁵.

c) *Finalidad del derecho*. Este derecho único y universal, que en síntesis esencial consiste en el límite común de acción, tiene un fin determinado claramente: la salvaguarda de los derechos individuales del hombre. El derecho es una necesidad de la naturaleza humana precisamente porque "es la regla fundamental de la sociedad humana y el guardián de la libertad individual"¹⁶. La protección de la libertad individual constituye el eje central de los esquemas valorativos del siglo XIX. Como no podía ser de otro modo, los sistemas axiológicos de una comunidad aparecen reflejados en la diversa configuración que dan a sus instituciones. Para Alberdi, tanto el Estado como el derecho tienen por misión sustancial la protección de los derechos y libertades del hombre. "Toda la efectividad de la individualidad —dice Alberdi— reposa sobre un solo hecho fundamental: la libertad. Garantir la libertad del hombre en toda su integridad es garantizar su seguridad, su propiedad, su igualdad ..."¹⁷; he ahí los objetivos del derecho. Es más, la libertad se hace acto por obra del derecho positivo —a

¹³ "El Crimen ...", cit., pág. 197.

¹⁴ "El Crimen ...", cit., pág. 102.

¹⁵ "El Crimen ...", cit., pág. 186.

¹⁶ *Fragmento Preliminar...*, cit., pág. 133.

¹⁷ *Fragmento Preliminar...*, cit., pág. 205.

través del surgimiento del Estado—. “La realidad permanente y energética de la libertad humana es el resultado del derecho vuelto positivo por la ley social”¹⁸.

II. Posición de Alberdi en torno al problema del Derecho Natural

El tema del Derecho Natural ha estado siempre presente en las reflexiones de los filósofos del derecho; con intensidad y dirección variables, unas veces para reconocerlo, otras para denostarlo, el Derecho Natural ha sido centro de discusiones y teorizaciones.

La preocupación por el Derecho Natural sufre un oscurecimiento durante el siglo xix y parte del nuestro merced a la crítica que el historicismo y el positivismo elevan contra los argumentos de la Escuela Clásica de Derecho Natural. Esta escuela, cuyos representantes más ilustres fueron Grocio, Puffendorf, Tomasio y Wolf, sostiene la existencia de un Derecho Natural invariable y único, universalmente válido, consecuencia de la naturaleza y producto de la razón humana. En contraste con la visión escolástica del Derecho Natural, con base teológica, la Escuela Clásica privilegia el elemento racional y llega a la conclusión de que por vía deductiva pueden determinarse —de una vez y para siempre y a partir de algunas normas básicas— las reglas jurídicas que deben regir la conducta de los hombres en todos los lugares y épocas.

Como en otros puntos, el pensamiento de Alberdi no puede encasillarse netamente en una de las vertientes anotadas. En ocasiones se pone el acento en la raíz divina del Derecho Natural; en otras, se acentúa el elemento racional-deductivo.

El derecho, afirma Alberdi, “viene de Dios, que ha sometido a su gobierno el género humano, como a la gravitación universal, el universo físico. Por tanto, es también absoluto, eterno y santo por sí mismo ...”¹⁹. Estas palabras resultan harto elocuentes. La misma idea de Dios, legislador supremo, se advierte en “Bases”;

¹⁸ *Fragmento Preliminar...*, cit., pág. 206.

¹⁹ *Idem*, pág. 134.

con relación a la fórmula introductoria de muchas constituciones, dice: “Dios, en efecto, da a cada pueblo su constitución o manera de ser normal, como la da a cada hombre”²⁰. Hablar de la “ley como voluntad general” —fórmula rousseauiana— “es una especie de sacrilegio ... La voluntad es impotente ante los hechos, que son obra de la Providencia”²¹.

La influencia de ambas corrientes iusnaturalistas se actualiza en este párrafo: “una regla que no es racional no merece el nombre de ley ... Ni la voluntad general es ley, queda dicho ya, sino es dirigida por la razón. Nuestra voluntad no hace leyes; las hizo y no puede sino hacerlas el que constituyó la humanidad”. A nuestro juicio, la inclusión del factor divino o eterno en la visión alberdiana del Derecho Natural no es producto de una reflexión filosófica en su torno, sino más bien de una profunda fe y vocación católicas²².

A pesar de estos elementos o matices que responden a la concepción escolástica o suareciana del Derecho Natural, a nuestro entender, el perfil del Derecho Natural en Alberdi tiene más marcado el componente racional. Esto no significa —como hemos adelantado— que pueda afirmarse que la concepción del argentino responde a los postulados de la Escuela Clásica. La postura de Alberdi es una integración personal de un sinnúmero de teorías —algunas antiguas y otras contemporáneas al autor— a las que se suma su propio y original modo de ver las cosas. Busquemos algunos ejemplos de la matriz racionalista en el pensamiento de Alberdi.

En el *Fragmento Preliminar* ... se pregunta Alberdi: “¿cuál es el espíritu de todas las leyes escritas de la tierra?” Y contesta: “La razón: la ley de las leyes, ley suprema, divina, es traducida por todos los códigos del mundo”²³. La racionalidad de la regla de Derecho Natural (como de cualquier otra) es indispensable para

²⁰ “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina”, en *Obras Escogidas*, Tomo I, Luz del Día, Buenos Aires, 1952, pág. 81.

²¹ “Bases ...”, cit., pág. 82.

²² Ver *Fragmento Preliminar...*, cit., en especial pág. 148.

²³ *Fragmento ...*, cit., pág. 45.

que pueda hablarse de tal norma²⁴. Esta idea está presente en “El Crimen de la Guerra”; Alberdi identifica la “ley universal”, “ley de todo el mundo”, con “la razón libre de las naciones.”²⁵ Si bien en el *Fragmento* ... es aventurado hablar de influencias, en “El Crimen de la Guerra” la palabra de Grocio aparece como sustrato conceptual; el autor tucumano cita en reiteradas ocasiones la teoría del derecho de gentes de Grocio y es inevitable que a la par de receptor su pensamiento en materia de derecho internacional haya sufrido también la influencia de Grocio en punto a Derecho Natural.

Hemos descripto hasta aquí el pensamiento del autor que nos ocupa en función de las corrientes filosóficas en la materia. Veamos ahora cuáles son las coordenadas fundamentales del perfil del Derecho Natural en Alberdi. A nuestro criterio, pueden destacarse las siguientes:

a) El Derecho Natural es superior al hombre y anterior a cualquier gobierno. El Derecho Natural comprende reglas, obligaciones por la sola virtud de su fuerza coercitiva, sin que sea menester que exista una autoridad temporal que las promulgue y las dote de sanción. “La ausencia del gobierno ... no quiere decir la ausencia de la ley. La ley existe sin necesidad de que ningún legislador la haya dado. Basta que una vez cualquiera la haya señalado y dado a conocer a los demás como ley natural de la universal sociedad”²⁶. Estos razonamientos son los que permiten sostener la fuerza obligatoria de las normas del derecho de gentes, ámbito en el que aún hoy carecemos de un órgano de imposición coactiva.

Como señalábamos más arriba, el hombre no puede modificar la ley natural pues ella es anterior y superior, inmodificable en su esencia²⁷. El hombre no inventa nada, sólo se limita a declarar algo ya establecido por el Creador. Esto nos lleva forzadamente al tema de la relaciones entre el derecho positivo y el

Derecho Natural; sin perjuicio de lo que diremos más adelante²⁸, basta señalar aquí que entre ambos órdenes de reglas existen relaciones de subordinación jerárquica. Las normas de la legislación positiva no deben contradecir los principios del Derecho Natural; en caso de que se produzca tal contradicción estaríamos frente a la nulidad de la ley e incluso a la comisión de un acto injusto. “El que hace la ley no hace la justicia o el derecho, el soberano puede ser responsable de un crimen cuando hace una ley que es la violación del derecho”²⁹.

b) El Derecho Natural es el punto de partida para el desarrollo de la legislación. Intimamente conectada con la característica anterior, la que analizamos aquí tiende a remarcar que el derecho positivo —la ley en el lenguaje de Alberdi— no es más que la exteriorización o expresión coercitiva del Derecho Natural. La legislación de una nación tiene por objeto desarrollar los principios del Derecho Natural³⁰. La misión del legislador histórico es una mera tarea de interpretación de las reglas del Derecho Natural. La definición de la ley como producto de la voluntad general significa, a juicio de Alberdi, “desconocer el legislador humano el punto de partida para la elaboración de su trabajo de simple interpretación”^{31 y 32}.

c) Historicidad del Derecho Natural: Una de las características más destacables en la concepción alberdiana del Derecho Natural radica en cierta aceptación de la movilidad de las reglas que lo componen. La Escuela Clásica, cuyo influjo se hacía notar aún a principios del siglo XIX, sostenía, como principio básico, la inmutabilidad del Derecho Natural. Alberdi, por su parte, con mentalidad más pragmática, parece inclinarse por reconocer que el Derecho Natural es invariable y único en su esencia pero múltiple y cambiante en sus aplicaciones o lecturas. Las circunstancias históricas de una determinada comunidad imponen una luz especial y particularizada a las normas jurídicas naturales. En este

²⁸ Ver el siguiente acápite y el punto IV de este trabajo.

²⁹ “El Crimen ...”, cit., pág. 153.

³⁰ “El Proyecto ...”, cit., págs. 81 y 82.

³¹ “Bases ...”, cit., pág. 82.

³² Sobre estos puntos volveremos en el apartado IV de este trabajo.

punto, el pensamiento de Alberdi anticipa ciertas direcciones filosóficas modernas, como la de Derecho Natural de contenido variable, perfilada por Stammler. Aunque no hay un reconocimiento de la influencia de Francisco Suárez, no es aventurado sostener que, en este punto, Alberdi sigue los lineamientos de la concepción de la escolástica española.

Refiriéndose a la ley natural sostiene Alberdi: "una y eterna como el sol, es móvil como él: siempre luminosa a nuestros ojos, pero su luz siempre diversamente colorida. Estos colores diversos, estas fases distintas de una misma antorcha son las codificaciones de los diferentes pueblos de la tierra: caen los códigos, pasan las leyes, para dar paso a los rayos nuevos de la eterna antorcha"³³. El cambio que hace a la esencia del derecho se produce "indefinidamente pero no indefiniblemente"³⁴; con estos términos re- marca Alberdi la esencia perdurable del Derecho Natural —que reside en la propia humanidad— a la vez que admite que, según las circunstancias concretas, esta esencia podrá ser pasible de nuevas lecturas.

La modificación de la lectura de las normas del Derecho Natural no está sólo determinada por las circunstancias de tiempo y espacio, sino fundamentalmente por las concretas características constitutivas de una comunidad en el orden político, social, etcétera. La democracia, la monarquía o la aristocracia conciben de distinto modo los derechos de los hombres³⁵. "No podéis cambiar el orden político sin cambiar el orden social y civil en el mismo sentido, porque lejos de ser independientes y ajenos uno de otro, son dos aspectos de un mismo hecho"³⁶.

En una época de profundos cambios como la que nos toca vivir en las postrimerías del siglo xx, hay juristas que se resisten aún a admitir la necesidad del cambio en materia jurídica. Frente a este conservadurismo que encierra un peligro grave para el propio derecho, son de actualidad las palabras que escribiera Alberdi en 1837: "Si el derecho es la regla racional de cada

³³ *Fragmento ...*, cit., pág. 45.

³⁴ *Fragmento ...*, cit., pág. 134.

³⁵ "El Proyecto ...", cit., pág. 89.

³⁶ "El Proyecto ...", cit., pág. 89.

relación, aunque indestructible y universal en su substancia, en su principio, su aplicación debe ser tan móvil como las relaciones que preside, y éstas como las necesidades sociales, tan fecundas también como los climas y los siglos"³⁷. De esta forma, se concilia la inmutabilidad de los principios del Derecho Natural con la variabilidad de sus posibles lecturas.

III. *Derecho y Moral*

Así como el del Derecho Natural es un tema clásico en la Filosofía del Derecho, también ha corrido mucha tinta en torno al problema de la relación entre moral y derecho. La raíz del conflicto penetra en el terreno de la conducta del hombre. Moral y Derecho son reglas de conducta humana, pero ¿son de la misma naturaleza? ¿producen los mismos efectos? ¿tienden a los mismos objetivos? Estos han sido los interrogantes que han servido de hilo conductor a las teorías. Desde las tesis de indentificación total hasta las de diferenciación neta, existen una serie de posturas intermedias que, admitiendo la autonomía de cada una de las regiones reguladoras de la conducta del hombre, reconocen relaciones de vinculación recíproca entre ellas.

En este punto no es necesario indagar mucho en el trabajo de Alberdi para descubrir su opinión. El tema es abordado explícitamente en el *Fragmento Preliminar ...* Para Alberdi, el derecho es una parte de la moral. Las reglas jurídicas son normas morales dotadas de coercibilidad. "Aquella parte de la moral que ha recibido y es capaz de recibir la sanción de los hombres, es el derecho"³⁸. Esta "sanción de los hombres" no es otra cosa que la intervención del Estado, la sociedad políticamente organizada. Se pone así de manifiesto un elemento que caracterizará el pensamiento de las corrientes positivistas, y a través de ellas, a la dogmática misma: la identificación entre Estado y derecho, reservando al Estado el monopolio de la producción del segundo. Como puede advertirse hay cierta contradicción en el pensamiento del

³⁷ *Fragmento ...*, cit., pág. 159.

³⁸ *Fragmento ...*, cit., pág. 139.

autor, ya que en los acápites anteriores hemos recalado que, para Alberdi, el derecho es anterior y superior al hombre, y por completo independiente de los gobiernos. Esta contradicción es, a nuestro juicio, producto de las múltiples influencias que se ejercen sobre el joven Alberdi, en esta primera etapa de su obra. Existe el juego combinado de fuerzas de diversa dirección y potencia que generan una resultante de perfiles encontrados.

Pero la "sanción de los hombres" no puede aplicarse a cualquier sector de la moral. Resulta indispensable determinar qué parte de la moral puede dar lugar al derecho. Alberdi la designa a partir del objeto que persigue. La moral prescribe una doble justicia, la interna y la externa. La justicia interna es la armonía de nuestras *determinaciones* con el bien. La justicia externa, a su turno, es la correlación de nuestras *acciones visibles* con el bien³⁹. Así pues, el derecho se refiere a la conducta externa del hombre, mientras la moral se ocupa de su interioridad. Esta diferenciación entre derecho y moral es un reflejo claro de la posición de la Escuela Clásica de Derecho Natural; fue Tomasio quien por vez primera postula este criterio, externo-interno, como diferenciador.

En resumen, sostiene Alberdi, "tal es la primera diferencia entre la moral y el derecho: toda conducta humana, íntima y visible es del dominio de la moral; únicamente la conducta externa es del dominio del derecho"⁴⁰. Sin embargo, téngase siempre presente que el derecho sigue siendo parte de la moral.

La segunda diferencia se vincula con la forma de sustanciación de las normas respectivas. La norma moral es, en esencia, prescriptiva en sentido positivo (debes hacer el bien, debes ser honesto, etc.). La norma jurídica tiene forma de prohibición, esto es, de prescripción negativa (no debes robar, no debes estafar, no debes violar el domicilio de los demás, etc.). "El derecho es, pues, una aplicación de la moral negativa, de la moral que veda el daño"⁴¹. No es que la norma moral no prohíba el mal; la prohibición figura implícitamente en la prescripción del bien

³⁹ Ver *Fragmento Preliminar...*, cit., pág. 139. El subrayado es nuestro.

⁴⁰ *Op. y lug. cit.* en nota anterior.

⁴¹ *Fragmento...*, cit., pág. 140.

positivo. Sin embargo, al obligar al bien positivo, las reglas morales pueden implicar la necesidad de un sacrificio personal; y esta necesidad de sacrificio es lo que no puede recibir la sanción del Estado.

A nuestro juicio, esta diferenciación sólo es posible partiendo de la base de concebir al derecho en su exclusiva función sancionadora. A través de estos párrafos parece advertirse que, para Alberdi, la función esencial del derecho, o la que le corresponde con mayor vigor, es la de castigar las violaciones de los deberes positivos. Se deja de lado, pues, la función ordenadora del derecho, así como su papel supletorio de la voluntad de los particulares y otras funciones de la normativa jurídica; en efecto, sostiene Alberdi que "la directa misión del derecho es la prohibición del mal"⁴². Esta segunda distinción repercute en la teoría alberdiana de la justicia produciendo la distinción entre la justicia moral y la justicia jurídica. La primera, a la que llama *attributis*, "consiste en hacer el bien"; la segunda, *explectris*, reside "en no hacer el mal"⁴³.

La tercera diferencia queda de manifiesto por el tipo de "mal externo" que el derecho veda. "El derecho no es toda la faz negativa de la moral externa; es decir, el derecho no prohíbe todo género de mal externo, sino cierto género de mal"⁴⁴. La respuesta de Alberdi a su propio interrogante —que es el nuestro—: ¿Qué mal?, resulta sumamente confusa. "Aquel que por la levedad de su intensidad y naturaleza, es menor que el mal que exigirían los medios jurídicos de su reparación en un regular sistema judicial"⁴⁵. La explicación no aclara el punto, sino que más bien tiende a volverlo más confuso⁴⁶.

Esta línea que separa el mal externo que queda en la órbita

⁴² *Fragmento...*, cit., pág. 141.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ Podría pensarse en un error, sin embargo, la edición de la que tomamos las citas concuerda con la publicada en la colección *Obras Escogidas*, Luz del Día, Buenos Aires, 1957, Tomo XIX, pág. 317 y sigtes., en particular, pág. 391 que corresponde a las páginas 37/38 de la edición de 1837.

de la prohibición jurídica, y la moral negativa externa, no es determinable universalmente, sino que depende de las condiciones históricas de cada comunidad⁴⁷. "Es imposible fijar de una manera precisa el punto en que cesa la acción del derecho en la escala del mal externo. Este punto varía de situación según la civilización particular de cada pueblo"⁴⁸.

Cabe agregar otra característica, aunque Alberdi sólo la enuncie sin mayor detenimiento; ocupándose el derecho de la moral externa, queda fuera de su esfera de acción la moral personal ("que regula la conducta del hombre consigo mismo"). El derecho se relaciona con la moral social, esto es, la moral de las relaciones interpersonales⁴⁹. La moral personal sólo admite la sanción del juicio de la conciencia de cada cual y, en consecuencia, queda fuera del número de reglas que pueden recibir la "sanción de los hombres".

En resumen, para Alberdi el derecho no es más que un "fragmento de la moral"; y es de esta pertenencia al orden moral de donde surge la obligatoriedad penal del derecho, es decir, en una palabra, su fuerza vinculante⁵⁰. La importancia de esta afirmación es trascendental. Si se analiza bien, está aquí el germen del derecho de resistencia contra la autoridad. Si la ley positiva prescribiera algo en contra de los principios morales carecería de fuerza obligatoria y, por tanto, podría ser legítimamente resistida.

Alberdi no saca estas conclusiones, pero están latentes. La idea general del autor, ante el problema planteado, parece estar a favor del cumplimiento irrestricto e incuestionado de la leyes. Mientras las leyes se discuten, hay margen para la oposición, pero una vez que han sido sancionadas por el Congreso debe acallarse la oposición y asumir respecto de la ley "el respeto religioso que todo buen republicano tiene a la voluntad nacional"⁵¹. "Lo que

47 Aparece aquí una preocupación reiterada en la obra de Alberdi: la historicidad de los fenómenos sociales como inevitable influencia de las circunstancias en las formas culturales. Ver punto V de este trabajo.

48 *Fragmento* ..., cit., pág. 142.

49 *Op. cit.* en nota anterior, pág. 143.

50 *Idem*, pág. 142.

51 *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, Colección Gran-

interesa es que las leyes se ejecuten, buenas o malas"⁵². Pero hay una pequeña rendija por donde se cuela el derecho de resistencia; "en el conflicto de la autoridad con la libertad, es decir del Estado con el individuo, el derecho de los medios es idéntico en extensión, sino mayor el de la libertad. Así toda constitución libre después de enunciar los poderes del gobierno, consagra este otro de los ciudadanos unidos, que los iguala en nivel a todos aquellos, a saber: el derecho de resistencia o desobediencia"⁵³. El derecho de resistencia es, en este enfoque, corolario del principio de libertad y del principio de reserva de la individualidad.

IV. La legislación. El derecho positivo

Mientras en Europa se asiste, a principios del siglo XIX, al nacimiento de las corrientes positivistas que conducirán a la equiparación entre derecho y ley, nuestro autor escribe: "Dejé de concebir el derecho como una colección de leyes escritas. Encontré que era nada menos que la ley moral del desarrollo armónico de los seres"⁵⁴.

¿Qué es el derecho positivo para Alberdi? "Una regla racional de moral negativa, competentemente prescripta, sobre un objeto de interés social, a la cual los miembros de la asociación deben someter sus actos externos, bajo cierta pena en caso de infracción"⁵⁵. El concepto recoge las notas que distinguen a la moral del derecho: se trata de una regla de "moral negativa", que gobierna los "actos externos" de los hombres en sociedad. "El hombre es impenetrable cuando sus actos no lo revelan. Luego, el hombre no puede mandar en lo interior del hombre"⁵⁶. Veamos, ahora, cuáles son los elementos nuevos en el concepto:

des Escritores Argentinos, Jackson, Buenos Aires, s/f, pág. 100.

52 "Bases ...", cit., pág. 136.

53 "El Crimen ...", cit., pág. 125.

54 *Fragmento* ..., cit., pág. 41.

55 *Fragmento* ..., cit., pág. 197.

56 *Fragmento* ..., cit., pág. 201.

- 1º) la norma emana de autoridad competente;
- 2º) la norma versa sobre un objeto de interés social;
- 3º) la norma afecta a "los miembros de la asociación"; y
- 4º) el incumplimiento de la norma trae aparejada una sanción.

La primera de estas características implica la participación de un nuevo factor: el Estado. En efecto, el Estado —organización política de la sociedad— representa a la soberanía popular que tiene la facultad de declarar y sancionar el derecho⁵⁷. Dentro de la organización del Estado hay un poder encargado específicamente de dictar las leyes y es ésta la autoridad competente a que se refiere el concepto. "Una regla racional prescripta por un moralista no es ley por más racional que sea: no lo es tampoco por cualquier otro poder, sea cual fuere su fuerza, como no sea el poder competente, el poder legislativo de una sociedad. De cualquier otro origen es consejo o tiranía"⁵⁸. Sumamente elocuentes resultan estas palabras. La intervención del Estado a través de sus órganos competentes es indispensable para que estemos frente a una ley; sin esa legitimidad de origen estaremos frente a un consejo —regla sin sanción—, o bien frente a la tiranía, es decir, el reinado de la fuerza por la fuerza misma⁵⁹. El Estado desempeña también un rol fundamental en la efectiva aplicación del derecho; a tal punto que Alberdi señala que la eficacia de la ley depende de la existencia de un gobierno que la haga cumplir⁶⁰.

La segunda característica, o sea la necesaria referencia a un interés social, no es objeto de mayor profundización a lo largo de la obra de Alberdi. Puede ser interpretada en dos sentidos no excluyentes: por un lado, el interés social representa una meta del derecho, por otro, significa la exclusión del carácter jurídico positivo de aquellas reglas que tengan en mira una situación personal. En la primera hipótesis rozamos el tema del fin del

derecho; en la segunda, se evidencia una característica de la norma jurídica: la abstracción^{61y 62}.

La mención del "interés social" como objeto de la regla de derecho positivo deja ver, también, algunos trazos de la "alteridad": La alteridad es nota esencial del derecho como regla de conducta; el derecho es un fenómeno de conducta compartida.

Además de las significaciones antes señaladas, es posible distinguir en esta característica un rasgo clásico del enfoque liberal del derecho. El principio de subsidiariedad, propio del ámbito económico, se traslada a la órbita jurídica. Así, la legislación debe intervenir lo menos posible en la sociedad y debe respetar la esfera personal de libertad.

El tercer elemento que hemos desglosado del concepto remarca la generalidad⁶³ de la norma jurídica, aplicable a todos los miembros de la comunidad que se encuentren en la situación prevista por el supuesto de hecho. La norma jurídica no es personal⁶⁴. Se pone de relieve asimismo la heteronomía del derecho, esto es, su fuerza obligatoria más allá de la aceptación de la norma por parte del sujeto. La regla jurídica viene de afuera, es ajena al sujeto. Esta característica es utilizada frecuentemente como criterio diferenciador entre moral y derecho; la moral, al contrario de lo que ocurre con lo jurídico, es autónoma, esto significa que la norma obliga en la medida en que éste la acepte como válida.

Resta, pues, el último elemento del concepto: la sanción. La sanción es esencial al derecho positivo. "La pena —dice Alberdi— hace santa la ley, o más bien, la complementa y es el rasgo que la caracteriza más vivamente", y agrega, "una ley sin penalidad no es santa, no es constante, no es ley"⁶⁵.

La participación del Estado dota al derecho de la coercibili-

⁶¹ Seguimos la clasificación de BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del derecho*, F. Torres, Valencia, 1980, 2ª parte, "Sobre la norma jurídica", pág. 293 y sigtes., en especial pág. 296.

⁶² Sobre las características de la norma jurídica, ver *Fragmento* ..., cit., pág. 91 y 197.

⁶³ Cfr. BOBBIO, N., *op. cit.*, pág. 296.

⁶⁴ Cfr. *Fragmento* ..., cit., págs. 91 y 197.

⁶⁵ *Fragmento* ..., cit., pág. 201.

⁵⁷ Ver *Fragmento* ..., cit., pág. 164.

⁵⁸ *Fragmento* ..., cit., pág. 201.

⁵⁹ Sobre la participación del Estado en la formulación del concepto de derecho positivo, ver también el análisis de la cuarta nota distintiva.

⁶⁰ Cfr. "Bases ...", cit., págs. 99 y 136.

dad indispensable, esto es, la posibilidad de exigir su cumplimiento por la fuerza, y la sanción respectiva en caso de infracción. Sin la sanción no estaríamos frente a una norma de derecho positivo, sino de Derecho Natural.

La estructura de la norma jurídica se compone, en consecuencia, de dos términos: "el precepto y la pena"⁶⁶. El primero constituye la regla racional de moral negativa, y el segundo refleja la consecuencia de la infracción a la regla. "... la sanción coercitiva, ... convierte en ley práctica y obligatoria dentro de cada Estado, el derecho natural del individuo y del ciudadano"⁶⁷. Pero esta coacción, como queda dicho, no es cualquier tipo de fuerza, sino una fuerza legítima, la que proviene de la autoridad. Es la presencia del gobierno, como resultado de la formación del Estado, la que torna eficaz el derecho al dotarlo de los medios necesarios para su puesta en práctica⁶⁸.

La idea de la necesidad del Estado, como autoridad legítima para la efectividad del derecho, es una constante en la obra de Alberdi; así, con referencia a la ley suprema, sostiene que "la constitución de un país supone un gobierno encargado de hacerla cumplir: ninguna constitución, ninguna ley se sostiene por su propia virtud"⁶⁹. En resumen, la interrelación Estado-derecho positivo se manifiesta en dos órdenes; en el substancial, ya que el Estado dota de coacción o coercibilidad legítima a la norma, coercibilidad que hace a su esencia jurídica, y en segundo lugar, puesto que la autoridad del Estado es condición de eficacia y efectividad del derecho.

El derecho positivo descripto no es otra cosa que el reflejo o desarrollo del Derecho Natural⁷⁰. "El derecho natural realizado así por cada pueblo, constituye su propio derecho positivo"⁷¹.

¿Cuál es la función que cumple el Derecho Natural respecto

⁶⁶ *Fragmento ...*, cit., pág. 212.

⁶⁷ "El Crimen ...", cit., pág. 187.

⁶⁸ Ver con relación al derecho internacional, "El Crimen ...", cit., pág. 233.

⁶⁹ "Bases ...", cit., págs. 99 y 136.

⁷⁰ Cfr. *Fragmento ...*, cit., pág. 45.

⁷¹ *Fragmento ...*, cit., pág. 159.

de la legislación? El Derecho Natural no sólo es el punto de partida del desarrollo legislativo⁷², sino que es también el punto de llegada al que las diversas legislaciones tienden. Así, el Derecho Natural actúa como ideal jurídico que pretende aquilatar las relaciones históricas concretas; idea que está latente en la denominación alberdiana del derecho positivo como derecho "real"⁷³. "Cada día debe asimilarse más y más el derecho real al derecho racional. Esta aproximación es el termómetro del progreso real de un pueblo ..."⁷⁴.

Hay en el pensamiento de Alberdi una efectiva identificación entre el valor Justicia y el Derecho Natural, y ello trae consigo otra función que desarrolla el segundo frente a la legislación: ser cartabón para apreciar axiológicamente al derecho positivo. Si es cierto que la legislación debe ser el desarrollo de los principios del Derecho Natural, no lo es menos que el derecho positivo es imperfecto y, por lo tanto, en la medida en que se aparte de la Justicia estaremos ante una norma jurídica positiva que viola el derecho. "... el legislador no por ser legislador está exento de ser criminal; y la ley no por ser ley está exenta de ser un crimen, si con el nombre de ley ella es un acto atentatorio contra el derecho"⁷⁵.

La diferencia que media entre el derecho positivo y el Derecho Natural es la coercibilidad de que está dotado el primero en función de la actividad de la autoridad legítima, el Estado⁷⁶; el legislador no puede por su voluntad —como tampoco lo puede la abstracción llamada "voluntad general"— cambiar los principios del Derecho Natural que son consecuencia directa e inmediata de la naturaleza de las cosas, obra de la Providencia⁷⁷.

⁷² Sobre la importancia del "punto de partida" en materia de legislación, ver *Estudios sobre la Constitución ...*, cit., pág. 15 y sigtes.

⁷³ *Fragmento ...*, cit., pág. 160.

⁷⁴ *Op. cit.* en nota anterior, pág. 161.

⁷⁵ "El Crimen ...", cit., pág. 153; ver también pág. 277.

⁷⁶ *Op. cit.* en nota anterior, pág. 187.

⁷⁷ Ver las palabras de RIVADAVIA que cita ALBERDI en "Bases ...", cit., pág. 82.

V. Historicidad del derecho positivo

Es una constante en Alberdi la convicción profunda de la historicidad de los fenómenos sociales, culturales, políticos, económicos, etc. A cada paso encontramos reafirmada esta idea de la necesaria adaptación y natural correspondencia entre las circunstancias particulares que dibujan el perfil de la sociedad en función del tiempo y el espacio, y las características de los productos culturales que de ella emanan, o que a ella van dirigidas. Las condiciones que contribuyen a dar una fisonomía propia a cada comunidad son: clima, religión, gobierno, educación, comercio, hábitos, ciencia, lengua, población, et étera.⁷⁸

A pesar de ser reflejo o desarrollo de los principios del Derecho Natural, Alberdi reconoce expresamente la necesaria mutabilidad del derecho positivo. La vinculación del derecho positivo a las circunstancias históricas particulares de la sociedad a la que va dirigido trae aparejada, como consecuencia inevitable, la necesidad del cambio legislativo. Es sumamente importante esta opinión de Alberdi en un momento en que están en boga las corrientes racionalistas que rechazan la modificación de la ley positiva. Aun en nuestros días hay juristas reacios a admitir esta necesaria —diríamos, indispensable— adaptación de la legislación a los tiempos, adaptación que no significa inseguridad, sino justicia.

A la unidad del Derecho Natural corresponde la diversidad de las legislaciones positivas. “La razón: ley de leyes ... es traducida por todos los códigos del mundo. Una y eterna como el sol, es móvil como él: siempre luminosa a nuestros ojos, pero su luz, siempre diversamente colorida. Estos colores diversos, esas fases distintas de una misma antorcha, son las codificaciones de los diferentes pueblos de la tierra”⁷⁹.

La variación de los derechos positivos viene impuesta como correlato de la modificación de las relaciones que están destinados a regir. La realización del Derecho Natural no puede ser unívoca y universal, “debe sufrir una infinita variedad de formas bajo las

⁷⁸ Ver *Fragmento* ..., cit., pág. 160.

⁷⁹ *Fragmento* ..., cit., pág. 45.

parciales influencias del tiempo y del espacio”⁸⁰. En algunos párrafos de los citados puede descubrirse la huella del pensamiento del autor de *El espíritu de las Leyes*, quien dedica buena parte de su estudio al análisis de la relación entre las circunstancias concretas y la legislación⁸¹.

El derecho apunta a regular relaciones y éstas reflejan las condiciones y necesidades sociales; se establece así una cadena en la que la modificación de las características de la sociedad origina la necesidad de unos cambios concatenados. La idea queda expresada así en palabras de Alberdi: “Si el derecho es la regla racional de cada relación, aunque indestructible y universal en su substancia, en su principio, su aplicación debe ser tan móvil como las relaciones que preside, y éstas como las necesidades sociales, tan fecundas también como los climas y los siglos”⁸². La ley, como producto cultural, debe tender a satisfacer las necesidades de la sociedad; las necesidades *actuales*; con referencia a las constituciones, afirma Alberdi que “no deben expresar las (necesidades) de ayer ni las de mañana, sino las del día presente”⁸³.

No basta que la norma jurídica sea racional; es menester que sea “posible”⁸⁴. Esta característica se refiere a la factibilidad de poner en práctica el precepto y ello está relacionado con las condiciones históricas particulares. Siendo sumamente difícil una reiteración idéntica de condiciones, va de suyo la diversidad de desarrollos de que será objeto el Derecho Natural.

Las características señaladas tornan al derecho positivo, individual, temporal y circunscripto, en resumen: no universal. Alberdi lo califica como imperfecto o relativo⁸⁵; nosotros diríamos que es histórico. Sin embargo, la imperfección esencial de la legisla-

⁸⁰ *Fragmento* ..., cit., pág. 159.

⁸¹ MONTESQUIEU, Ch. de SECONDANT, B. de la Bredé y de, *Del Espíritu de las Leyes*, (versión castellana de N. ESTÉVANEZ), Garnier Hnos., París, s/f, en especial, Tomo I.

⁸² *Fragmento* ..., cit., pág. 159.

⁸³ “Bases ...”, cit., pág. 113. Ver también de la misma obra, pág. 83; y en *Fragmento* ..., cit., págs. 48 y 49.

⁸⁴ *Fragmento* ..., cit., pág. 200.

⁸⁵ *Fragmento* ..., cit., pág. 161.

ción no rechaza su perfectibilidad ⁸⁶. En efecto —como veíamos más arriba— el derecho real se mueve hacia su perfección ideal; su progreso se mide por su acercamiento al Derecho Natural. En fin, la movilidad es también condición esencial del derecho positivo. No se trata de una variación incontrolada e independiente sino de un cambio direccionalmente orientado (hacia el logro de los fines del derecho: la justicia y la libertad) e históricamente determinado (por las condiciones sociales). “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” ⁸⁷.

La historicidad del derecho positivo tiene, pues, dos consecuencias inmediatas: la primera es la necesidad de formular las modificaciones que el cambio de las circunstancias hagan necesarias, la segunda se refiere a la imposibilidad de transplantar soluciones jurídicas previstas para otras sociedades. A este último tema dedica Alberdi su atención en los *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*; señala que hubiera sido un error de los constituyentes adoptar sin más el sistema de los Estados Unidos previsto para condiciones, circunstancias y tradiciones diversas de las vigentes en nuestro territorio ⁸⁸. Con referencia al proyecto de Código Civil redactado por Vélez, reitera Alberdi su opinión, y cita estas palabras de Montesquieu: “las leyes deben ser de tal manera apropiadas al pueblo para quien son hechas, que es una gran casualidad si las de una nación pueden convenir a otra” ⁸⁹.

Pero la historicidad o relatividad del derecho positivo no tiene porqué significar una ruptura con las tradiciones de una comunidad. La historicidad entendida como necesidad de cambio no se opone a la tradición como continuidad. Si bien se ve, la tradición forma parte de la circunstancia de la comunidad y, por lo tanto, es uno de los factores que debe valorar el legislador en

⁸⁶ Ver *Fragmento* ..., cit., pág. 92.

⁸⁷ “Bases ...”, cit., pág. 43.

⁸⁸ Ver *Estudios sobre la Constitución* ..., cit., págs. 14 y 64.

⁸⁹ “El Proyecto ...”, cit., pág. 104.

su tarea. Alberdi no desconoce este elemento. “Las provincias argentinas —sostiene— no deben tomar todos los elementos del derecho público local de las reglas generales que suministra la ciencia ni tampoco del ejemplo doctrinario que ofrece el sistema federal de otros países. Ellas tienen antecedentes propios, que bien o mal han gobernado su vida independiente por espacio de cuarenta años” ⁹⁰. La tradición que debe tomar en cuenta el legislador no se limita a los hechos de la comunidad ⁹¹ sino también al derecho de la misma, esto es, la tradición legal ⁹². “Las leyes, como los ríos, se acomodan en su curso al modo de ser del suelo en que hacen su camino. Una vez formado su lecho, lo conservan aunque la geometría les demuestre que el camino recto es el más corto. El mundo moderno ha tomado del pasado su método y planta de sus códigos, como el de sus ciudades y edificios: no por su perfección absoluta y abstracta, sino mecánicamente, sin examen, como una parte de su educación y un legado de su modo de ser” ⁹³.

El desarrollo que Alberdi dedica al tema de la historicidad y el acento que pone en esta característica del derecho positivo está íntimamente relacionado con la importancia que el autor asigna a la relación hechos-derecho.

La vinculación de los hechos a la norma jurídica positiva presenta, a nuestro juicio, dos etapas; una relacionada con el momento de creación de la norma jurídica, la otra, con la existencia efectiva de la norma, con su vigencia, con su efectividad social.

Es clara en Alberdi la opinión de que el derecho debe tener su base y punto de partida en los hechos sociales. “... una ley que no está apoyada en la fuerza de las cosas es ley sin sanción ni realidad” ⁹⁴. A tal punto considera indispensable el partir de los hechos que, en materia de derecho internacional, llega a sostener

⁹⁰ “Elementos del Derecho Público Provincial Argentino”, en *Obras Escogidas*, Tomo I, Luz del Día, Buenos Aires, 1952, pág. 308.

⁹¹ “Bases ...”, cit., pág. 100.

⁹² “Elementos del Derecho Público ...”, cit., págs. 309 y 310.

⁹³ “El Proyecto ...”, cit., pág. 95.

⁹⁴ *Op. cit.*, en nota anterior, pág. 120.

que para lograr la realidad del derecho de gentes habrá que crear primero una comunidad internacional de naciones, dar realidad al "cuerpo social" internacional; "el derecho vendrá por sí mismo como ley de vida de ese cuerpo".⁹⁵

Los trabajos del legislador deben tomar como punto de partida la situación real de la sociedad.⁹⁶ Alberdi recoge, en este tema, la teoría de Tocqueville sobre los "puntos de partida", esto es, el conjunto de la situaciones que configuran la realidad concreta, especial, probablemente única e irreplicable que constituye la base de la organización.⁹⁷ Un error en la apreciación o comprensión de este punto inicial determina el fracaso de la legislación proyectada. "La observación de los hechos y el poder de los antecedentes del país deberán ser la regla y punto de partida del Congreso Constituyente".⁹⁸ Sumamente claras, las palabras de Alberdi en cuanto al tema de la distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias pueden servir de síntesis de su pensamiento en la materia: "Para la solución de este problema debemos acudir a nuestra fuente favorita: los hechos anteriores, los antecedentes, las condiciones de la vida normal del país. Si los legisladores dejasen hablar siempre a los hechos, que son la voz de la Providencia y de la historia, habrían menos disputas y menos pérdidas de tiempo".⁹⁹

Reconocer este papel capital a los hechos en la formulación de la normativa jurídica no significaba abdicar de la función ordenadora del derecho. Alberdi no olvida que el derecho es una regla racional de moral, de modo que hay que partir de los hechos para ordenarlos, reglarlos, darles un cauce y sancionarlos cuando signifiquen un atentado contra esos principios. La existencia de nuevos géneros de relaciones requiere la dirección proveniente de

⁹⁵ "El Crimen ...", cit., pág. 182.

⁹⁶ Ver "Bases ...", cit., págs. 41 y 83.

⁹⁷ Ver *Estudios sobre la Constitución* ..., cit., págs. 15 y 57. También TOCQUEVILLE, A., *De la Democracia en la América del Norte*, (trad. de la 4ª edición por SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE), s/e., Paris, 1837, en especial Tomo I, cap. II, pág. 54 y sigtes.

⁹⁸ "Bases ...", cit., pág. 100. Ver también pág. 87 de la misma obra y "El Crimen ...", cit., pág. 190.

⁹⁹ "Bases ...", cit., pág. 122.

las reglas adecuadas que no pueden ser otras que nuevas reglas jurídicas.¹⁰⁰

La otra vertiente o faz de la relación hechos-derecho se vincula con la efectiva vigencia social de las normas legales. La existencia de la norma no radica en su texto competentemente sancionado, sino en la vida misma de la comunidad. "Los textos son a la ley viva, lo que los retratos a las personas: a menudo la imagen de lo que ha muerto".¹⁰¹ La ley "no vive en parte alguna cuando no vive en el hombre: es decir en las costumbres y los hábitos cotidianos (sic) del hombre".¹⁰² Las leyes deben tener cierto arraigo en la comunidad para tornarse en derecho vivo; "la ley debe vivir profundamente en la conciencia y las costumbres de la nación, que debe obedecerla a su pesar, espontáneamente, por hábito".¹⁰³ "¿Qué importa —dice Alberdi— que las leyes sean brillantes si no han de ser respetadas?".¹⁰⁴ Con ocasión del derecho internacional, insiste Alberdi en esta preocupación por la vigencia efectiva de la norma: "como en toda especie de derecho, la cuestión principal no es conocerlo, sino practicarlo como hábito y costumbre".¹⁰⁵ La sanción que otorga el tiempo a las normas vivamente ejecutadas y cumplidas por los miembros de la sociedad es más "fuerte que la sanción de los Congresos".¹⁰⁶

VI. El tema de la codificación

No puede abordarse el tema del derecho positivo en la obra de Alberdi sin hacer referencia a la célebre polémica que mantuvo con Vélez Sarsfield en torno a la codificación. No nos interesa aquí la polémica en sí; no tomaremos postura ni estimaremos los argumentos de uno y otro contendiente —argumentos cuya razón

¹⁰⁰ Ver *Fragmento* ..., cit., pág. 49.

¹⁰¹ "El Crimen ...", cit., pág. 167.

¹⁰² *Idem*. Ver también "Bases ...", cit., pág. 192.

¹⁰³ *Fragmento* ..., cit., págs. 183 y 184.

¹⁰⁴ "Bases ...", cit., pág. 136.

¹⁰⁵ "El Crimen ...", cit., pág. 236.

¹⁰⁶ *Elementos del Derecho Público* ..., cit., pág. 309.

ha juzgado ya la historia—. Nos ocupamos del asunto pues es el punto de más íntima y directa conexión entre Alberdi y Savigny, representante de la Escuela Histórica del Derecho y fundador del paradigma dogmático.

El pensamiento de Alberdi sobre la codificación está centrado en dos escritos; el primero, publicado en 1868, titulado "El Proyecto de Código Civil para la República Argentina"¹⁰⁷, y el segundo, de 1871, que lleva por título "Estudios sobre el Código Civil de la República Argentina redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield..."¹⁰⁸. "El Proyecto...", de mayor nivel científico, recoge una marcada influencia de la obra de Savigny, publicada en 1814, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*¹⁰⁹.

¿Qué representa la codificación para Alberdi? Esencialmente nuestro autor ve en la codificación un medio de unificación política y de cristalización del derecho. Estos son los motivos que determinan su oposición a los movimientos codificadores. Alberdi entiende que los códigos deben ser el resultado final del desarrollo social, político y científico-jurídico de los pueblos.

La principal objeción que Alberdi opone a la codificación reside en la idea de unificación que los códigos encarnan. Los códigos fueron, en Roma, según Alberdi, expresión del imperio decadente; en Europa, para las monarquías cuyos territorios provenían de conquistas, un elemento de unificación y centralismo; en Francia, una necesidad para unificar la legislación que se mantenía en estado caótico¹¹⁰. La unificación no es mala en sí misma, sino incompatible con las circunstancias políticas argentinas. "La idea de un código, esencialmente unitaria y centralista,

¹⁰⁷ Citado en nota 8.

¹⁰⁸ En *Escritos Póstumos*, F. Cruz, Tomo VIII, Buenos Aires, 1899, págs. 5 a 48.

¹⁰⁹ Puede verse, en castellano, en THIBAUT. SAVIGNY *La Codificación* (trad. J. GARCÍA), selección y prólogo de STERN, J., Aguilar, Madrid, 1970, pág. 47 y sigtes.; ésta es la edición que tomamos como base para las citas. También puede verse la traducción de A. POSADA, Edeval, Valparaíso, 1978.

¹¹⁰ "El Proyecto...", cit., págs. 83 y 84.

es incompatible con la idea de un país compuesto de muchos estados soberanos o semi-soberanos"¹¹¹.

Alberdi entiende la codificación como el medio para llevar a término la ideología unitaria y, defensor del federalismo, se opone a esa posibilidad. Sin embargo, la codificación no implica unitarismo, y es el propio Alberdi quien, en otras obras, se manifiesta partidario de la necesidad de codificar la legislación sustantiva para toda la República. Así, en "Bases..." puede leerse: "La legislación civil y comercial argentina debe ser uniforme como lo ha sido hasta aquí. No sería racional que tuviésemos tantos códigos de comercio, tantas legislaciones civiles, tantos sistemas hipotecarios como provincias. La uniformidad de la legislación, en esos ramos, no daña en lo más mínimo a las atribuciones de soberanía local, y favorece altamente el desarrollo de nuestra nacionalidad argentina"¹¹². ¿Qué mueve al jurista tucumano, años más tarde, a desdecirse? A nuestro juicio, razones puramente personales de enfrentamiento con el autor del Código Civil y con el gobierno de turno. El sistema que tiene en miras al escribir sus "Bases..." es el que se pone en vigencia con la Constitución del '53. Por otro lado, tampoco puede aducirse que el cambio de óptica se debe a la influencia del pensamiento de Savigny, ya que en 1837, cuando publica *Fragmento...* ya cita el célebre opúsculo del alemán.

Adviértase la contradicción con lo antes citado: "Toda idea de código civil implica la idea de unidad nacional; la de federación, al contrario, significa diversidad, multiplicidad de Estados y, por tanto, de legislaciones y códigos"¹¹³. El mismo autor que, al pergeñar el sistema federal argentino, sostiene que sería irracional una diversidad de legislaciones y que la uniformidad en estos puntos no implica atentado contra las autonomías locales, escribe años después que "el código es, por sí mismo, una derogación del federalismo de la Constitución"¹¹⁴. No abundaremos en ejemplos; saque el lector sus propias conclusiones.

¹¹¹ *Op. cit.* en nota anterior, pág. 85.

¹¹² "Bases...", cit., pág. 81; en igual sentido, *Elementos del Derecho Público...*, cit., pág. 286.

¹¹³ "El Proyecto...", cit., pág. 103.

¹¹⁴ *Op. cit.* en nota anterior, pág. 107; ver también pág. 127.

Puede ser que esta identificación entre codificación y unificación provenga, o por lo menos haya sido reforzada por el pensamiento de Savigny. Para el autor alemán, la codificación representa el resultado final del desarrollo de una comunidad jurídica; la existencia de un derecho común, más allá de las particularidades de las regiones que integran un país, es la meta. Savigny discrepa con Thibaut en la forma de obtener el fin buscado; no es la imposición de un código general lo que desembocará en la unidad, sino la unificación natural la que fructificará en la sanción de un código común¹¹⁵. Pero adviértase que la unidad de la que se habla en Alemania no es el unitarismo como criterio de organización política estatal que recela Alberdi. Para seguir el esquema de Alberdi, el punto de partida de la polémica Thibaut-Savigny no es igual al panorama argentino en el momento de la codificación. Alemania era un mosaico de poderes regionales tradicionales, principados con su legislación, cultura y organización política propias; Argentina era una unidad esencial y, además, en el plano estrictamente legislativo no había diferencias de normativa sustancial —ni de procedimientos—.

Otro de los argumentos de Alberdi en contra de la codificación está vinculado con su concepción acerca de la historicidad del derecho. Los códigos implicarían un modo de cristalización. Refiriéndose a las formas de manifestación del derecho, sostiene Alberdi que “fijar el derecho por la escritura es estacionar la fisonomía de un hombre retratándola; es paralizar las aguas de un río por la pintura de su perspectiva instantánea”¹¹⁶. Como hemos visto, para nuestro autor, el derecho es un fenómeno esencialmente histórico y, por lo tanto, mutable en correspondencia con las circunstancias. La codificación puede resultar un obstáculo para el normal y progresivo acomodamiento del derecho a la realidad. Las relaciones de la sociedad “crecen sin cesar ..., se modifican continuamente, y el derecho que las regla no puede prescindir de la misma inestabilidad (sic)”¹¹⁷. Compárense estas ideas con el pensamiento de Savigny: “... esta conexión orgánica del derecho

¹¹⁵ VON SAVIGNY, F. C., *De la vocación* ..., cit., pág. 161 y sigtes.

¹¹⁶ *Fragmento* ..., cit., pág. 182.

¹¹⁷ *Idem*.

con el modo de ser y el carácter del pueblo se confirma en el transcurso del tiempo ... para el derecho tampoco hay ningún momento de pausa: el derecho está sometido al mismo movimiento y a la misma evolución que todas las demás tendencias del pueblo e incluso esta evolución está regida por la misma ley de necesidad interna que aquel fenómeno más temprano. El derecho, pues, sigue creciendo con el pueblo, se perfecciona con él y finalmente muere al perder el pueblo su peculiaridad”¹¹⁸.

Alberdi ve, asimismo, la codificación como un posible freno al desarrollo natural de la sociedad en sí. “Los códigos sancionados por vía de programa obligatorio para el crecimiento, la estructura y desarrollo de una sociedad nueva, ... pueden tener la capacidad de embarazar el progreso natural del organismo social; pero no de anticiparlo y abreviarlo por medios artificiales”¹¹⁹.

Por otro lado, arguye Alberdi, los códigos deben ser el resultado de la evolución científica y social de la comunidad. “Dejemos que el tiempo amase más, estreche más, haga más homogénea nuestra sociedad. Entonces, cuando la unidad filosófica haya puesto fin a la incoherencia general que domina nuestros espíritus, cuando hayamos adquirido la unidad moral, artística, industrial, escribiremos nuestra legislación, que es la expresión de la unidad social”¹²⁰. Los códigos deben, pues, ser la resultante de la evolución natural y no un programa de acción predeterminado¹²¹. La sociedad argentina no había alcanzado, en 1868, el grado de desarrollo requerido por la tarea codificadora¹²². Alberdi trae a colación estas palabras de Savigny: “si se quiere promulgar un código civil útil, es necesario elegir la época en que la ciencia del derecho sea vigorosa y haya alcanzado su más poderoso desarrollo”¹²³.

Universidad de Buenos Aires.

¹¹⁸ VON SAVIGNY, F. C., *De la vocación* ..., cit., pág. 56.

¹¹⁹ *Estudios sobre el Código Civil* ..., cit., pág. 36.

¹²⁰ *Fragmento* ..., cit., pág. 93.

¹²¹ *Vet. Estudios sobre el Código Civil* ..., cit., pág. 36.

¹²² Cfr. “El Proyecto ...”, cit., pág. 87.

¹²³ *Idem*.